

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 872

(Ano X)

(22/09/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: 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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



17/09/2018 Alexandre Santos Sampaio

» [Parcelar o objeto das contratações públicas é preciso, mas nem sempre](#)

ARTIGOS

21/09/2018 Bernardo Mello Portella Campos

» [A posse \(ou propriedade\) indígena](#)

21/09/2018 Filipe Ewerton Ribeiro Teles

» [Os direitos sociais e a assistência social no Brasil em tempos de neoliberalismo](#)

21/09/2018 Paulo Martins Brasil Filho

» [O Federalismo Cooperativo como principal limitador jurídico da guerra fiscal interfederativa](#)

20/09/2018 Bernardo Mello Portella Campos

» [A superlotação carcerária no Brasil](#)

20/09/2018 Felipe William Silva Gonçalves

» [A mercenarização da responsabilidade civil por danos morais](#)

20/09/2018 Jonathan Morais Barcellos Ferreira

» [Ativismo judicial: o Poder Judiciário como construtor do direito positivo, \(trans\)formando o estado democrático de direito](#)

19/09/2018 Carine Teresa Lopes de Sousa Possidonio

» [Identidade de gênero e utilização do nome social: propósitos e desafios](#)

19/09/2018 Ricardo Jesus da Silva

» [A importância da prescrição em perspectiva para a efetividade do direito penal brasileiro](#)

19/09/2018 Leila Karenina Ferreira Farias

» [O princípio da proteção integral versus o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes visitantes no presídio regional de Joinville/SC](#)

18/09/2018 Carine Teresa Lopes de Sousa Possidonio

» [Alterações legislativas realizadas após a vigência do Código Civil/2002 e seus impactos no atual](#)

[panorama dos direitos de família](#)

18/09/2018 Roberta Vieira Gemente de Carvalho

» [O marco inicial para a contagem da prescrição intercorrente em sede de execução fiscal e iminência de decisão pelo STJ.](#)

18/09/2018 Emiliano Teixeira Lopes Vasconcelos Maranhão

» [As "Caravelas" do Processo Eletrônico](#)

18/09/2018 Valdich Almeida Silva

» [Moralidade e a ética na Administração Pública](#)

17/09/2018 Feliciano Alves Carneiro

» [Da obrigatoriedade do voto: Contradição Lógica ou Exercício de Cidadania?](#)

17/09/2018 Antonio Augusto Vilela

» [A licença maternidade e o salário maternidade adotantes no direito brasileiro](#)

17/09/2018 Carine Teresa Lopes de Sousa Possidonio

» [A efetividade do jus postulandi: uma breve análise acerca da capacidade postulatória nos Juizados Especiais Cíveis da comarca de Manaus/AM](#)

17/09/2018 Filipe Serafim Mapilele

» [O efeito China economia africana](#)

MONOGRAFIAS

17/09/2018 Vinicius Gama Toffoli de Oliveira

» [UBER: empregado ou parceiro?](#)

PARCELAR O OBJETO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS É PRECISO, MAS NEM SEMPRE

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.

A Lei 8.666/93, em seu artigo 23, § 1º, dispõe expressamente que “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”. No mesmo sentido, com ajustes redacionais, é o comando do artigo 32, inciso III^[1], da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Percebe-se pela dicção legal que a regra é a divisão em tantas parcelas quanto possível do objeto licitado, com vistas a garantir a competitividade, desde que comprovada a viabilidade técnica e econômica de tal repartição. Desse modo, a regra é o parcelamento, mas cabe exceção.

Sobre isso, cabe pontuar que o Tribunal de Contas da União – TCU, em diversas decisões^[2], não aprovou, em nenhum momento, determinação abstrata proibindo a concentração de objetos em uma única concentração.

Ainda que a regra, tanto na Lei 8.666/93 como na Lei 13.303/2016, seja a preferência pela divisão do objeto, ela cede espaço quando a concentração for técnica e/ou economicamente recomendável.

Isso porque de nada adiantaria garantir uma ampla competição, com o maior número possível de licitantes, se a contratação final fosse desvantajosa para o ente contratante.

A prévia licitação é a regra nas contratações no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, e deve seguir a princípios basilares que regem a matéria como, por exemplo, a isonomia de tratamento, a economicidade e a busca da proposta mais vantajosa para o contratante, sem comprometer, contudo, a competitividade do certame. Nesse sentido, direciona a jurisprudência do TCU:

Acórdão 1580/2005 - Primeira Câmara: Providencie, nas licitações na modalidade pregão, orçamento atualizado e detalhado que possa subsidiar o preço de referência e assegurar, desta forma, o princípio da economicidade, nos termos do art. 8º, inciso II, do Decreto nº 3.555/2000.

Acórdão 845/2005 - Segunda Câmara: Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade.

Acórdão 483/2005 - Primeira Câmara: Atente para a necessária observância de princípios fundamentais da licitação, em especial da igualdade e impessoalidade, a fim de garantir, também, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, consoante preceitua o art. 3º da Lei de Licitações, e impedir a desclassificação de empresas que atendam às exigências contidas no Edital de Licitação relativas à especificação do objeto licitado, com conseqüente violação do comando contido no inciso IV do art. 43 dessa mesma Lei (...).

Para análise da questão, é importante destacar que a licitação visa selecionar a proposta mais vantajosa para o ente contratante, possibilitar igualdade de tratamento a todos os interessados e o comparecimento do maior número de concorrentes ao certame.

Porém, o objetivo primordial é a seleção da proposta mais vantajosa. Sem esta, a igualdade de tratamento e a ampla competição não bastam para um certame.

Por isso que o TCU, quando atua para impedir uma contratação conjunta, é porque não ficou cabalmente demonstrado a vantagem, em termos técnicos e econômicos.

No Acórdão do TCU 1104/2007 foi dada a seguinte recomendação: “em futuras licitações de serviços de manutenção predial como os do objeto do pregão em foco, procure dividi-los e autorize a participação de consórcios, a fim de possibilitar a participação de maior número de interessados”.

No voto do relator do acórdão aludido se esclarece a questão: “demonstrada a falta de certeza acerca dos benefícios econômicos da ausência de parcelamento (...), é recomendável que, em futuras licitações dos serviços em questão, procure dividi-los, a fim de possibilitar a participação de maior número de interessados e de afastar qualquer hipótese de cerceamento da competição”.

Percebe-se, assim, que os fatores que motivaram a recomendação do TCU foram dois: a falta de demonstração da vantajosidade à administração e a redução aparente da competição.

No mesmo diapasão, o Acórdão nº 4695/2012, julgado pela 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, registrou que “atente nas próximas contratações de bens e serviços de TI, inclusive na que sucederá a contratação em tela, para os seguintes aspectos: (...) parcelamento da solução de TI necessária para atender a uma necessidade de negócio em tantas parcelas quanto for técnica e economicamente viável, justificando as formas de parcelamento adotadas”.

Desse modo, o que o TCU objetivou foi apenas garantir a máxima competitividade nas licitações. Todavia, não pode ser tomada como inflexível, sob pena de onerar-se ainda mais o ente contratante. Assim, para que o parcelamento seja obrigatório, é necessário que concorram dois requisitos: o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade, com vistas sempre a conseguir maior economicidade nas contratações, sem perder de vista a eficiência.

É nesse sentido a Súmula 247 do TCU:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala,

tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

De igual modo, no Acórdão 1972/2018, julgado pelo Plenário do TCU, a contratação conjunta foi, doravante, vedada, pois “as possíveis vantagens do não parcelamento não foram devidamente justificadas nos autos, visto que não foi apresentado qualquer estudo técnico preliminar que sustentasse a necessidade da licitação conjunta para o objeto do pregão presencial adotado, somente justificativas apresentadas pelo setor técnico demandante, por ocasião da análise de impugnação ao edital apresentada por empresa interessada”.

Ou seja, “por ser a licitação conjunta uma exceção à regra geral do parcelamento, caberia ao órgão contratante (...) proceder a estudos preliminares que demonstrassem, de forma mais específica, que a eventual segregação da contratação dos serviços previstos com novos fornecedores traria prejuízos aos fins pretendidos e que a suscitada aquisição conjunta seria efetivamente a mais adequada em termos técnicos e econômicos”.

Logo, uma vez caracterizada a vantajosidade, em termos técnicos e/ou econômicos, em consonância com a Lei 8.666/93 e com a Lei 13.303/2016, é possível agregar vários objetos em uma mesma licitação. Parcelar o objeto é, em regra, salutar e evita questionamentos dos órgãos de controle, por ampliar a competitividade do certame, mas nem sempre é recomendável em termos técnicos e/ou econômicos. Neste caso, o parcelamento não deve ocorrer em prol da busca da proposta mais vantajosa para o ente contratante.

NOTAS:

[1] Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) III - parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II.

[2] A exemplo: Acórdão TCU 1972/2018 – Plenário, Acórdão TCU 4695/2012 – Plenário e Acórdão TCU 1104/2007 – Plenário.

A POSSE (OU PROPRIEDADE) INDÍGENA

BERNARDO MELLO PORTELLA CAMPOS:

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes - Centro/RJ.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 trouxe um capítulo próprio às comunidades indígenas, demonstrando a preocupação que existe na proteção dessas comunidades. No entanto, alguns debates ainda permanecem, como no caso das teorias do indigenato e do fato indígena. Recentemente, com a condenação do Brasil na Corte IDH (Povo Xucuru), o debate reacendeu e a discussão acerca da posse ganhou novos contornos com a possibilidade de reconhecimento da propriedade das terras indígenas.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do indigenato; Teoria do fato indígena; Propriedade; Comunidades indígenas.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 brought a chapter specific to the indigenous communities, demonstrating the concern that exists in the protection of these communities. However, some debates still remain, as in the case of Indian and Indigenous theories. Recently, with the condemnation of Brazil in the Inter-American Court of Human Rights (Xucuru People), the debate reignited and the discussion about ownership gained new contours with the possibility of recognizing the ownership of indigenous lands.

KEYWORDS: Indigenate theory; Theory of indigenous fact; Property; Indigenous communities.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (TEORIA DO FATO INDÍGENA). 3 A POSIÇÃO ADOTADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A demarcação de terras é um dos temas mais divergentes e preocupantes que envolvem dos direitos dos povos indígenas.

A Constituição de 1988 pode ser considerada um marco na conquista e garantia de direitos pelos indígenas no Brasil. A [Constituição Federal](#) consagrou o direito originário dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, garantindo a eles a posse permanente das terras.

Na Constituição de 1988, os direitos dos índios estão expressos no art. 231:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os **direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.**

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua **posse permanente**, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. [1]

A CF prevê também, em seu art. [20, XI](#), que as terras indígenas são consideradas bens da União.

Com a promulgação da [Constituição](#) de 1988, ocorreu o rompimento da sistemática tutelar de ordenamentos anteriores que considerava os índios incapazes para vida civil e exercício de seus direitos.

No âmbito internacional, a defesa e proteção dos povos indígenas pode ser extraída, principalmente, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção 169 da OIT.

2 A POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (TEORIA DO FATO INDÍGENA)

O caso Raposa Serra do Sol pode ser entendido como um marco regulatório das demarcações de terras indígenas no país.

De acordo com o voto do Min. Menezes Direito na Pet. 3.388, acompanhado pelos demais ministros, a teoria do indigenato foi substituída pela teoria do fato indígena.

A teoria do indigenato trata a posse de terras indígenas como um direito imemorial, baseado na ancestralidade e na valorização da cultura indígena. Os índios, portanto, são possuidores da terra sem haver um termo inicial para tanto. É um verdadeiro direito congênito.

Já a teoria do fato indígena estabelece um marco temporal para caracterizar determinada área como terra indígena. Segundo o STF, serão consideradas terras indígenas as áreas que estavam ocupadas de forma permanente por comunidades indígenas no dia 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição de 1988.

Vale transcrever o voto do Exmo. Min. Menezes Direito sobre o tema:

[2]

“Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988. O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não-índios após sua entrada em vigor. Isso chegou a ocorrer após a Constituição de 1946, mesmo tendo ela assegurado o direito deles sobre suas

terras. (...) O caráter permanente da habitação já mostra que a referida desvinculação da idéia de posse imemorial não pode retirar do advérbio "tradicionalmente", de forma absoluta, toda consideração à temporaneidade da ocupação. Alguma expressão pretérita deve subsistir ou o adjetivo "permanente" (que, segundo o Aurélio, é "1. o que permanece; contínuo; ininterrupto; constante; 2. duradouro, durável; 3. tem organização estável") não faria nenhum sentido (...) "Terras que os índios tradicionalmente ocupam" são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro fato a ser verificado. (...) **Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do fato indígena.** A aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena. Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar. (...) Como se vê, há elementos que mesmo não se expressando em forma de números e medidas precisas, podem, se bem explorados e sujeitos a uma verificação com base em método científico, justificar e indicar, em escala de grandeza determinável, a extensão geográfica das terras indígenas. Mais uma vez, portanto, está-se

diante de um fato a ser observado e constatado. (...) Assim, é a ciência que oferece os meios de identificação do âmbito da presença indígena ou, em outras palavras, do fato indígena. É esse fato qualificado que o procedimento de identificação e demarcação deve ter por objeto. Tal procedimento deve se tornar uma atividade orientada pelos elementos que tipificam a presença indígena e definem seu âmbito. A identificação do fato indígena, que por um lado dispensa considerações sobre a ocupação imemorial, por outro exige comprovação e demonstração, ou seja, presença na data da promulgação da Constituição de 1988 dos índios nas terras em questão, uma presença constante e persistente. (Pet. 3.388, rel. Min. Ayres Britto. J. 19/03/2009)“

3 A POSIÇÃO ADOTADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Contrariamente à posição jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de reconhecer a propriedade comunal das comunidades indígenas, como no julgamento do Caso Awas Tingni vs. Nicarágua.

Conforme ensina Caio Paiva: [3]

“O ponto chave do Caso Awas Tingni vs. Nicarágua é, sem sombra de dúvida, o reconhecimento da propriedade comunal dos povos indígenas. A CorteIDH, ao analisar o direito de propriedade previsto no art. 21 da CADH, conferiu interpretação evolutiva ao dispositivo, reconhecendo que, além do direito à propriedade privada, o texto da Convenção também abrange a proteção da propriedade comunal dos povos indígenas em suas peculiaridades. Nesse sentido, decidiu a Corte Interamericana que “Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de

interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29.b da Convenção – que proíbe uma interpretação restritiva de direitos –, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal, a qual também está reconhecida na Constituição Política da Nicarágua” (Mérito, reparações e custas §148).”

Recentemente, a CorteIDH condenou o Estado Brasileiro por violação aos direitos dos índios Xucuru à propriedade coletiva e à garantia e proteção judicial.

A Corte concluiu que o Brasil demorou na demarcação do território Xucuru, localizado em Pernambuco, afastando da terra, aproximadamente, 2.300 famílias. O estado brasileiro demorou mais de quinze anos para reconhecer a titularidade e demarcar as terras dos índios.

Na sentença, a CorteIDH assentou que: [4]

“115. A Corte recorda que o artigo 21 da Convenção Americana protege o estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras bem como com seus recursos naturais e com os elementos incorporais que neles se originam. **Entre os povos indígenas e tribais existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra**, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. **Essas noções do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas a Corte estabeleceu que merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana.** Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a afirmar que só existe uma forma de usar os bens, e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção desses coletivos por

meio dessa disposição. Ao se desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, se poderia afetar outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros. 116. **A jurisprudência desta Corte reconheceu reiteradamente o direito de propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionais** e o dever de proteção que emana do artigo 21 da Convenção Americana, à luz das normas da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, bem como os direitos reconhecidos pelos Estados em suas leis internas ou em outros instrumentos e decisões internacionais, constituindo, desse modo, um corpus juris que define as obrigações dos Estados Partes na Convenção Americana, em relação à proteção dos direitos de propriedade indígena. Portanto, ao analisar o conteúdo e alcance do artigo 21 da Convenção no presente caso, a Corte levará em conta, à luz das regras gerais de interpretação estabelecidas em seu artigo 29.b, e como fez anteriormente, a referida inter-relação especial da propriedade coletiva das terras para os povos indígenas, bem como as alegadas gestões que o Estado realizou para tornar plenamente efetivos esses direitos. (...) 117. Por outro lado, o Tribunal recorda sua jurisprudência a respeito da propriedade comunitária das terras indígenas, segundo a qual se dispõe inter alia que: **1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado; 2) a posse tradicional confere aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 3) os membros dos povos indígenas que, por causas alheias a sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de**

propriedade sobre elas, apesar da falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé; 4) **o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas**; 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros de boa-fé, têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade; 6) **o Estado deve garantir a propriedade efetiva dos povos indígenas** e abster-se de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que ajam com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território; 7) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas de controlar efetivamente seu território, e dele ser proprietários, sem nenhum tipo de interferência externa de terceiros; e 8) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas ao controle e uso de seu território e recursos naturais. Com relação ao exposto, **a Corte afirmou que não se trata de um privilégio de usar a terra, o qual pode ser cassado pelo Estado ou superado por direitos à propriedade de terceiros, mas um direito dos integrantes de povos indígenas e tribais de obter a titulação de seu território, a fim de garantir o uso e gozo permanente dessa terra.**"

4 CONCLUSÃO

Percebe-se uma clara divergência entre as posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Enquanto o STF rompeu com a teoria do indigenato, adotando a teoria do fato indígena para delimitar um marco temporal de posse de terras indígenas, a CorteIDH reconhece a o direito à propriedade dos povos indígenas e não somente a posse.

Dessa forma, imperiosa a necessidade de um diálogo entre as cortes para garantir efetivamente os direitos fundamentais dos povos indígenas, respeitando-se, principalmente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a Convenção 169 da OIT e o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e assim, reconhecer a propriedade às comunidades indígenas.

5 REFERÊNCIAS

- 1 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
- 2 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>
- 3 (PAIVA, Caio. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 170.)
- 4 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf

OS DIREITOS SOCIAIS E A ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL EM TEMPOS DE NEOLIBERALISMO

FILIFE EWERTON RIBEIRO TELES:

Acadêmico do Curso de Graduação em Direito. Universidade Regional Do Cariri - URCA (CE).

Resumo: Este artigo tem por finalidade discorrer sobre os direitos sociais e sua imbricação com a assistência social em tempos de neoliberalismo. Os direitos sociais são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. A Constituição Federal de 1988 reitera esses direitos de forma clara e concisa. Inclui também a Seguridade Social que traduz expresso o direito à Saúde, Previdência e Assistência Social. Neste enfoque a Assistência Social tem por objetivo garantir os mínimos sociais, vigiar e proteger os direitos de cidadania e dignidade. Com isso a Assistência Social enquanto política pública de direito pode contribuir como um instrumento importante para efetivação dos direitos humanos na perspectiva da universalização do acesso aos bens e serviços.

Palavras chave: Assistência Social. Direitos Sociais. Política Social.

Abstract: This article aims to discuss social rights and its overlap with social assistance in times of neoliberalism. Social rights are rights inherent to all human rights, race, sex, nationality, ethnicity, language, religion or any other condition. The Federal Constitution of 1988 reiterates the rights in a clear and concise manner. It also includes Social Security which translates the right to Health, Social Security and Social Welfare rights. This approach to Social Assistance aims to guarantee social rights, monitor and protect the rights of citizenship and dignity. With this, Social Assistance as a public policy of law can constitute an important instrument for the realization of human rights in the perspective of universal access to goods and services.

Keywords: Social Assistance. Social rights. Social Policy.

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípios constitucionais; 3. Estado democrático de direito; 4. Dignidade humana; 5. Universalidade, igualdade e seletividade; 6. Descentralização e participação popular; 7. Reserva do possível; 8. A Proibição do Retrocesso; 9. Segurança Jurídica; 10. Uniformidade e Diferenciação

regional; 11. Proporcionalidade ou proibição de excessos; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Desde o fim da Primeira Guerra Mundial (1918), vimos o aumento acentuado de problemas relacionados a questões sociais e os países começaram a sentir a necessidade de reconfigurar suas funções, principalmente em relação a encargos ligados às políticas econômicas e sociais. No Brasil, a construção da proteção social estatal, remonta aos anos 1930, mostrando que a regulação do Estado brasileiro, no campo das políticas sociais, tem, historicamente, se efetivado mediante programas e ações fragmentadas, eventuais e descontínuas (SILVA, YASBEK, GIOVANNI, 2008).

A histórica e profunda concentração de renda decorrente dos modelos de desenvolvimento econômico adotados ao longo da construção do capitalismo industrial no Brasil e a sobre-exploração da força de trabalho vêm se aprofundando, apesar da adoção de um conjunto amplo de programas sociais que são marcados por um caráter essencialmente compensatório, pouco contribuindo para amenizar as condições de pobreza e largo contingente da população brasileira. Isso ocorre apesar do volume elevado de recursos aplicados e da grande quantidade e variedade de programas (DRAIBE et al 1995; DRAIBE, 1990).

Esse sistema tem situado, historicamente, a população beneficiária no campo do não direito ou da cidadania regulada, deslocando o espaço do direito para o terreno do mérito, além de servir como instrumento para a corrupção, demagogia, fisiologismo e clientelismo político. Por conseguinte, Silva, Yasbek e Giovanni (2008) asseveram que, enquanto economia subdesenvolvida, o Brasil não conseguiu construir uma sociedade salarial, nem o que se convencionou denominar de Welfare State, o que marcou as sociedades salariais dos países desenvolvidos. Há que se considerar, todavia, que o processo de rearticulação da sociedade civil brasileira, que marcou os anos 1980, colocou em pauta a luta política por direitos sociais básicos.

Nesse contexto de efervescência popular, é destacada a questão da cidadania, cujo marco foi a ampliação dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, que introduziu a noção de Seguridade Social. Ampliam-se os deveres do Estado para com os cidadãos bem como se vivencia maior visibilidade política e acadêmica sobre as questões sociais (SILVA, YASBEK, GIOVANNI, 2008). O discurso popular, que coloca a necessidade do resgate da dívida social, é apropriado pelo Estado. Parece que se estava caminhando para a possibilidade de universalização de direitos sociais básicos, com garantia de mínimos sociais. Todavia, a partir dos anos 1990, com a crise fiscal do Estado e a opção do Governo brasileiro pelo projeto neoliberal, no plano da intervenção estatal, foram impostas limitações para os programas sociais, acompanhadas do desmonte dos direitos sociais conquistados, o que se concretizou nas reformas da Constituição Federal de 1988.

Estamos, por conseguinte, no contexto de profunda crise do padrão intervencionista do Estado, constituído nos anos 1930 e aprofundado durante o período da Ditadura Militar, com maiores consequências para a área social. Como já foi dito, mesmo durante a vigência do padrão intervencionista do Estado brasileiro, não chegamos a construir um Estado de Bem-Estar Social, pautado pela cidadania. O mais grave é que, mesmo com a redemocratização da sociedade, a possibilidade de constituição de um Estado de Bem-Estar Social, orientado pela cidadania, é colocada na contramão da história, com o estabelecimento da hegemonia do projeto neoliberal. Chega-se, portanto, ao início do século XXI, com um Sistema de Proteção Social marcado pelos traços da reforma dos programas sociais, sob a orientação de organismos internacionais como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, expresso pela descentralização, privatização e focalização dos programas sociais. Os programas de transferência de renda têm-se tornado fundamental como política social em muitos países com elevado número de famílias pobres, cujo objetivo é o de criar uma rede de proteção social para as populações mais carentes. Todavia, muitos países ricos também já adotaram ou ainda possuem programas que transferem recursos para famílias que vivem num determinado patamar de pobreza (AFONSO, 2006).

O modelo de proteção existente na América Latina, desde a década de 1930 até a década de 1970, baseava-se no emprego formal que garantia aposentadorias, pensões e benefícios por acidentes de trabalho e assistência à

saúde, tendo como pré-requisito a contribuição prévia. Os não contribuintes dependiam da assistência social. Os programas de transferências monetárias foram criados sem este vínculo. Além disso, os programas estabeleceram condicionalidades com o intuito de elevar os níveis de educação, reduzir a evasão escolar e o trabalho infantil e, também, melhorar os indicadores de saúde e nutrição. Nos países que apresentam o programa, os mesmos não têm necessariamente a mesma formatação. Todavia, os seus beneficiários são focalizados nas famílias extremamente pobres ou pobres, com crianças ou adolescentes. No Brasil, programas de transferência de renda nos moldes estrangeiros, foram criados, inicialmente, em alguns municípios e estados a partir de 1995.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em sua tese de doutorado em Políticas Públicas, intitulada “POLÍTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: releitura de uma constituição dirigente” Gonçalves (2005) registra e elenca alguns princípios que regem constitucionalmente as políticas sociais, os quais são elencados sucintamente:

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em fins do século XVIII e durante o século XIX, o liberalismo econômico trouxe à tona o modelo do Estado de Direito para fazer frente ao absolutismo. De maneira bem simples, tinha como objetivo conformar os poderes públicos aos ditames da lei. No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988, segundo as diretrizes do constitucionalismo atual, integralizou, no caput do seu artigo 1º, um novo paradigma – Estado Democrático de Direito –, a partir das seguintes configurações: trata-se de um Estado estruturado no interior de uma Constituição que redefine o pacto político, reiterando a primazia de homens e mulheres no seu cotidiano histórico. Daí a relevância dada aos direitos fundamentais, a partir da noção jus política da dignidade humana; o Estado Democrático de Direito deve visar, por conseguinte, à garantia dos direitos fundamentais, contemplando as liberdades individuais, assim como os direitos sociais e políticos enquanto conquistas da sociedade, e não como favores do Estado. nesse tipo de configuração constitucional, não há prevalência entre as mediações dos direitos fundamentais; todas são igualmente importantes e

interligadas. o pluralismo, enquanto possibilidade de manifestação das diferenças, é também traço marcante do Estado Democrático de Direito. a atualidade dos direitos fundamentais sociais, no interior do Estado Democrático de Direito, impede que a Constituição seja instrumento legal a serviço de poucos.

Desse modo, o diálogo e as lutas políticas não restam esmorecidas, mas podem verdadeiramente alargar-se. Em suma: o Estado Democrático de Direito exige que a Constituição simultaneamente assegure: a separação de poderes; a garantia dos direitos fundamentais (individuais, sociais, coletivos, políticos e difusos); a possibilidade de participação popular não apenas nos certames eleitorais, mas também na própria gestão e controle das políticas públicas; e, ainda, a multiplicidade de meios de tutela dos direitos fundamentais. Enfim, o Estado Democrático de Direito é princípio cuja existência facilmente depreende-se da Constituição e, nela, portanto, deve encontrar mecanismos de sua própria eficácia.

4. DIGNIDADE HUMANA

A Constituição Federal de 1988 principia sua normatividade (artigo 1º, III), estabelecendo, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. É certo, por conseguinte, que bastaria esse comando constitucional para que estivessem, em igual medida, garantidas as necessidades humanas básicas, haja vista que a dignidade não é, no interior do sistema constitucional brasileiro, qualidade ou atributo de alguns, fixada por discussões meta-jurídicas; expressa-se e materializa-se, antes e acima de tudo, pelo conjunto dos direitos fundamentais. Com efeito, a dignidade humana ou conjunto dos direitos fundamentais não representam meras abstrações legislativas; antes pelo contrário, traduzem os carecimentos cotidianos de homens e mulheres inseridos em seus contextos históricos. Em outros termos isso quer dizer: Em primeiro lugar a dignidade da pessoa é da pessoa concreta na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível, e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege (MIRANDA, 2000, p.184).

De toda sorte, cumpre verificar que a imensa dívida social brasileira, assim como os longos anos de instabilidade institucional (Estado Novo, Regime Militar de 1964), impeliram o constituinte, sobretudo através das demandas populares, a explicitar o conteúdo constitucional da dignidade humana. Defende-se, aqui, portanto, que as necessidades humanas básicas e os meios materiais para sua consecução, estabelecem o perfil da dignidade humana no interior do constitucionalismo brasileiro (GONÇALVES, 2005). Lembremos ainda que as diversas mediações da luta política, no plano infraconstitucional, podem alargar o conteúdo da dignidade – o que tende a ocorrer –, não, contudo, reduzi-lo. Essa, portanto, é a proteção que a Carta de 1988 assegura a todos.

5. UNIVERSALIDADE, IGUALDADE E SELETIVIDADE

A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 194, I, III, respectivamente, consagrou os princípios da universalidade de cobertura e de atendimento, assim como da seletividade e da distributividade dos benefícios e serviços. Pois bem, os princípios da não contrariedade das normas constitucionais e da harmonização, ou concordância prática, impõem ao tema a seguinte reflexão proposta por Gonçalves (2005): A Carta Política de 1988, transmuta as necessidades humanas básicas em direitos fundamentais, o que, por via reflexa, desconstitui a ideia de favor, de caridade ou concessão que fortemente marcou – e, em alguns casos, ainda marca – as políticas sociais no Brasil. Desse entendimento, decorre que as necessidades humanas básicas, enquanto mediações dos direitos fundamentais, são igualmente atingidas pelo princípio da universalidade.

Contudo, citado princípio, enquanto mandato de otimização, submetete-se a ponderações e, por conseguinte, não se constitui enquanto comando absoluto. Ou seja: universalidade significa que todos têm direito e deveres e, bem por isso, são sujeitos de direito constitucionalmente reconhecidos. Contudo, o próprio princípio da igualdade relativiza o conteúdo e o alcance da universalidade, já que traz à tona o dever de serem estabelecidas diferenças entre pessoas e grupos que se encontrem em determinadas situações fáticas desfavoráveis ao exercício dos direitos fundamentais. Feitas essas considerações, evidencia-se que: Todos têm todos os direitos e deveres – princípio da universalidade; todos (ou, em certas condições ou situações, só alguns) têm os mesmos direitos e deveres – princípio da igualdade. O princípio

da universalidade diz respeito aos destinatários da norma, o princípio da igualdade ao seu conteúdo (MIRANDA, 2000, p. 215).

Deste modo, o princípio da universalidade das políticas dos direitos fundamentais sociais tem, assim, seu alcance relativizado pelo princípio da igualdade que suscita, deste modo, o direito à diferença e o dever de estabelecê-la, enquanto instrumento de redução das desigualdades regionais e sociais (artigo 3º, III da Constituição Federal). O princípio da universalidade não significa, por exemplo, que todos tenham acesso a todos os benefícios e serviços da assistência social, de moradia básica, de distribuição de livros e de merendas escolares, além do ensino fundamental, de alimentos, ou de suplementação nutricional. O princípio da igualdade focaliza necessariamente os destinatários desses programas sociais, a fim de que possa se efetivar a redistribuição de riquezas e, por via reflexa, a ruptura das desigualdades regionais e sociais, de acordo com o que estabelece, por exemplo, o artigo 3º, III da Constituição Federal.

Embora muitos possam ser os meios seguidos pelas políticas públicas para alcançarem esse escopo, uma observação é determinante: seletividade e distributividade dos benefícios e serviços (artigo 194, III da Constituição) devem ser interpretados enquanto focalização e não como políticas residuais, ou seja, políticas sociais que, em seu conjunto, a médio e longo prazos, não visem à redistribuição de riquezas, mas contentem-se *ad infinitum* em distribuir prestações mínimas, incapazes de restituir autonomia aos beneficiários através da satisfação de suas necessidades humanas básicas (GONÇALVES, 2005).

6. DESCENTRALIZAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POPULAR

O Texto Constitucional mantém, hoje, não obstante, os impactos da globalização, sua centralidade enquanto Estatuto Político não apenas do governo, mas também da sociedade civil. Entretanto, não se pode deixar, aqui, de mencionar que o constitucionalismo recebe, agora, muito mais que antes, influxos da ordem internacional – notadamente no que concerne aos direitos humanos –, assim como dos poderes locais, levando, nesse último caso, a execuções de políticas sociais bem mais descentralizadas, visando torná-las, pois, participativas.

No que tange à descentralização, referido princípio acha-se consagrado na Carta de 1988, quando, por exemplo, o Texto Constitucional confere aos Municípios status de unidade político-administrativa autônoma (artigos 1 e 18 e respectivos, caput). Acha-se igualmente contemplada a descentralização na disciplina constitucional das políticas de saúde (artigo 118, I), de assistência social (204, I), de educação (ensinos infantil e fundamental, prioritariamente implementados pelos municípios e ensinos fundamental e médio de competência sobretudo dos Estados Membros e do Distrito Federal (artigo 211, parágrafos 2 e 3, sem prejuízo, por certo, das demais políticas sociais (moradia, alimentos, geração de emprego e renda etc.) que se constituem também em competências comuns da União, dos Estados Membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Até fins do século XVIII, o constitucionalismo revolucionário reinante era inspirado na ideia de que a lógica da racionalização, legado do Iluminismo, propiciaria justiça e equidade, de acordo com as disposições das leis. Não obstante, a participação popular, aí, contentava-se basicamente com o processo eleitoral e com a garantia dos direitos políticos. Por outro lado, as experiências do socialismo racionalizaram ainda mais o poder, reiterando a prevalência da burocracia estatal sob o conjunto da sociedade civil. Hoje, contudo, a ideia de pluralismo, enquanto espaço e possibilidade concreta de exercício e discussão das diferenças, passa a ser a marca de políticas sociais que desejam se ver livres das amarras do autoritarismo. Concordamos com Gonçalves que a ideia não é defender que o Estado se desvincule de suas obrigações sociais, nem se pretende tomar o termo “participação popular” e solidariedade enquanto encarecimento exagerado da sociedade civil, no interior da qual, aliás, historicamente tem se produzido sérias violências e exclusões. O Estado, portanto, deve continuar sendo ente privilegiado na gestão das políticas dos direitos fundamentais sociais, sob pena de se trocar a conquista dos direitos por favores e, bem por isso, o dever jurídico pela consciência moral de cada um, revivendo-se, desse modo, a total exclusão imposta pelo individualismo liberal.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, consagra a descentralização político-administrativa. Em um país com grandes dimensões geográficas e marcantes diferenciações culturais, tal opção não apenas é benéfica, mas

também necessária. Ou seja: como se pode, a partir de uma concepção democrático-pluralista, admitir, por exemplo, que políticas de moradia, alimentação, educação e até mesmo de saúde desconheçam a realidade histórica das comunidades locais? O costume, por conseguinte, torna-se valor constitucional a ser observado sobretudo pelos Poderes Executivo e Legislativo na implementação, gestão e avaliação das políticas sociais. O dito acima nos leva a perceber que a participação popular depende da descentralização político-administrativa, isto é: estando o poder mais próximo do cotidiano das pessoas, em tese, mais facilmente se estabelece o diálogo entre sociedade civil e Estado.

A necessidade de participação da sociedade civil no conjunto das políticas públicas trouxe à tona a noção de um constitucionalismo moralmente reflexivo, ou seja: Um dos desafios com que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo, consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente, mais ineficaz, através de outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade – onde não se realizou – nas condições complexas da pós-modernidade. Nessa perspectiva, certas formas de “eficácia reflexiva” ou de “direção indireta” – subsidiariedade, neocorporativismo, delegação – podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que, reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do princípio da responsabilidade, apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil. Além disso, devem-se considerar superadas as formas totalizantes e planificadas globais abrindo caminho para ações e experiências locais (princípio da relevância), e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância) (CANOTILHO, 2001).

Realmente não se pode supor uma Constituição democrática e pluralista que não privilegie e dê relevância à participação popular e à descentralização política. Contudo, reitere-se: a sociedade civil não é o melhor dos mundos; ela é produto e, ao mesmo tempo, tem reproduzido também inúmeros espaços de intolerância e de exclusão; por conseguinte, a sociedade civil pode e deve dialogar com as instâncias do poder estatal, assim como controlar políticas públicas e realizar de forma autônoma ações e programas sociais; não deve, contudo, ser a substituta do Estado no seu mister de prover e de garantir que todos tenham acesso aos direitos fundamentais sociais (GONÇALVES, 2005).

7. RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível apresenta-se basicamente com as configurações de um princípio instrumental, ou seja, constitui-se enquanto mecanismo jurídico de aferição de constitucionalidade das políticas dos direitos fundamentais sociais. Ora, o que a sociedade pode esperar razoavelmente, no que concerne aos serviços sociais e bens que lhes sejam disponibilizados, condiciona-se, de um lado, ao grau de desenvolvimento econômico-social do país e, de outro, às opções políticas realizadas tanto pelos poderes públicos quanto pela sociedade civil. Cuidando-se de país economicamente desenvolvido, que tenha optado por políticas sociais baseadas no modelo Institucional Redistributivo, o princípio aqui estudado aproxima-se da universalização. Em outros termos: satisfeitas as necessidades humanas básicas de todos, os serviços sociais vão se generalizando para o conjunto da sociedade. Tal possibilidade, hoje, é mais restrita, considerando-se tanto os condicionantes fiscais quanto – e sobretudo – os influxos do neoliberalismo.

O aspecto, aqui, suscitado, isto é, a universalização dos programas sociais do governo, é, contudo, uma dimensão muito mais política do que constitucional, sob pena de se configurar um Estado Social Totalitário que acabe por rechaçar a própria autonomia dos indivíduos e da sociedade civil como um todo (GONÇALVES, 2005). Ocorre, porém, que a reserva do possível é imposição constitucional, isto porque as necessidades humanas básicas, ou seja, os direitos fundamentais sociais, constituem o limite mínimo da reserva do possível, abaixo do qual podem se configurar situações de inconstitucionalidade. Assim, limitações de recursos não podem justificar que o Estado deixe de prestar serviços básicos de saúde aos que não podem pagar ou que deixe ao relento, expostas à desnutrição, pessoas que perambulam pela rua; que não garanta acesso à Justiça, à previdência social, ao ensino fundamental; que não fomenta programas de assistência à maternidade, à infância, aos adolescentes, aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que necessitem de serviços sociais enquanto garantia de dignidade.

No que tange às necessidades humanas básicas, a reserva do possível é muito mais garantia de dignidade do que de escusas dos poderes públicos. Em suma: somente acima do paradigma das necessidades básicas, cabe ao Legislativo, Executivo e à sociedade civil definirem a reserva do possível.

8. A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

É importante lembrar que o princípio em epígrafe é, acima de tudo, um avanço na busca de patamares mais justos e dignos de vida material. A proibição do retrocesso impede que direitos sociais já disciplinados e garantidos pela legislação infraconstitucional e implementadas através de ações e programas de políticas sociais sejam, ao livre-arbítrio dos Poderes Públicos, extintos, configurando o vácuo do direito. Referido princípio, desse modo, decorre da segurança jurídica enquanto um dos direitos fundamentais (artigo 5º, caput) que, hoje, diversamente do constitucionalismo liberal, não contempla apenas as mediações do direito de propriedade, mas ampara também as necessidades humanas básicas, sobretudo dos mais necessitados. É dizer-se: a segurança que emana das constituições é garantia que deve ser compartilhada verdadeiramente por todos. É garantia, portanto, do próprio princípio democrático. Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, a consagração do princípio da democracia econômica, social e cultural abarca várias refrações:

a) constitui uma imposição constitucional dirigida aos órgãos de direção política e da administração ativa em geral, no sentido de desenvolverem atividades conformadoras e transformadoras no domínio econômico, social e cultural, de modo a evoluir-se para uma sociedade democrática cada vez mais conforme aos objetivos da democracia social [...];

b) representa uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político constitucional adotarem medidas necessárias a evolução da ordem constitucional, sob a óptica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma justiça social;

c) implica a proibição do retrocesso, subtraindo à livre e oportunística disposição do legislador a diminuição dos direitos adquiridos, em violação do princípio de proteção e confiança e de segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural (ex.: direito de subsídio de desemprego, direito a prestações de saúde, direito a férias pagas, direito ao ensino, etc) (CANOTILHO, MOREIRA, 1991). Especialmente no Brasil, para quebrar a lógica do favor em substituição ao direito, o princípio da proibição do retrocesso reitera que os direitos fundamentais sociais são garantias da Constituição que, no caso brasileiro, foi confeccionada inclusive com a participação de amplos segmentos

populares. **Os direitos fundamentais sociais, bem por isso, não são concessões paternalistas de governos, mas sim imposições constitucionais.** Ou seja: a legislação brasileira que garante, por exemplo: o Sistema Único de Saúde; o ensino fundamental; a bolsa escola e a erradicação do trabalho infantil; o seguro desemprego; o fundo de garantia por tempo de serviço; condições de segurança e higiene no trabalho; previdência social; benefícios de prestação continuada para pessoas idosas e portadoras de deficiência que não possam manter seu sustento de forma autônoma ou com auxílio da família e a assistência jurídica pública.

São Legislações que podem ser alteradas, mas não revogadas, sem que, em seu lugar, promulguem-se novos dispositivos legais e programas de políticas públicas que continuem a preservar os direitos fundamentais sociais já disciplinados e implementados.

Assim, o sentido do princípio da proibição do retrocesso não é engessar a argumentação e os espaços democráticos, mas garantir, com segurança, condições materiais básicas para que a democracia não seja prerrogativa de alguns, especialmente hoje, quando as necessidades do pluralismo político desarticulam as noções de homogeneidade ideológica. Atente-se, por conseguinte, que o princípio da proibição do retrocesso, que decorre das configurações do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, caput da Carta de 1988), assim como do princípio da segurança jurídica (artigo 5º, caput), visa a garantir a identidade do núcleo básico da Constituição, ou seja, os direitos fundamentais. A proibição do retrocesso, contudo, é um princípio passível de ponderação motivada do legislador, e não um direito absoluto (GONÇALVES, 2005).

9. SEGURANÇA JURÍDICA

É claro que o caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ao consagrar a segurança como um dos direitos fundamentais, contempla também o direito à segurança enquanto garantia de integridade física e do próprio direito à vida. Em se tratando das políticas sociais, contudo, a segurança jurídica, como já explicitado, aponta para a satisfação das necessidades humanas básicas, cujo eixo fundante decorre e, ao mesmo tempo, conforma o perfil jurídico da dignidade. Mais que isso, a segurança jurídica,

sob o viés das políticas sociais, não visa restringir o pluralismo, o confronto ideológico ou a possibilidade de mudanças, antes pelo contrário, busca garantir que o debate, a interlocução e a luta política sejam realizados em bases materiais nos quais, todos, de forma estável, disponham de possibilidades concretas para o exercício da autonomia. A segurança que o núcleo dos direitos fundamentais sociais impõe é garantia, por conseguinte, de que a democracia não será confundida ou inteiramente identificada com as posições políticas de uma maioria que, eventual e transitoriamente, assuma a condução das políticas sociais. A segurança jurídica, por via reflexa, garante que, no plano das políticas públicas, maiorias e minorias participem do processo democrático, cujos requisitos formais, e as condições materiais para seu exercício, encontram-se já garantidos pela dicção constitucional dos direitos fundamentais. A democracia tem como suporte ineliminável o princípio majoritário, mas isso não significa qualquer "absolutismo da maioria" e, muito menos, o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias (CANOTILHO, 1998).

Enfim, a segurança jurídica é princípio que, ao preservar as regras dos direitos fundamentais, não só das oscilações político-partidárias, mas também do próprio poder reformador (artigo 60, parágrafo 4º), propicia fecundos espaços para que a diversidade e o pluralismo político não destruam a identidade constitucional arduamente conquistada com o processo de redemocratização política do país que propiciou, inclusive, a participação de amplos movimentos populares na Constituinte de 1987/1988: Cumpre lembrar que a função precípua das assim denominadas 'cláusulas pétreas' é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isto se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc III, da CF).

10. UNIFORMIDADE E DIFERENCIAÇÃO REGIONAL

O sistema federativo brasileiro estabelece certas particularidades no que tange à formulação e à execução de políticas sociais, ou seja, o princípio da uniformidade obriga a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios a não criarem diferenciações desarrazoadas entre as unidades federadas ou entre regiões e áreas geográficas do país. Tudo isso decorre, enfim, do princípio da igualdade que é parte integrante da própria estrutura jurídica do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, caput da Constituição Federal). Tal princípio impõe que os benefícios pecuniários pagos pela União, em decorrência de programas de políticas sociais (benefícios da assistência e previdência social), sejam uniformes em todo território, haja vista o padrão unificado do salário mínimo, fixado por força do artigo 7º, IV, da Carta Política de 1988.

Ou seja: se o salário mínimo que, constitucionalmente, visa à satisfação das necessidades básicas do trabalhador e de sua família (artigo 7º, IV), é unificado, as prestações pecuniárias decorrentes de programas federais de assistência social que objetivam auxiliar necessidades básicas, devem, por força da Constituição, ser também uniformes. Lembre-se, contudo, que a ilustração aqui esboçada é apenas um esforço retórico para explicitar o tema, já que não se admite a vinculação do salário mínimo para quaisquer fins (artigo 7º, IV) e, por conseguinte, podem haver programas sociais que paguem pecúnia abaixo do valor salário mínimo, sem que, sob esse aspecto, haja censura de inconstitucionalidade (GONÇALVES, 2005).

Por outro lado, deve-se observar que as diferenciações regionais, econômico-financeiras e culturais do extenso território brasileiro, de acordo com o que já foi inclusive analisado, ao se cuidar da descentralização e da participação popular, vinculam constitucionalmente (por exemplo, artigos 3º, III e 170, VII) os Poderes Públicos a ultrapassarem as diferenças econômico-financeiras que produzem entre regiões e áreas do território brasileiro agudas injustiças sociais. Não se cuida, contudo, de

desconstituir as diferenças regionais que decorram da diversidade cultural; essas, aliás, devem ser preservadas até por força do pluralismo e do regime democrático assegurados pela Constituição de 1988.

11. PROPORCIONALIDADE OU PROIBIÇÃO DE EXCESSOS

Segundo Gonçalves (2005) não existem direitos – nem mesmo os fundamentais – absolutos, haja vista que esses podem estar em conflito entre si ou em colisão com outros bens constitucionalmente protegidos. Isso quer dizer que o direito de expressão de alguém pode conflitar, por exemplo, com o direito à proteção da honra de outrem, cabendo, por conseguinte, a limitação circunstancial e motivada do primeiro. A própria focalização (restrição) que a lei pode compor, no que concerne a alguns programas sociais em virtude das limitações financeiras do Estado – e, portanto, do interesse público –, também representa uma forma de ponderação do legislador, restritiva da abrangência de direitos fundamentais sociais. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se valeu do princípio da proporcionalidade, concretizando, assim, a ponderação entre bens e direitos constitucionalmente protegidos. A título de exemplo, cite-se: Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário de lucros. Logo, determinada lei não é inconstitucional pelo fato de só dispor sobre critérios de reajuste de mensalidades das escolas particulares. (ADIN nº 319/DF).

Assim, o princípio da ponderação ou da proibição de excessos é de relevante importância, pois impõe que restrições a direitos, inclusive aos direitos fundamentais, contêm embasamento objetivo, necessário, adequado, racional e, por via reflexa, não arbitrário. Seria o mesmo que dizer: não basta apenas alegar insuficiência de recursos financeiros para restringir direitos fundamentais sociais, é preciso, antes e acima de tudo, poder demonstrar, objetivamente, a situação financeira que justifique o resultado de uma determinada ponderação realizada no interior de uma lei restritiva do alcance ou do conteúdo de um direito fundamental social.

Por conseguinte, em face dos citados princípios que devem configurar as políticas dos direitos fundamentais sociais, ressalta-se que tais políticas, por força da Constituição de 1988, devem alicerçar-se simultaneamente nos seguintes padrões: Padrão Inclusivo: Ou seja, políticas sociais, notadamente as que concernem a direitos fundamentais, devem estar atreladas à finalidade de incluir o imenso contingente de pessoas que não têm satisfeitas suas

necessidades humanas básicas (artigos 1, III, 3º, III, 170, VII e 193 da Constituição brasileira). Um exemplo é a credencial que a Carta de 1988 confere às políticas sociais que focalizam, sem tornar residual, determinados grupos que se encontram em situações materiais desfavoráveis à concretização da dignidade humana. Aliás, é preciso perceber, de outro lado, que as políticas públicas dos direitos fundamentais como um todo devem apresentar, ainda, programas e ações capazes de rechaçar discriminações de quaisquer natureza; permitindo, com efeito, que o exercício das diferenças, sejam elas de gênero, raça, origem, condições físicas ou mentais, idade, orientação sexual, não legitime violências e intolerâncias incompatíveis com o teor da dignidade humana (artigo 3º, IV, da Constituição de 1988).

Padrão Participativo : Em um Estado que não é somente social, mas é irrigado também pelos valores da democracia e do pluralismo, as políticas dos direitos fundamentais sociais devem estar atreladas sobretudo à participação popular e à descentralização político-administrativa, sob pena de permitirem que o dirigismo estatal rompa com os contornos do Estado Democrático de Direito constitucionalmente previstos e, em substituição ao diálogo, galvanize a estagnação das políticas públicas. O sentido participativo das políticas dos direitos fundamentais sociais, expresso, por exemplo, no interior do artigo 1º, da Constituição de 1988, é relevante para que, através do controle e das participações populares, o domínio tecnocrata não se sobreponha ao núcleo rígido da Constituição, expresso pelo conteúdo e pelo sentido dos direitos fundamentais.

Padrão Descentralizado: A estrutura federativa do país e a tendência municipalista, expressa na Constituição de 1988, impõem também ao conjunto das políticas sociais um padrão descentralizado, cujo escopo maior é, sem dúvida, permitir a participação popular nos processos de implementação, execução, avaliação e controle dos programas e ações de direitos sociais. Cabe ponderar, contudo, que não obstante os argumentos já inferidos, para a consecução do princípio constitucional da eficiência (artigo 37, caput, da Carta de 1988), a descentralização, respeitadas as particularidades regionais e locais, deve ter suas diretrizes básicas atreladas a uma Política Nacional de Direitos Fundamentais, para evitar desnecessárias superposições de programas. Tudo isso, enfim, deve conduzir o diálogo entre as unidades federadas e, acima de

tudo, a participação popular na concretização do Texto Constitucional (GONÇALVES, 2005).

CONCLUSÃO

É possível através das análises, destacar que a assistência social enquanto política pública de direito é um avanço considerável para a efetivação dos direitos sociais no Brasil. Pois garante, sobretudo o direito à vida com dignidade. Aperfeiçoar os sistemas de promoção e proteção aos direitos sociais permanece como um dos desafios à consolidação das políticas sociais. O grande desafio dos direitos sociais é que estes permaneçam no topo das agendas de luta pelo progresso da humanidade, contudo é indispensável defender e garantir o que já se conquistou. E assim, realmente efetivar todas as propostas já elencadas em leis e declarações, pois se faz necessário fazer com que as intenções realmente se transformem em ações concretas e legítimas pelos estados na efetivação desses direitos aos cidadãos, garantindo desta forma o acesso aos serviços sócio assistenciais e conseqüentemente aos direitos sociais e que realmente o direito à inclusão social seja considerado como um direito social inalienável, instituindo a pobreza como uma forma de violação aos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

AFONSO, J. R. Descentralização fiscal, políticas sociais, e transferência de renda no Brasil. Santiago do Chile: Naciones Unidas CEPAL, 2006 (Publicação Técnica).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra, 1991.

DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: IPEA/IPLAN, Para a década de 90: prioridades e perspectivas de políticas públicas. Brasília: 1990.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. Políticas dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: releitura de uma constituição dirigente. São Luis: Universidade Federal do Maranhão, 2005. Tese de Doutorado.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

SILVA, Maria Ozanira da Silva; YAZBEK, Maria Carmelita (Orgs.). Políticas públicas de trabalho e renda no Brasil. São Paulo, Cortez, 2006.

O FEDERALISMO COOPERATIVO COMO PRINCIPAL LIMITADOR JURÍDICO DA GUERRA FISCAL INTERFEDERATIVA

PAULO MARTINS BRASIL FILHO:
Especialista em Direito Tributário.

Resumo. Este artigo tem por objeto precípuo, notadamente à luz do princípio constitucional federativo, explicar a antijuridicidade do fenômeno conhecido como guerra fiscal, campo de disputas entre entes políticos subnacionais, no sentido da provocação do deslocamento de contribuintes ao território respectivo, por meio do implemento de políticas de beneficiamento fiscal desleais outorgadas no âmbito da tributação incidente sobre as operações realizadas em cadeias econômicas de circulação e produção de bens e serviços, visando ao desenvolvimento, claramente forçado, das potencialidades sociais e econômico-financeiras locais e/ou regionais correspondentes, apontando-se, ao final, qual seja, nesta concepção, a melhor medida de uniformização fiscal.

Abstract. The main purpose of this article is to explain, in the light of the federative constitutional principle, the antijuridicity of the phenomenon known as fiscal war, a field of disputes between subnational political entities, states and municipalities, in order to provoke the displacement of taxpayers to the respective territory. through the implementation of unfair tax exoneration policies in the field of taxation on the operations of economic chains of circulation and production, aiming at the clearly forced development of the corresponding local and / or regional economic and financial potentialities, at the end, which is, in this conception, the best measure of fiscal uniformity.

Keywords: War. Tax. Federalism. Cooperative. Value. Added. Pacification

Palavras-chave: Guerra. Fiscal. Federalismo. Cooperativo. Valor. Agregado. Pacificação.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Do Surgimento e Forma de Proteção do Princípio Federativo no Brasil – 3. Do Federalismo Cooperativo como Maior Limite Jurídico à Guerra Fiscal – 4. Da Padronização do Sistema Tributário Brasileiro através do IVA Unificado – 5. Referências.

1. Introdução

É de amplo conhecimento que a carga tributária incidente sobre as operações tributáveis por impostos, em cadeias econômicas de produção e circulação de bens e serviços, no Brasil, está tripartida entre União, Estados e Municípios, entes constitucionalmente competentes para a instituição e cobrança, respectivamente, do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI, em âmbito federal, do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, na esfera de atuação dos Estados-membros, e do Imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN, inserido no campo municipal de tributação, nos termos dos artigos 153, IV, 155, II e 156, III, da CRFB/88.

O modelo, vigente no Brasil, de tributação compartilhada das bases econômicas verificadas nos encadeamentos produtivos e circulatórios contém diversas falhas estruturais, quando o tema é a preservação da unidade política em prol do desenvolvimento do país como um todo, a estabilidade das relações interfederativas, o equilíbrio do desenvolvimento e o bem-estar nacionais.

Isso porque, como se denota das previsões constitucionais dos artigos 155, § 2º, XII, “g”, e 156, § 3º, da CRFB/88, está incluído na própria competência tributária dos entes políticos, em paralelo à instituição e cobrança das espécies tributárias correlativamente delineadas, o poder de, a seu critério e desde que obedecidos os limites magnos, conceder benefícios fiscais referentes aos impostos incidentes sobre as citadas operações.

Ora, se os mecanismos constitucionais de controle da outorga das benesses tributárias, por Estados e Municípios, fossem suficientemente eficazes, não haveria porque discutir sua legitimidade. A problemática se encontra, exatamente, no ponto referente à efetividade da rigidez e eficácia prática das normas constitucionais de limitação à atividade concessiva de bonificações tributárias, notadamente no que tange ao ICMS, por parte dos Estados federados, regras cujo objetivo é vedar o desvirtuamento dos institutos pertinentes à desoneração fiscal, o que não se tem conseguido a contento.

Porque, se, de um lado, a autorização constitucional ampara o intento da legítima política pública de fomento ou desestímulo a determinadas atividades em favor do correto crescimento econômico e equalização de condições

sociais, de outro, a referida admissão fundamenta a utilização dos referenciados institutos abonadores com o fim exclusivo de atrair o deslocamento territorial de contribuintes, seja o de pequeno ou médio poder contributivo, ou o das grandes empresas e incorporações comerciais, para seus domínios geográficos, permitindo que sejam alcançados maiores níveis no produto da arrecadação tributária exatamente em razão do aquecimento econômico regional ou local ocasionado pelo ingresso dos novos empreendimentos.

Tudo isso em detrimento de toda uma outra esfera econômica e social, estadual ou municipal, que certamente restará prejudicada em razão do êxodo massivo de contribuintes ou daqueles economicamente superlativos, atraídos ao exercício de suas atividades no território de outro Estado ou Município, concedente de menores alíquotas ou bases de cálculo, de isenções, remissões ou políticas de creditamento fiscal deslealmente generosas, na correspondente tributação por impostos.

Quanto aos entes desfalcados por força da retirada fiscal, não se fala somente em perda de arrecadação de impostos, na modalidade e esfera de atuação política correspondente, mas em claro decréscimo econômico-social, uma vez que as relações fundadas em operações de compra e venda de mercadorias e em prestação de serviços, travadas entre as organizações empresariais e seus clientes, são geradoras de emprego e renda, e propiciadoras de um fortalecimento e estabilização da economia de âmbito regional ou local, repercutindo diretamente sobre diversos fatores microeconômicos regional ou localmente imanentes, como, por exemplo, nível de confiança para a fixação das condições de concessão de crédito pelas instituições financeiras privadas atuantes nas respectivas esferas federadas, controle de preços de bens e produtos de comercialização eminentemente estadual ou municipal, redução de renda pessoal e familiar, dentre inúmeros outros.

Para além disso, e também em razão da diminuição da força dos cofres públicos respectivos, as próprias condições materiais de melhoramento e manutenção da prestação adequada de serviços públicos em geral, pelo ente subnacional de origem, restarão enfraquecidas, em prejuízo direto ao cidadão usuário, que amargará a impossibilidade de fruir, com adequação, direitos básicos constitucionalmente assegurados, objeto das comodidades que devem ser ofertadas pelo poder público e que são custeadas pelo produto da arrecadação de impostos.

Como, logicamente, nenhum ente político deseja ocupar o polo do perdedor de contribuintes na citada explanação, experimentando os malefícios sobreditos, surge a guerra fiscal, na qual um ente tenta superar o outro na formulação de políticas fiscais mais atrativas, sendo isso permitido pelas próprias lacunas do sistema constitucional de controle das atividades de beneficiamento tributário por entes subnacionais, que, como vaticinado, é estruturalmente disfuncional, e merece ser reformado.

Dada a situação de guerra fiscal travada entre os entes tributantes, sobremaneira no que se refere à desoneração de ICMS (por ser a vertente da guerra fiscal mais cheia de vulnerabilidades jurídicas, na perspectiva ora explorada), gravosa ao ente tributante originário, seus administrados e à República brasileira na condição de ente uno e indivisível (na medida em que, além de tudo, repercute, direta e indiretamente, sobre o próprio equilíbrio do desenvolvimento nacional, porque forçadamente concentradas as condições de progressão socioeconômicas em determinados entes em face de outros), cumpre explicitar quais sejam os principais limites, constitucionais e legais, impostos à prática da mencionada disputa interestadual, dentre os quais se destaca o princípio do federalismo cooperativo.

2. Do Surgimento e forma de proteção do Princípio Federativo no Brasil

A federação, enquanto forma de organização estatal, foi pioneiramente institucionalizada no Brasil com a promulgação da Constituição de 1891, primeira carta constitucional brasileira de caráter republicano.

Antes disso, o Estado Imperial brasileiro, regido pela Constituição outorgada de 1824, tinha adotado a forma unitária de organização estatal, modelo organizativo jamais repetido em outra constituição posteriormente editada, em que pese parcela da doutrina, segundo informa Pedro Lenza (2017, p. 456), entender que as constituições de 1937, 1967 e EC 1/69 consagravam uma "*federação de fachada*".

Na Constituição Federal de 1988, atualmente vigente, o Princípio Federativo não somente resta expressamente consagrado como também figura protegido pelo manto da *cláusula pétrea* explícita do artigo 60, § 4º, I, da CRFB/88, não podendo ser mitigado ou efetivamente abolido da ordem jurídica pátria via emenda constitucional, sob pena de insanável inconstitucionalidade.

Nos claros termos do artigo 1º, da CRFB/88, a federação republicana brasileira é composta pela indissociável união de estados, distrito federal e

municípios, alçados, assim, à condição de entes federativos, dotados de determinadas prerrogativas de atuação interna próprias do regime territorial e político instituído nas federações em geral, como a autonomia administrativa e financeira, e a autorregulação política, observados os limites da carta de regência.

Pela importância, vale colacionar as lições de Marcelo Novelino (2013, p. 699 e 700) a respeito do princípio federativo enquanto modalidade de organização geopolítica introversa, em seus exatos termos:

O termo federação (*foedus, foederis*) significa aliança, pacto, união.

O Estado Federal é formado pela união de entes políticos autônomos dotados de personalidade jurídica de direito público.

Entre as características essenciais de um Estado Federal está a descentralização político-administrativa fixada pela Constituição.

A simples repartição de competências legislativas, por si só, não é suficiente para caracterizar esta forma de Estado, pois a delegação às divisões territoriais, se atribuída por lei infraconstitucional, poderá ser retirada a qualquer momento pelo ente central. Por isso a necessidade de fixação pela Lei Maior.

Certo que a CRFB/88 é o documento que fixa a organização político-administrativa do estado brasileiro (artigos 18 a 33), estabelecendo a repartição das competências materiais e legislativas entre os entes federados, cabe registrar inserir-se o modelo de organização pátria no conceito genuíno de federação, em que os participantes do pacto federativo exercem autonomamente suas competentes atividades, sem ingerências descabidas do ente central, em consonância, apenas, com os postulados pertinentes e limitações impostas pela Lei Maior.

3. Do Federalismo Cooperativo como maior limite jurídico à guerra fiscal

Dessa forma, é correto afirmar que o exercício das competências tributárias pelos entes políticos, o que engloba o próprio poder de não tributar mediante a concessão de benefícios fiscais, deve ser pautado pelos limites da

Constituição Federal, expressos ou implícitos, o que inclui, sobretudo, a normatização oriunda dos princípios magnos, mandados constitucionais de otimização regentes de toda a atuação político-administrativa dos entes federados no Brasil.

Assim, se pode concluir ser o princípio federativo o mais imponente e incisivo limitador das disputas fiscais. Isso, principalmente quando se considera o caráter notadamente cooperativo do federalismo brasileiro, pelo que estampa o art. 23, parágrafo único, da CRFB/88, ao delimitar a colaboração administrativa interpolítica como marca maior da atuação material conjunta de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nesses termos: "*Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*".

A afirmação da prevalência jurídica do princípio constitucional federativo sobre as demais normas de controle da guerra fiscal se justifica não no sentido de que detém maior relevância normativa em face dos comandos explícitos de regras constitucionais específicas, máxime quando considerado o princípio hermenêutico da Unidade da Constituição, mas na medida em que, vencidas as frágeis barreiras propostas pelos mecanismos de controle concreto dos conflitos fiscais, estes necessariamente esbarrarão no dever de preservação da unidade e dos interesses gerais comuns ao Estado brasileiro enquanto pessoa una, isto é, na obediência ao dever de preservação da integridade e indissolubilidade do pacto institutivo em que se funda o Brasil enquanto federação.

Pelo que o federalismo, enquanto forma de organização estatal adotada pelo Brasil, sedimentado na cooperatividade interadministrativa como instrumento de efetuação das competências materiais comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cujo fim é a promoção do equilíbrio do desenvolvimento e bem-estar nacionais, fica alçado à condição de limite maior aplicável à hipótese, do qual, mesmo superadas as regras especiais de regência, face às suas respectivas falhas, não poderia a guerra fiscal escapar sem violar diretamente a presente ordem constitucional.

Não à toa os institutos destinados à proteção do pacto federativo albergam-se sob a autoridade protetiva da cláusula pétrea expressa do artigo 60, § 4º, I, da CRFB/88. É o caso, vale ressaltar de passagem, da imunidade tributária recíproca, que afasta a competência tributária, em impostos, sobre

operações envolvendo patrimônio, renda ou serviços dos entes públicos e entidades alcançadas. Tipo de imunidade subjetiva esta classificada, segundo Ricardo Alexandre (2013, p. 152), como ontologia e essencial à manutenção do próprio equilíbrio federativo.

Sendo possível afirmar que assim como a existência da imunidade tributária recíproca, do artigo 150, VI, "a", da CRFB/88, é medida indispensável à conservação da estabilidade das relações interinstitucionais, a incoerência fática da guerra fiscal, assegurada por uma reformulação constitucional apta a unificar a tributação sobre as operações em cadeias econômicas, também é imprescindível à higidez e manutenção do pacto federativo brasileiro, daí a grandíssima importância de se estruturar uma sistemática de tributação que, por inteiro, suprima as multicitadas disputas.

E a falibilidade prática das medidas constitucionais anti-guerra fiscal em torno do ICMS, por exemplo, fundadas nos artigos 155, § 2º, IV, V, e XII, "g", da CRFB/88, pode ser vislumbrada a partir de uma simplória análise, em tese, do que possivelmente se verifica no campo das deliberações intergovernamentais abonadoras do imposto estadual, nos conselhos fazendários nacionais, senão vejamos.

Mesmo que, por exemplo, as determinações de regulação, via lei complementar nacional, das condições formais de deliberação interestadual para concessão e revogação de isenções, benefícios e incentivos fiscais, ou de fixação senatorial de um teto e de um limite mínimo para as respectivas alíquotas em alguns casos, sejam atendidas, nada impede que, no âmbito do próprio conselho fazendário para deliberação conjunta das condições de beneficiamento em ICMS, as autoridades do executivo dos entes venham a barganhar o implemento de incentivos, firmando conchaves informais paralelos à ata oficial de registro das reuniões, para a combinação de alíquotas, de bases-de-cálculo, de isenções, ou outros, prontos a favorecer a manutenção ou ingresso de novos contribuintes no território fiscal dos entes com maior poder político, que exercem injustas pressões sobre entes economicamente menos influentes, o que frontalmente macula o intento constitucional das medidas de beneficiamento tributário.

Para além dos aspectos diretamente relativos à tutela do ajuste federativo, cabe registrar que oferecer um incentivo ou benefício fiscal, no contexto da guerra fiscal, desprezando todas repercussões detrimen-tosas inerentes, rechaça, também, o postulado constitucional da Isonomia, e respectivo corolário

tributário, Capacidade Contributiva, de fundamento posto no artigo 145, § 1º, da CRFB/88, na medida em que o imposto é desonerado não em função da menor possibilidade econômico-financeira de contribuição, mas exclusivamente para efeito de atração de grandes investimentos privados, violando-se o caráter pessoal dos impostos, um dos princípios gerais do sistema tributário nacional, fixados na Constituição.

Sem prejuízo das violações prefixadas, e em linha com a posição esposada no parágrafo anterior, está a compreensão defendida pela jurista Juliana Gilioli (*On Line*), para quem o fomento fiscal ilegítimo vai de encontro, ainda, ao princípio constitucional geral da segurança jurídica, inclusive em sua acepção subjetiva, o subprincípio da confiança, literalmente: "*Para que um benefício fiscal seja considerado inconstitucional, deve-se analisar não somente como foi concedido (aspectos formais), mas o porquê, por quem, para que e por quanto tempo*".

4. Da Padronização do Sistema tributário nacional através do IVA Unificado

Ao tratar do ICMS em seu curso de direito tributário, Paulo Caliendo (2017, p. 898) tece severas críticas ao sistema brasileiro de tributação das operações com valor acrescido em cadeias econômicas, exercido de forma partilhada, e não concentrado na figura de um único ente tributante.

A análise jurídica dos desdobramentos sociais, econômicos e políticos do fenômeno da guerra fiscal, sob a perspectiva do direito constitucional tributário, remonta, primeiramente, às lições depreendidas do próprio direito fiscal comparado, com base no qual se pode apontar a completa incompatibilidade do regime de tributação de operações econômicas utilizado no Brasil com os anseios de desenvolvimento nacional de qualquer país em ascensão, notadamente daqueles organizados em forma de federação.

Nenhum país considerado economicamente desenvolvido, dentre os integrantes da União Europeia, segundo informa a Comissão Europeia em matéria de Tributação e União Aduaneira (*European Commission on taxation and customs union*) perfilha o molde tributário repartido entre entes federativos, como ocorre no Brasil.

Antes, as nações mundialmente mais bem-sucedidas, em termos fiscais e econômicos, do referido bloco de integração submetem-se a regimento tributário em que a tributação sobre operações em cadeias de produção e circulação de bens e serviços se resume num único imposto, incidente sobre o

valor agregado destacado nas transmissões de bens dotados de importância econômica, denominado Imposto sobre Valor Agregado - IVA (*Value Added Tax* – VAT).

Como deveria ser óbvio às autoridades fazendárias e legislativas do Brasil, o sistema fiscal de tributação compartilhada é extremamente vulnerável a investidas políticas próprias do fenômeno da guerra fiscal. O que significa uma constante iminência de tensão e de eclosão de grave instabilidade política entre as unidades federativas.

Isso porque, como elucidado anteriormente, os atos administrativos e normativos praticados pelos entes, de atuação interna, na guerra fiscal, viciados pelo individualismo e desprovidos de legitimidade social, visam unicamente ao desenvolvimento e bem-estar regional ou local, em prejuízo dos demais, violando a cooperação interfederativa, determinada pela Constituição Federal, em prol do desenvolvimento e bem-estar de âmbito nacional, geral e coletivo, este em privilégio da República brasileira enquanto ente uno e indissolúvel, como clara decorrência do federalismo por cooperação brasileiro, maior e intransponível limite da guerra fiscal.

Ademais, para exemplificar outros desdobramentos detrimientosos, a instabilidade gerada pelos pluricitados conflitos ainda viola o postulado da Isonomia tributária, o respectivo corolário do caráter pessoal dos impostos, e o princípio constitucional geral da segurança jurídica, revelando a clara inoperância funcional, no âmbito especialmente fiscal-tributário, mas de cunho notadamente social e econômico, de órgãos públicos essenciais ao bom desempenho das competências republicanas.

É o que acontece com o Congresso Nacional, omissos em seu dever de complementar a Constituição Federal, em obediência ao respectivo artigo 23, parágrafo único, no sentido de normatizar, em matéria específica de tributação, a atuação coordenada e conjunta dos entes federados para a concretização do programa de desenvolvimento equilibrado e alcance do bem-estar nacional, fim contrário aos efeitos produzidos pela guerra fiscal, como o desperdício de recursos públicos, malversação do patrimônio estatal para a consecução de acordos em conselhos fazendários, desfalques nas burras estatais gerados pela migração de contribuintes e conseguinte redução da qualidade na prestação dos serviços públicos oferecidos pelo ente prejudicado.

O próprio Senado Federal, na qualidade de casa legislativa representativa dos interesses estaduais, tem faltado à sua competência material privativa de

avaliação da funcionalidade do sistema tributário nacional relativamente a seus componentes e estrutura, apontando a necessidade de reformas legislativas e, até, constitucionais correspondentes.

De maneira que, dado todo o exposto, a conclusão mais sensata a ser proferida é no sentido da total falibilidade da sistemática de tributação por IVA tripartido, urgindo reforma constitucional para instituição do IVA nacionalmente unificado, a ser legislativamente criado, cobrado e administrado pela União federal, sob o competente controle interno e externo dos demais entes e seus poderes, redistribuída a parcela do produto da arrecadação cabível a cada pessoa federada, a título de melhor medida de uniformização fiscal para o Brasil, sob pena de subsistentes todos os insustentáveis efeitos da guerra tributária, em prejuízo da Federação brasileira como um todo.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado** / Ricardo Alexandre. - 7. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 fev. 2018.

CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. Editora Saraiva, 2017.

EUROPEAN Commission. EU VAT rules by topic. Disponível em: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic_en>. Acesso em: 01 de agosto de 2018.

GILIOLI, Juliana. **A “Guerra Fiscal” e a Proteção da Confiança**. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/35290>>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**®, 21th edição. Editora Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional** / Marcelo Novelino. - 8ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

BERNARDO MELLO PORTELLA CAMPOS:

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes - Centro/RJ.

RESUMO: A superlotação carcerária é um problema estrutural, como afirmado pelo Supremo Tribunal Federal ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário. Os tribunais vêm tentando encontrar soluções para o enfrentamento do hiperencarceramento. No entanto, as pesquisas demonstram o aumento substancial de pessoas presas. Para isso, a doutrina defende a aplicação do princípio do *numerus clausus*, visando a diminuição da população carcerária e a garantia da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Superlotação; *Numerus Clausus*; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: Overcrowding is a structural problem, as stated by the Federal Supreme Court when declaring the State of Things Unconstitutional of the penitentiary system. Courts have been trying to find solutions for coping with hyper-embarrassment. However, surveys show the substantial increase in prisoners. For this, the doctrine defends the application of the principle of *numerus clausus*, aiming at the reduction of the prison population and the guarantee of the dignity of the human person.

KEYWORDS: Overcrowded; *Numerus Clausus*; Dignity of human person.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O TRATAMENTO DADO PELA JURISPRUDÊNCIA NA SOLUÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA. 3 O PRINCÍPIO DO NUMERUS CLAUSUS. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O índice de superlotação carcerária no Brasil não para de crescer.

É o que demonstra os dados do levantamento realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, no projeto "Sistema Prisional em

números", [que reúne dados, mapas e gráficos](#) sobre as prisões brasileiras com base nas visitas de membros do MP. [1]

Segundo o relatório, o aumento do número de presos e a falta de novas vagas fez crescer o índice de ocupação nas unidades no país.

A taxa em 2017 foi de 172,7%, ante 161,9% no ano passado e 160,7% em 2015.

São mais de 700 mil pessoas atrás das grades para cerca de 410 mil vagas.

A região Norte, proporcionalmente, é a mais afetada pela superlotação carcerária. A região possui capacidade para 30.725 pessoas, porém o número de presos alcança lamentáveis 62.170, obtendo uma taxa de ocupação de 202,34%.

2 O TRATAMENTO DADO PELA JURISPRUDÊNCIA NA SOLUÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Em razão desse problema estrutural e sistêmico, o Supremo reconheceu, no julgamento da ADPF 347, o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

Conforme voto do Exmo. Min. Marco Aurélio:

“Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”,

sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). (ADPF 347, rel. Min. Marco Aurélio. J. 09/09/2015)” [2]

Para enfrentar esse problema estrutural, o STF, através de um ativismo judicial, visando garantir a efetividade dos direitos fundamentais, editou a Súmula Vinculante nº 56 em que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”. [3]

Segundo o entendimento fixado no RE 641.320, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, deve ser observada (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto.

No acórdão, o plenário decidiu que:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão

plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, dar parcial provimento ao extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto; vencido Marco Aurélio, que o desprovia. Em seguida, apreciando o Tema 423 da repercussão geral, fixar tese nos seguintes termos: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto; art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado. (RE 641.320, rel. Min. Gilmar Mendes. J. 11/05/2016)” [4]

Recentemente, o ministro Luiz Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, ao conceder liminar em Habeas Corpus Coletivo, mandou uma unidade

de internação para menores do Espírito Santo reduzir a superlotação para 119%, aplicando o princípio do *numerus clausus*.

Segundo o Ministro:

“7. Para consecução do escopo almejado neste writ coletivo, a impetrante pede a aplicação do princípio do *numerus clausus*, limitando o número de socioeducandos que cumprem a medida socioeducativa de internação à capacidade máxima da UNINORTE, próxima a 119%. Conforme sustentado na inicial, o princípio do *numerus clausus* possui recente aplicação em âmbito internacional, e na ação civil pública envolvendo outra unidade de internação (UNAI), a decisão do juízo singular que estabeleceu, dentre outras medidas, a observância do número máximo de internos, num total de 68 adolescentes, sob pena de multa diária, fora mantida no STF, na Suspensão de Liminar 823/ES, Relator Min. Lewandowski. Com efeito, não há como desconsiderar a questão de fundo, socioeducandos internos da UNINORTE de Linhares/ES, ou seja, grupo de pessoas determinadas ou determináveis, que estão a sofrer constrangimento ilegal, porque convivem em ambiente degradante de superlotação. **A solução apontada, qual seja, aplicação do princípio do *numerus clausus*, para o momento, é a que melhor se ajusta para minimizar e estabilizar o quadro preocupante.** O percentual de 119% é extraído da taxa média de ocupação dos internos de 16 estados, aferido pelo CNMP em 2013. Por ora, por ausência de outros parâmetros, compreendo razoável o índice informado na exordial como a fixação de limite de internos que cumprem a medida socioeducativa de internação na UNINORTE de Linhares/ES. (HC 143.988, rel. Min. Luiz Edson Fachin. J. 16/08/2018)” [5]

3 O PRINCÍPIO DO NUMERUS CLAUSUS

O princípio do *numerus clausus* é um importante instrumento normativo de combate à superlotação carcerária, que possui origem histórica na França. Em 1989, Gilbert Bonnemaïson, deputado do Partido Socialista Francês, encaminhou relatório de modernização do sistema penitenciário ao Ministro da Justiça.

O *numerus clausus* pode ser definido como um princípio ou sistema organizacional o qual a cada nova entrada de uma pessoa no sistema penitenciário deve necessariamente corresponder a uma saída. [6]

O princípio fundamenta-se principalmente na dignidade da pessoa humana e na proibição da tortura. Além disso, os artigos 85, caput, 185 e 66, VI, todos da Lei de Execução Penal, justificam a aceitação do princípio do *numerus clausus*.

O *numerus clausus* possui três modalidades, segundo o professor Rodrigo Roig: [7]

- a) *Numerus clausus* preventivo: vedação de novos ingressos no sistema, com a conseqüente transformação do encarceramento em prisão domiciliar.
- b) *Numerus clausus* direto: deferimento de indulto ou prisão domiciliar àqueles mais próximos de atingir o prazo legal para a liberdade.
- c) *Numerus clausus* progressivo: sistema de transferências em cascata, com a ida de um preso do regime fechado para o semiaberto, ou do semiaberto para o aberto (ou domiciliar), ou ainda para o livramento condicional.

4 CONCLUSÃO

O problema da superlotação carcerária deve ser enfrentado com seriedade. Os dados demonstram um flagrante estado de violência sistêmica e estrutural do sistema penitenciário brasileiro.

Apesar das tentativas do Supremo Tribunal Federal em reduzir o número de encarcerados, os dados do CNMP só demonstram o crescimento da população carcerária.

Assim, a solução mais viável é a adoção e concretização do princípio do *numerus clausus*, afim de cessar as violações aos direitos fundamentais das pessoas presas.

Por fim, vale transcrever a lição de Rodrigo Roig sobre o tema:

“De fato, o País não pode mais prescindir da adoção do princípio ou sistema do *numerus clausus* (número fechado), em que cada nova entrada no âmbito do sistema penitenciário deve necessariamente corresponder à saída de outra pessoa presa, de modo que a proporção se mantenha sempre idêntica, ou preferencialmente em redução.

Na atual conjuntura penitenciária, a adoção do desse princípio ou sistema aparece como instrumento de recondução da execução penal a um *status* de conformidade constitucional, sempre que estiver caracterizada a imposição de encarceramento em condições contrárias ao senso de humanidade. Isso porque não se pode admitir que o interesse do Estado em satisfazer sua pretensão punitiva ou executória justifique a ruptura de direitos fundamentais. E mais, é impensável que o Estado esconda sua ineficiência com o sacrifício dos direitos fundamentais.” [8]

5 REFERÊNCIAS

- 1 <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>
- 2 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>
- 3 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>
- 4 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>
- 5 <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-fachin-hc-coletivo-espirito.pdf>

6 (ROIG, Rodrigo Duque Estrada, **Execução Penal – Teoria Crítica**, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87)

7 (ROIG, Rodrigo Duque Estrada, **Execução Penal – Teoria Crítica**, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 97)

8 (ROIG, Rodrigo Duque Estrada, **Execução Penal – Teoria Crítica**, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101)

A MERCENARIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS

FELIPE WILLIAM SILVA GONÇALVES:

Graduado em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (Sobral/CE). Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

RESUMO: O instituto da responsabilidade civil por danos morais tem sido, modernamente, desviado de suas reais finalidades. Em tese, seria um meio para compensar vítimas de danos extrapatrimoniais, que, realmente, sentiram-se lesadas em sua esfera personalíssima. O que tem ocorrido, no entanto, é a utilização da via judicial com o intuito de conseguir indenizações vultosas por meros aborrecimentos ou danos de não muita relevância, gerando, dessa forma, enriquecimentos sem causa. Não só do oportunismo e da má-fé da parte autora da relação surge o enriquecimento indevido, mas também de uma atuação cada vez mais engessada dos órgãos jurisdicionais, pautados geralmente em precedentes jurisprudenciais que dão prevalência aos danos presumidos e à natureza jurídica punitiva da reparação. Verdadeiras aventuras jurídicas têm ocorrido nas ações de responsabilidade civil por danos morais, demonstrando o desrespeito à boa-fé processual e a necessidade cada vez maior de concretização do princípio cooperativo.

Palavras-chave: Dano Moral. Dignidade da pessoa humana. Natureza jurídica. Mercenarização. Enriquecimento sem causa. Boa-fé. Princípio cooperativo.

ABSTRACT: The Office of liability for punitive damages has been modernly, diverted from their real purposes. In theory, it would be a means to compensate victims of off-balance sheet damage, which really felt aggrieved in his highly personal sphere. What has happened, however, is the use of the judicial process in order to get compensation for bulky mere annoyances or damages of not much relevance, generating thus unjustified enrichment. Not only opportunism and bad faith on the part of the author regarding the unjust enrichment also appears, but an increasingly plastered actions of courts, usually guided by precedents that give precedence to presumed damages and punitive legal nature of the repair . True adventures have occurred in the legal actions against liability for punitive damages, showing disrespect for procedural good faith and the growing realization of the need for cooperative principle.

Keywords: Moral Damage. Human dignity. Legal nature. Mercenarização. Unjust enrichment. Good faith. Cooperative principle.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DEFINIÇÃO DOS DANOS MORAIS. 3. NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO. 4. OS MEROS ABORRECIMENTOS E A RELEVÂNCIA DO DANO MORAL. 5. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL. 6. A PROBLEMÁTICA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dos prismas do Direito que mais reflete na vida das pessoas. A noção de responsabilidade está atrelada ao descumprimento de um dever de conduta ou da quebra de uma relação contratual. Um dos seus elementos essenciais consiste exatamente no dano provocado pela violação a essas regras. Em virtude dessa lesão, que inclui a esfera moral dos indivíduos, busca-se uma reparação, isto é, o restabelecimento do estado normal das coisas.

Não sendo possível, no caso de danos à esfera personalíssima do sujeito, uma perfeita restituição ao *status quo ante*, a resolução da pretensão reparatória em dinheiro se tornou a solução primeira. As pessoas, nesse contexto, infelizmente, criaram o hábito de levar à tutela jurisdicional todo e qualquer conflito, pondo como fim imediato o aumento do patrimônio com o pagamento de indenização, e deixando em segundo plano a reparação dos possíveis danos que vieram a sofrer, se é que realmente existentes.

Diante da indeterminabilidade do conceito, e da carga de subjetividade que recai sobre ele, cada vez mais difícil tem se tornado a tarefa de quantificar o dano moral em dinheiro. A quantificação, atendendo a parâmetros legais e jurisprudenciais, é o ponto de partida para que se possam evitar pretensões temerárias de reparação, que visem tão somente ao enriquecimento sem causa.

A problemática, entretanto, vai mais além do *quantum* indenizatório, recaindo sobre a própria natureza jurídica da reparação por dano moral. Entender a alocação do instituto no ordenamento jurídico é fundamental para

compreender o escopo dessa reparabilidade, para, a partir daí, buscar-se evitar a mercenarização do instituto.

2. DEFINIÇÃO DOS DANOS MORAIS

Por dano moral, do ponto de vista jurídico, entende-se toda lesão à esfera personalíssima de um indivíduo, atingindo bens insuscetíveis de avaliação pecuniária. Os direitos da personalidade, tratados expressamente pelo Novo Código Civil, são o cerne da proteção moral conferida à pessoa humana. Assim, protege-se, dentre outros, a honra, a vida, a integridade física, o direito à liberdade, a privacidade, a preservação da imagem e a integridade psíquica do sujeito.

Todos esses direitos ganharam força com a garantia da reparabilidade dos danos morais, que, nesse ponto, torna-se elemento essencial no resguardo da dignidade da pessoa humana. Alçada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil pela Constituição Federal de 1988, a dignidade é um dos maiores valores humanos a ser protegido, devendo se sobrepôr a qualquer parâmetro legal, doutrinário ou jurisprudencial quando da fixação do *quantum* indenizatório. Em tal princípio tem-se o ponto de convergência de todos os direitos iminentes ao homem. Por esse motivo, consideram Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que “a previsão legal dos direitos da personalidade dignifica o homem.”^[1]

Conceituando dano moral, assim se referem os autores supracitados:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que leciona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.^[2]

Para o doutrinador Yussef Sahid Cahali^[3], dano moral é:

[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha

de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade.

Quando se distingue o dano moral do dano patrimonial, não pode ser tomado como critério distintivo a índole do direito subjetivo atingido, se patrimonial ou extrapatrimonial. O que se deve ter em mira são os efeitos que a lesão a esse direito provocará na esfera individual da vítima. Assim, o dano moral pode tanto ser oriundo de uma ofensa material, como também de uma ofensa à esfera personalíssima. Dessa forma, tanto é possível enxergar um dano patrimonial resultante de uma lesão a direito da personalidade, a exemplo do indivíduo que perde o emprego em razão de uma dano estético ou à imagem, como é possível, também, um dano moral oriundo de um prejuízo patrimonial, como na hipótese de perda ou destruição de bens de grande afeição espiritual.

O dano moral, por outro lado, não pode ser conceituado como a dor, a aflição ou o sentimento de angústia experimentado por alguém, pois tais sentimentos nada mais são do que a própria consequência do dano, consistindo em estados de espírito que podem variar de pessoa para pessoa e de cultura para cultura. O dano moral, assim, deve ser corretamente conceituado como a lesão a interesses não patrimoniais de uma pessoa, seja natural ou jurídica, provocada por um fato lesivo de natureza qualquer, material ou imaterial. Nesse sentido, cumpre transcrever a lição de Eduardo Zannoni^[4]:

O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. P. ex.: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral, embora

não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofrida.

O fundamento do conceito, repita-se, não se reputa na diferença do que seja ofensa moral e ofensa material, mas sim na repercussão que a agressão produzirá no ânimo do sujeito, independentemente de ser o objeto prejudicado patrimonial ou extrapatrimonial. Segundo Paulo Roberto Saraiva, “a distinção entre dano material e dano moral não decorre da natureza do direito, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado.”^[5]

Tendo em vista a carga de subjetividade que permeia o conceito de dano moral, torna-se característica de tal instituto a indeterminabilidade e a flexibilidade. O dano que, para uns, pode ser relevante, não o é para outros, assim como há pessoas que elevam ao patamar da moralidade meros aborrecimentos e quaisquer melindres.

Não obstante a indeterminabilidade conceitual, sob o plano individual dos sujeitos de direitos, a definição de danos morais toma como fator preponderante o fato de a vítima se ver efetivamente privada de um direito ou interesse jurídico tutelado. Não é qualquer lesão à honra, à imagem ou à integridade físico-psicológica da pessoa que se reverte em dano moral, é essencial, também, que haja relevância das conseqüências do prejuízo na esfera de direitos do sujeito, independentemente da natureza do objeto lesado.

O valor precípua e máximo que rege a moral do indivíduo, sem dúvidas, é o da dignidade da pessoa humana. Havendo lesão, independentemente do grau, a esse fundamento, há que se falar, sim, em dano moral e em pretensão à reparação. Do contrário, pode-se não estar diante de um verdadeiro dano moral, o que irá demandar maior sensibilidade no enquadramento conceitual e na aplicação das medidas reparatórias, a fim de serem evitados verdadeiros abusos de direito.

3. NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO

A reparação pleiteada em decorrência de danos morais é hoje, quase que exclusivamente, de natureza pecuniária. Logicamente, um valor em dinheiro jamais será capaz de retornar acontecimentos irreversíveis, como a perda de um filho, a humilhação levada a público ou debilidades físicas permanentes.

O sofrimento e a dor são intangíveis, não sendo possível uma avaliação material exata de suas dimensões. A incerteza que provoca a subjetividade em ações dessa natureza deve, acima de tudo, ser suprida com juízos de razoabilidade e proporcionalidade. A esse respeito, com grande sabedoria tratou o autor Augusto Zenun, na obra *Dano Moral e sua Reparação*^[6]:

Vale dizer que a dor moral produz uma descarga nervosa, que vai atingir os centros e nervos vasoconstritores, produzindo todos aqueles males enumerados, não em *numerus clausulus*, pois pode outros males aparecerem.

Daí a certeza de que tais males variam, de indivíduo a indivíduo, com maior ou menor intensidade, afetando o todo, ou tão só em parte, donde a desigualdade de sofrimentos, exigindo, com isso, uma valoração correta.

Em real verdade, não se repara a dor, sendo impossível substituir o sentimento por um equivalente em dinheiro.

Indaga-se, pois, qual seria a natureza jurídica da reparação de um dano moral, já que, de fato, não há possibilidade de se retornar ao *status quo ante*, restando, então, a alternativa do pagamento em valores pecuniários.

Não se deve perder de vista, nesse contexto, que toda lesão à esfera intangível do homem fatalmente reflete na sua esfera física. Assim é que uma pessoa em profunda tristeza e depressão naturalmente não consiga trabalhar e viver em sua normal rotina. O dinheiro, como se sabe, não é capaz de voltar o tempo e alterar o estado natural das coisas. É importante, contudo, para amenizar e desviar o foco da dor, além de prover o que eventualmente se deixa de ganhar com o sofrimento, ou mesmo a perda de alguma chance. Cite-se, como arremate, as palavras de Augusto Zenun^[7]:

Mas não há quem possa negar que a dor, o sofrimento e o sentimento deixam sequelas, trazem sulcos profundos, abatendo a vítima, que se torna inerte, apática, indiferente a tudo e a todos, causando-lhe sérios danos morais e o desprazer de viver...

Esses males devem ser arredados, para que se dê a recuperação da vítima, que, para tanto, necessário é que se lhe proporcionem atrativos adequados, distrações diversas, meios de diversão, convergindo tudo isso para o seu soerguimento.

Ora, tudo isso exige recursos financeiros suficientes para o custeio dos “sucedâneos”, como o disse o notável Cunha Gonçalves, vocábulo que – data máxima venia – não entendemos ser adequado, donde falarmos em “derivativos”, que pensamos ser mais apropriado.

Segmento superado da doutrina considerava a natureza da indenização por danos morais em uma perspectiva puramente punitiva, ou seja, levava-se em conta tão somente o intuito de punir o causador do prejuízo, como se tivesse imputando a ele uma espécie de multa civil. Um dos fundamentos de tal construção doutrinária estava justamente na suposta imoralidade da compensação do dano moral com dinheiro, fazendo-se objeção ao chamado *pretio doloris* (preço da dor). Quanto ao ponto, sintetiza Pablo Stolze Gagliano^[8]:

Para um segmento minoritário da doutrina, que gozou de bastante prestígio em passado não longínquo, a reparação do dano moral não constituiria um ressarcimento, mas sim uma verdadeira “pena civil”, mediante a qual se reprovava e reprimiria de maneira exemplar a falta cometida pelo ofensor.

Esta corrente de pensamento não dirigia suas atenções para a proteção da vítima ou para o prejuízo sofrido com a lesão, mas sim para o castigo à conduta dolosa do autor do dano.

Encontra-se ultrapassada, atualmente, a concepção de repugnância à compensação dos danos morais com dinheiro. Outros aspectos devem ser considerados, especialmente a amenização do prejuízo espiritual suportado pela vítima.

A reparação por danos morais, em entendimento mais acertado, desempenha um papel de satisfação ao interesse da vítima, ou seja, uma maneira de compensar uma dor irreversível por ela experimentada com um pagamento em dinheiro. Não se está avaliando, no caso, o chamado *pretio doloris*, mas sim, propiciando ao lesado meios que aliviem e o façam esquecer as consequências sofridas, o que se consegue, quase sempre, com quantias em dinheiro. Como aduzem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória.”^[9]

Atualmente, tem-se considerado uma natureza dúplice a essa espécie de reparação, abrangendo, além da função compensatória/satisfativa, os aspectos punitivos e disciplinares.

Consideram-se, pois, tanto os interesses da vítima, como os sujeitos causadores do dano e a própria sociedade. Além de procurar satisfazer e amenizar as perdas sofridas pelo lesado, implicitamente, busca-se punir o agressor e imprimir à sociedade um maior dever de respeito aos direitos cujos efeitos são *erga omnes*, máxime os direitos da personalidade.

A respeito da função punitiva, aduz Yussef Said Cahali, citado por Carlos Roberto Gonçalves^[10]:

Nessas condições, tem-se portanto que o fundamento ontológico da reparação dos danos morais não difere substancialmente, quando muito em grau, do fundamento jurídico do ressarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo ínsito em ambos os caracteres sancionatório e afitivo, estilizados pelo direito moderno.

Flávio Tartuce^[11], por sua vez, faz menção à teoria do desestímulo, que implica exatamente nesse caráter pedagógico e punitivo preconizado em

relação à natureza jurídica da reparação por danos morais. O autor cita, na ocasião, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Indenização – Aquisição de leite desnatado em caixas – Produtos com defeito, ou seja, desenvolvimento de microorganismos patogênicos – Responsabilidade do fabricante – Concessão de danos morais – A outorga destes já absorve a teoria do desestímulo – Danos morais que devem levar em conta aborrecimento e dor causados – Procedência parcial – Recurso parcialmente provido. (TJSP, Apelação Cível. 94.437-4, Santo André, 2.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Alfredo Migliore, j. 04.04.2000, v.u.)

A causa de muitos problemas e desproporções nas ações de indenização resulta da prevalência que se tem dado tão somente ao polo da vítima. Como visto, não é exclusivamente objeto da ação o caráter compensatório, pois há de se inserir nesse contexto a característica disciplinar do instituto.

Dessa forma, é importante a análise das condições econômico-sociais, circunstâncias e estado de ambas as partes da relação. Não seria justo fazer com que uma pessoa carente pagasse a título de danos morais quantia absurda a outra pessoa de classe elitizada. Do mesmo modo, seria absurdo que um hipossuficiente lucrasse quantias milionárias em virtude de meros aborrecimentos. A questão entra, portanto, no campo da proporcionalidade e, bem assim, na esfera do bom senso.

As desproporções devem ser supridas na análise de cada caso concreto, segundo critérios de equidade e razoabilidade. A natureza jurídica da indenização por danos morais é compensatória e disciplinar, e não uma “loteria” fonte de enriquecimentos sem causa, como enxergam muitas pessoas dotadas de má-fé e carentes de um mínimo de eticidade.

A atuação do órgão jurisdicional é de fundamental importância para o equilíbrio entre a natureza jurídica dúplice dessa indenização, de forma que uma não prevaleça sobre a outra e o dano moral seja deixado em segundo plano. A correta compreensão da natureza jurídica do instituto, dessa forma, é

um importante meio para que se evitem desproporções no plano prático e, conseqüentemente, serem evitados os abusos de direito.

4. OS MEROS ABORRECIMENTOS E A RELEVÂNCIA DO DANO MORAL

A função jurisdicional é o instrumento dado pelo Estado à sociedade para a solução imparcial dos conflitos, bem como para a garantia do pleno exercício e efetivação dos direitos. Em um Estado Democrático de Direito é plenamente ultrapassada a modalidade de resolução das querelas por meio de uma vingança privada, devendo os indivíduos valerem-se da tutela estatal proporcionada pelo Poder Judiciário.

Ocorre que, muitos litígios de insignificante expressão, ou mesmo por serem corriqueiros em uma sociedade tão dinâmica e marcadamente competitiva, poderiam ser plenamente resolvidos entre os sujeitos da relação, não sendo necessária e conveniente a provocação do Estado. No que diz respeito às reparações de dano, destacando-se a indenização por dano moral, a desnecessidade da provocação judicial é, em muitos casos, evidente.

Para pleitear e ter direito a uma indenização por danos morais é necessário que haja um dano moral. A afirmação, aparentemente evidente, não tem sido para muitas pessoas, quer pelo desconhecimento ou, na maioria das vezes, por puro oportunismo. O fato é que grande parte da sociedade tem confundido o dano moral com meros aborrecimentos e passageiras chateações, que hoje são normais para quem vive engajado na dinâmica social e econômica do país.

Não se pode provocar o Estado, para que imponha o pagamento de indenizações vultosas, quando ao invés de um relevante dano moral o que ocorreu foi uma simples discussão entre vizinhos, um mero incidente de trânsito, um engano justificável na venda de um produto ou a perda de um bem material de pequeno valor. Não é qualquer melindre ou momento de sensibilidade, como muitos hão de pensar, que legitimam uma ação de reparação por danos morais. O civilista Antônio Chaves, citado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, em tom poético, assevera^[12]:

[...] propugnar pela mais ampla ressarcibilidade do dano moral não implica no reconhecimento de todo e

qualquer melindre, toda suscetibilidade exarcebada, toda exaltação do amor próprio, pretensamente ferido, à mais suave sombra, ao mais ligado roçar de asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas de caixa de Pandora do Direito centenas de milhares de cruzeiros.

Muito embora seja o conceito de dano moral extremamente subjetivo, podendo ser a perda de um bem, por exemplo, insignificante para uns e de grande importância para outros, cabe ao magistrado a sensibilidade e a razoabilidade necessária, no caso concreto, para aferir se realmente houve dano relevante à esfera moral do indivíduo.

Para isso, muitos critérios não de ser considerados, como a extensão do dano, o tempo de duração de seus efeitos, o grau de publicidade e, principalmente, se houve efetiva lesão a algum direito da personalidade ou à própria dignidade da pessoa. Para que não incorra em conclusões desproporcionais e injustas, é importante que o juiz avalie a existência do dano e sua relevância segundo olhares objetivos, ou seja, considerando se, naquela mesma situação, um homem comum de capacidades medianas se sentiria ofendido em sua esfera moral. Compartilha desse entendimento o autor Clayton Reis, citando Antônio Montenegro:

Para avaliar o dano moral, ressalta Antônio Montenegro com percuciência, haver-se-á de levar em consideração, em primeiro lugar, a posição social e cultural do ofensor e do ofendido. Para isso deve-se ter em vista o *homo medius*, de sensibilidade ético-social normal. É preciso, portanto, idear o homem médio para que, conhecendo o seu perfil, tenhamos condições e elementos para a fixação dos fatores que concorrerão para o arbitramento do quantum indenizatório.^[13]

Na análise da relevância de um dano moral, é fundamental que o magistrado fixe como princípio norteador o da dignidade da pessoa humana. Assim, não é qualquer dano que garante ao ofendido uma indenização compensatória, mas tão somente aqueles que ferem a sua dignidade ou

qualquer outro direito dela decorrente, como a honra, a imagem, a privacidade, a incolumidade física e psíquica, dentre outros. É claro, que, tratando-se de valores superiores à dignidade, como a vida, não há de se contestar a sua ampla reparabilidade. Assim, somente as lesões que afetam a esfera moral do indivíduo de forma relevante podem ser consideradas realmente como danos morais.

É essencial também, verificar se o demandante guarda relação com os efeitos oriundos do evento danoso, ou seja, se o indivíduo tem um elo com o dano possivelmente causador do prejuízo moral. Exemplificando, não seria coerente que alguém pleiteasse indenização por danos em virtude da morte de um vizinho com quem não tinha proximidade ou afinidade, cabendo a referida ação, com forte presunção, aos seus familiares.

O que se tem verificado, atualmente, é o ingresso de ações temerárias, nas quais se alegam danos que não passam de meros aborrecimentos. Com intuito de enriquecer indevidamente, como tem ocorrido em muitos casos, as partes atuam de forma a ludibriar o convencimento dos magistrados. Estes, por sua vez, ante à impossibilidade de comprovação concreta do dano alegado, e geralmente norteados por precedentes que se apoiam no sistema das presunções, acabam por dar ampla procedência a ações dessa natureza.

Abraçando a tese aqui elaborada foi aprovado, na III Jornada de Direito Civil, o Enunciado n.159 do Conselho da Justiça Federal, nestes termos: "Art.186: O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material."

Persistindo essa tendência criada no seio da sociedade, de que com eventuais tristezas, discussões e desprazeres será possível a obtenção de uma indenização, a própria concepção de responsabilidade civil e dano moral será colocada em descrédito. O instituto existe para proteger, em síntese, os direitos da personalidade, evitando que valores relevantes sejam desrespeitados e contribuindo para a promoção da pacificação social.

Infelizmente, à medida que o homem põe todo e qualquer sentimento negativo nas mãos do Estado, está a negar a sua própria qualidade de ser humano. Pertencemos a uma espécie cujas dores, sentimentos e sofrimentos

compõem o nosso maior patrimônio. As lesões, por óbvio, apresentam-se nas pessoas com intensidades diferentes, pois cada qual tem sua maneira inerente e específica de senti-las. Daí a complexidade do tema.

Dentro desse panorama, a jurisprudência tem evoluído, afastando pretensões indenizatórias pautadas em simples dissabores, comuns às vidas de todos.

Com essa tendência, aliada à esperança de uma mudança cultural dos jurisdicionados, o instituto da reparação civil por danos morais estará bem mais próximo do seu ideal.

5. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

A boa-fé de que se trata, nesse ponto, é a objetiva, pela qual se impõe às partes o dever de proceder com lealdade e boa-fé (art. 5º, do Código de Processo Civil).

Atuações temerárias, visando objetivos indevidos dentro de um processo, devem ser abolidas da prática processual. A busca pelo enriquecimento sem causa nas pretensões reparatórias de danos morais é um bom exemplo de infringência do princípio em tela.

À medida que o autor de uma demanda ingressa com ação cuja causa de pedir sabe infundada, resta claro que não atua conforme os ditames da lealdade e honestidade. Exigir reparação por um dano que sequer existiu, visando tão somente a aquisição de "dinheiro fácil", é comportamento reprovável e que deve ser reprimido, sob pena de banalizar e mercenarizar o instituto da responsabilidade civil por danos morais.

A boa-fé objetiva deve ser entendida como uma norma de conduta atrelada ao devido processo legal. Como norma de conduta vinculada ao princípio processual norteador de todos os outros subprincípios, este aspecto da boa-fé foi inserido dentro de uma cláusula geral, de forma a abranger da forma mais ampla as atuações dos sujeitos processuais. Sendo inviável a enumeração de todas as condutas que pudessem ser enquadradas como violadoras do princípio da boa-fé, mais acertada foi a opção do legislador em

inseri-la dentro de um conceito geral e indeterminado, aquele disposto no art. 5º, do CPC.

Sendo norma de conduta, a boa-fé objetiva não se confunde com a boa-fé subjetiva, tratando-se esta última das boas ou más intenções dos sujeitos a respeito de algum fato. Embora os conceitos não se confundam, é evidente que estão entrelaçados. O primeiro, estabelecendo deveres a serem observados pelas partes, acaba por inibir a má-fé incrustada nas pretensões infundadas. A esse respeito, pondera Fredie Didier Jr.:

É fácil constatar que o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito” processual (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais.^[14]

O direito processual civil pátrio, visando coibir as atuações temerárias, previu normas de proteção à boa-fé objetivamente considerada. Os arts. 79 a 81, do Código de Processo Civil, cuidam da responsabilidade das partes por dano processual. O art. 80, inciso III, especificamente, afirma ser litigante de má-fé aquele que “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”. Pretensões mercenárias no tocante ao instituto dos danos morais comportam, como se vê, punições na esfera processual.

Quanto ao ponto, é relevante ressaltar que o comportamento temerário, a merecer a reprimenda em questão, diferente da pretensão que lastreia a improcedência do pedido. Ou seja, somente deve ser reprimida a atuação daqueles que, sabendo não padecer de um dano moral, ainda assim buscam o Judiciário como forma de aquisição de pecúnia. Diferente, por outro lado, é a pretensão do sujeito que, acreditando padecer de um dano em sua esfera moral, não tem seu pedido de indenização acolhido, seja pela pequena

dimensão do dano, seja pela ausência de algum dos elementos da responsabilidade civil.

Seguindo essa linha de raciocínio, é louvável a frase que o autor Augusto Zenun encaixa no bojo de sua obra: “Se o coração no rosto se estampasse, quanta gente que ri talvez chorasse!”^[15] O que se abomina, repita-se, é o comportamento desleal, e não o direito abstrato de ação.

O princípio em questão, por fim, tem por destinatários não apenas as partes da demanda, mas todos aqueles que participam da relação jurídica processual, inclusive o órgão jurisdicional. O princípio da boa-fé processual, como forma de disciplinar a atuação das partes e evitar os abusos de direitos, notadamente os enriquecimentos sem causa oriundos de indenizações por danos morais, impõe deveres de cooperação entre todos os sujeitos do processo, exigindo-lhes uma atuação conjunta sempre voltada para a melhor prestação jurisdicional.

6. A PROBLEMÁTICA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Como fruto dos princípios do contraditório, da boa-fé processual e do devido processo legal, o princípio cooperativo define o modo como o processo civil deve ser orientado atualmente. Provavelmente nele se encontre uma das soluções para barrar a banalização do instituto das indenizações por danos morais.

O novo modelo de processo civil, pautado no cooperativismo, resulta em uma atuação dinâmica de todos os sujeitos processuais. O juiz, nesse contexto, passa a atuar como sujeito do diálogo processual, de forma a buscar a efetividade do processo e a mais justa prestação jurisdicional.

Sob essa perspectiva, consoante afirma Fredie Didier Jr.^[16], são impostos deveres de conduta a todas as partes da relação processual, “de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do ‘estado de coisas’ (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover. Adiante, pondera o autor que o referido princípio “torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo”.

Como dito no tópico anterior, a boa-fé impõe deveres de cooperação para todos os sujeitos do processo, inclusive para o órgão jurisdicional. O processo cooperativo pode ser uma oportunidade de os juízes reforçarem as análises de demandas temerárias e, bem assim, atuarem mais de acordo com o seu livre convencimento.

O que se vê, na maioria dos casos, são magistrados que acabam por se prender a precedentes judiciais e a entendimentos das instâncias superiores. No caso de concessão de pedidos de indenização por danos morais, é forte a jurisprudência no sentido de, por exemplo, presumir o dano em determinados casos. Muitos juízes, dessa forma, despendo-se do livre convencimento, julgam procedentes as demandas que subsomem a esses entendimentos e se esquecem, no plano prático, de avaliar a real existência do dano moral. O princípio cooperativo, sob essa ótica, pode servir como um poderoso instrumento a ser utilizado pelo juiz, para negar demandas dessa natureza sob o fundamento de estar resguardando deveres processuais implícitos exigidos pela lealdade e boa-fé processual, que não mais gravitam em torno exclusivamente das partes, mas sim de todos os sujeitos da relação processual.

Seguindo esse raciocínio, é fundamental que não só o juiz tenha a preocupação de impedir a banalização do instituto em tela, mas sim, e principalmente, a parte demandante.

É claro que não se pode sonhar com uma mudança cultural. O instinto de auferir vantagens de modo rápido e fácil, não importando serem os meios lícitos ou ilícitos, infelizmente faz parte da cultura do brasileiro. Além disso, apesar da valoração do princípio da cooperação, é inegável que as partes atuem com parcialidade na defesa de seus interesses, pouco se preocupando se estão agindo de acordo ou não com o devido processo legal. Nesse sentido, assevera Daniel Amorim Assumpção Neves:

Acreditar que as partes atuam de forma desinteressada, sempre na busca da melhor tutela jurisdicional possível, ainda que contrária aos seus interesses, é pensamento ingênuo e muito distante da realidade.

Negar a característica de um jogo ao processo é fechar os olhos a uma realidade bem evidente, vista

diariamente na praxe forense. O processo, ao colocar frente a frente pessoas com interesses diametralmente opostos – ao menos na jurisdição contenciosa – e no mais das vezes com ânimos exaltados, invariavelmente não se transforma em busca pacífica e cooperativa na busca da verdade, e por consequência, da justiça, que fatalmente interessa a um dos litigantes, mas não ao outro.^[17]

Embora gradual, é plenamente possível se chegar ao ideal de um processo cooperativo e, com isso, atingir-se a melhor e mais justa prestação jurisdicional, tirando da mente das pessoas que a via judicial é como um mercado, ou uma loteria.

7. CONCLUSÃO

A dinâmica capitalista incorporada na consciência popular manifesta-se das mais variadas maneiras. O que se vê, corriqueiramente, são pessoas cada vez mais inseridas em um forte sistema de concorrência e, a todo custo, visando ao enriquecimento financeiro. Esse modo de vida pelo qual tem passado diversos países tem deixado em segundo plano boas práticas de convivência, os ditames da boa-fé e infelizmente, a própria dignidade da pessoa humana.

O conceito de dignidade está imbricado na definição de dano moral, isto é, a esfera extrapatrimonial de um indivíduo é derivada daquele princípio maior. Assim, toda lesão aos direitos da personalidade, de algum modo, está por atingir a dignidade da pessoa humana, merecendo ampla reparabilidade.

A grande dificuldade, no tocante à responsabilidade civil por danos morais, consiste em exatamente aferir se o pretendente à reparação teve realmente prejuízos de ordem moral. Adentrar ao campo da dignidade da pessoa requer uma sensibilidade a mais por parte dos operadores do direito.

Quanto à natureza jurídica da indenização por danos morais, tem-se verificado, em tese, que assume um caráter compensatório, no sentido de aliviar a dor sofrida pela vítima, bem como outro de natureza punitiva, voltado a uma perspectiva pedagógica diante das relações contratuais. Embora tais finalidades sejam amplamente reconhecidas no instituto em questão, verifica-

se, na praxe forense, que a situação torna-se ainda mais complexa do que se apresenta.

Não só da atuação judicial, ressalte-se, nasce o enriquecimento indevido no instituto em análise. A torpeza e o oportunismo de muitos indivíduos, que procuram o Judiciário mascarando como dano moral fatos irrelevantes e de pequena expressividade, contribuem para a crise por que passa a responsabilidade civil por danos morais.

A atuação leal das partes no processo, no sentido de não deduzir pretensões visando objetivos ilícitos, deve ser estimulada no campo processual. A boa-fé objetiva daquele que pede uma indenização por danos morais é o princípio que deve nortear o tema em questão, para que o devido processo legal possa atingir sua plenitude. Nessa seara, é relevante a noção de cooperação entres os sujeitos da relação processual, de forma que os sujeitos da demanda contribuam para uma melhor prestação jurisdicional, despindo-se de pretensões temerárias. Ao juiz, por sua vez, cabe a função de cada vez mais prezar pelo cumprimento dos deveres de lealdade processual, sendo o caso, inclusive, de aplicação das penas por litigância de ma-fé no caso específico de demandas por danos morais, nas quais o intuito de enriquecer prevaleça sobre o intuito reparatório.

Apesar da subjetividade que permeia o dano moral e de sua imprecisão conceitual, deve vigor a certeza de que somente aqueles danos relevantes sejam passíveis de indenização, para que se evitem enriquecimentos sem causa. Danos morais relevantes, por sinal, são aqueles que efetivamente prejudiquem os direitos da personalidade do sujeito, tais como a honra, a imagem e a integridade físico-psíquica, lesando, mesmo que indiretamente, o fundamento maior da dignidade da pessoa humana.

A mudança de consciência das pessoas, fazendo com que realmente entendam o alcance do conceito de dano moral, e a atitude do Poder Judiciário em barrar a torpeza desses sujeitos, por meio de sentenças justas e equitativamente liquidadas, são os caminhos idôneos a frear a mercenarização do instituto da indenização por danos morais, que, de conseqüências, só traz a insegurança jurídica e o enriquecimento indevido de uma das partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Código Civil (2002)**. Código Civil Brasileiro. Decreto-lei nº 10.516, de 3 de março de 2002, Brasília, DF, Senado, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Brasília, DF, Senado, 2015.

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

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1.

GADELHA, Paulo. *Dano moral: princípios ético-jurídicos*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 5, nov. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/27343>> Acesso em: 11 jul. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro – Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. *Dano moral no direito brasileiro*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 9, n. 1, jul./dez. 1996. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/20995>> Acesso em: 11 jul. 2014.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. **Ação rescisória para diminuir valor exorbitante a título de indenização por dano moral**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1087, 23 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16693>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ZENUN, Augusto. *Dano Moral e sua Reparação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NOTAS:

[1] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 181.

[2] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 97.

[3] *apud* GADELHA, Paulo. *Dano moral: princípios ético-jurídicos*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 5, nov. 2003. p. 153. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/27343>> Acesso em: 11 jul. 2014.

[4] *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro – Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4. p. 359-360.

[5] LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. *Dano moral no direito brasileiro*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 9, n. 1, jul./dez. 1996. p. 33. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/20995>> Acesso em: 11 jul. 2014.

[6] ZENUN, Augusto. *Dano Moral e sua Reparação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 100-101.

[7] ZENUN, *op. cit.*, p. 106.

[8] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, v. 3, *op. cit.*, p. 118.

[9] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, v. 3, *op. cit.*, p. 119.

[10] *apud* GONÇALVES, *op. cit.*, p. 377-378.

[11] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 411.

[12] *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, v. 3, *op. cit.*, p. 117.

- [13] REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 93.
- [14] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1. p. 76.
- [15] ZENUN, op. cit., p. 99.
- [16] DIDIER JR., op. cit., p. 90.
- [17] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 75.

ATIVISMO JUDICIAL: O PODER JUDICIÁRIO COMO CONSTRUTOR DO DIREITO POSITIVO, (TRANS)FORMANDO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JONATHAN MORAIS BARCELLOS FERREIRA:

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Pesquisador em Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais no Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Constitucional e Violência. Estagiário na Procuradoria Federal/FURG.

RESUMO: O Ativismo Judicial é uma atitude proativa do Poder Judiciário. Os juízes ativistas interpretam de forma expansiva e abrangente a Constituição Federal. Consequentemente, o Judiciário acaba concretizando os valores e fins do Texto Constitucional. Logo, o objetivo do trabalho é estudar o Ativismo Judicial e entender a sua relação com a democracia. A partir da coleta de dados bibliográficos e documentais, o autor utilizou do método analítico-dedutivo, construindo hipóteses com base nos problemas e apresentando possíveis soluções. Sendo assim, o Ativismo Judicial é um destrato à democracia? Ou um ato de solidificação dessa? Em um Estado Democrático de Direito deve-se sempre promover a igualdade, sendo assim, os legisladores a partir do momento que se omitem de decidir sobre certos atos da vida cotidiana dos cidadãos não estão cumprindo com seu papel na democracia. Quando os magistrados atuam interpretando as normas, interferindo na instância política, eles não apenas estão garantindo que as causas minoritárias estejam sendo resguardados, mas também estão efetivando a democracia. Concluiu-se então com essa pesquisa, que o Judiciário é instituição mais do que legítima para tratar de assuntos políticos por meio do Ativismo Judicial, já que essa atitude resulta na efetivação da democracia.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito. Direito Constitucional. Democracia.

INTRODUÇÃO

O presente artigo disserta sobre uma das origens do Ativismo Judicial, o *judicial legislation* (legislação judicial) estudada pelo autor no Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Constitucional e Violência. O objetivo do estudo é entender o contexto do Ativismo Judicial: origem, conceito e aplicações. Nesse trabalho será apresentado a contextualização do judiciário legislador, como ele pode e porque deve ser utilizado para efetivação de direitos.

O texto foi dividido em três partes. Na primeira, o autor explica o Ativismo Judicial por meio do *judicial legislation*. Utilizou da pesquisa bibliográfica tanto em artigos de autores norte-americanos como Arthur Schlesinger, Kennan Kmiec, Benjamin Cardozo, Albert Abel, Kent Greenawalt, William Blackstone, Frank Bowman, Ezra Thayer e Joffrey Toobin e também brasileiros: Marcelo Martins, Rafael Koatz, Raquel Sparemberger, Carlos Strapazon e Rodrigo, assim como teóricos do Direito como Ronald Dworkin, Hans Kelsen e outros. Enquanto pesquisa bibliográfica e documental foram coletados dados da Constituição Federal de 1988 e Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. Notou-se, inevitavelmente, mesmo que sem intenção, uma participação do Poder Judiciário na Política, interferindo em decisões tomadas pelo Poder Legislativo e Executivo, em alguns atos até mesmo legislando. Contudo, o texto avalia se é possível os juízes interferirem nos outros Poderes sem ferir o Estado Democrático de Direito e, ainda, garantir a eficácia dos Direitos Fundamentais, (trans)formando a Democracia.

Num segundo momento o texto, demonstra o funcionamento da separação de poderes, na situação brasileira em específico, a tripartição. Novamente, utilizou da pesquisa bibliográfica em autores clássicos: Montesquieu, Aristóteles, John Locke e Maquiavel, como também em artigos científicos e complementou-se com uma coleta de dados documentais adquiridos a partir da Constituição Federal. Percebe-se, inicialmente, uma real pretensão de separar os poderes nos Estados Modernos a fim de garantir uma liberdade individual. As origens de impedir que apenas um indivíduo tome controle de todas ações: deliberativas, executivas e jurídicas provém da Grécia Antiga com o objetivo de concretização da Democracia. Após o Absolutismo, surge a ideia de separar os poderes para respeitar os direitos dos indivíduos. Contemporaneamente, no Estado brasileiro, os poderes são separados com o objetivo de garantir os direitos fundamentais a todos.

Por fim, trata da legitimidade democrática do Poder Judiciário enquanto legislador. Esta seção traz construções empíricas, formuladas pelo autor a partir de suas leituras, colocando seus pensamentos referente ao tema. Nota-se que o Poder Judiciário só participa na construção do Direito Positivo pelo fato do Poder Legislativo não cumprir seu papel na democracia, os juízes efetivam os Direitos Fundamentais.

De maneira geral, utilizou-se o método indutivo e a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, fez-se uma extensa interpretação em textos legais. O autor buscou introduzir o tema com as fontes coletadas e concluiu com construções empíricas fundamentadas.

1 ATIVISMO JUDICIAL ENQUANTO JUDICIÁRIO LEGISLADOR

O ativismo judicial pode ser entendido como uma atitude proativa do Poder Judiciário. Esse interpreta a Constituição de maneira extensiva e abrangente. O Ativismo é utilizado devido a omissão do ordenamento frente a casos concretos, a sociedade demanda por atos que não previstos e o legislador não se manifesta para construir Direito Positivo e salvaguardar os casos. Por conseguinte, por não poderem se escusar de decidir alegando que não há norma, os magistrados acabam interpretando a lei existente, aumentando seu campo de atuação.

A ideia do ativismo surge pós Segunda Guerra Mundial, é primeiramente mencionado pelo historiador Arthur Schlesinger (1947) em seu artigo *The Supreme Court*, publicado para Revista Fortune. Em seu texto, o autor divide a Suprema Corte Norte-Americana em dois grupos, os ativistas (*judicial activists*) e os heróis da auto-contenção (*heroes of self restraint*). Ambos os grupos representavam atitudes dos juízes da época, os ativistas interpretavam a Constituição para fins do bem comum, interferindo na Política enquanto mexiam nas decisões dos legisladores, enquanto os contentadores defendiam que os magistrados deviam apenas aplicar o que os legisladores já haviam criados, se contentando apenas ao que está previsto na lei e se afastar da Política.

As atitudes ativistas, todavia, foram notadas muito antes do surgimento do termo. Como aponta Kennan Kmiec (2004, p.1444, *tradução nossa*), os juízes

já utilizavam da concepção de “judiciário legislador, ou seja, juízes fazendo Direito Positivo”. Em outro artigo, Ezra Thayer (1891) explica o significado de judiciário legislador, ele elucida que o amadurecimento^[1] da lei por decisões judiciais possui um sentido, o de juízes legislarem. Não obstante, o autor se contradiz em alguns momentos, ele considera o papel legislativo (construtor do Direito Positivo) e judiciário (aplicador do Direito Positivo) diferentes, sendo assim, ele constata que os juízes não constroem Direito Positivo *per se*, mas, sim, princípios baseados na interpretação da lei, permitindo que outros magistrados os utilizem.

Outrossim, Benjamin Cardozo (1928 *apud* KMIEC, 2004) entende que o papel do juiz acaba sendo paradoxal, ele admite que o magistrado, obviamente, não é um legislador, mas esse acaba criando nova norma a casos concretos para preencher lacunas (*rules gaps*)^[2]. Observa-se que o ordenamento positivo não tem como prever todos os casos concretos que possam vir a ocorrer, logo, existem omissões e cabe ao juiz preencher as lacunas da lei: fazendo isso, esse estará intrinsecamente legislando. Cardozo (1928 *apud* KMIEC, 2004) ainda complementa dizendo que o juiz tecnicamente não cria lei, mas, sim, regras de direito (*rules of law*)^[3] para outros magistrados considerarem. Os conservadores políticos não aceitam o fato de um Poder Judiciário legislar, por ferir a separação de poderes e, ainda, o Estado Democrático de Direito.

Em outro ponto, Greenawalt (1975) aponta que o Judiciário pode atuar como legislador quando estiver a frente de um caso não claro. Para o autor, os casos claros são aqueles previstos expressamente em lei e não necessitam de interpretação. Enquanto os casos não claros são os que a norma não prescreve e cabe ao juiz interpretar as já existentes ou criar uma nova. Na concepção de Greenawalt, o juiz legislaria somente nos casos omissos pelo ordenamento positivo, havendo norma não seria necessário.

Ambos os autores até aqui citados explicam suas teorias no sistema jurídico de *common law*. Na *common law*, a fonte do Direito é os costumes, as decisões judiciais geram precedentes, e os demais tribunais devem respeitar esses. Trata-se do *stare decisis et non quieta movere* (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido). Diferentemente, na *civil law*, a lei é fonte do Direito principal, trata-se do Princípio da Legalidade, previsto no ordenamento brasileiro por meio da Constituição Federal vigente no art. 5º, II.

Nota-se, portanto, que na família de *common law* o judiciário legislador se torna mais fácil de ser aplicado, afinal, como destaca Bowman (1893), a *common law* é o Direito feito pelos juízes. Na mesma linha, Blackstone (1893) conduz que na *common law* os juízes constroem precedentes que vinculam decisões futuras. Essas concepções são criticadas por cientistas políticos conservadores, por não aceitarem que o Direito Positivo seja construído pelo Poder Judiciário.

Destaca-se que a ideia do juiz legislar para casos omissos é previsto pelo ordenamento brasileiro. Em 1942 com a Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro) o legislador previu que quando a lei fosse omissa, o juiz poderia decidir de acordo com a analogia^[4], os costumes^[5] e os princípios gerais do direito (BRASIL, 1942). A ideia de prever maneiras dos juízes decidirem para casos omissos serve para evitar o *non liquet*, oriundo do Direito Romano no qual os magistrados se abstinham de decidir alegando que não havia norma. O Direito Brasileiro proíbe, expressamente, o *non liquet* por meio do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional: o “juiz não pode deixar de julgar uma causa que lhe foi submetida” (KOATZ, 2005, p. 171).

Como mencionado, na *civil law* a lei é fonte principal do Direito e deve ser sempre utilizada para as decisões judiciais (DWORKIN, 1967). Todavia, o Legislador previu que o Judiciário decidisse diferentemente da lei quando essa for omissa para evitar o *non liquet*. Nota-se, logo, que o judiciário legislador na situação brasileira seria apenas para completar lacunas na lei. Não obstante, vale ressaltar a existência dos costumes *contra legem*, caracterizados pelas atitudes reiteradas na sociedade *opnione cessitatis* que contrariam ao que está previsto por lei. Por conseguinte, mesmo a lei não permitindo certos atos, se essa não possui mais eficácia e a sociedade pratica esses atos, o juiz poderia utilizá-los para suas decisões.

Se antes, como proposto por Cardozo, o judiciário só legislaria para preencher lacunas e Greenawalt para casos que não são claros, o juiz poderia legislar para casos em que a sociedade tomou como costume atos que não permitidos por uma lei não mais eficaz? Estaria o magistrado ultrapassando seus limites? Como aponta da Dra. Raquel Sparemberger (2012), o aplicador do

Direito pode criticar o ordenamento analisando valores éticos e sociais quando esse ver necessidade.

Ainda, outra forma do judiciário legislar previstos pelo ordenamento brasileiro são as súmulas vinculantes. Previstas pela Constituição Federal:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 1988, Art. 103-A)

Nota-se que o judiciário por meio dessa pode fazer com que decisões reiteradas pelos tribunais tomem força de lei sem que o Poder Legislativo a faça. A principal função da súmula vinculante é garantir uma segurança jurídica, obrigando todos os tribunais a decidirem como o STF determinou. A súmula vinculante tem força de lei e efeito *erga omnes*.

De outro modo, Kelsen (1988) apresenta uma nova concepção do que seria legislar. Para o teórico, o papel legislativo é dado aquele que esteja autorizado a criar normas jurídicas gerais, essas não são exclusivamente estatutárias ou consuetudinárias. Ou seja, o Poder Legislativo brasileiro garante ao Poder Judiciário o papel legislativo, como aponta Kelsen. Destarte, o juiz é de certa forma um legislador, "o tribunal é autorizado pela ordem jurídica a decidir o caso de acordo com o seu próprio arbítrio. [...] o tribunal é autorizado a criar para o caso concreto a norma do Direito substantivo que considera satisfatória, justa ou imparcial. O tribunal funciona, então, como um legislador" (KELSEN, 1988, p. 210 - 211). Ainda, nos Estados Modernos, os outros Poderes, não designados como legislativo, exercem o papel na criação de normas jurídicas gerais, podemos utilizar como exemplo, mais uma vez, a criação das súmulas vinculantes pelo Judiciário, e as Medidas Provisórias pelo Executivo.

Não existe nenhuma ordem jurídica, de nenhum Estado moderno, segundo a qual os tribunais e autoridades administrativas sejam excluídas da criação de normas jurídicas gerais, isto é, da legislação, e da legislação não apenas com base em estatutos e regras de costume, mas também diretamente baseada na constituição (KELSEN, 1988, p. 386).

Em contraponto, Albert Abel (1953) em uma análise dos juízes Holmes e Harold Laski, esse processo de legislação judicial atrapalha a democracia. Nesse sentido, os magistrados devem apenas aplicar a regras criadas pelos representantes eleitos pelo povo e não criá-las, não é função típica do poder judiciário legislar. Na mesma linha, contrapondo Kmiec (2004) os juízes não constroem Direito Positivo, aplicam normas, asseguram que essas sejam cumpridas (TOOBIN, 2009). Outrossim, "o judiciário [...] é função subordinada às instituições representativas da democracia. A República é uma *forma*; as instituições democráticas perfazem a *substância*" (STRAPAZZON; GOLDSCHMIDT, 2013, p. 571, *grifo nosso*). Ainda, Locke não admite que um mesmo Poder crie leis e as executem:

Não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade. (LOCKE, 1998, p. 82).

Dessa maneira, deve-se agora entender a separação de poderes, como essa faz parte do Estado Democrático de Direito e de que forma o Poder Judiciário está atuando.

2 SEPARAÇÃO DE PODERES

Antes de propor a importância do Ativismo Judicial para a Democracia, faz-se necessário entender o conceito de separação de poderes: origem, conceito e sua inserção no Estado Democrático de Direito. Em suma da seção anterior, mostrou-se uma atitude legislativo do Poder Judiciário: seria essa

correta em um Estado Democrático de Direito onde preza-se a separação de poderes: autônomos e harmônicos entre si com funções predeterminadas?

Primeiramente, a ideia de separar os poderes surge com a intenção de garantir a liberdade individual. Recebe força nos Estados Modernos, pós Absolutismo, assegurando que o governante não seja tirano, separando as três funções do Estado: legislar, administrar e julgar a três órgãos diferentes.

Isto posto, Aristóteles (2006) introduz a ideia de um Estado Democrático formado por Três Poderes: deliberativo, executivo e judiciário. Para o filósofo, o Estado é como um organismo vivo, formado por órgãos que exercem funções importantes para que esse sobreviva.

O Poder Deliberativo de Aristóteles é aquele encarregado de criar as leis, esse precisa necessariamente ser eleito ou sorteado. O Poder Executivo é o responsável por fazer com quem as normas deliberadas sejam efetivadas por meio de políticas, também deve ser um poder eleito ou sorteado. O último poder, o Jurídico é incumbido de julgar o povo com as leis criadas pelo Poder Deliberativo, diferentemente dos Estados Modernos, no caso o Brasil, para Aristóteles, o Poder Judiciário também deveria ser eleito para garantir legitimidade democrática.

Em suma, os Três Poderes de Aristóteles se assemelham a concepção moderna, com exceção do Jurídico eleito. Sabe-se que o Brasil sofre com uma crise de representatividade e legitimidade, o Poder Legislativo não cumpre com suas funções corretamente, não representa as minorias, logo, o Poder Judiciário toma a frente, faz com que as minorias sejam atendidas.

O processo dos juízes legislarem disposto na seção anterior, analisando à luz do Estado Democrático Aristotélico, não o fere. A partir do momento que um poder não cumpre seu papel, cabe ao outro fazê-lo. É dever dos legisladores criarem normas para garantir a eficácia dos Direitos Fundamentais, como por exemplo a tutela das uniões homoafetivas, todavia, esse não as faz. O Judiciário acaba então tomando atitude, ele interpreta a Constituição Federal e cria regras gerais de Direito, utiliza de mecanismos legais e fazem com que os Direitos Fundamentais sejam assegurados.

Se o objetivo de um Estado Democrático se baseia em certificar os Direitos Fundamentais, se um dos Poderes está realizando-os não há problemas em legitimidade Democrática, como propõe alguns teóricos da Ciência Política.

Posteriormente, Maquiavel (1973) propõe que exista um Poder independente e autônomo que não seja político responsável por julgar os indivíduos, esse Poder faria com que os mais fracos e vítimas dos poderosos sejam protegidos. É notável a participação de um Judiciário Maquiavélico no Brasil, as mulheres que carregavam fetos anencefálicos não receberam o Direito Positivo de abortarem, pois os legisladores regressistas e conservadores se inibiram de decidir sobre e restou ao Judiciário defender essas mulheres.

Todavia, foi com Montesquieu (1996) que a separação de poderes do Estado Moderno recebeu conceito forte. Para o filósofo político, o Poder não poderia estar nas mãos de um mesmo indivíduo, como acontecia no Estado Absoluto, o Poder deveria ser separado a três entidades: Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada Poder teria funções específicas e uma delas seria controlar os outros para não haver arbitrariedade, sendo o Judiciário independente da política.

Em um Estado de Direito a lei é reguladora de todas as relações. A Constituição Federal regula como os demais poderes devem agir e os únicos legítimos a modifica-la é o Poder Constituinte Derivado, ou seja, os legisladores. Sendo assim, o Legislativo é o real soberano[6], como já apontava Aristóteles (2006). Sendo assim, o papel dos deputados e senadores, como também vereadores, é fundamental em um Estado Democrático de Direito por serem os responsáveis pela criação do próprio Direito. Da mesma forma, trata Locke:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso

de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados. (LOCKE, 1998, p. 83)

Todavia, apesar do Poder Legislativo ser encarregado de todo o processo legislativo^[7], o Constituinte Originário concedeu ao Poder Judiciário atitudes legislativas: controle de constitucionalidade, podendo retirar a eficácia das normas criadas pelos legisladores, como também, súmulas vinculantes, tratada na seção anterior, criando regras de direito com força de lei e efeito *erga omnes*.

Sendo assim, a ideia de separação dos poderes de Montesquieu é ultrapassada para um Estado Democrático de Direito, pois não se trata mais de um Estado Democrático, exclusivamente, nem um Estado de Direito, é uma fusão de ambos os modelos. Trata-se de um Estado onde preza-se pelo Direito Fundamentais tutelados a todos a partir de normas que garantem segurança jurídica. Além disso, Montesquieu simplesmente pretendia propor uma ideia de acabar com o Poder Absoluto, não garantir Direitos Fundamentais a todos.

Logo, a ideia regressista de impedir que o Poder Judiciário interfira na política é muito mais que retrógrada, é, também, antidemocrática. Como aponta Manoel Peixinho (2008), “a judicialização da política^[8] é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos”.

Outro ponto a ser criticado na separação de poderes, onde caberia ao Judiciário simplesmente aplicar a norma criada pelo Legislativo, é a injustiça. Aplicar de mais a norma em sua literalidade gera, inevitavelmente, injustiça. A ideia do juiz ser a “boca da lei”, não criticar a norma e nem interpretá-la origina injustiça. Não se deve julgar um indivíduo que furta um pão para alimentar sua família da mesma forma que se julga aquele que roubou um carro por diversão. São casos diferentes que só existe uma norma para ambos, logo, um bom juiz interpretaria a norma, aplicaria ela da melhor forma analisando o caso concreto em sua unicidade e exclusividade. O ordenamento não é construído para casos

concretos e sim para casos gerais, exigir do magistrado utilizar a literalidade da lei não é cabível. Como aponta Anderson Lobato (2018), o julgamento por simples aplicação da lei sem interpretação, feito por um magistrado boca da lei, não é eficaz para o Direito. Complementando, segundo Raquel Sparemberger (2013), o aplicador do Direito deve criticar o ordenamento analisando os valores éticos e sociais.

Em suma, a separação de poderes, apesar de ser importante para garantir a liberdade individual, é ineficaz em um Estado Democrático de Direito quando o Poder Legislativo não cumpre sua função. A função legislativa pode ser dada ao Judiciário ao momento que o Poder Legislativo não cumpre o seu papel, sendo assim, os juízes não estão transformando o Estado Democrático de Direito, mas, sim, formando.

3 ATIVISMO JUDICIAL VERSUS LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Agora que já foi abordado o Ativismo Judicial enquanto atitude legislativa e, também, a separação de poderes a partir de uma análise do Estado Democrático de Direito, tratarei da legitimidade democrática referente ao ativismo. É possível que os juízes legislem legitimamente?

Primeiramente, deve-se remeter quem é legítimo ao processo legislativo no Brasil. De acordo com a Constituição Federal, o Poder Legislativo é legitimado competente para criar leis, o processo ocorre em três etapas: iniciativa (nessa, tanto o Executivo quanto o Judiciário, assim como por iniciativa popular, podem participar), votação (nesse momento, apenas o Poder Legislativo age, é a principal etapa do processo legislativo, é votado se o projeto de lei terá efeito ou não) e em último, a promulgação e publicação (feita pelo Poder Executivo ou Legislativo). Nota-se que mesmo os outros Poderes terem legitimidade para iniciar o processo legislativo, somente o Poder Legislativo fará com que um projeto se torne lei.

Todavia, como já mencionado, o Poder Executivo tem competência para criar Medidas Provisórias, ou seja, instaurar regras temporárias com força de lei e eficácia *erga omnes*. Não obstante, o Poder Judiciário também pode tomar atitude semelhante, as súmulas vinculantes são decisões votadas pelo Supremo Tribunal Federal que se aprovada recebem força de lei e efeito *erga omnes*.

Nota-se, então, que o processo de criação das leis por mais que sejam incumbidos do Poder Legislativo, a Constituição Federal permite que outros poderes sejam legitimados a tomar atitudes de construir normativas.

Neste sentido, o Poder Judiciário é mais do que legítimo para legislar, desde que seja por meio das súmulas vinculantes e ou para o exercício de suas funções atípicas conforme disciplina a Constituição Federal de 1988.

Do mesmo modo, tratou-se na primeira seção das atitudes legislativas dos juízes referentes a omissão do ordenamento jurídico. Um magistrado poderia completar uma lei que é omissa?

A resposta é sim, a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro garante ao Poder Judiciário a capacidade de decidir a partir da analogia, costumes e princípios gerais do direito quando a lei for omissa. Como já mencionado, a ideia de garantir que os magistrados completem o ordenamento é impedir o *non liquet*, trata-se do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Todavia, essas decisões de completarem a norma não são vinculativas, quando um juiz decide o caso concreto, demais casos semelhantes não precisam ser decididos da mesma forma. Por exemplo, antes da Resolução do Conselho Nacional de Justiça sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, se um magistrado houvesse decidido, utilizando da analogia, um caso concreto a favor da união de casais homoafetivo, um outro juiz que recebesse caso semelhante não é obrigado a decidir da mesma maneira, podia esse decidir de forma totalmente contrária. Isso ocorre pois no sistema jurídico brasileiro, *civil law*, não está presente o *stare decisis*, que faz com que uma decisão tomada por tribunal superior seja seguida por tribunais inferiores.

Uma das críticas a inexistência do *stare decisis* é apresentada por Martins (2018) referente a segurança jurídica. Para este autor, necessita-se de segurança jurídica, as pessoas devem saber como os juízes irão decidir para tomarem suas atitudes, trata-se de uma isonomia. O autor recomenda que tribunais inferiores não tomem decisões contramajoritárias aos superiores. Todavia, isso somente depende da índole do jurista, afinal esse só é obrigado a seguir ao que está previsto na lei.

Outro ponto a ser analisado referente a decisões legislativas por parte do Poder Judiciário refere-se às *contra legem*. O ordenamento é mecânico, ele não sofre mudanças a não ser que um Poder Legitimado as faça. No caso brasileiro, as leis só serão modificadas pelo processo legislativo, sem esse elas ficam paradas no tempo. Em contraponto, a sociedade é orgânica, vive em constante mudança, e necessita que as normas a acompanhe. Devido a isso, muitas leis acabam ficando ineficazes com o tempo, e sociedade acaba tomando atitudes de forma reiterada *opinio necessitatis*, constituindo costume *contra legem*. Como mencionado anteriormente, os juízes podem decidir de acordo com os costumes quando a lei for omissa, pode-se considerar uma lei não mais eficaz como uma omissão? Sim, se a lei não possui eficácia, não deve ser aplicada, sendo assim, o magistrado pode tomar para sua decisão o costume *contra legem*, dessa forma, perfaz função do Judiciário atualizar o ordenamento jurídico quando o Poder Competente não faz.

Finalmente, deve-se analisar a legitimidade democrática dessas ações mencionadas. Sabe-se que os juízes, desembargadores e ministros não são eleitos, diferentemente do que propõe Aristóteles (2006). Sendo assim, poderia um Poder não eleito modificar decisão tomada por um Poder eleito? A resposta é fluída, desde que esse Poder não esteja violando os direitos fundamentais e o texto constitucional, não é ilegítimo que esse modifique decisões. Se o Poder Competente não toma atitudes, é omissa e "inativista", os demais devem tomar essas atitudes. No caso do Poder Judiciário, esse possui a obrigação de guardar a Constituição Federal e promover os direitos fundamentais, se a ele é apresentado casos concretos que violem o Texto Maior e elidem os direitos fundamentais, compete a esse propor soluções, mesmo que essa seja legislar.

Utilizando de Aristóteles (2006), democracia é muito mais que atender a maioria, mas sim, atender a sociedade como um todo. Na situação brasileira, a maioria segrega as solicitações das minorias. Os legisladores são eleitos por conservadores: a favor de uma "família tradicional", machistas, misóginos e alguns até mesmo racistas. Dessa maneira, as minorias: mulheres, LGBTQI+, negros, etc. acabam não sendo protegidas pela lei, afinal, são os legisladores que as constroem. O Legislativo se nega a tratar de assuntos como aborto e união homoafetiva, se negou por anos a tratar de violência contra mulher e medidas inclusivas, como as cotas. Quando o Poder Judiciário constrói o Direito

Positivo, ele não está ferindo a democracia, ele está formando-a, cumprindo o papel de uma instituição que não cumpre.

Em suma, o Poder Judiciário é mais do que legítimo para legislar em uma democracia, onde o Poder incumbido de legislar não cumpre suas funções, pois os juízes então concretizando a ideia dessa: fazendo com que todos sejam protegidos pela lei, não apenas as maiorias. O Ativismo Judicial não seria necessário, se o Poder Legislativo não fosse “inativista”^[9].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo, o Ativismo Judicial é uma atitude proativa do Poder Judiciário que pode se manifestar por meio de um judiciário legislador. A ideia dos juízes criarem Direito Positivo é criticado por cientistas políticos conservadores por ferir o Estado Democrático de Direito e os magistrados não serem indivíduos legítimos democraticamente.

Todavia, percebeu-se com a pesquisa que ocorre uma omissão por parte do Poder Legítimo a legislar, o Poder Legislativo. Esse, além de não representar as minorias, não legisla sobre temas solicitados pela população. Por ser conservador em demasia, assuntos como união homoafetiva e aborto não são tratados pelos legisladores. Isso se ocorre pelo fato desse depender de ser eleito, ele necessita que seus eleitores votem neles, e como os eleitores são conservadores, tomar esse tipo de decisões não seria favorável a seus interesses. Contudo, a Constituição Federal garante a todos os direitos fundamentais, então, é dever do legislador criar leis que salvaguardem a todos, independentemente de quem seja. Como esse não faz, cabe ao Judiciário fazer.

Enquanto separação de poderes, é imprescindível que ocorra, porém, as funções de cada Poder devem ser respeitadas taxativamente. Como apresentado, isso não ocorre. Dessa forma, não se necessita uma delegação de função, o Poder Judiciário nunca trataria do processo legislativo, porém, pode tomar medidas constitucionalmente previstas para completar as omissões de outros Poderes.

Sendo assim, o Poder Judiciário pode legislar, ora completando omissões do ordenamento, ora retirando a eficácia de leis por meio do Controle de Constitucionalidade, ora por súmulas vinculantes.

A justificativa para o judiciário legislador ser legítimo democraticamente, apesar de não eleito, é que esse está efetivando a democracia. Ele faz com que os direitos fundamentais cheguem a todos, sem distinção, ele pode decidir independentemente dos interesses de um eleitorado, a única base de decisão deve ser a Constituição Federal.

Em suma, o Poder Judiciário pode construir Direito Positivo, afinal, esse não está transformando o Estado Democrático de Direito, mas, sim, formando-o.

REFERÊNCIAS

ABEL, A. S. Holmes-Laski letters: the correspondesse of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916 – 1935. **Harvard University Press**, v. 14, p. 472 - 491, 1953.

ANALOGIA - Novo CPC (Lei nº 13.105/2015). **DireitoNet**, 2012. Disponível em: . Acesso em: 19 jul. 2018.

ARISTÓTELES. **A Política**. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2006.

BARROSO, Luís R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23 - 32, 2012.

BLACKSTONE, W. **Commentaries on the Laws of England in Four Books**. Filadélfia: J.B. Lippincott Co., v. 1, 1893. Disponível em: . Acesso em: 1º jul 2018.

BOWMAN, F. Judicial Legislation. **Historical Theses and Dissertations Collection**, 1893.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, 1942. Disponível em: . Acesso em: 25 jun 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição Federal**, 1998. Disponível em: . Acesso em: jun 25 2018.

COSTUMES. **DireitoNet**, 2015. Disponível em: . Acesso em: 19 jul 2018.

DWORKIN, R. M. The Models of Rules. **University of Chicago Law Review**, v. 35, p. 14 - 46, 1967.

GREENAWALT, K. Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges. **Columbia Law Review**, v. 75, p. 359 - 399, 1975.

LOBATO, Anderson O. C. **Material de aula**. Rio Grande: Furg, 2018.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer e Introdução de Peter Laslett. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, H. **Teorial geral do estado e do direito**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KMIEC, K. D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, v. 92, p. 1441 - 1477, 2004.

KOATZ, L.-F. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171 - 205, set 2005. Disponível em: . Acesso em: 1º jul 2018.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Abril Cultura, 1973.

MARTINS, M. G. Ativismo Judicial, Segurança Jurídica e Desenvolvimento. In: URSO, U. L. B. D.; COSTA, M. D. **Ativismo Judicial e a Sociedade da Informação**. [S.l.]: [s.n.], 2018. Disponível em: . Acesso em: 30 jun 2018.

MONTESQUIEU, C. D. S. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEIXINHO, Manoel M. O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 13 - 44, 2008.

SCHLESINGER JR, A. The Supreme Court. **Fortune**, v. 35, 1947.

SPAREMBERGER, R. F. L. A Ciência do Direito: uma breve abordagem. **Revista Direito em Debate.**, v. 9, mar 2013. Disponível em: . Acesso em: 20 jun 2018.

STRAPAZZON, C. L.; GOLDSCHMIDT, R. Teoria constitucional e ativismo político: problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. **Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 43, p. 567 - 624, 2013.

THAYER, E. R. Judicial Legislation: Its Legitimate Function in the Growth of the Common Law. **Harvard Law Review**, v. 5, p. 172 - 201, 1891.

TOOBIN, I. No more Mr. nice guy: the supreme court's stealth hard-liner. **The new yorker**, 2009. Disponível em: . Acesso em: 6 jul 2018.

VIGLIAR, J. M. M. O Inativismo Legislativo versus o Ativismo Judicial. In: URSO, U. L. B. DCOSTA, M. D. **Ativismo Judicial e a Sociedade da Informação**. [S.l.]: [s.n.], 2018. Disponível em: . Acesso em: 30 jun 2018. .;

NOTAS:

[1] No texto, o autor utiliza do termo *growth of the law by judicial decision*. Sendo assim, pode-se interpretar de três formas a aplicação da palavra *growth* no artigo: amadurecimento (a lei é atualizada por decisões judiciais); intensificação (a lei se torna mais eficaz ou menos eficaz por decisões judiciais) ou, ainda, propagação (a lei se torna mais abrangente por decisões judiciais).

[2] *He legislates only between gaps. He fills the open space in the law.* Cardozo (1928 *apud* KMIEC, 2004) informa que o juiz somente legisla entre lacunas, ele preenche as lacunas da lei.

[3] Podemos considerar as *rules of law* como princípios dentro do ordenamento ou, também, como precedentes. Por se tratar de um sistema de *common law*, as decisões judiciais nos Estados Unidos de tribunais inferiores geram precedentes para decisões de tribunais inferiores. Ao tribunal superior decidir sobre tal matéria, todos os outros tribunais inferiores devem decidir da mesma forma, essa decisão criou, então, uma regra de direito, a *rule of law*. A importância dessa obrigatoriedade das decisões de tribunais inferiores de acordo com os superiores serve para garantir uma isonomia (MARTINS, 2018), que é fator relevante para a segurança jurídica.

[4] "Consiste em um método de interpretação jurídica utilizado quando, diante da ausência de previsão específica em lei, aplica-se uma disposição legal que regula casos idênticos, semelhantes, ao da controvérsia" (ANALOGIA, 2012, *online*).

[5] Trata-se do uso reiterado, da repetição constante e uniforme de determinado ato social. Deve haver consciência social, convicção de que essa prática reiterada e uniforme é fundamental para a sociedade, eis então que surgirá a sua obrigatoriedade. Não há um tempo determinado para que efetivamente se reconheça determinado costume como fonte formal, válida para o Direito” (COSTUMES, 2015, *online*)

[6] Ler Dois tratados sobre o governo, de John Locke (1998). No livro, o autor considera que o legislador detém o real poder no Estado, e os demais são apenas funções subordinadas desse. Nota-se, no Brasil, uma situação análoga ao que diz Locke, os legisladores além de terem a competência de construir as leis, podem modificar Constituição Federal, texto que regula as ações dos demais Poderes.

[7] Apesar do Poder Executivo atuar no momento do veto ou sanção da lei, essa atitude executiva pode ser revogada pelo Legislativo, sendo assim, a função executiva no processo legislativo é irrelevante.

[8] Judicialização ou politização da justiça é a ideia do Poder Judiciário interferir nas decisões políticas a partir da previsão constitucional. Como aponta Barroso (2012), a Judicialização é consequência do modelo constitucional, o controle de constitucionalidade é um exemplo de judicialização. O Poder Judiciário revoga a eficácia de uma norma, criada e aprovado por um Poder eleito e legítimo, um Poder político.

[9] Ver O Inativismo Legislativo versus o Ativismo Judicial de Vigliar (2018)

IDENTIDADE DE GÊNERO E UTILIZAÇÃO DO NOME SOCIAL: PROPÓSITOS E DESAFIOS

CARINE TERESA LOPES DE SOUSA POSSIDONIO:

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil, na Escola de Advocacia do Amazonas - OAB/AM. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG.

RESUMO: O presente estudo propõe uma reflexão sobre identidade de gênero, analisando os propósitos e desafios da utilização do nome social por aqueles em que o nome civil, Os transexuais e as travestis, até hoje, carregam o estigma do elevado grau de preconceito e rejeição perante uma sociedade ainda conversadora e patriarcal. conhecido como "nome de batismo", não reflete sua identidade gênero. Para elaboração do presente trabalho foi escolhido o método hipotético dedutivo. Os transexuais e as travestis, até hoje, carregam o estigma do elevado grau de preconceito e rejeição perante uma sociedade ainda conversadora e patriarcal. O uso do nome social constitui passo importante rumo ao reconhecimento da identidade de gênero dos transexuais e travestis, uma vez que, assim como a retificação do registro civil, não está condicionado à realização de cirurgia de redesignação sexual. Desta forma, promove-se a inserção social, além de evitar o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir-se a estes indivíduos. No Brasil, embora não haja lei que regulamente a questão da adequação do pronome da pessoa *trans* no registro civil, a promulgação do Decreto n. 8.727/2016 trouxe grandes avanços à luta LGBT, porquanto assegurou aos *trans* o direito ao uso do nome social, reconhecendo a identidade de gênero destes no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Assim, o objetivo deste trabalho é demonstrar a importância da utilização do nome social por travestis e transexuais, respeitando a identidade de gênero adotada por cada um, visto que tal problemática diz respeito a um direito que, pautado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, constitui um dos direitos mais célebres e primários da história da humanidade: o uso do nome.

PALAVRAS-CHAVES: transgêneros; transexuais; travestis; nome social; identidade de gênero.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da identidade de gênero *versus* orientação sexual; 2.1. Fenômenos relacionados à sexualidade e ao gênero: termos e definições; 2.2. Transexuais e travestis. 3. Do nome civil. 4. Da adoção do nome social: desafios e perspectivas. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo terá como objetivo geral analisar os propósitos e desafios do Decreto n. 8.727/2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais. Observar-se-ão os seguintes objetivos específicos: Esclarecer a diferença entre “identidade de gênero” e “orientação sexual”, explanando termos e definições relacionadas aos fenômenos relacionados à sexualidade e ao gênero; Expor as dificuldades para alteração do nome e sexo no registro civil.

O método escolhido para a formulação do presente projeto foi o método hipotético-dedutivo, o qual consiste na construção de hipóteses que devem ser confrontadas, para se verificar quais hipóteses persistem como válidas. Desta forma, o presente trabalho se propõe a analisar se o uso do nome social cumpre sua finalidade em relação ao reconhecimento da identidade de gênero dos transexuais e travestis.

Para melhor explanação do tema em baila, fez-se necessário, primeiramente, distinguir identidade de gênero de orientação sexual, uma vez que, embora possam se relacionar, não se confundem, tampouco traduzem mesmo significado.

Ademais, julgou-se oportuno abordar e conceituar termos relacionados à orientação sexual e a identidade de gênero, tais como a figura do indivíduo cisgênero, transgênero, travesti, *crossdresser* e *drag queen*.

2 DA IDENTIDADE DE GÊNERO *VERSUS* ORIENTAÇÃO SEXUAL

Vivemos em uma sociedade em que grande parte das pessoas ainda define o gênero de um indivíduo de forma binária: homem ou mulher;

baseando-se, sobretudo, no órgão genital que estas possuem. Ou seja, a partir do sexo biológico que os acompanha desde o nascimento. Contudo, a identidade de gênero que permite ao ser humano se definir como homem ou mulher não é um fato biológico, mas sim social, uma vez que o sexo “de nascença” de uma pessoa não é capaz de, sozinho, definir a identidade de gênero de um indivíduo.

Atualmente, não são raras as vezes em que as figuras da identidade de gênero e da orientação sexual são confundidas e associadas de forma equivocada. Cumpre esclarecer, desde logo, que embora possam se comunicar, esses termos não se misturam, tampouco refletem o mesmo significado.

A identidade de gênero diz respeito ao sentimento que cada um tem sobre si acerca da sua identificação como homem ou mulher. Trata-se da imagem que cada pessoa tem de si mesmo, de como a pessoa se enxerga e se identifica, seja como homem, seja como mulher.

Destarte, o Decreto n. 8.727/2016, em seu art. 1º, inciso II, conceituou o termo, ressaltando que tal identidade não guarda, necessariamente, relação com o sexo biológico, a citar:

II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

A orientação sexual, por sua vez, antes de assim ser nomeada, era de chamada de opção sexual. No entanto, o termo foi perdendo força, pois o uso da palavra “opção” no referido termo dava a equivocada ideia de que o ser humano teria o poder de escolha perante a atração ou inclinação do desejo afetivo e sexual que naturalmente sente por algum ou alguns gêneros.

Desta forma, a orientação sexual tem relação direta com a atração ou a inclinação afetiva e sexual, preponderante ou exclusiva, que o indivíduo sente por um ou alguns gêneros. Ou seja, a orientação sexual se traduz no desejo sexual que uma pessoa sente por alguém de sexo diferente do seu –

heterossexualidade -, por pessoas do mesmo sexo – homossexualidade -, de ambos os sexos – bissexualidade - ou, ainda, por não possuir desejo sexual algum – assexualidade.

Nesse sentido, ensina Jacqueline Gomes de Jesus (p. 13, 2012):

Gênero é diferente de Orientação Sexual. Podem se comunicar, mas um aspecto não necessariamente depende ou decorre do outro. Pessoas transgênero[1] são como as cisgênero[2], podem ter qualquer orientação sexual: nem todo homem e mulher é “naturalmente” cisgênero e/ou heterossexual.

Resta esclarecer, portanto, que a identidade de gênero, seja masculina ou feminina, não assegura, necessariamente, uma correlação com a identidade sexual da pessoa. Desta forma, até mesmo em relação às pessoas transexuais e travestis, pode acontecer de haver um indivíduo que possua identidade de gênero distinta de seu sexo biológico, sendo certo que sua orientação sexual pode relacionar-se ou não com esta identidade de gênero. Por esta razão, homens e mulheres transexuais podem considerar-se homossexuais ou heterossexuais.

2.1. Fenômenos relacionados à sexualidade e ao gênero: Termos e definições

Atualmente, tendo em vista a abertura do diálogo e dos debates acerca dos transgêneros, bem como a globalização da luta pela visibilidade aos transexuais e às transexuais, faz-se oportuno diferenciar os diversos termos e definições relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero.

Corriqueiramente chamado apenas de “cis”, o termo cisgênero significa, em poucas palavras, definição para aquela pessoa que se identifica com o gênero que nasceu, ou seja, com seu sexo anatômico e com as características biológicas inerentes a ele.

Portanto, a mulher cisgênera será aquela pessoa que nasceu com o órgão reprodutor feminino, foi registrada como mulher, se identifica como mulher e assim se reivindica e se apresenta na sociedade. Por sua vez, o

homem cisgênero será aquele indivíduo que nasceu com o órgão reprodutor masculino, foi registrado como homem e assim se identifica e se reconhece perante a sociedade.

A figura do *crossdresser* trata-se de uma espécie do gênero *trans* e diz respeito a pessoas do sexo anatômico masculino adeptas à prática do *crossdressing*, cuja tradução literal quer dizer “vestindo-se ao contrário”.

Costumeiramente associado à figura das travestis, o *crossdresser*, assim como essas, nasceu com o sexo biológico masculino, mas sente-se à vontade, e muitas vezes necessidade, de usar trajes femininos, se portando como mulher na sociedade, embora, nem as travestis, nem os *crossdressers*, nutram o desejo de realizar a cirurgia de redesignação sexual.

Então, embora exista uma corrente que defenda que essas figuras sejam sinônimas, a corrente contrária defende que a diferença entre elas estaria no fato de, por razões várias, o *crossdresser* não fazer uso de vestimentas e adereços femininos 24h por dia, podendo praticar o *crossdressing* até mesmo pontualmente, em determinados lugares e para determinadas pessoas. Enquanto a pessoa travesti, não raramente, é aquela que se identificará todos os dias e em todos os momentos da vida privada e social como pessoa do sexo feminino, não possuindo, repita-se, o desejo de alterar suas genitálias.

As *drags queens*, por sua vez, tratam-se, precipuamente de atores transformistas, que se distinguem das travestis por, durante a vida cotidiana, se vestirem e se apresentarem socialmente como homens, exercendo, durante o dia, profissões diversas e não relacionadas ao transformismo. Outra máxima que distingue as duas figuras é de que as travestis, não raramente, utilizam-se próteses de silicone e hormônios na constituição de seus corpos femininos, permanecendo travestidas em tempo integral, na sua vida cotidiana, porém, evitando que isso se dê de forma exagerada ou caricata (Silva, 1993; Silva & Florentino, 1996).

2.2. Transexuais e travestis

De acordo com o *Transgender Terminology*, glossário de terminologias e conceitos sobre gênero elaborado pela *National Center for Transgender Equality*, o termo transgênero diz respeito às pessoas cuja [identidade social e](#)

de gênero diferem daquela tipicamente associada ao gênero que lhes foi atribuído no nascimento.

Assim, o grupo dos transgêneros, mais conhecido como grupo *trans*, abarca aqueles que se identificam como travestis, transexuais, *crossdressers*, entre outros.

O transexualismo, conforme o sufixo “ismo” de antemão indica, ainda é considerado *pela Classificação Internacional de Doenças (CID)* como patologia, mais precisamente *transtorno mental*.

Neste sentido, o posicionamento de Marcia Aran, Daniela Murta e Tatiana Lionço, a citar:

[...] o transexualismo continua a ser visto como uma síndrome, identificada pelo Transtorno de Identidade de Gênero – TIG, considerado um estado psicológico no qual a identidade de gênero está em desacordo com o sexo biológico e em que existe uma pulsão psicológica de pertencer ao sexo oposto ao genético, sempre acompanhada de um desejo obsessivo de libertar-se de sua genitália para adquirir a do sexo oposto.

De forma a exemplificar a os moldes do transexualismo, caberia dizer que a mulher transexual é aquela pessoa que nasceu com o sexo anatômico masculino e foi registrada como homem, embora se reconheça mulher. Trata-se, pura e simplesmente, do ser humano que se identifica com o gênero distinto daquele que lhe foi atribuído e sob o qual teve que viver desde o nascimento.

Nas palavras da Professora Aracy Augusta Leme Klabin (p. 203):

O transexual é um indivíduo, anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao “verdadeiro” sexo, isto é, ao seu sexo psicológico.

Não raramente, costuma-se definir a mulher transexual como sendo aquela pessoa que “nasceu” homem, mas, “no fundo”, é uma mulher. No entanto, o que ocorre, de fato, é que a mulher transexual já nasceu se identificando como mulher e assim se reivindica desde a mais tenra infância. O cerne da questão é, em realidade, que lhe foi dito que ela pertencia a um gênero que não condiz com a forma que ela se identifica, pois em seu íntimo, sempre foi mulher e, portanto, nasceu mulher, não homem.

Assim, quando alguém, ao se referir a uma pessoa transexual, afirma que esta pessoa “é uma mulher que nasceu homem”, por exemplo, está perpetuando um preconceito já enraizado em nossa sociedade e fortalecendo o estigma de ver a situação que essas pessoas vivem ser tratada, até hoje, como patologia e transtorno de identidade sexual.

Acerca das travestis, Jacqueline Gomes de Jesus (2012, p. 16), em sua obra acerca de orientações sobre identidade de gênero, ressalta ser fundamental reforçar que o fato de alguém ser travesti não guarda relação direta com ser profissional do sexo. Ademais, consoante seus ensinamentos, destaca que a maioria das travestis, independentemente da forma como se reconhecem, preferem ser tratadas pelo gênero feminino, sendo considerado pejorativo o contrário. Portanto, tratam-se *DA* travestis, e não *DOS* travestis.

Sobre o travestismo, ensina a Professora Juliana Gonzaga Jaime (2010, p. 169):

As travestis dizem que são “mulheres” dia e noite, pois interferem no corpo por meio de roupas, maquiagem, cabelo e trejeitos femininos e através de medicamentos (hormônios femininos) e silicone em partes do corpo. No entanto, afirmam que não desejam fazer a cirurgia de transgenitalização^[3], querem manter o órgão sexual masculino.

Assim, a diferença primordial entre travestis e transexuais consiste no fato de que os transexuais desprezam o sexo anatômico que possuem desde o nascimento, de forma que os órgãos sexuais que carregam lhes trazem ojeriza e repúdio. É através dessa repugnância que se observa a vontade incessante que

os transexuais possuem de realizar a cirurgia de redesignação sexual, na busca da famosa “troca de sexo”, fato que não costuma ser observado na maioria das travestis.

3 DO NOME CIVIL

O termo “nome” diz respeito à designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade. O nome constitui elemento individualizador da pessoa natural e integra a personalidade, indica a procedência familiar e individualiza os seres humanos, durante a vida, como também depois da morte (GONÇALVES, p. 131).

Destarte, o direito ao nome trata-se de um direito de personalidade, pois se constitui em um direito inerente à pessoa humana, tal qual o direito à vida e à honra, uma vez que toda pessoa merece ser civil e socialmente identificada.

Tendo em vista a necessidade imperiosa de individualização das pessoas no grupo social a que pertencem, o nome civil se traduz como verdadeiro atributo de personalidade, consistente no direito à identificação (CHAVES, ROSENVALD, p. 170).

Nos moldes do art. 16, do Código Civil de 2002, toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Dentre as características decorrentes do direito ao nome civil, a doutrina destaca que o direito ao nome civil é obrigatório, em razão do disposto no art. 50 da Lei 6.015/73, cujo conteúdo assevera ser obrigatório o registro de todo nascimento que ocorrer no território nacional. Também é um direito indisponível, haja vista não ser passível de cessão, alienação, renúncia, desapropriação, sendo vedado, então, a possibilidade de disposição da própria designação. Ademais, é um direito absoluto, imprescritível, inalienável e, em regra, imutável.

De acordo com o entendimento de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2007, p. 170), trata-se, no entanto, de imutabilidade relativa, posto ser a característica do nome intimamente ligada à identidade do indivíduo, permitindo sua identificação no meio social, de forma que o nome civil

somente poderá ser alterado em situações excepcionais, com justa motivação e desde que não haja prejuízos à terceiros).

A Lei n. 6.015/1973, conhecida como a Lei dos Registros Públicos, disciplina as situações em que o nome civil poderá ser alterado. E é baseado nesta lei que os transgêneros fundamentam seus pedidos diante do Judiciário, sobretudo nos artigos 55, 56 e 58.

Em seu art. 58, a lei dispõe que o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Já o art. 55 deste diploma determina que os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores e quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Insta salientar que inexistente, no Direito Brasileiro, legislação que acolha e regulamente expressamente o pedido de adequação do sexo e do prenome dos transexuais no Registro Civil. No entanto, a ausência de lei específica não tem condão de servir suficientemente como fundamento para as decisões que indeferem os pedidos dessa natureza.

4 DA ADOÇÃO DO NOME SOCIAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

O Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016, cujo conteúdo dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, permitiu que tais instituições reconheçam e permitam o uso de nome social para aqueles em que o nome civil não reflete sua identidade de gênero.

O Decreto, em seu art. 1º, inciso I, conceitua o que vem a ser nome social, definindo-o como designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida.

Embora de grande relevância, o referido decreto não foi o primeiro instrumento a dispor sobre a possibilidade do uso do nome social a travestis e transexuais, respeitando a identidade social e gênero adotado por cada um. Anteriormente, a Portaria n. 1.612, de 18 de novembro de 2011, do MEC, assegurou às pessoas transexuais e travestis o direito à escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos promovidos no âmbito do Ministério da

Educação. Além disso, a portaria, em seu art. 1º, § 1º, conceituou o nome social como sendo aquele pelo qual as pessoas se identificam e são identificadas pela sociedade. |

Neste mesmo sentido, a Resolução n. 12 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), de 16 de janeiro de 2015, consagrou em seu art. 1º:

Art. 1º - Deve ser garantido pelas instituições e redes de ensino, em todos os níveis e modalidades, o reconhecimento e adoção do nome social àqueles e àquelas cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero, mediante solicitação do próprio interessado.

Diante desse cenário, não tardou para que diversas instituições, sobretudo ligadas ao ensino, inclusive, universidades brasileiras renomadas, adotassem e reconhecessem a figura do nome social. Essa conquista, embora pareça pequena, deu impulso à luta dos transexuais e travestis, viabilizando a possibilidade que estes fossem reconhecidos, no âmbito universitário, pelo gênero com o qual se identificam, passando a haver a possibilidade da utilização do nome social do aluno transexual ou travesti no registro de frequência, nas avaliações, e, não menos importante, no tratamento diário de professores, funcionários e alunos.

No ano de 2016, o número de candidatos transexuais que fizeram uso do nome social no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM alcançou o quádruplo do número registrado em 2014, que contou com apenas 102 candidatos. De acordo com o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), 408 candidatos foram autorizados a terem o nome social impresso no cartão de resposta, bem como tratamento recebido pelos fiscais, em detrimento do nome de batismo constante no registro civil.

Embora esteja se sedimentando o posicionamento de não ser necessária cirurgia de redesignação sexual para alteração do nome no registro civil, para que isso ocorra, as pessoas *trans* precisam recorrer ao judiciário, em processos, muitas vezes, demorados e caros, cuja decisão fica a mercê do entendimento

de cada magistrado de 1º grau, já que o ordenamento pátrio não conta, ainda, com legislação específica para mudança do nome no registro civil.

Diante disso, resta recorrer ao Judiciário, em ação fundamentada da dignidade da pessoa humana e no direito de personalidade à identidade, sendo forçoso concluir que existem, no mínimo, três possibilidades de decisões acerca do pedido de alteração do nome e do sexo no registro civil. Na primeira possibilidade, embasado justamente nos princípios ora citados, o juiz poderá conceder ambos: tanto a modificação do sexo registrado anteriormente, quanto a alteração do nome.

Na segunda hipótese, poderá a decisão deferir a mudança de nome, estabelecendo que tal alteração seja realizada observando-se a condição de transexual do indivíduo, indeferindo, assim, a alteração do sexo no registro. Esse entendimento ocorre em razão de ainda haver grande resistência do Judiciário em conceder o pedido de adequação do sexo no registro nos casos em que o(a) requerente não realizou a cirurgia de redesignação sexual.

Por fim, em uma terceira possibilidade, há chance de que o magistrado entenda por bem indeferir ambas as pretensões: deixa de conceder a troca de nome e, também, a do sexo no registro civil.

Diante deste leque de possibilidade, não há como negar a insegurança jurídica a que estão submetidos os indivíduos transgêneros que buscam na tutela jurisdicional a alteração do nome no registro civil. Cumpre destacar, no entanto, que a doutrina vem reconhecendo a legitimidade do pedido de alteração feito pelo transexual operado, bem como as inúmeras razões que sustentam seu acolhimento, de forma que já há inúmeros casos de demandas julgadas procedentes no que diz respeito à adequação no Registro Civil, requerida por transexual redesignado – aquele que se submeteu a cirurgia de redesignação sexual.

.Assim, torna-se claro que o Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016 visa suprir a ausência de legislação que reconheça a identidade de gênero das pessoas, uma vez que garantiu às travestis e aos transexuais a inclusão de seus nomes sociais em documentos oficiais e nos registros dos sistemas de informação dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta,

autárquica e fundacional, mas, longe do âmbito da administração pública, o Decreto 8.727 perdeu a oportunidade de legislar acerca de procedimento administrativo específico para alteração de documentos das pessoas transexuais e travestis no registro civil.

No entanto, tramita na Câmara dos Deputados desde 2013 o Projeto de Lei n. 5.002/2013, conhecido como Projeto de Lei João Nery e como Projeto de Lei de identidade de gênero, que busca garantir à população *trans* o reconhecimento a sua identidade de gênero. O referido Projeto de Lei difere do Decreto ora tratado, sobretudo, por ser mais abrangente, uma vez que pretende obrigar a administração pública, bem como particulares a reconhecer a identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais, além de lhes garantir amplo direito à assistência médica.

O Projeto de Lei João Nery propõe que a alteração do nome das pessoas que se identifiquem como transgêneros seja realizada extrajudicialmente, ou seja, em Cartórios e sem necessidade intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial, terapias hormonais, qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico e autorização judicial.

Inclusive, a possibilidade da alteração do nome civil ser realizada em seara extrajudicial é entendimento defendido e firmado por inúmeros estudiosos da causa, como Kellen Cristina Gomes Ballen e Lilian Fernanda Bizetti (p. 15), a citar:

Permitir que as alterações de nome sejam realizadas pelos cartórios de registro civil, em tese, ampliaria o acesso à justiça e traria efetividade ao direito do nome, pois muitos indivíduos necessitam desta providência para alcançar uma vida mais digna e plena. Conviver com um nome que não permite o completo desenvolvimento de sua potencialidade e ter reconhecida, legal ou jurisprudencialmente, a possibilidade de alterá-lo, mas ter que esperar meses ou anos para alcançar a providência, é atentar contra a dignidade da pessoa e torna-se uma forma de não efetivar o direito.

O Projeto de Lei João Nery busca alterar o artigo 58º da lei 6.015/73, que, caso aprovada a lei, passará a ser redigido da seguinte forma:

Art. 58º. O prenome será definitivo, exceto nos casos de **discordância com a identidade de gênero** auto-percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. (Grifos nossos).

Já em seu primeiro artigo, o projeto de lei dispõe que toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero, ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero, a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito dos prenomes, da imagem e do sexo com que é registrada neles.

Embora se clame pelo mínimo de direito de reconhecimento a identidade de gênero de cada um, o que se espera de um Estado democrático de Direito é que, pela primariedade que representam, não seja necessária a edição de leis que assegurem direitos elementares como a dignidade da pessoa humana, direito ao nome, direito à identidade de gênero e ao reconhecimento desta, mas que, sendo necessária, seja discutida, debatida, analisada e, por fim, editada. O que se nota, entretanto, é que edição de legislação pertinente acerca dos direitos tratados neste artigo não só é necessária na atual conjuntura em que estamos inseridos, como é necessário também que se dê de forma célere, efetiva e, sobretudo, eficaz.

5 CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa *Trans Murder Monitoring*, realizada pela ONG *Transgender Europe* (TGEU), o Brasil é o país em que, em números absolutos, mais houve registros referentes a homicídios de pessoas transexuais, no período compreendido entre 01 de janeiro de 2008 e 31 de dezembro de 2015, contabilizando 802 casos. Em recente atualização, a pesquisa concluiu que foram registrados 295 assassinatos de pessoas *trans* em todo o mundo,

entre 01 de outubro de 2015 a 30 de setembro de 2016, sendo, novamente, do Brasil, a 1ª colocação, com alarmantes 123 homicídios registrados, em apenas um ano.

Os dados transparecem que persiste na sociedade brasileira, um alto grau de rejeição à figura dos transgêneros, àquelas pessoas que não se identificam com o sexo anatômico que nasceram, como pessoas transexuais e travestis. Não raramente, através de um preconceito enraizado em nossa construção patriarcal, a sociedade rejeita, marginaliza, exclui, humilha e oprime as pessoas transexuais e travestis, reforçando a condição de vulnerabilidade social, física e psicológica que, corriqueiramente, já se encontram.

Então, tendo em vista ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos que instituem a República Federativa do Brasil, bem como se constitui objetivo fundamental desta promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, é necessário que medidas sejam tomadas para que haja a efetiva inserção social destes indivíduos na sociedade. É necessário que haja o diálogo sobre as, muitas vezes desconhecidas, figuras que permeiam a identidade de gênero.

Assim, embora o Decreto n. 8.727/2016 tenha deixado de dispor sobre procedimento específico para alteração de documentos das pessoas *trans* no registro civil, ainda é a forma mais prática para utilização do nome social diante da administração pública direta, autárquica e fundacional, sobretudo por ser gratuito e depender de simples requerimento do interessado.

6 REFERÊNCIAS

JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Brasília, 2012

BRASIL. Decreto n. 8727, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm >. Acesso em: 02 de nov de 2016.

_____. Ministério da Educação e Cultura. Portaria n. 1612, de 18 de novembro de 2011. Disponível em:

< <https://www.sertao.ufg.br/politicaslgbt/novidades.php?Id=28> >. Acesso em 02 de nov de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO E PROMOÇÕES DOS DIREITOS DE LÉSBICAS, GAYS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. Resolução n. 12, de 16 de janeiro de 2015. Disponível em: < http://www.lex.com.br/legis_26579652_RESOLUCAO_N_12_DE_16_DE_JANEIRO_DE_2015.aspx >. Acesso em: 02 de nov de 2016.

ARAN, Márcia; MURTA, Daniela e LIONÇO, Tatiana. Transexualidade e saúde pública no Brasil. Cienc. Saúde coletiva. V14, n.4. P.1141-1149, jul/ago.2009. Disponível em:

< http://www.scielo.br/scielo.php?Script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400020&lng=pt&nrm=iso >. Acesso em: 03 de nov de 2016.

NATIONAL CENTER FOR TRANSGENDER EQUALITY. Transgender Terminology. 2014. Disponível em:

< <http://www.transequality.org/issues/resources/transgender-terminology> >. Acesso em: 15 de nov de 2016.

MORENO, ANA CAROLINA. Nº de candidatos trans usando nome social no Enem

quadruplica em dois anos. Disponível em:

< <http://g1.globo.com/educacao/enem/2016/noticia/n-de-candidatos-trans->

[usando-nome-social-no-enem-quadruplica-em-dois-anos.ghtml](http://g1.globo.com/educacao/enem/2016/noticia/n-de-candidatos-trans-usando-nome-social-no-enem-quadruplica-em-dois-anos.ghtml) >. Acesso em: 05

de nov de 2016.

KABLIN, Aracy Augusta Leme. Aspectos Jurídicos do Transexualismo. 1995. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67295/69905> >. Acesso em: 07 de nov de 2016.

JAIME, Juliana Gonzaga; In: CASTRO, AL., org. Cultura contemporânea, identidades e sociabilidades: olhares sobre corpo, mídia e novas tecnologias. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. Disponível em: < <https://books.google.com.br/books?id=5A5fVLwYNTQC&pg=PA167&lpg=PA167&dq=travestis,+transformistas,+drag+queens,+transexuais:+identidade,+corpo+e+genero&source=bl&ots=AkuZoOEcBK&sig=RgjrOg->

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591284>

[WZJ_mHbXP6mQ7NR4eRs&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewiHkvWPpbnQAhVL7yYKHT6zCQYQ6AEIUjAI#v=onepage&q&f=false](http://www.conteudojuridico.com.br/WZJ_mHbXP6mQ7NR4eRs&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewiHkvWPpbnQAhVL7yYKHT6zCQYQ6AEIUjAI#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 19 de nov de 2016.

Silva, H. R. S., & Florentino, C. de O. (1996). A sociedade dos travestis: espelhos, papéis e interpretações. In R. Parker & R. M. Barbosa. (Orgs.), Sexualidades brasileiras.

NOTAS:

[1] Pessoa que tem identidade ou expressão de gênero diferente daquele com a qual nasceu.

[2] O indivíduo que se identifica com o gênero que nasceu.

[3] O art. 4º da Resolução 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, determina que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto: 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) Maior de 21 (vinte e um) anos; 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

A IMPORTÂNCIA DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

RICARDO JESUS DA SILVA: Bacharel em Direito pela Faculdade Unyahna. Pós-graduado em Direito Penal pela FCV - Faculdade Cidade Verde.

RESUMO: A prescrição pela pena em perspectiva é repudiada pelos Tribunais Superiores, contudo, defendida por parte da doutrina e pela jurisprudência de primeiro grau. Temática que requer detida análise, haja vista o alto número de inquéritos policiais e processos criminais natimortos em curso no sistema criminal brasileiro. Isso se explica porque as provas dos autos demonstram que, em caso de prosseguimento, fatalmente esses processos serão alcançados pela prescrição da pretensão punitiva estatal – na modalidade retroativa, por ocasião do trânsito em julgado da sentença penal condenatória –, de modo a tornar a prestação jurisdicional sem qualquer eficácia prática. Assim, elaborado pelo método bibliográfico, por meio de recentes julgados dos Tribunais, livros, artigos e dissertações publicadas no meio acadêmico, o presente artigo tem por objetivo examinar a relevância do instituto da prescrição pela pena em perspectiva à luz de princípios penais constitucionais e do direito comparado, evidenciando-se a necessidade de extinção de processos criminais e de rejeição de denúncias e queixas-crimes fadados ao fracasso, dada a flagrante falta de interesse processual.

PALAVRAS-CHAVE: prescrição em perspectiva, extinção processo, falta de interesse processual.

ABSTRACT: The prescription for the pen in perspective is repudiated by the Superior Courts, however, defended by the doctrine and the jurisprudence of first degree. Thematic that requires analysis, considering the high number of police investigations and prosecutions stillborn in the Brazilian criminal system. This is explained by the fact that the evidence in the case shows that, in case of continuation, these proceedings will inevitably be reached by stating the punitive claim of the State - in retroactive mode, on the occasion of the final sentence of conviction - in order to render the benefit without any practical effectiveness. The purpose of this article is to examine the relevance of the

institute of prescription by pen in perspective in the light of constitutional criminal principles and the comparative law, evidencing the necessity of extinction of criminal cases and rejection of denunciations and criminal complaints, doomed to failure, given the flagrant lack of procedural interest.

KEYWORDS: prescription in perspective, extinction process, lack of procedural interest.

Sumário: Introdução. 1. Da prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva. 2. Da alteração do art.110 do código penal, promovida pela Lei 12.234/2010, e o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da prescrição pela pena em perspectiva. 3. Conflito entre princípios constitucionais. 4. O interesse de agir. 5. Do direito comparado. 6. Considerações finais. 7. Referências.

INTRODUÇÃO

Muito tem se discutido acerca do instituto da prescrição pela pena em perspectiva, o qual consiste na aplicação antecipada da prescrição retroativa, com base na pena que, em tese, seria imposta ao acusado por ocasião da prolação da sentença penal condenatória.

A prescrição em perspectiva é modalidade de prescrição que não tem amparo em lei. Trata-se de uma criação doutrinária e jurisprudencial dos nossos tribunais de primeiro grau, que tem perdido força após o advento da Lei 12.234 de 2010 e, principalmente, após a edição da súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça, que a vedou expressamente. E, atualmente, é instituto repudiado pelos Tribunais Superiores.

No entanto, apesar de tais resistências, boa parte da doutrina e magistrados de primeiro grau e seus respectivos tribunais têm defendido a aplicação do supracitado instituto.

Neste contexto, indaga-se, por que não se aplicar o instituto da prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva, nas hipóteses em que se verifique, com segurança, antecipadamente, que a continuidade do processo criminal movimentará a máquina jurisdicional sem que se obtenha qualquer resultado prático ao final?

Tal problemática ganha relevo em razão do considerável número de processos criminais em trâmite no Judiciário Brasileiro que perduram por longos anos sem desfecho, os quais poderiam ser extintos pela prescrição retroativa antecipada, desobstruindo a máquina judiciária, mas que encontram obstáculos, principalmente, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

1 DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA

Na esfera criminal a partir do momento em que há a violação da norma penal incriminadora surge para o Estado o direito de punir o agente transgressor, fato que caracteriza a chamada pretensão punitiva estatal ou *jus puniendi*.

Conforme enfatiza Porto (citado por PIEDADE, 2013) violado o preceito normativo “passa a ter o Estado, em relação ao autor do fato violador, o direito de punir (*jus puniendi*), direito subjetivo e público e de exercício autolimitado pelo próprio Estado”.

Este direito público subjetivo do Estado quando não exercido dentro do prazo previamente fixado em lei, acarreta a ocorrência do fenômeno denominado prescrição.

A palavra “prescrição”, no sentido comum, significa preceito, ordem expressa; no sentido jurídico, significa perda de um direito em face de seu não exercício dentro de certo prazo. Prescrição penal, num conceito preliminar, é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Preferimos dizer que a prescrição penal é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício. (JESUS, 2014, p.690)

A prescrição penal está prevista em nosso ordenamento jurídico no Código Penal de 1940, como uma das causas de extinção da punibilidade, especificamente no artigo 107, inciso IV, e disciplinado nos artigos 109 e seguintes, e divide-se basicamente em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória; a primeira ocorre antes do trânsito em julgado da sentença, e a segunda, após.

A prescrição da pretensão punitiva, ainda, subdivide-se em punitiva abstrata, superveniente, retroativa e em perspectiva. Esta última, é o objeto do presente estudo.

A prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva – termos tratados como sinônimos pela doutrina – não encontra previsão legal e trata-se de criação da doutrina e jurisprudencial, ocorre diante de uma análise acurada acerca das circunstâncias de caráter pessoal do acusado e daquelas integrantes do crime, em que se aplica antecipadamente a prescrição retroativa, com base na possível pena que seria aplicada ao acusado, por ocasião da prolação da sentença em caso de condenação.

Aquela que se baseia na pena provavelmente aplicada ao indiciado, caso haja processo e ocorra a condenação. Levando-se em conta os requisitos pessoais do agente e também as circunstâncias componentes da infração penal, tem o juiz, por sua experiência e pelos inúmeros julgados semelhantes, a noção de que será produzida uma instrução inútil, visto que, ainda que seja o acusado condenado, pela pena concretamente fixada, no futuro, terá ocorrido a prescrição retroativa. (NUCCI, 2007, p. 157).

Por seu turno, a prescrição retroativa está prevista no artigo 110, parágrafo 1º, do Código Penal, sendo regulada pela pena efetivamente aplicada ao réu na sentença condenatória, após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Em seguida, chega-se ao prazo prescricional a partir dos termos fixados no artigo 109 do Código Penal, os quais aumentam de um terço se o condenado é reincidente (art. 110, caput, CP).

2 DA ALTERAÇÃO DO ART.110 DO CÓDIGO PENAL, PROMOVIDA PELA LEI 12.234/2010, E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA

Com o advento da Lei 12.234/2010 a prescrição retroativa passou a ser utilizada de forma limita, visto que ao alterar o artigo 110, § 1.º do Código Penal, houve a vedação da contagem retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa. Assim, dispõe o artigo 110, parágrafo 1º do Código Penal:

Art. 110, § 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Observa-se, que tal disposição legal, para fatos ocorridos após a sua vigência, não inviabiliza a aplicação da prescrição retroativa, e, conseqüentemente, da prescrição em perspectiva, caso computado o lapso temporal, entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença penal condenatória recorrível.

É de se ver ainda que por ser mudança maléfica ao réu, não pode retroagir, em respeito ao princípio penal constitucional da irretroatividade da lei penal (CF, art. 5º, Inciso XL). Assim, para fatos ocorridos até o início da vigência da Lei 12.234/2010, há de ser reconhecido para efeito de contagem do prazo prescricional, na forma retroativa, o período entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa.

Com o advento da Lei 12.234/2010, a prescrição retroativa foi extinta parcialmente de nosso ordenamento jurídico, pois a contagem retroativa, na forma da nova redação do artigo 110, § 1.º do Código Penal, não pode mais ser realizada entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa. Todavia, para efeitos de prescrição retroativa, deverá ser considerado o prazo entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença penal condenatória recorrível. Além disso, haverá possibilidade de seu reconhecimento, para os fatos que ocorreram antes da edição da lei, o que deixa em aberto à discussão acerca da possibilidade do reconhecimento da prescrição por antecipação. (PIEDADE, 2013).

Neste sentido, Correra (2015) "em todos os crimes praticados até o início da vigência da Lei Federal nº 12.234/2010, o acusado tem o direito ao reconhecimento da prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa".

Entretanto, isso não quer dizer que entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa não poderá ocorrer a prescrição da pretensão punitiva estatal. Nestes casos, aplicar-se-á a prescrição propriamente dita, pela pena

em abstrato, ou seja, pela pena máxima cominada ao tipo penal. Situação que encontra previsão em Lei e não há qualquer controvérsia.

A respeito da prescrição em perspectiva a questão tornou-se demasiadamente controvertida com a edição da Súmula nº 438, publicada no Diário de Justiça eletrônico de 13 de maio de 2010, pelo Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado: “Súmula nº 438. É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Observa-se, que o Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula nº 438 repudiou, de forma radical, a aplicação da prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, também não admite a aplicação da prescrição em perspectiva, sob o argumento de falta de previsão legal:

O Plenário [...], na Repercussão Geral por Questão de Ordem no RE n. 602.527/RS, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJe de 18/12/09), reafirmou a jurisprudência no sentido da impossibilidade de aplicação da chamada prescrição antecipada, ou em perspectiva por ausência de previsão legal. HC 99.035, Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, Relator o Ministro Ministro Marco Aurélio, DJe 14.12.2010.

Em pese o posicionamento dos Tribunais Superiores contrário a aplicação da prescrição em perspectiva, nenhum deles, até então, possuem eficácia vinculante, ou seja, de observância obrigatória, não tendo, assim, o condão de inibir que magistrados utilizem seu livre convencimento e apliquem o referido instituto no caso concreto. (GREGO, 2012).

3 CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Apoiada nos precedentes dos Tribunais Superiores que vedam a prescrição em perspectiva, parte da doutrina contrária ao instituto, acrescentam, ainda, argumentos de violação aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.

Não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se está começando a apregoar, com base numa pena hipotética. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em uma hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, conseqüentemente de culpa, violando o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 52, LVII, da CF). (BITENCOURT, 2014, P.894)

Lado outro, juízes de primeiro grau têm defendido a aplicabilidade da prescrição em perspectiva, alicerçados em argumentos baseados na defesa dos princípios da economia e celeridade processual, da instrumentalidade do processo e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

APELAÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA - ARTIGO 331, CAPUT DO CP - SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA (EM PERSPECTIVA). POSSIBILIDADE RECONHECIDA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ECONOMIA PROCESSUAL. Recurso conhecido e desprovido, por maioria. Diante do exposto, decidem os Juízes Integrantes da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, em conhecer, por unanimidade, do recurso e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, para manter a sentença, na íntegra, pelos próprios fundamentos. (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0015236-17.2009.8.16.0014/0 - Londrina - Rel.: FERNANDA DE QUADROS JORGENSEN GERONASSO - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Fernando Swain Ganem - - J. 08.04.2015) **(TJ-PR - RSE: 001523617200981600140 PR 0015236-17.2009.8.16.0014/0 (Acórdão), Relator: Fernando Swain Ganem, Data de Julgamento: 08/04/2015, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 23/04/2015)(grifo nosso)**

Ainda, na doutrina, encontra-se idêntica argumentação:

Fundamenta-se no princípio da economia processual, uma vez que de nada adianta movimentar inutilmente a máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao insucesso nos quais após condenar ao réu, reconhece-se que o Estado não tinha mais o direito de puni-lo devido à prescrição. (CAPEZ, 2005, p.576)

As alegações de violações e defesa de princípios constitucionais, por parte daqueles que defendem e daqueles que repudiam a aplicação do instituto da prescrição em perspectiva, fazem evidenciar flagrante colisão principiológica.

Em nosso ordenamento jurídico não há princípios de observância absoluta ou ilimitada, tendo em vista que são sujeitos a restrições recíprocas. Neste sentido, Moraes (2003) assevera que os direitos e garantias fundamentais não são ilimitados, e encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna.

O conflito entre princípios deve ser resolvido por meio de um sopesamento, de forma razoável e proporcional, de modo a buscar a relativização daqueles em detrimento daqueles outros que prevalecerão, por terem, na análise do caso concreto, maior peso.

Conforme Alves (2011) os princípios são dotados da dimensão do peso e da importância, e que diante de uma colisão entre eles deverá ser aplicada à norma principiológica de maior relevância para o caso concreto, sendo necessário levar em consideração o peso de cada um, frente aos elementos fáticos, realizando concessões recíprocas.

Oliveira e Malinowski (2013) afirmam que na hipótese de haver uma colisão de princípios, pelo fato de não haver hierarquia, o julgador deve buscar meios de resolução, tais como a ponderação de princípios proposta por Robert Alexy, de modo a aplicar critérios de proporcionalidade e de razoabilidade a fim de que um(s) princípio(s) seja(m) resguardado(s) em detrimento de outro(s).

Para Àvila (citado OLIVEIRA; MALINOWSKI, 2013) a proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, devendo ser analisadas as possibilidades de a medida levar a realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valiosa que justifique tamanha restrição (exame de proporcionalidade em sentido estrito).

No caso vertente, com base no princípio da proporcionalidade, os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência devem ser relativizados ante o princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto porque, conforme ressaltado por Souza (2014) aceitar que um processo, maculado pela prescrição, continue em curso regular é o mesmo que admitir ríspida violência contra o princípio da dignidade da pessoa humana. Posto que a tramitação de processos nessas condições acarreta grave ofensa e ameaça a honra e liberdade do réu, o que é inadmissível, ainda mais quando o Estado, criador e mantenedor das regras e postulados jurídicos, torna-se seu principal algoz.

4 O INTERESSE DE AGIR

A ação penal para que tenha início, ou mesmo para que possa caminhar até seu final julgamento, é preciso a presença das chamadas condições para o regular exercício do direito de ação, vale dizer: a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; e d) justa causa. (GREGO, 2012).

Távora e Alencar (2011) afirmam que o interesse de agir materializa-se no trinômio necessidade, adequação e utilidade, e que deve haver necessidade para recorrer-se ao judiciário, no intuito de solver a demanda, por meio do instrumento adequado, e este provimento deve trazer algo de relevo, útil ao autor.

Grego (2012) afirma que não há motivo para que se levar adiante a instrução do processo se, ao final, pelo que tudo indica, será declarada a extinção da punibilidade, em virtude do reconhecimento da prescrição, e que o melhor raciocínio é o julgador extinguir o processo, sem julgamento do mérito, uma vez que, naquele exato instante, pode constatar a ausência de uma das condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, vale dizer, o chamado interesse-utilidade da medida.

Neste sentido, ratificando decisão de magistrado de primeiro grau, decidiu, recentemente, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação criminal nº 0013773-66.2007.8.19.0001,

de Relatoria do Des. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ. Eis a ementa do acórdão, publicado no Diário de Justiça Eletrônico, em 12 de abril de 2018.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. ARTS. 304 C/C 298 E 171, N/F DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. RECURSO MINISTERIAL OBJETIVANDO A REFORMA DA SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO COM FUNDAMENTO NA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

1. A declaração da prescrição pela pena em perspectiva, virtual ou projetada é construção doutrinária que não encontra previsão legal, tampouco guarida na jurisprudência dos Tribunais Superiores. 2. Não é esta, porém, a resolução adotada pelo Juízo de origem, que julgou extinto o processo sem a resolução de seu mérito. 3. **E, de fato, em situações excepcionalíssimas, de clara e evidente ausência de interesse de agir – especialmente sob o aspecto da utilidade – admite-se a extinção do processo sem a análise de mérito, mediante o reconhecimento da ausência de uma das condições da ação.** 4. No caso dos autos, já se passaram mais de 09 anos entre a data dos fatos a imputação consiste nos arts. 304 c/c art. 298 e art. 171, n/f do art. 69, todos do Código Penal e a data do recebimento da denúncia. Isso significa que a prescrição somente não ocorrerá se a pena privativa de liberdade for aplicada 08 (oito) vezes acima do mínimo legal, o que não se afigura, no caso, possível, tendo em vista os parâmetros legais de fixação da pena, em especial a primariedade do acusado 5. Nesse contexto, evidente a ausência da condição da ação, por falta de interesse de agir, pois ao final o processo não terá qualquer utilidade, devendo ser mantida a decisão proferida pelo Juízo de origem. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E DESPROVIDO.(Grifo nosso)

5 DO DIREITO COMPARADO

Para nossa pesquisa, mister se faz trazer à baila um breve estudo comparativo entre nossa legislação e a estrangeira acerca da duração razoável e celeridade processual.

Almeida (citado por SIQUEIRA, 2013) descreve o direito comparado, ou estudo comparativo de direitos, como sendo a disciplina jurídica que tem por objeto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas.

Em nosso ordenamento jurídico, a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu a razoável duração do processo como garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). De modo a viabilizar o exercício desse direito fundamental, o Conselho Nacional de Justiça tem editado diversas orientações aos Tribunais de Justiça, visando a adoção de medidas destinadas ao aperfeiçoamento do controle sobre o andamento processual, a fim de evitar excesso injustificado de prazos processuais.

Entretanto, a morosidade da Justiça Brasileira é pública e notória. A 13ª edição do Relatório Justiça em Números, preparada pelo Conselho Nacional de Justiça, 2017, ano – base 2016, revela que o número de processos que aguardam por alguma solução definitiva não para de crescer; havendo, em 2016, 6,5 milhões de processos criminais pendentes de julgamento no Brasil, e que o tempo médio de duração desses processos na fase de conhecimento é de cerca de três anos e um mês.

Outros países com o objetivo de dar maior celeridade à tramitação processual têm tratado a temática com mais rigor, a exemplo do Paraguai. O Código de Processo Penal de 1998 do Paraguai, nos artigos 136 e 137, determina que os processos criminais não podem exceder a três anos, contado do primeiro ato judicial praticado, sob pena de extinção da ação penal de ofício ou a requerimento das partes, além disso, prevê indenização à vítima em caso de extinção do processo em razão de morosidade da justiça.

Em sentido semelhante, segundo Moreira (2015) o novo Código Processo Penal argentino também prevê que todo o processo criminal, incluindo o julgamento, não pode levar mais de três anos.

É de ver que a legislação brasileira, ao contrário de muitas legislações estrangeiras, permite que processos criminais se arrastem por anos sem uma solução definitiva para o caso. E por essa falta de proficiência o Estado, que é o responsável pela operacionalização desse sistema, não sofre nenhuma punição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prescrição virtual, antecipada, ou em perspectiva baseia-se na pena provavelmente aplicada ao acusado, caso haja processo e ocorra condenação. É

fundamental, para o referido instituto, a ideia de inevitável prescrição retroativa e, conseqüente, inutilidade do processo criminal.

A aplicação da prescrição em perspectiva harmoniza-se com os princípios da dignidade da pessoa humana, da duração razoável do processo e da economia e celeridade processual.

Sem considerar outros dados de política criminal, no Paraguai, por exemplo, a duração razoável do processo é direito subjetivo do indivíduo, impondo punição ao Estado em caso de inobservância.

Conforme Bitencourt (2012), é inaceitável que o réu fique eternamente à disposição da vontade estatal punitiva e que se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu.

Nucci (2015) assevera que é de incumbência do Estado desenvolver todos os atos processuais no menor tempo possível, dando resposta imediata à ação criminosa e poupando tempo e recursos das partes.

A Emenda Constitucional nº 19/98, que promoveu a reforma administrativa do Estado, veio para diminuir custos e tornar a administração dos serviços estatais mais eficientes, de modo a agregar valor aos impostos pagos pelos contribuintes. Assim, não há nenhuma razoabilidade ou eficiência prosseguir com um processo criminal natimorto, desperdiçando recursos materiais públicos, como água, luz, energia, papel etc., bem como o labor de magistrados, advogados, servidores e outros autores envolvidos na instrução criminal.

Neste sentido, sem contrariar o posicionamento, repise-se sem força obrigatória, dos Tribunais Superiores – que veda a extinção da punibilidade do réu, com fundamento do art. 107, inciso IV, do código Penal, com base em pena em perspectiva –, a solução dada por alguns magistrados, apoiado por boa parte da doutrina, é a de extinguir o processo sem julgamento do mérito, ante a carência de ação consubstanciada na falta de interesse de agir no que se refere à utilidade do processo, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código Processo Civil combinado com o artigo 3º do Código Processo Penal.

Com efeito, se diante de um juízo prévio que assegure – naquele momento, com a extrema certeza, pelo cotejo das provas coligadas aos autos –, que não será possível ao julgador aplicar uma pena ao acusado apta a impedir a ocorrência da extinção da pretensão punitiva estatal por ocasião da sentença condenatório, é medida de rigor a aplicação do instituto da prescrição virtual, antecipada, ou em perspectiva, em razão da inexistência de interesse – utilidade da ação penal.

Diante do exposto, finaliza-se o presente trabalho asseverando a importância do instituto da prescrição em perspectiva para o Direito Penal brasileiro, sobretudo, em razão da necessidade de redução da taxa de congestionamento de processos criminais em curso no país sem qualquer efetividade. Ressaltando-se, entretanto, que o referido instituto não deve ser aplicado indiscriminadamente, mas sim de forma excepcionalíssima, nas condições alhures apresentadas, sob pena de se fomentar a impunidade no país.

7. REFERÊNCIAS

ALVES, Andre Luis Dornellas. **Colisão e ponderação entre princípios constitucionais**. Ano 2011.

Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/colis%C3%A3o-e-pondera%C3%A7%C3%A3o-entre-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em 15 jul.2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de Direito Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Disponível em: . Acesso em: 12 jul. 2018.

_____, Código de Penal (1940). Decreto Lei n.º 2.848, de 07 de setembro de 1943.

Disponível em: . Acesso em: 12 jul. 2018.

_____, Código de Processo Penal (1941). Decreto Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941.

Disponível em: . Acesso em: 12 jul. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal**. Saraiva, 9ª Edição, Volume 1, São Paulo 2005.

CORRERA, Marcelo Carita. **Da prescrição virtual no Direito Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4226, 26 jan. 2015.

Disponível em: . Acesso em: 15 jul. 2018.

FERREIRA, Vinícius Rodrigues Arouck. **Prescrição penal em perspectiva e sua aplicação no direito penal brasileiro**. 2013. 68 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013.

Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5207/1/RA20857090.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017.

Disponível em: . Acesso em: 7 jul. 2018.

PARAGUAY. Lei nº 1286 de 1998. Código Processual Penal de Paraguay. Asunción, 8 de julio de 1998.

Disponível em: . Acesso em: 17 jul. 2018.

PIEIDADE, Antonio Sergio Cordeiro. Prescrição retroativa antecipada: pragmatismo X fundamento científico. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3827, 23 dez. 2013.

Disponível em: . Acesso em: 15 jul. 2018.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Argentina já tem um novo Código de Processo Penal: e nós, quando o teremos? nunca, pois o nosso processo legislativo é esquizofrênico, com todo o respeito aos portadores da esquizofrenia, que não merecem tal comparação!** Conteudo Juridico, Brasília-DF: 15 jan. 2015.

Disponível em: . Acesso em: 19 jul. 2018

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: Parte Geral e Parte Especial**. 3. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, D. B. de; MALINOWSKI, C. E. **A aplicação dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade na ponderação princípios constitucionais**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR, v. 16, n. 1, p. 113-126, jan./jun. 2013.

Disponível

em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/viewFile/4860/2829>>.

Acesso em: 16 jul. 2018.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Natureza do Direito Comparado**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013.

Disponível em: Acesso em: 17 jul. 2018.

SOUZA, Carlos Eduardo de. **O reconhecimento da prescrição virtual pela ausência de interesse de agir**. Ano 2014.

Disponível: <[-reconhecimento-da-prescricao-virtual-pela-ausencia-de-interesse-de-agir](#)>. Acesso em: 16 jul. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL VERSUS O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES VISITANTES NO PRESÍDIO REGIONAL DE JOINVILLE/SC

LEILA KARENINA FERREIRA FARIAS:

Bacharel em Direito pela FCJ - Faculdade Cenecista de Joinville. Especialização em Políticas e Gestão em Segurança Pública - Estácio de Sá.

Resumo: Diariamente crianças e adolescentes entram no Presídio Regional de Joinville/SC para realizar visitar um familiar preso. Para fazer a visita é necessário um processo que engloba além do cadastro do visitante no estabelecimento prisional, a revista pessoal. As visitas ocorrem em pátios e celas dentro dos pavilhões e duram cerca de duas horas. Com a falta de recurso estrutural para receber as crianças e adolescentes visitantes pode-se haver a inobservância do princípio da proteção integral, porém, tem-se o efetivo direito à convivência familiar e o direito do preso em receber a visita. Sabe-se que a manutenção dos laços familiares do preso com os seus é parte importante da ressocialização e, por isso, cada caso concreto de visita realizada por menores deve ser analisada para atender a todos os direitos envolvidos, principalmente a proteção daqueles que estão em peculiar fase de desenvolvimento físico e psíquico. O presente trabalho traz o entendimento de doutrinadores e juristas acerca dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o local e processo para visita no estabelecimento prisional, e a análise dos possíveis conflitos entre os direitos em questão.

Palavras-chave: Direito à Convivência Familiar, Princípio da Proteção Integral, Direito do Preso de Receber Visita.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE 3. A VISITA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO PRESÍDIO REGIONAL DE JOINVILLE 4. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIO E DIREITO 5. CONCLUSÃO 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Nas Unidades Prisionais do Estado de Santa Catarina pode-se encontrar crianças e adolescentes de todas as idades realizando visitas a seus familiares

que se encontram em cumprimento de pena. Esta visita merece especial atenção pois possui o escopo de manter o vínculo afetivo entre a criança e adolescente e seu familiar apenado, porém, ocorre em locais na maioria das vezes insalubres e inadequados. Além disso, para entrar nas Unidades Prisionais os familiares, incluindo as crianças e adolescentes, devem passar por rigorosa revista pessoal para impedir a entrada de materiais proibidos.

Apesar de existir várias leis que prezam pelos direitos das crianças e adolescentes, não há legislação que regule a visita de em Unidades Prisionais no Estado de Santa Catarina. A criança, como ser em desenvolvimento, merece especial atenção no momento da visita aos seus genitores nas Unidades Prisionais haja vista que esta visita, na maioria das ocasiões, ocorre de maneira inapropriada visando a qualquer modo preservar o direito à convivência familiar, mas em alguns momentos omitindo seu direito à proteção integral.

É importante a preservação do vínculo entre o menor e seu familiar apenado, porém, é primordial que essa visita ocorra de modo a assegurar que nenhum direito fundamental seja violado, o que tornaria prejudicial para ela a manutenção desse vínculo. Para tanto é necessário que exista não apenas um local adequado para receber esses visitantes, mas que todo o processo ocorra de forma a preservar todos os direitos fundamentais envolvidos.

2. DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

São direitos fundamentais das crianças e adolescentes aqueles elencados na Constituição para todos os indivíduos, porém, além destes, traz também a proteção integral, garantindo à criança e adolescente prioridade em relação aos demais devido à necessidade de serem protegidos, e para proporcionar um crescimento saudável a estes indivíduos que estão em crescimento. Segundo Silva:

A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores,

especialmente dos órfãos e abandonados e dos dependentes de drogas e entorpecentes, e postula punição severa ao abuso, violência e exploração sexual da criança e adolescente (SILVA, 2009, P.851).

Através da Carta Magna passa a criança e adolescente a possuir direitos para a proteção de seu desenvolvimento, observando primeiramente o respeito da dignidade como pessoa humana. Saraiva explana:

Do ponto de vista das garantias penais, processuais e de execução do sistema da justiça da infância e da juventude para jovens em conflito com a lei, autores de condutas infracionais, poder-se-ia, preliminarmente, afirmar,, como aspecto primordial, que o Estatuto da Criança e Adolescente trouxe a estes agentes da condição de objeto do processo para o *status* de sujeitos do processo, conseqüentemente detentores de direitos e obrigações próprios do exercício da cidadania plena, observada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, cumprindo um dos princípios fundamentais da Constituição Federal Brasileira, que estabelece no seu art. 1.º, inciso III, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana (SARAIVA, 2002, *apud* TEIXEIRA, 2013, P.163).

A Constituição trata em seu art. 227 da prioridade que possui a criança em relação aos demais:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CF, WEB, 2015).

De acordo com Amin, devido a necessidade de ser protegida, a criança e adolescente goza de prioridade frente aos outros indivíduos: "A título de exemplo, entre o interesse da criança e adolescente ou do idoso, deve prevalecer o primeiro, porque é de ordem constitucional e há menção da "absoluta prioridade" no art. 227 ao passo que o idoso não possui essa ênfase". (AMIN, 2006 *apud* ISHIDA, 2014, P.14).

O princípio da prioridade absoluta possui o status constitucional, com a previsão no art. 227 da Carta Magna. A prioridade absoluta significa primazia, destaque em todas as esferas de interesse, incluindo a esfera judicial, extrajudicial ou administrativa (ISHIDA, 2014, P.14).

Segundo explana Custódio:

A Constituição da República Federativa do Brasil e suas respectivas garantias democráticas constituíram a base fundamental do Direito da Criança e do Adolescente interrelacionado os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral, que por consequência provocou um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos planos, programas, projetos ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil, nos quais os reflexos se (re)produzem sobre o contexto sócio histórico brasileiro (CUSTÓDIO, 2008, P. 27).

A Constituição trata ainda, em seus artigos 228 e 229, acerca de que são penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, e que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Para Cury, Garrido e Marçura, o Estatuto da Criança e Adolescente veio como consequência da Constituição de 1988, onde em seu art. 227 priorizou os direitos dos menores:

O Estatuto da Criança e Adolescente é uma consequência natural da Constituição federal de 1988; o

legislador, em seu art. 227, caput, vinculou a legislação ordinária à concepção integral ao afirmar crianças e adolescentes tem direitos que podem ser exercitados em face da família, da sociedade e do Estado (CURY, GARRIDO E MARÇURA, 2002 *apud* SILVA, WEB, 2009).

O Direito da Criança e Adolescente no Brasil passou por uma transformação onde da doutrina da situação irregular dos menores passa para a doutrina da proteção integral, e esta torna-se referência, segundo Custódio:

A teoria da proteção integral estabeleceu-se como necessário pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo. As transformações estruturais no universo político consolidadas no encerrar do século XX contrapuseram duas doutrinas de traço forte, denominadas da situação irregular e da proteção integral. Foi a partir desse momento que a teoria da proteção integral tornou-se referencial paradigmático para a formação de um substrato teórico constitutivo do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil (CUSTÓDIO, 2008, P.22)

A Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 – ECA (ECA, WEB, 2015) trata da proteção integral da criança e adolescente em seus Artigos 1º, 3º e 4º, quando define que a Lei dispõe sobre esta proteção, além de abordar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes dos seus artigos 7º à 69.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à

alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (ECA, WEB, 2015).

Para Custódio a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, tais direitos passam a ser passíveis de reinvidicação:

O reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente trouxe consigo o princípio da universalização, segundo o qual os direitos do catálogo são susceptíveis de reivindicação e efetivação para todas as crianças e adolescentes. No entanto, a universalização dos direitos sociais como àqueles que dependem de uma prestação positiva por parte do Estado, também exige uma postura pró-ativa dos beneficiários nos processos de reivindicação e construção de políticas públicas. É nesse sentido que o Direito da Criança e do Adolescente encontra seu caráter jurídico-garantista, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, transformá-los em realidade (CUSTÓDIO, 2008, P. 32).

Para Vilas-Boas o princípio da prioridade absoluta reflete em todo o sistema jurídico, devendo tudo estar em consonância com o art. 227, da CF. Na ótica do melhor interesse do menor, cada ato deve ser analisado propondo atingir aquilo que é melhor para o menor:

É necessário construir uma nova visão de nossas crianças e adolescentes, partindo do conjunto de normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, regido pela Doutrina da Proteção Integral, e tendo como base os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor. O princípio da prioridade absoluta reflete em todo o sistema jurídico devendo cada ato administrativo ser pensado e

analisado se está em consonância com o art. 227 da Constituição Federal, já que a criança, o adolescente e o jovem tem prioridade absoluta em seus cuidados. Já o princípio do melhor interesse do menor pode ser traduzido com todas as condutas devem ser tomadas levando em consideração o que é melhor para o menor. Lembrando que, nem sempre o que é melhor para o menor, é o que ele deseja. E assim, a jurisprudência pátria tem-se manifestado nesse sentido, quando se trata em questão de adoção por exemplo, entre as possíveis pessoas a adotarem deve-se levar em consideração o que é melhor para o menor e não o que o adotante deseja. Revertendo assim, toda a estrutura jurídica até então existente (VILAS-BOAS, WEB, 2011).

O ECA traz como dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público a proteção da criança e adolescente, devendo estes assegurarem a efetiva proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, os quais são: o direito à vida e à saúde; o direito à liberdade ao respeito e à dignidade; o direito à convivência familiar e comunitária; o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; e o direito à profissionalização e à proteção ao trabalho. Qualquer atentado aos seus direitos fundamentais, por ação ou omissão, será punido na forma da lei (ECA, WEB, 2015).

Os direitos fundamentais sugerem a ideia de limitação e controle dos abusos do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, valendo, por outro lado, como prestações positivas a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. Esta compreensão incide, igualmente, sobre os direitos fundamentais de criança e adolescente, os quais sustentam um especial sistema de garantias de direitos, sendo a efetivação desta proteção dever da família, da sociedade e do Estado (MULLER, WEB, 2011).

O ECA traz como dever de todos a prevenção para não ocorrer ameaças ou violências em relação aos direitos das crianças, e além disso, estabelece regras para inibir a criança e adolescente de ter acesso a más influências,

como casa de jogos e até mesmo a programação de rádio e televisão. Ishida afirma:

Para a garantia e efetivação desses direitos, criou mecanismos para tal, mencionando a prevenção no Título III, estabelecendo no art. 70 como “dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”. Após, fixou, baseadas no poder de polícia, regras administrativas de limitação do administrado, por exemplo, vedando-se a entrada de crianças e adolescentes em estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou casas de jogos. (ISHIDA, 2014, P.23)

A criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direito e com prioridade frente aos demais, abordando o ECA os direitos fundamentais a serem alcançados e proporcionados por todos para a garantia do desenvolvimento do futuro adulto.

Com a compreensão do Direito da Criança e Adolescente no Brasil pela visão da teoria da proteção integral potencializa-se a concretização dos seus direitos fundamentais. Para Custódio:

A teoria da proteção integral estabeleceu-se como pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo em razão de sua própria condição estruturante do novo ramo jurídico autônomo que se estabeleceu a partir de 1998. Para muito além de mudanças tão somente restritas no campo formal, o que se pode observar é uma ruptura paradigmática que produziu um campo de abertura sistêmica capaz de potencializar a concretização dos direitos fundamentais reconhecidos às crianças e adolescentes (CUSTÓDIO, 2008, P.38).

Através da doutrina da proteção integral, a criança e adolescentes deixa de ter atenção apenas quando se encontravam em situação irregular e passam

a ser detentores de prioridade de direitos em relação aos demais. Segundo Vilas-Bôas:

Quando se trata das crianças e dos adolescentes o nosso sistema jurídico pode ser analisado em duas fases distintas: a primeira que denominamos de situação irregular, no qual a criança e adolescente só eram percebidos quando estavam em situação irregular, ou seja, não estavam inseridos dentro de uma família, ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico; já a segunda fase denominada de Doutrina da proteção integral, teve como marco definitivo a Constituição Federal de 1988 (VILAS-BOAS, WEB, 2011).

A criança e adolescente passam a ser vistos como sujeitos de direitos e que devem ser cuidados para um crescimento pleno, conforme Elias “Pode-se definir a proteção integral como sendo o fornecimento, à criança e ao adolescente, de toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade” (ELIAS, 2005, p.2).

O Princípio da proteção integral estabelece que a criança e adolescente são indivíduos que merecem uma proteção complementar em relação aos seres adultos. Segundo Muller:

Pela nova ordem estabelecida, criança e adolescente são sujeitos de direitos e não simplesmente objetos de intervenção no mundo adulto, portadores não só de uma proteção jurídica comum que é reconhecida para todas as pessoas, mas detém ainda uma “supraproteção ou proteção complementar de seus direitos”. A proteção é dirigida ao conjunto de todas as crianças e adolescentes, não cabendo exceção (BRUNOL, 2001 *apud* MULLER, WEB, 2011).

Crianças e adolescentes são seres em constante desenvolvimento o que requer em especial atenção no intuito proporcionar um amadurecimento adequado de acordo com a fase da vida em que se encontram:

Outra base que sustenta a nova doutrina é a compreensão de que crianças e adolescentes estão em

peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento, encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, o que enseja um regime especial de salvaguarda, o que lhes permite construir suas potencialidades humanas em plenitude (MULLER, WEB,2011).

Segundo Trindade e Silva devido a falta de estrutura econômica, social e familiar, as crianças e adolescentes se tornam adultos de algum modo prejudicados em seu desenvolvimento:

Concernente à proteção integral, consideram que de maneira geral é possível estimar que a maioria das crianças e dos adolescentes está distante de seu direito em sua forma plena. Visto que a grande parcela deles se encontra em situação de carência econômica, social e familiar, o que reflete no fato de se tornarem adultos de alguma forma já violentados (TRINDADE E SILVA, 2005 *apud* ROBERTI, 2012, P.119).

O princípio da proteção integral visa, acima de tudo, garantir os direitos das crianças e adolescentes, com o objetivo de proporcionar a proteção e o desenvolvimento, priorizando estas em relação aos demais.

3. A VISITA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO PRESÍDIO REGIONAL DE JOINVILLE/SC

De acordo com a Instrução Normativa 001/2010 do Departamento de Administração Prisional de Santa Catarina (DEAP), menores de 18 anos somente podem realizar a visita nas Unidades Prisionais se estiverem acompanhados de pai/mãe/responsável-legal e com liberação judicial, e desde que seja filho ou irmão do reeducando.

Em conversa, realizada no dia 19 de junho de 2015, com a funcionária Daiane Busarelo, responsável pelo setor que autoriza a entrada dos visitantes, esta esclareceu que o primeiro passo para uma pessoa realizar visita no Presídio Regional de Joinville é a confecção da "carteirinha" através de um registro na Administração da Unidade. Para sua confecção é necessário levar até o Setor responsável os seguintes documentos: duas fotos 3x4, cópia do

documento de identidade e CPF, um comprovante de residência; neste momento é feito um cadastro do visitante no sistema IPEN (Sistema Informatizado de Informações Penitenciárias) coletando fotos, biometria e dados pessoais de quem deseja visitar. Quando pronta deve ser apresentada no dia da visita juntamente com um documento de identificação. Crianças e adolescentes também devem possuir a carteirinha para poder realizar a visita.

Após a confecção da carteirinha é importante observar o dia e hora da visitação. De acordo com o pavilhão que se encontra o preso será um dia da semana e no período da manhã ou da tarde.

No dia da visita a criança ou adolescente deverá estar acompanhado de um adulto responsável. Há uma recepção para visitantes quem contém um banheiro, e cerca de uma hora antes da visita são distribuídas senhas para a entrada. Após apresentar a documentação na recepção do estabelecimento deve-se passar pela revista pessoal, esta serve para inibir e evitar que materiais proibidos entrem no Presídio. Os visitantes podem vestir apenas roupas claras, calça de moletom, sandálias tipo havaianas, e não podem estar usando nenhum tipo de acessório de metal.

No espaço destinado à revista pessoal a criança e adolescente estarão sempre acompanhados de um adulto, que também passará pelo procedimento. O adulto, a criança e o adolescente deverão retirar toda a sua roupa, devendo permanecer apenas de roupa íntima. Após despir-se deverão sentar em uma banqueta detectora de metais, e nos casos do sensor ser acionado, este emitirá um aviso sonoro. Caso a criança use fralda, a mãe ou acompanhante deverá trazer outra nova para efetuar a troca na hora da revista junto ao Agente Penitenciário que realizar o procedimento, independentemente do estado da fralda trocada, esta será descartada em lixo próprio. Caberá ainda à mãe ou acompanhante observar a alimentação necessária para o horário da visita. Crianças que já andem sem o auxílio da mãe ou responsável, também deverão trazer sandálias do tipo havaianas. Passando pelo procedimento serão encaminhados para uma sala de espera onde permanecerão até o momento de entrar no local de visitação do pavilhão onde se encontra o familiar preso.

Em dezembro de 2013 o Presídio recebeu um scanner corporal que detectava metais e outros objetos proibidos. Com a utilização deste scanner não é necessário a realização da revista íntima e o visitante não precisa se

despir para se submeter ao procedimento. Como o aparelho estava em fase de testes foi utilizado até o mês de outubro de 2014. Em julho de 2015 a Unidade Prisional recebeu novo scanner corporal da empresa vencedora do pregão, a V.M.I de Minas Gerais, e a locação terá de início a duração de um ano.

Santos (2006), em sua pesquisa a respeito das crianças que visitam pais encarcerados concluiu que se percebe uma preocupação exacerbada com o grupo de visitantes organizados em fila nas unidades prisionais, onde estabelece-se um jogo entre culpados e inocentes, onde quem sai perdendo é a criança. Para a autora a maneira como os agentes de segurança tratam os visitantes aparenta que estes também estão cometendo algum delito, conclusão feita devido a observações de certas condutas de indiferença e nos modos de tratamento rudes que foram presenciados. Para a autora:

A imposição de regras e condutas adotadas dentro dos centros carcerários nos momentos que antecedem as visitas igualam o tratamento dispensado a adultos e crianças, como mostra o relato de uma criança de quatro anos: "... a gente abaixa e levanta três vezes, é igual fazer xixi...".(SANTOS,2006, P.601).

Conforme Dutra (2008), quando ocorrem as revistas íntimas dos familiares dos presos, o princípio que nessas situações está sendo erroneamente interpretado e maximizado é o da segurança, essa má interpretação também se estende para a segurança prisional. Garantir a segurança de todos os indivíduos em um Estado é uma coisa, e outra é ferir a dignidade da pessoa humana em nome da segurança prisional e da Segurança Pública. Sendo assim, quando se fere os direitos fundamentais dos familiares dos presos, com na revista íntima, estar-se-ia impondo a

estes familiares uma pena, punindo-os de certa forma, trazendo danos desnecessários em nome da segurança prisional.

O local de visitação depende do pavilhão onde se encontra o preso. No Presídio Regional de Joinville existem: Pavilhão I (Alas A e B), Pavilhão II (Seguro), Pavilhão III (Ala Feminina e Máxima), e Pavilhão IV e V. Há também um Alojamento Interno para detentas femininas que trabalham.

4. CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO E O DIREITO

Para Vilas-Boas (2011), cada ato administrativo deve ser realizado respeitando o art. 227, da CF, ou seja, adequando o ato para estar em conformidade com o princípio da proteção integral, baseado na prioridade absoluta:

É necessário construir uma nova visão de nossas crianças e adolescentes, partindo do conjunto de normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, regido pela Doutrina da Proteção Integral, e tendo como base os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor. O princípio da prioridade absoluta reflete em todo o sistema jurídico devendo cada ato administrativo ser pensado e analisado se está em consonância com o art. 227 da Constituição Federal, já que a criança, o adolescente e o jovem tem prioridade absoluta em seus cuidados (VILAS-BOAS, WEB, 2011).

Para Custódio, o princípio estruturante da proteção integral indica uma transformação importante na realidade social, que apesar das violências do sistema as leis garantistas trazem a oportunidade de resistir à opressão do cotidiano:

Os princípios concretizantes e estruturantes da teoria da proteção integral, com a necessária interdisciplinaridade, apontam para transformações profundas no campo das concepções, da linguagem e da própria produção da realidade social. É claro, que não se pode desconsiderar a magnitude das violências produzidas por sistema econômico excludente e socialmente injusto. Contudo, as garantias jurídicas oferecem possibilidades de, ao menos, resistir à avassaladora opressão que se estabelece cotidianamente (CUSTÓDIO, 2008, P.38).

O § 4º, do art. 19, do ECA tratou de inserir o direito á convivência familiar com os genitores privados de liberdade:

Art. 19 Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

§ 4o Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial (ECA, WEB, 2015).

Porém, não abordou essa conexão com os efeitos prejudiciais que ela pode trazer à esta criança e adolescente tendo em vista as precárias condições do sistema penitenciário no Brasil, Bezerra explana:

Porém, ao acrescentar o parágrafo 4º ao artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), olvidou o legislador de atender-se aos reais interesses de proteção integral e prioridade absoluta, porque embora tenham os filhos menores direito à convivência familiar com os genitores privados do direito de liberdade, não se ignoram os efeitos deletérios enfrentados pelos familiares de pessoas presas que se submetem às mais vexatórias e constrangedoras situações nos procedimentos de revista pessoal e nos seus pertences, para obter o ingresso nas penitenciárias, Centros de Readaptação Penitenciária, Centros de Ressocialização Penitenciária, Centros de Detenção Provisória etc (BEZERRA, WEB, 2014).

Para o Juiz Corregedor do Presídio Regional de Joinville, Dr. João Marcos Buch, em resposta a um questionário específico para este trabalho, não há um conflito entre o princípio da proteção integral e o direito de conviver com os

familiares presos, mas sim, uma preponderância de um sobre o outro, que deverá ser ponderada através da proporcionalidade. Em relação à visita realizada por menores aos seus familiares presos no PRJ, sabendo que ocorre, dependendo do pavilhão, em pátios e celas em situação precária, e que a criança encontra-se em peculiar situação de desenvolvimento mental, na possibilidade de haver um conflito entre o princípio da proteção integral e o direito à convivência familiar da criança e adolescente, este esclareceu que para ele no caso em questão pode-se entender que a proteção integral abrange o direito à convivência familiar e por isso pode-se permitir a visita, ainda que em situações precárias. As contingências que a criança enfrenta para a visita são superadas pela referência afetiva paterna ou materna. De uma forma ou de outra é sempre necessário avaliar até que ponto essas contingências podem ser enfrentadas, havendo situações em que a tragédia e o caos prisional sequer permitem a visita em geral, quiçá a de crianças. Este não é o caso, felizmente, do Presídio Regional de Joinville, onde a precariedade ainda é acentuada, mas não ao ponto de inviabilizar a visita de filhos menores.

Faz-se necessário analisar cada caso de visita de menores em Unidade Prisional para satisfazer o caso em concreto, ou seja, sopesar se o que será mais prejudicial para o menor, realizar a visita ou ser privado desta convivência:

Ainda que a possibilidade do ingresso de menor em estabelecimento prisional dependa de meticulosa análise, em razão dos riscos à segurança e saúde, mais prejudicial parece a privação do contato com sua genitora, mormente por se tratar, no caso, de criança com cinco anos de idade (Relator: Jayme Weingartner Neto, Primeira Câmara Criminal) (TJRS WEB,2015).

O contato dos filhos com seus genitores traz efeitos benéficos para ambas as partes. A deficiência de estrutura nos estabelecimentos prisionais, para receber as visitas, não pode impedir o direito a convivência familiar, a manutenção dos laços de afeto sustentam a família:

O convívio do adolescente com o pai encarcerado permite manter os laços de afeto que verdadeiramente sustentam

a família. Se o contato é capaz de surtir efeitos benéficos a ambas as partes envolvidas e são determinadas condições para se garantir a visita em segurança, deve ser mantida a sentença que possibilita a convivência familiar mediante visitação do filho ao genitor aprisionado. Ademais, como ressaltado pela Defensoria Pública, é dever do Estado prevenir qualquer espécie de ameaça à integridade física e psíquica do visitante, não podendo as deficiências do sistema prisional impedir o direito de convivência do menor com seu pai (Relator Marcelo Rodrigues, Câmaras Cíveis/2ª Câmara Cível) (TJMG, WEB, 2014).

O direito de visita deve ser ponderado a luz da proporcionalidade, é necessário analisar a real necessidade de expor o menor a um ambiente hostil como os estabelecimentos prisionais, e verificar se esta experiência tratábenefícios:

Na hipótese vertente, além da tenra idade do (a)(s) menor (es), não se pode olvidar que o direito às visitas não se mostra absoluto ou ilimitado, devendo o seu exercício ser ponderado, de forma casuística, à luz da proporcionalidade, a fim de que se verifique a real necessidade de exposição dos infantes aos riscos e constrangimentos naturais, verificados, principalmente, nos dias de visita, eis que estabelecimento prisional, diante das deficiências de efetivo e do grande número de pessoas (visitantes e internos) nos pátios, não tem como garantir, com a desejável e necessária segurança, o resguardo da integridade física de jovens e crianças, caso venha a se verificar alguma intercorrência disciplinar, ou mesmo algum movimento de sublevação da ordem por parte dos internos. (fls. 37). - Destaquei.

O Tribunal a quo, por sua vez, ao negar provimento ao agravo em execução, destacou que "a visitante em favor de q

uem se pretende a autorização para ingressar no presídio é uma adolescente de doze anos de idade, cujas relações e experiências influirão diretamente na sua formação, conforme bem destacou o Ministério Público em contrarrazões (fls. 19/24). A adolescente não é filha, mas sobrinha do sentenciado, que já recebe visitas regulares de outros parentes e amigos no presídio (Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 291924 DF 2014/0073763-4, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma) (STJ, WEB,2014).

O direito à convivência familiar está inserido no princípio da proteção integral, quando o direito não é observado passa-se a existir a necessidade de se ponderar, em cada caso concreto, a melhor maneira para garantir a proteção da criança e adolescente em questão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das crianças e adolescentes teve grande influência pelas leis internacionais, grandes transformações ocorreram a partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe o Princípio da Proteção Integral em seu art. 227, e do Estatuto da Criança e Adolescente de 1990, que procurou expressar os direitos fundamentais dos menores, deixando de lado a doutrina da situação irregular e passando a ser sujeitos de direito. Além da proteção integral, crianças e adolescentes passam a possuir direitos fundamentais os quais são: direito à vida e à saúde; direito à liberdade; ao respeito e à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária; direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; e direito à profissionalização e à proteção ao trabalho.

No Presídio Regional de Joinville/SC diariamente crianças e adolescentes visitam seus familiares presos. Para a realização desta visita a criança e adolescente deve passar pela revista íntima assim como os adultos, este procedimento é considerado por muitos como vexatório e degradante, porém, é a maneira como o sistema prisional encontrou para coibir a entrada de materiais proibidos em seus estabelecimentos. Passar pela revista íntima traz claramente uma afronta aos direitos da criança e adolescente, direitos que devem ser mantidos pelos seus familiares, pela sociedade e pelo Estado.

Conforme a legislação o preso tem o direito de receber visita de seus familiares periodicamente, e esta visita inclui além de adultos, crianças e adolescentes. O Estado deve se preocupar que o preso não retorne à vida criminosa, oportunizando meios para a concretização dessa reinserção à sociedade, o que, sabe-se, é influenciada pela manutenção dos laços familiares.

Embora exista a real importância do direito à convivência familiar tanto para aquele privado de sua liberdade, como para os menores envolvidos, não se pode esquecer que os efeitos prejudiciais podem ser demasiados o que demonstra um descompasso com a proposta da proteção integral da criança e adolescente, que protege aqueles em situação especial de desenvolvimento, passo em que se submetem a condições constrangedoras quando adentram o estabelecimento e lá permanecem.

O direito à convivência familiar é de fato importante para o crescimento físico e psíquico dos menores, a manutenção desse afeto com o familiar preso traz efeitos benéficos para ambas as partes, é um direito capaz de ajudar na ressocialização do apenado e em sua reinserção à sociedade. Desse modo, é possível observar o respeito tanto ao direito à convivência familiar do menor como o direito do preso em receber visita.

O que mostra-se como um obstáculo para atingir ao conjunto de todos os direitos em questão é que o PRJ não possui uma maneira adequada de realizar a revista pessoal, para impedir a entrada dos materiais proibidos, e não possui um ambiente saudável para receber os menores no momento da visita. Deste modo, apesar de haver a observância do direito à convivência familiar, não há o respeito ao princípio da proteção integral já que a criança e adolescente é colocada de modo que afronta a sua dignidade quando é mantida em pátios e celas insalubres, e muitas vezes em contato com outros detentos condenados pelos mais variados crimes.

5. REFERÊNCIAS

BEZERRA, Eduardo Buzetti Eustachio. **Lei nº12.962, de 8 de abril de 2014**: a convivência da criança e adolescente com os pais privados de liberdade. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/27689/lei-n-12-962-de-8->

[de-abril-de-2014-a-convivencia-da-crianca-e-do-adolescente-com-os-pais-privados-de-liberdade](#). Acesso em 18/08/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11/03/2015.

. **Estatuto da Criança e Adolescente**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11/03/2015.

. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus Nº291924**. Sexta Turma, 19 de junho de 2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2528251/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-291924-df-2014-0073763-4-stj/relatorio-e-voto-25228253>.

Acesso em: 29/06/2015.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº 10439130091689001**. Segunda Câmara Cível, 03 de fev. de 2014. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119469291/apelacao-civel-ac-10439130091689001-mg>. Acesso em: 28/06/2015.

Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo em Execução Nº 70064864432**. Primeira Câmara Criminal, 24 de junho de 2015. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205057008/agravo-agv-70064864432-rs/inteiro-teor-205057036>. Acesso em 15/08/2015.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral**: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. Revista do Direito, v.29, p.22 - 43, 2008.

DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL. **Instrução Normativa**

001/2010. Disponível em: <http://www.deap.sc.gov.br/index.php/legislacao-normativos/39-12042012-instrucao-normativa-0012010-deap-1/file>. Acesso em 18/08/2015.

DUTRA, Yuri Frederico. **A inconstitucionalidade da revista íntima realizada em familiares de presos, a segurança prisional e o princípio da dignidade da pessoa humana.** In: Revista Novos Estudos Jurídicos, Vol. 13 - n. 2 - p. 93-104 / jul-dez 2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1442/1145>

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2005.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e Adolescente:** doutrina e jurisprudência. 15ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MULLER, Crisna Maria. **Direitos Fundamentais:** a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n.89, jun.2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619. Acesso em 24/02/2015.

ROBERTI JUNIOR, João Paulo. **Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil.** Revista da Unifebe. 2012, 105-122.

SANTOS, Andreia M. V. **Pais Encarcerados:** Filhos Invisíveis. Revista Psicologia, Ciência e Profissão. 2006, 595-603.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e Adolescente.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TEIXEIRA, Caroline Kohler. **As Medidas Socioeducativas do Estatuto da Criança e Adolescente e seus Parâmetros Normativos de Aplicação.** Revista da Esmesc, vol. 20, n.26, 2013, 151-202.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Compreendendo a criança como sujeito de direito:** a evolução histórica de um pensamento. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, nov.2012. Disponível em: [http://](http://www.ambito-) <http://www.ambito->

[juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583&revista_caderno=14](http://www.conteudojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583&revista_caderno=14). Acesso em 09/06/2015.

A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude. Revista: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em 22/08/2015.

ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS REALIZADAS APÓS A VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL/2002 E SEUS IMPACTOS NO ATUAL PANORAMA DOS DIREITOS DE FAMÍLIA

CARINE TERESA LOPES DE SOUSA POSSIDONIO:

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil, na Escola de Advocacia do Amazonas - OAB/AM. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG.

RESUMO: No presente trabalho, objetiva-se analisar os impactos ao Direito de Família causados pelas inúmeras alterações legislativas realizadas após a vigência do Código Civil de 2002. Dessa forma, buscou-se tratar de temas pertinentes, cujas alterações recentes refletem e atingem de forma objetiva o atual contexto dos Direitos de Família. Tratou-se, portanto, de verificar a atual estrutura do instituto da guarda compartilhada diante do seu novo regramento proposto pela Lei nº 13.058/14, bem como o novo regramento advindo da nova Lei de Adoção. Analisou-se, ainda, os impactos da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil de 2002, sobretudo no que diz respeito ao estudo da capacidade civil. O método escolhido para o desenvolvimento do trabalho foi o método dialético. Ainda, objetiva-se tecer breves considerações acerca dos Alimentos Gravídicos, da figura da Alienação Parental, da presunção de paternidade com as alterações promovidas à Lei nº 8.560/92, pela Lei nº 12.004/2009, os impactos trazidos pela promulgação da EC nº 66/2010 no âmbito do divórcio, dos aspectos pertinentes ao Programa Minha Casa, Minha Vida, sobretudo no que diz respeito ao direito à moradia, bem como os impactos trazidos pelo NCPC ao Direito de Família.

PALAVRAS-CHAVES: direito de família; guarda; adoção; capacidade civil; código civil.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos alimentos gravídicos. 3. Da nova lei de adoção. 4. Da presunção de paternidade. 5. Da alienação parental. 6. A ec nº

66/2010: a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio. 7. Do regime de guarda. 8. Dos impactos causados ao código civil de 2002 a partir da vigência do estatuto da pessoa com deficiência. 9. Aspectos do programa minha casa, minha vida. 10. O npcp e os impactos ao direito de família: breves considerações. 11. Considerações finais. 12. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem intuito de analisar brevemente alterações legislativas que, ocorridas após a vigência do Código Civil de 2002, impactaram, modificaram e inovaram na seara do Direito de Família e Sucessões. Dentre as várias mudanças ocorridas no decorrer deste interstício temporal, foram escolhidas como objeto deste estudo três modificações pertinentes, cujas alterações afetaram sobremaneira o atual panorama dos Direitos de Família, quais sejam: O Regime de Guarda; Os impactos causados ao Código Civil de 2002 a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Nova Lei de Adoção.

No presente trabalho, dentre outros temas, trataremos do regime de guarda vigente no país após as alterações realizadas pela Lei nº **13.058 de 2014 que estabeleceu a guarda compartilhada como a mais apropriada e como prioritária nos casos em que os pais desacordarem sobre a guarda do menor.**

Trataremos, ainda, brevemente sobre o inovador Estatuto da Pessoa com deficiência, que alterou consideravelmente o direito material civilista, no que tange à incapacidade civil, ao direito de contrair matrimônio, constituir família, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária, exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Coube-nos tratar também, pela importância ao ordenamento jurídico brasileiro, da Nova Lei de Adoção que alterou 54 artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando, sobretudo, proteger a figura das crianças e adolescentes sujeitas a esse regime, seja na adoção nacional, bem como na internacional.

Ademais, o presente artigo tecerá breves considerações acerca dos Alimentos Gravídicos, da figura da Alienação Parental, da presunção de paternidade com as alterações promovidas à Lei nº 8.560/92, pela Lei nº 12.004/2009, os impactos trazidos pela promulgação da EC nº 66/2010 no âmbito do divórcio, dos aspectos pertinentes ao Programa Minha Casa, Minha Vida, sobretudo no que diz respeito ao direito à moradia, bem como os impactos trazidos pelo NCPC ao Direito de Família.

2 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A Lei nº 11.804 de 5 de novembro de 2008 surgiu com o intuito de disciplinar o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como deveria ser exercido o referido direito. A medida deu-se em meio a um cenário nacional em que mulheres grávidas, ao tomarem conhecimento da gestação, são constantemente ignoradas, negligenciadas e abandonadas por seus companheiros ou por aqueles com quem embora não dividam relação afetiva, serão os pais de seus filhos.

Antes mesmo da edição da Lei dos Alimentos gravídicos, já era possível visualizar que o posicionamento adotado por grande parte dos juízes de 1º grau se encaminhava no sentido de ser possível a fixação dos alimentos ao nascituro antes mesmo do seu nascimento. Embasava-se tal posicionamento, sobretudo nos artigos 227 e 229 da Carta Magna, que, pela redação dada pela Emenda Constitucional nº 65/2010, garante ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com o advento da Lei nº 11.804/2008 o argumento da celeuma jurisprudencial para não fixação de alimentos gravídicos nas situações nas quais eram devidos caiu por terra. A referida Lei tratou, inclusive, de ampliar o sentido da palavra "alimentos" de forma que assim são considerados 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.

Maria Berenice Dias, em seu artigo sobre o tema em comento nos ensina com maestria que embora a redação da Lei seja simples, é também permeada de dois significados preciosos: permite a concretização do direito à vida digna e ao desenvolvimento saudável da criança que nascerá e procura dirimir a irresponsabilidade paterna.

Dessa forma, de maneira acertada, a Lei de Alimentos gravídicos permitiu ao magistrado que, havendo indícios suficientes da paternidade, poderá ser fixado alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, momento em que ficam convertidos em pensão alimentícia em favor da criança, até que haja pedido de revisão por uma das partes.

Embora a Lei tenha deixado de conceituar o que seriam "indícios da paternidade", a medida se mostra pertinente, uma vez que, nas palavras de Ana Maria Gonçalves Louzada (2010, p. 40), a experiência forense tem nos mostrado que na imensa maioria dos casos, em quase sua totalidade, as ações investigatórias de paternidade são julgadas procedentes, não se mostrando temerária, a fixação dos alimentos gravídicos sem provas (até porque a lei não exige). Assim, elege-se a proteção da vida em detrimento do patrimônio. Assim, conclui-se que não há necessidade de provas robustas para o deferimento do pedido de alimentos gravídicos, sendo essa a medida acertada, diante do quadro nacional, por todo o exposto.

3 DA NOVA LEI DE ADOÇÃO

A Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009, conhecida como a "Lei Nacional de Adoção" trouxe ao ordenamento jurídico inúmeras mudanças, uma vez que modificou 54 artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Antes da existência da lei em comento, havia dois instrumentos que regulavam a adoção, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A adoção regulada pelo Código Civil estaria relacionada com a adoção para maiores de 18 anos, enquanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentava a adoção para crianças e adolescentes.

Com o advento da Lei nº 12.010/09, a matéria passou a ser regulada pelo ECA, passando, inclusive, a ter aplicação subsidiária no que tange a adoção de maiores (STOLZE, p. 673).

Dentre as alterações trazidas pela Nova Lei de Adoção, que a permanência das crianças nos abrigos deve ser temporária – tempo suficiente para a Justiça decidir se a criança deve retornar à família e à adoção. Assim, a criança poderá ser mantida por dois anos, sem destituição do poder familiar. No entanto, haverá a possibilidade do menor permanecer no abrigo, caso seja provada absoluta impossibilidade de deixar este, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

A partir da Nova Lei de Adoção, deverá haver um maior cuidado e zelo antes do encaminhamento da criança para a adoção, devendo haver tentativas de reintegração da criança à família, no que diz respeito a parentes próximos com quem o menor mantenha laços de afinidade e afeto. Esses parentes terão preferência sobre o Cadastro Nacional e Estadual de Adoção. Assim, se qualquer membro da família extensa do menor tiver interesse na adoção, será preferencialmente escolhido em detrimento dos demais membros do Cadastro.

Outra alteração diz respeito à gestante que pretende entregar o filho para adoção. Inclusive, alteração recente introduzida pela Lei nº 13.257 de 2016 previu expressamente que as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude, nos termos do art. 13, § 1º do ECA. Conforme prevê o art. 258-B do mesmo diploma legal, o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante que deixar de efetuar imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso de que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção poderá ser penalizado com multa de R\$ 1.000,00 a R\$ 3.000,00.

Outra mudança relevante para o instituto da adoção está relacionado com a adoção para casais que residem fora do país. Anteriormente, bastava que o candidato estivesse devidamente habilitado à adoção de acordo com as leis do seu país, comprovando a habilitação, apresentando estudo

psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem. No entanto, após a entrada em vigor da Nova Lei de Adoção, haverá um cadastro para pessoas ou casais residentes fora do país, o qual será consultado somente nos casos de inexistência de interessados nacionais habilitados nos cadastros.

Nas palavras de Pablo Stolze (2015, p. 686):

A adoção internacional trata-se de um instituto jurídico importante, que tem base constitucional, mas que inspira redobrada cautela. Se por um lado, não podemos deixar de incentivar a adoção, como suprema medida de afeto, oportunizando às nossas crianças e aos nossos adolescentes órfãos uma nova vida, com dignidade, por outro, é de se ressaltar a necessidade de protegê-los contra graves abusos e crimes. Claro está, nesse diapasão, que a saída de um menor brasileiro e ingresso em Estado estrangeiro inspira cuidados ainda maiores, dada a ausência de competência da autoridade brasileira no novo País, lar do adotado. Por isso, a adoção internacional, tema específico do Direito da Criança e do Adolescente, é evitada de cautelas, a teor dos arts. 51 a 52-D do ECA.

O que se pode notar com o novo regramento de adoção é que se procura manter a criança ou adolescente em sua família de origem ou de outras formas de acolhimento familiar que não importem no rompimento dos vínculos com sua família natural, sendo a adoção deixada como última opção. Em relação aos adotantes, nota-se a preferência também daqueles que residem no país, em detrimento dos que vivem fora, nos termos do estabelecido pela Convenção de Haia para adoção internacional.

4 DA PRESUNÇÃO DE PATENIDADE

A Lei nº 12.004/2009, conhecida também como Lei da Presunção de Paternidade, alterou a Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, entre outras providências.

O art. 2º-A foi acrescentado, então, à Lei n. 8.560/1992 através da Lei nº 12.004/09, a citar:

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

O parágrafo único do artigo em comento nos traz a percepção de se tratar de uma presunção RELATIVA de paternidade, isso porque a presunção leva em consideração o conjunto probatório a ser apreciada diante do contexto probatório de cada caso concreto. Sendo a presunção relativa, há como elidi-la através de prova em contrário, como nos casos que se consegue provar a esterilidade.

Anteriormente, a Súmula 301, do STJ[1] já fomentava e ajudava a jurisprudência a se consolidar no sentido de que a recusa em realizar o exame de DNA trazia indícios suficientes para entendê-lo, através de uma presunção judicial, pai biológico.

Desta forma, a alteração legislativa em baila veio em boa hora, uma vez que de forma inteligente procura resguardar um dos direitos personalíssimos mais elementares a que fazemos jus, que é o direito à filiação, o direito de sabermos nossa procedência, de tomarmos conhecimento dos nossos laços sanguíneos e de podermos investigar nossa origem genética.

5 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Nos termos da Lei nº 12.318/2010, considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Nas palavras do pesquisador e psiquiatra americano Richard A. Gardner (1985), a citar:

A síndrome de alienação parental (SAP) é uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo.

O parágrafo único do art. 2º da Lei em comento traz um rol exemplificativo de atitudes que se enquadram no conceito de alienação parental, tais como realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; dificultar o exercício da autoridade parental; dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Nos casos em de alienação parental, o prejuízo maior está na criança que cresce com uma imagem manipulada e distorcida de um ou ambos os genitores. A celeuma jurídica foi preenchida em tempo. Nos termos do art. 4º, a ação declaratória de alienação parental poderá ser proposta incidentalmente ou de forma autônoma, *terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.*

As consequências, se constatada a alienação parental, para aquele que praticou vão desde advertência ao genitor até a ampliação do regime de convivência em favor do genitor alienado. Há também a possibilidade de estipulação de multa ao alienador, a determinação de acompanhamento psicológico e, ainda, alteração da guarda e suspensão da autoridade parental.

Embora no atual panorama das Varas de Família fale-se muito sobre alienação parental, ainda é um conceito muito distante e desconhecido das famílias brasileiras. Apenas o conceito é desconhecido, pois a prática é comum, reiterada e existente em todas as classes sociais, sobretudo nos núcleos familiares em que a guarda de uma criança está sendo disputada por ambos os genitores. Em outros casos, igualmente comuns, não há disputa por guarda, a situação da criança já está devidamente resolvida aos olhos do Judiciário, mas um ou ambos os genitores permanecem denegrindo, ofendendo e “sujando a imagem” do outro genitor, com intuito claro de incutir na criança o sentimento de desprezo e indiferença diante daquela figura ou até mesmo de desenvolver no menor a preferência por aquele genitor que denigre o outro. Ou, ainda, um dos casos mais comuns de demonstração de alienação parental: o genitor que impede o outro de ver o menor, de exercer o direito de visita, de conviver com a criança, impedindo-o assim de construir e fortalecer os laços afetivos imprescindíveis a qualquer relação familiar saudável.

6 A EC Nº 66/2010: A DISSOLUBILIDADE DO CASAMENTO CIVIL PELO DIVÓRCIO

A Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, trouxe mudanças expressivas no âmbito do Direito de Família, uma vez que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Carta Magna de 1988, com claro objetivo de desburocratizar o processo de separação judicial, tornando-o mais célere e eficiente.

Anteriormente, a redação trazia os seguintes requisitos para dissolução do divórcio: primeiro, ter ocorrido a separação judicial há mais de um ano e, segundo, estarem os cônjuges separados de fato há pelo menos dois anos. Diante da necessidade de mudança, foi promulgada a EC nº 66/2010, que eliminou alguns desses requisitos, como o lapso temporal para a requisição do divórcio. Boa parte dos doutrinadores defende a teoria pela qual nos filiamos de que o instituto da separação foi extinto, diante da revogação de todos os artigos que tratavam do tema. Assim, nesse entendimento, a partir da EC nº 66/2010, o divórcio passou a ser a única ação de dissolução do casamento.

Há, ainda, a corrente que defende que a nova redação do art. 227, da CF/88 possibilitou a escolha entre a dissolução da sociedade conjugal e ou da dissolução do casamento. Tal teoria é embasada no fato de o legislador ter usado a palavra “pode” quando previu que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, ao invés de “deve”.

A lei anterior se mostrava incompatível com a realidade que vivemos hoje, onde tudo parece acontecer, em nossas vidas cotidianas, de forma acelerada, em um imediatismo característico das últimas gerações. A globalização, os inúmeros meios de comunicação patrocinados pela tecnologia dos anos 2000, a cada vez mais forte presença da mulher no mercado de trabalho, bem como sua luta crescente pela independência, o acesso a informação e uma sociedade que já luta para tornar-se machista são alguns fatores que contribuem substancialmente para o aumento expressivo do número de divórcios realizados nas últimas décadas.

A sociedade mudou. O papel da mulher na sociedade mudou. Não faz muito tempo que era, no mínimo, vergonhoso para uma mulher se apresentar como mulher separada, como mulher desquitada. Ninguém poderia querer para si a ojeriza duma sociedade patriarcal arcaica e ainda muito atrasada. Quando alguém casava, dizia-se para vida toda, não importando o quê. Neste imbróglio de permanecer em um casamento por convenções sociais é que inúmeras mulheres de nossas árvores genealógicas mantiveram seus casamentos, mesmo quando eivados de abusos e até mesmo adultério, fosse por não terem nenhuma autonomia financeira, fosse pela vergonha e o constrangimento que o status trazia para si. Não somente as mulheres, mas homens também mantinham seus casamentos, embora preferissem a separação, para não fugirem de seu “papel de homem”, que muitos suponham exercer se continuassem no seio da família, exercendo de forma exemplar o papel de marido e, muitas vezes, pai.

Hoje, seria inviável exigir para dissolução do casamento, em pleno século XXI, a separação judicial há mais de um ano e a separação de fato há pelo menos dois anos. Desta forma, EC nº 66/2010 surgiu e tornou-se mais próxima da atual realidade em que o país e suas famílias vivem.

7 DO REGIME DE GUARDA

A Lei nº 13.058, promulgada em 22 de dezembro de 2014 alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, com intuito de estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada”, bem como dispor sobre sua aplicação.

Cabe pontuar, desde logo, que de forma geral, existem pelo menos quatro modalidades de guardas, a citar: a) guarda unilateral; b) guarda alternada; c) nidação; d) guarda compartilhada. A guarda unilateral ainda é a modalidade mais presente nos núcleos familiares brasileiros.

A principal mudança a partir do advento da Lei 13.058/2014 encontra-se no fato de que o magistrado deverá estabelecer a guarda compartilhada, diante do caso concreto e se possível, ao invés da guarda unilateral, nos casos em que não houver acordo entre os pais acerca da modalidade de guarda a ser escolhida. Acerca da guarda unilateral e compartilhada, dispõe o Código Civil em seu art. 1.583, § 10º, a citar:

§ 10 Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Desta forma, a guarda compartilhada consiste no exercício conjunto do poder familiar, ou seja, por ambos os genitores da criança. Diferente do que ocorre na guarda unilateral, no que diz respeito às decisões concernentes à vida da criança como um todo, como relativas à educação, à alimentação e ao lazer desta, na guarda compartilhada são tomadas de forma consensual, de comum acordo, baseadas no diálogo, pelo pai e pela mãe do menor.

Insta salientar que a modalidade de guarda compartilhada passou a ser a escolha preferível em nosso ordenamento a partir da promulgação da Lei nº 11.698/2008, que alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

Outra diferença a ser pontuada entre a guarda compartilhada e a guarda unilateral relaciona-se ao direito de visitas. Cumpre destacar, primeiramente, que guarda compartilhada não quer dizer, necessariamente, que o menor passará a residir em duas casas, se mudando de uma casa para outra, de tempos em tempos. A isso, dá-se o nome de guarda alternada, onde o menor

passa parte do tempo na casa de um genitor e outra parte, normalmente proporcional, na casa do outro. Essa modalidade de guarda não é bem vista por grande parte da doutrina, uma vez que acarreta à criança o ônus de suportar tais mudanças com tanta frequência que se teme que esta perca a alusão de onde seria seu lar, do lugar onde ela pode chamar de casa, da referência de se sentir seguro e acolhido neste lugar que chamamos de lar.

Assim, diferente do paradigma que se formou sob a palavra “compartilhada”, nesta modalidade de guarda o menor deverá ter uma residência-sede, ou seja, deverá ter residência fixa. A diferença desta para a guarda unilateral reside, portanto, na flexibilização quanto ao direito de visitas, de forma que este poderá ser exercido muitas vezes de forma livre e quando não, com rigor muito brando, possibilitando um contato imensamente superior da criança com genitor que não reside com a mesma.

Neste sentido e acerca do dispositivo em comento, com redação dada pela Lei nº **13.058/2014**, José Fernando Simão se manifesta:

Convívio com ambos os pais, algo saudável e necessário ao menor, não significa, como faz crer o dispositivo, que o menor passa a ter duas casas, dormindo às segundas e quartas na casa do pai e terças e quintas na casa da mãe. Essa orientação é de guarda alternada e não compartilhada.

A criança sofre, nessa hipótese, o drama do duplo referencial criando desordem em sua vida. Não se pode imaginar que compartilhar a guarda significa que nas duas primeiras semanas do mês a criança dorme na casa paterna e nas duas últimas dorme na casa materna.

Compartilhar a guarda significa exclusivamente que a criança terá convívio mais intenso com seu pai (que normalmente fica sem a guarda unilateral) e não apenas nas visitas ocorridas a cada 15 dias nos fins-de-semana. Assim, o pai deverá levar seu filho à escola durante a semana, poderá com ele almoçar ou jantar em dias específicos, poderá estar com ele em certas manhãs ou tardes para acompanhar seus deveres escolares.

Note-se que há por traz da norma projetada uma grande confusão. Não é pelo fato de a guarda ser unilateral que as decisões referentes aos filhos passam a ser exclusivas daquele que detém a guarda.

Decisão sobre escola em que estuda o filho, religião, tratamento médico entre outras já é sempre foi decisão conjunta, de ambos os pais, pois decorre do poder familiar. Não é a guarda compartilhada que resolve essa questão que, aliás, nenhuma relação tem com a posse física e companhia dos filhos.

O ilustre professor Pablo Stolze (2015, p. 614) manifesta-se no sentido de que o magistrado não está adstrito à imposição da guarda compartilhada obrigatoriamente nos casos em que houver ausência de acordo entre os pais da criança. Nas palavras do autor, cuja tese me filio, invocar-se-ão os princípios da proteção integral e da dignidade da pessoa humana para que o juiz não esteja obrigado a impor o compartilhamento obrigatório da guarda, quando se convencer de que não é a melhor solução, segundo o melhor interesse existencial da criança. Isso tudo, resguardando o menor dos casos em que os genitores não trocam entre si uma palavra sequer, senão palavras de ódio, quando muito, não se mostrando aptos, portanto, a dividir a guarda de uma criança, uma vez que tal medida poderia agravar possível dano psicológico experimentado pelo menor, que possivelmente já suporta o sofrimento acarretado pela desconstrução do seu núcleo familiar.

8 DOS IMPACTOS CAUSADOS AO CÓDIGO CIVIL DE 2002 A PARTIR DA VIGÊNCIA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Em julho de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.146/2015, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência e entrou em vigor dia 03 de janeiro de 2016.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência de forma considerada polêmica por parte da doutrina civilista, assumiu postura diferenciada da até então adotada pelos institutos do ordenamento pátrio, de forma que buscou, além de prever medidas de proteção e assistência às pessoas com deficiência, garantir também os direitos relacionados à

religião, à orientação sexual, à família, sobretudo no que diz respeito ao casamento, a adoção, entre outros.

No entanto, a maior mudança ao Código Civil de 2002 trazida pelo referido Estatuto está relacionada ao regime de capacidade civil. Assim, o art. 3º do CC/2002 passou a contar com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. [\(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\)](#)

I - [\(Revogado\); \(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\)](#)

II - [\(Revogado\); \(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\)](#)

III - [\(Revogado\). \(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\)](#)

Nota-se, a partir do disciplinado, que não mais haverá absolutamente incapaz maior de 18 anos e aqueles que não puderem exprimir a vontade por causa transitória passam a ser considerados relativamente incapazes. Em relação ao art. 4º, do diploma legal ora analisado, foi dada nova redação, suprimindo aqueles que por deficiência mental tem seu discernimento reduzido e os excepcionais do rol dos relativamente incapazes.

O professor Nelson Rosenvald discorre, de forma brilhante, acerca dos motivos que levaram o legislador a considerar absolutamente incapaz, baseado unicamente no critério etário, somente o menor de 16 anos:

O objetivo é elogiável: suprimir a incapacidade absoluta do regramento jurídico da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. O critério médico até então utilizado era baseado na ausência de discernimento em caráter permanente - seja ela resultante de enfermidade ou deficiência mental. A interdição do absolutamente incapaz decorria de um estado pessoal, patológico. Contudo, diante da infinidade de hipóteses configuradoras de transtornos mentais ou déficits intelectuais - seja pela origem, graduação do transtorno

ou pela extensão dos efeitos – é insustentável a tentativa do direito privado do século XXI de persistir na homogeneização da amplíssima gama de deficiências psíquicas, pelo recurso ao enredo abstratizante do binômio incapacidade absoluta ou relativa, conforme a pessoa se encontre em uma situação de ausência ou de redução de discernimento. Daí a crítica ao Código Civil de 2002, que, em nome de uma suposta segurança jurídica, tencionou aprisionar a multiplicidade de quadros de desenvolvimento intelectual sob a dualidade ausência/redução de discernimento, em uma espécie de categorização a priori de pessoas em redutos de exclusão de direitos fundamentais. Não se pode mais admitir uma incapacidade legal absoluta que resulte em morte civil da pessoa, com a transferência compulsória das decisões e escolhas existenciais para o curador. Por mais grave que se pronuncie a patologia, é fundamental que as faculdades residuais da pessoa sejam preservadas, sobremaneira às que digam respeito as suas crenças, valores e afetos, num âmbito condizente com o seu real e concreto quadro psicofísico. Ou seja, na qualidade de valor, o status personae não se reduz à capacidade intelectual da pessoa, posto funcionalizada à satisfação das suas necessidades existenciais, que transcendem o plano puramente objetivo do trânsito das titularidades.

Devido a essa mudança no instituto da capacidade civil, a pessoa portadora de deficiência mental em idade núbil poderá casar-se ou estabelecer união estável, expressando sua vontade diretamente ou por meio de responsável ou curador, nos termos do art. 1.550, §2º, do Código Civil de 2002. Poderá, ainda, exercer a guarda e adoção, como adotando ou adotante em igualdade com as demais pessoas.

Outra inovação trazida com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência é que o regime da Curatela, a que as pessoas com deficiências mentais normalmente eram submetidas, passa a ter caráter excepcional e compreende apenas aspectos patrimoniais e negociais, conservando-se a

autonomia do deficiente no que tange a seu próprio corpo, sexualidade, matrimônio, educação, saúde e voto, nos termos do art. 84, do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

9 ASPECTOS DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA

O Programa Minha Casa, Minha vida (PMCMV) foi instituído em 2009, através da Lei nº 11.977/2009, a qual foi posteriormente alterada pela Lei nº 13.274/2016. O Programa surgiu com intuito de reduzir o déficit habitacional do país, promovendo o verdadeiro exercício ao direito à moradia e a inclusão social, aspectos necessários para garantia da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o art. 1º da Lei nº 11.977/2009, alterado pela Lei nº 12.424/2011, o Programa Minha Casa, Minha Vida tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil e seiscentos e cinquenta reais).

De acordo com o Ministério das Cidades, o PMCMV contratou 4,2 milhões de unidades habitacionais até dia 30 de abril de 2016, sendo entregues 2,7 milhões de moradias. Em 06 de fevereiro de 2017, o presidente Michel Temer anunciou alterações no PMCMV, dentre as quais a mudança para enquadramento por faixa de renda que se tornou mais abrangente. Podemos citar as seguintes mudanças: para se enquadrar na faixa 1, a renda total da família precisa ser de até R\$ 2,6 mil; na faixa 2 é preciso ter uma renda de até R\$ 4 mil; na faixa 3, até R\$ 9 mil. Inclusive, diante das alterações, a meta para 2017 passou a ser de 610 unidades habitacionais, enquanto em 2016, a meta era de 380 mil unidades.

Não há como deixar de pontuar a importância do Programa, uma vez que este possibilita ao cidadão de baixa renda acesso ao imóvel próprio, ajudando a resolver o problema histórico de falta de moradia digna e de qualidade que assola, ainda, grande parte da população brasileira. A redução do déficit habitacional era a meta do Programa e tornou-se, também, seu maior resultado, haja vista a diminuição no déficit habitacional, muito embora a população brasileira siga crescendo.

Assim, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o princípio basilar que sustenta o Estado Democrático de Direito, é essencial que se garanta ao cidadão uma moradia digna, adequada, com a devida segurança e infraestrutura suficientes que assegurem o mínimo de qualidade de vida ao indivíduo, tendo em vista a moradia ser requisito indispensável para uma vida plena.

10 O NCPC E OS IMPACTOS AO DIREITO DE FAMÍLIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

O Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor dia 18 de março de 2015 trouxe inúmeras alterações ao Direito de Família. De forma breve, teceremos algumas das mais relevantes para esta seara em questão.

Primeiramente, cumpre ressaltar as alterações pertinentes a Execução de Alimentos. O § 1º, do art. 528 permite o protesto do pronunciamento judicial que impôs a obrigação de pagar alimentos. Ou seja, caso o executado, no prazo de três dias, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial. Filiamo-nos a tese que o legislador agiu de forma acertada ao prever tal medida, uma vez que impõe, de forma coercitiva indireta, que o devedor pague aquilo que deve diante da possibilidade de ficar com o nome "sujo" na praça, com inscrição do devedor no sistema de proteção ao crédito. Inclusive, o cumprimento da sentença definitiva ou de acordo judicial deve ser promovido nos mesmos autos da ação de alimentos e nos casos de acordo extrajudicial, faz-se necessário processo executório autônomo.

Insta salientar, ainda, que anteriormente havia duplo regime de execução, onde a execução de alimentos poderia ser realizada por meio do antigo art. 732, cujo rito era o da penhora e, a execução por meio do rito previsto no antigo art. 733, cujo rito era de prisão. O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu quatro formas de execução, quais sejam: de acordo com o título, judicial ou extrajudicial e em relação ao tempo do débito, pretérito ou atual.

Outra novidade trazida pelo NCPC é a possibilidade de realização do divórcio consensual de forma judicial ou extrajudicial, uma vez que o divórcio consensual passou a ser classificado como procedimento não contencioso. Caso seja realizado de forma extrajudicial, através de escritura pública junto a um cartório de registro civil, será necessária a presença de advogado ou defensor público, sob pena de nulidade. Caso o casal tenha filhos menores ou incapazes o divórcio consensual não poderá ser realizado de forma extrajudicial. Inclusive, a Lei nº [11.441/2007](#) já havia estabelecido que o divórcio e a separação consensuais poderiam ser requeridos administrativamente, realizados por escritura pública. Para poder ingressar com tal pedido era necessário o preenchimento dos requisitos, como não possuir filhos menores de idade ou incapazes.

O NCPC dedicou às ações de família um capítulo inteiro, do art. 693 ao art. 699 e dentre as inovações, podemos citar o mandado de citação que deverá apenas conter os dados necessários à audiência, sem estar acompanhado de cópia da exordial. Dessa forma, o réu, que muitas vezes deixava comparecer à Audiência de Conciliação por simplesmente ter conhecimento imediato do que se tratava e ignorar totalmente a audiência por julgar desnecessário a existência do processo, agora passa a comparecer mais assiduamente à primeira audiência, uma vez que vai em busca de respostas acerca do motivo pelo qual está sendo citado.

Não podemos deixar de pontuar o caráter conciliatório e de proatividade que moldaram o NCPC. A Mediação e a Conciliação ganharam espaço no Código de 2015, sendo contemplados nos arts. 165 a 175. A partir disso, as audiências conciliatórias nas ações que envolvam Direito de Família podem ser divididas em quantas forem necessárias para viabilização da solução consensual do conflito, nos termos do art. 696. A medida se coaduna com a realidade das Varas de Família espalhadas no Brasil a fora. Quem labuta nessas Varas sabe a importância de se tentar a conciliação e de evitar um processo moroso e cansativo para todas as partes envolvidas. Assim, acertou o legislador ao insistir na solução consensual de conflitos. Inclusive, para ajudar ainda mais nessa missão conciliatória, o NCPC traz junto com a Mediação, a figura do Atendimento Multidisciplinar, que deverá ser exercido por um corpo de profissionais das mais diversas áreas como psicólogos,

assistentes sociais, terapeutas, pedagogos, com intuito de auxiliar o Judiciário a dar uma resposta efetiva aos litígios que assolam as famílias brasileiras.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família é um dos ramos do Direito Civil mais suscetíveis a mudanças sociais, ou seja, é um dos direitos em que a dinâmica da sociedade mais atua e influencia. O Código Civil de 2002, por sua vez, foi aprovado em meio a elogios e críticas, após mais de 20 anos tramitando no Senado Federal.

No entanto, nem a mais pessimista banca poderia prever que, passados 15 anos, estaríamos diante de uma sociedade, no mínimo, diferente da de outrora. Não precisa sequer falar de *poliamor*, tampouco lembrar as inúmeras notícias jornalísticas que nos informam, vez ou outra, que um trio ou um grupo, conseguiu contrair matrimônio, registrando o feito em cartório. Não é necessário ir longe. Basta pensar em como o CC/02 tratou do instituto da união estável, por exemplo. Não há muito o que se pontuar, já que o referido código praticamente não tratou disso. E se considerarmos que tratou, não tratou da maneira que deveria ter tratado e, por essa razão, ainda podemos chamar de “saga” a luta pelo reconhecimento de direitos relacionados à união estável, embora possamos pontuar alguns avanços, como o reconhecimento da união homoafetiva, da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, causou um verdadeiro alvoroço ao legislar, abrandar e permitir que as pessoas com deficiência tenham mais autonomia e mais liberdade ao tocarem suas vidas, na medida do possível, de acordo com a sua própria autonomia da vontade. Não cabe aqui o estudo aprofundado acerca do acerto ou do erro do legislador; o que nos cabe é respeitar a legislação vigente, de modo a garantir às pessoas com deficiência a inclusão social, reduzindo ao máximo às barreiras que os afastam dessa inclusão, sobretudo no que diz respeito às barreiras atitudinais, evitando comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

As diversas alterações legislativas que modificaram e que ainda não de modificar entendimentos ou o próprio texto literal do Código Civil vigente nos

remetem instantaneamente ao fato de o Direito, como ciência, ser dinâmico e estar sempre em evolução. O Direito de Família, como não poderia deixar de ser, está em constante mudança, porque a sociedade em que vivemos também está, sempre buscando resguardar a figura daqueles que merecem e precisam da proteção do Estado, bem como preservar as relações de afeto que nos unem ao seio daquilo que possuímos de mais valioso e que devemos preservar com maestria, que é a família.

12 REFERÊNCIAS

ROSENVALD, NELSON. Em 11 perguntas e respostas: tudo que você precisa para conhecer o estatuto da pessoa com deficiência. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/21385617/em-11-perguntas-e-respostas---pessoas-com-deficiencia-nelson-rosenvald> >. Acesso em: 25 de fev. 2017.

SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/153734851/guarda-compartilhada-obrigatoria-mito-ou-realidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-117-2013> >. Acesso em: 24 de fev. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de Direito Civil, volume 6: Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 5. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARDNER, R.A. (1998). The Parental Alienação Syndrome (=A Síndrome de Alienação Parental), Segunda Edição, Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, Inc. Disponível em .

BRASIL. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade

do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm >. Acesso em: 25 de abr. 2017.

BRASIL. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm >. Acesso em: 25 de fev. 2017.

_____. Lei **13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm >. Acesso em: 24 de fev. 2017.

_____. Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm >. Acesso em 21 de abr. 2017.

_____. Lei **11.698, de 13 de julho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm >. Acesso em: 24 de fev. 2017.

_____. Lei 12.004, de 29 de julho de 2009. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm >. Acesso em: 15 de abr. 2017.

_____. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm >. Acesso em: 15 de abr. 2017.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 22 de abr. 2017.

_____. Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm >. Acesso em: 25 de fev. 2017.

_____. Lei 13.257 de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm >. Acesso em: 25 de fev. 2017.

_____. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 25 de fev. 2017.

_____. Lei **10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 25 de fev. 2017.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Alimentos gravídicos e a nova execução de alimentos*, in BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (coords.) *Família e Jurisdição III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.40.

NOTA:

[1] STJ, Súmula 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

O MARCO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL E IMINÊNCIA DE DECISÃO PELO STJ.

ROBERTA VIEIRA GEMENTE DE CARVALHO:
Advogada em São Paulo.

A Lei de Execução Fiscal em seu artigo 40 determina que o curso da execução fiscal será suspenso quando não localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, não fluindo também o prazo prescricional. O §2º determina que a suspensão prevista no caput terá o prazo máximo de 1 ano, quando ocorrerá o arquivamento dos autos.

Complementando a regulamentação do tema há o §4º, segundo o qual se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, ouvida a Fazenda, poderá de ofício o juiz reconhecer a prescrição intercorrente e extinguir a execução fiscal. Ou seja, se após o arquivamento ocorrer o decurso de 5 anos sem a penhora de bens ou localização do executado cabe a declaração de ofício da prescrição intercorrente.[\[1\]](#)

A questão que inicialmente parece literal, aguarda posicionamento desde o ano de 2012, no âmbito do Recurso Especial n. 1.340.553, sob relatoria do Min. Mauro Campbell, observando a sistemática dos recursos representativos de controvérsia e cuja solução pode impactar mais de 20 milhões de execuções fiscais.

O centro da controvérsia situa-se no momento de início da suspensão pelo prazo e um ano da execução fiscal, consoante os pontos elencados como relevantes para decisão a luz do artigo 543-C do CPC e extraídos da decisão monocrática no Agravo em Recurso Especial n. 217.042.

- a) Qual o pedido de suspensão por parte da Fazenda Pública que inaugura o prazo de 1 (um) ano previsto no art. 40, §2º, da LEF;
- b) Se o prazo de 1 (um) ano de suspensão somado aos outros 5 (cinco) anos de arquivamento pode ser contado em 6 (seis) anos por inteiro para fins de decretar a prescrição intercorrente;
- c) Quais são os obstáculos ao curso do prazo prescricional da prescrição prevista no art. 40, da LEF;
- d) Se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina

a suspensão da execução fiscal (art. 40, §1º), ou o arquivamento (art. 40, §2º), ou para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, §4º) ilide a decretação da prescrição intercorrente.^[2]

Parte dos Ministros entenderam que tal deflagração independe de um despacho formal de suspensão processual, iniciando-se a suspensão de forma automática pela não localização de bens no prazo legal. Nesta corrente votaram o relator, a Ministra Regina Helena Costa e o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Especificamente, o relator entende que o prazo de um ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.830/1980 tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido.

Em entendimento contrário são os votos dos Ministros Herman Benjamin, Aussete Magalhães e Sérgio Kukina, acolhendo que o Poder Judiciário precisa formalizar despacho determinando a suspensão da execução fiscal diante da não localização de bens penhoráveis, especialmente em razão de se identificar marco processual para contagem de prazos, o que traria segurança jurídica.

O Ministro Og Fernandes pediu vista dos autos.

Sobre o Min. Francisco Falcão existe dúvida acerca da possibilidade de seu voto em razão de recente decisão da Corte Especial (15/08/2018) no EARESp 1447624 no sentido de que os ministros que não assistirem à sustentação oral ficam impossibilitados de participar, posteriormente, do julgamento. Somente após a retomada do julgamento será possível identificar o cenário quanto a possibilidade de apresentação de seu entendimento.

Sobre o mérito da questão, mister salientar argumento utilizado pelo Ministro Campbell quanto à desnecessidade de formalização da decisão de suspensão ou arquivamento por serem atos declaratórios. De fato, quando analisado todo o artigo 40 da Lei de Execução Fiscal, bem como valendo-se dos Princípios da Efetividade, Economia Processual e Duração Razoável do Processo (os quais indubitavelmente se aplicam ao executivo fiscal), realmente

apresentam-se como automáticas as previsões dos §§1º e 2º, restando ineficientes justificativas para manutenção de processos inócuos em estrutura judiciária assoberbada.

Deve ainda ser considerado que previamente à decretação da prescrição intercorrente há determinação de oitiva da Fazenda, ocasião em que serão possíveis arguições de causas suspensivas ou interruptivas da perda da pretensão executiva tributária, nenhum prejuízo processual ou material pelo ente credor será suportado.

Oportunamente, da Súmula 314 do Superior Tribunal de Justiça faz-se possível a conclusão de automaticidade da suspensão da execução fiscal tão logo configurada a não localização de bens penhoráveis.

Súmula 314 do STJ que descreve que "em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

Todavia, a despeito de compactuar com o entendimento de não ser necessária decisão formal do Poder Judiciário suspendendo o curso da execução fiscal, fato é que o acompanhamento da continuação do julgamento do predito Recurso Especial torna-se de grande interesse para contribuintes, especialmente para aqueles que ocupam o pólo passivo de execuções fiscais de menor valor, cujo volume processual muitas vezes impede que, especialmente, Fazendas Estaduais e Municipais realizem acompanhamento pormenorizado para localização de bens e consequente satisfação do crédito.

A próxima reunião da 1º Seção está marcada para 12 de setembro de 2018, quando o julgamento da questão deve ser retomado.^[3]

NOTAS:

[1] Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. [\(Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda.

[2] https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=24018220&num_registro=201201691933&data=20120831&formato=PDF

[3][3] <https://ww2.stj.jus.br/processo/calendario>

AS "CARAVELAS" DO PROCESSO ELETRÔNICO

**EMILIANO TEIXEIRA LOPES
VASCONCELOS MARANHÃO:**

Analista de Sistemas. Graduando de
Direito.

Os constantes avanços tecnológicos no âmbito do direito fazem cada vez mais o profissional advogado, ou mesmo, operadores do direito se aperfeiçoarem mais no ramo tecnológico. Isto porque, a tendência é que, em um futuro próximo dos tribunais avancem para digitalização e ainda protocolização dos processos em meios digitais.

A tecnologia está presente atualmente em diversos ramos, saúde, educação, no direito dentre outros. Especificamente no direito os processos eletrônicos passam necessariamente por programas, navegadores e softwares em geral para que toda simulação do tramite de um processo físico ocorra em meio digital, convenhamos de maneira agora mais "suave" para as partes.

Porém toda essa tecnologia deve ser algo totalmente aquém aos bastidores para o usuário, caso contrário, toda essa parafernália tecnológica não só assusta como também afasta os advogados de mais idade, afetando também os mais novos graduados, uma vez que não consta na grade curricular do acadêmico de direito, tanta informação tecnológica.

Para dar seguimento a essa transposição do processo físico para o digital, os tribunais ainda não conseguiram a busca de uma forma menos brusca para a uniformização desse processo, pois cada programa processual tem uma interface diferente, uma regra de negócio, não sendo possível ainda o profissional se aprimorar em um único sistema.

Atualmente os principais sistemas usados no Brasil são o PJe, o Projudi, E-SAJ, e também o E-PROC. O grande problemas encontrado pelo jurisdicionado é que em alguns tribunais das cortes superiores, federais, estaduais e trabalhista trabalham com mais de um, e nunca se sabe ao certo qual está funcionando.

A solução apresentada parece ser meio óbvia, mas simplória, se buscássemos a união de força tarefa para extrair o que há de melhor em cada sistema, a melhor regra de negócio, a melhor interface, a melhor operabilidade para o usuário. Criar-se-ia um único sistema processual que abrangesse todos os tribunais das diversas esferas.

Uma das tentativas de solução partiu da parte hipossuficiente, onde advogados mineiros estão conseguindo acessar todos os tribunais do país a partir de um único [navegador](#) de internet, chamado Navegador do Advogado. O programa está disponível para download no site da Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais e é pré-configurado com a relação de todas as cortes do país.

Por fim, essa iniciativa deveria ter sido iniciada pelo STF e demais cortes superiores, pois essa "briga" para galgar o título de melhor sistema processual prejudica os advogados e servidores judiciais, afetando também a população. Além de que, fortalece o ego de cada tribunal com duas respectivas Diretorias de Tecnologia da Informação e Judiciária.

Com isso, a população ainda continuará navegando por águas de poucas calmarias no oceano da internet.

MORALIDADE E A ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

VALDICH ALMEIDA SILVA:

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar a questão da administração Pública irei abordar algumas considerações a respeito da contribuição do princípio constitucional e os efeitos do não acolhimento às normas do direito, da ética e da moral, mostrando assim a importância da ética na profissão do direito, assim como em qualquer profissão, onde é preciso respeitar as pessoas e as leis que o direito traz, sendo sempre honesto, onde quando o profissional é confiante as pessoas irão valorizar seu trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Moralidade, Ética, Administração Pública.

INTRODUÇÃO

Sobre a ética pode-se afirmar que na condução pública emerge como instrumento eficaz de proteção dos direitos fundamentais, a exemplo da liberdade e da igualdade. Os princípios da legalidade e moralidade destacam-se na atuação estatal, que delimita o campo de atuação possível do estado e garante aos cidadãos a titularidade de direitos. No entanto, sendo o estado um ser ético e político, a avaliação da conduta de seus agentes não pode ser pautada, apenas, pelo aspecto da legalidade e moralidade.

A ética na Administração Pública trás um quadro relacionando a função da Administração Pública em um Estado Democrático de Direito e os sistemas adotados pelo Estado para evitar o desvio de suas finalidades por intermédio de atos não muito éticos praticados por seus administradores e servidores. A ética e a moral fazem com que o profissional torne-se diferenciado dos demais.

I- ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RELACIONADA A ÉTICA

É uma coisa comum nos dias atuais, administradores do patrimônio público que se dizem representantes de uma nação, subirem ao poder com o escopo de desviar verbas, que deveriam servir para melhorar a condição de vida da sociedade. Contudo essa quantia retirada dos desvios vai servir para fortalecer sua imagem política ou até para proporcionar o bem estar particular

de algumas pessoas. Importante notar enquanto o poder era absoluto, em que não havia distinção entre ele e a autoridade pública, não havia uma exigência ética dos atos estatais, até porque todo soberano era um considerado como virtuoso, chegando ao poder não por um direito, mas pelo fato de ser considerado melhor do que os outros.

A relação entre o estado e a sociedade no âmbito da gestão pública se dá através de um conjunto de princípios éticos que direcionam o agir do homem, notadamente quanto ao exercício da cidadania. A avaliação quanto à conduta ética tem fundamento na assertiva de que as ações refletem os valores de quem as pratica.

“A ética, portanto, refere-se às ações humanas, e volta-se para as relações sociais. Para o pensamento dialético, o ideal ético baseia-se em uma vida social justa e na superação e nas desigualdades econômicas. Pode-se dizer, numa síntese apertada, que a ética tem como fundamento o bem comum.”
(BRAGA, 2006, p. 180).

Os líderes, gestores e a alta administração nas instituições operam como multiplicadores de condutas éticas, dentro de uma estratégia de gestão de ética. A alta administração tem o poder de influenciar os valores éticos de uma organização tanto formalmente, por exemplo, aprovando a norma de conduta e as políticas relacionadas a ela, quanto informalmente, por meio de seus próprios atos e dos atos de dirigentes e líderes, que devem seguir seus exemplos. Neste sentido, o comportamento dos líderes, gestores e alta administração são determinantes para estabelecer uma cultura ética nas organizações públicas.

As suas práticas devem, pois, estar estritamente alinhadas com os valores éticos da Administração Pública. Por outro lado, os servidores devem conhecer seus direitos e obrigações quando expostos a má conduta. Deve haver, igualmente, normas de conduta claras sobre o relacionamento entre a organização pública e o setor privado e as condições do serviço e a política de administração dos recursos humanos da instituição devem promover uma conduta ética.

II- O DEVER DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO COM RELAÇÃO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os valores éticos na lógica profissional administrativa é a construção de um modelo ético próprio ao poder público com apoio na visão de atender e observar sempre o bem-comum. O agente público tem por objetivo, concretizar o interesse coletivo, e o interesse coletivo é respeitado em uma sociedade pluralista como a nossa por meio da realização de atos que venham da melhor forma estabelecerem a harmonia entre os diversos grupos que fazem parte do Estado. "A justiça não apenas deve multiplicar suas intervenções - o que já é em si um desafio -, mas é também, ela própria, objeto de novas solicitações" (GARAPON, p.139).

Assim, sempre que universalizamos nossa conduta através da visão kantiana de preocupação com os interesses do próximo desenvolvemos um pensamento inteiramente voltado aos valores de cada pessoa como indivíduo e, a um só tempo, da própria coletividade que respeita esse elemento e o exige como conduta moralmente aceitável a todos. O ideal de respeito aos bens que não são nossos, mas coletivos, parte da preservação pelo dever de preservar, o agente público deve entender que age em nome da coletividade, que os bens que gere pertencem a todos e não possuem finalidade particular, mas coletiva e qualificada pelo bem comum.

Sempre que os agentes da administração se esquecem de que agem em nome coletivo, acabam praticando ações em proveito particular, com um sentido finalístico errado, quebrando assim a confiança entre o povo e seus representantes. "A virtude de uma coisa é relativa ao seu funcionamento apropriado. Ora, na alma existem três coisas que controlam a ação e a verdade: sensação, razão e desejo" (ARISTÓTELES, 1991, p.2).

Em contrapartida, resta que a troca do interesse geral pelo individual, do dever de atuar em proveito da sociedade pela intenção de atender aos anseios pessoais, são atitudes que provocam o desvio da moral e que direcionam o agente público ao caminho da corrupção.

III- O PRINCIPIO DA MORALIDADE

A circunstância no texto constitucional anterior não estar evidenciado o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral, uma vez que já estava consagrada pela ordem jurídica, porém, de maneira clara, ao orientaras diversas normas regedoras de determinada matéria.

Assim a moralidade administrativa passou a estabelecer hipótese de validade de todo ato administrativo conforme a Constituição Federal de 1988. Não bastando mais ao administrador o fiel cumprimento da legalidade, mas sim, o dever de respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, visando à necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público amoral ou imoral. "Refiro-me à virtude moral, pois é ela que diz respeito às paixões e ações, nas quais existe excesso, carência e um meio-termo" (ARISTÓTELES, 1991, p. 37).

Diante da fixação do princípio da moralidade administrativa na Constituição de 1988 onde representou um reflexo da carência de ética no setor público ligado à necessidade de combate à corrupção e à impunidade na Administração Pública, uma vez que, até então, a improbidade administrativa era a forma de punição prevista apenas para os agentes políticos.

Sendo, pois, de duas espécies a virtude, intelectual e moral, a primeira, por via de regra, gera-se. e cresce graças ao ensino — por isso requer experiência e tempo; enquanto a virtude moral é adquirida em resultado do hábito, donde ter-se formado o seu nome por uma pequena modificação da palavra (hábito). Por tudo isso, evidencia-se também que nenhuma das virtudes morais surge em nós por natureza; com efeito, nada do que existe naturalmente pode formar um hábito contrário à sua natureza (ARISTÓTELES, 1991, p.30).

Dessa forma, o controle jurisdicional, desempenhado pelo Poder Judiciário, não deve ser restrito ao julgamento da legalidade do ato administrativo, e sim, deve ser observada a adequação do ato com a lei, como expressão da legalidade, bem como sua acomodação com a moral administrativa e com o interesse público. "'A dor é injusta", diz Racine, e todas as razões que não a alivia amargam suas suspeitas." Censuram-se os processos

da justiça por nunca estarem à altura do drama e do sofrimento” (GARAPON, p.100).

CONCLUSÃO

É comum vermos nos dias atuais pessoas que são justas e honestas e acima de tudo ética em suas profissões, isso porque diante de algumas dificuldades financeiras a maioria acaba agindo de forma errada buscando conseguir seus interesses próprios, o que não pode existir, a ética e o profissionalismo deve estar sempre à frente de toda e qualquer decisão que um profissional venha a tomar. Nos dias de hoje é difícil tratar problemas sociais ou jurídicos sem adentrar na visão ética, pois seria impossível formular normas de conduta sem ter a clareza sobre a natureza humana que a ética proporciona o que demonstra a proximidade entre a moral e o direito. A moral é uma coisa que vem de casa, ou melhor de berço, onde as pessoas fazem aquilo que são ensinadas a fazer e o que aprenderam como certo, o princípio da moralidade administrativa não é norma de conceito vazio, mas sim, se vale outros princípios para avaliação da conduta da autoridade pública. Este princípio deve refletir a toda sociedade, para que possa ser utilizado de baliza para análise dos atos dos gestores públicos dirigida para o atendimento de interesses pessoais da classe política que detém o poder atenta contra os demandados do estado democrático de direito.

REFÊRENCIA

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco; Poética / Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. — 4. ed. — São Paulo: Nova Cultural, 1991. — (Os pensadores; v. 2)

BRAGA, Pedro. **Ética, Direito e Administração Pública.** Brasília, 2006. Senado Federal. Disponível em

GARAPON, Antoine É secretário-geral do Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça. Foi, durante largos anos, juiz para a infância. É membro do comitê de redação da revista Esprit.

DA OBRIGATORIEDADE DO VOTO: CONTRADIÇÃO LÓGICA OU EXERCÍCIO DE CIDADANIA?

FELICIANO ALVES CARNEIRO:

Estácio de Sá de Vila Velha. Bacharel em Direito, atualmente em processo de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

FERNANDO DE ALVARENGA BARBOSA

(Orientador)

MARIANE RIOS MARTINS

(coorientadora)

Resumo: Este trabalho vem tratar da análise da natureza obrigatória do Voto, positivada na Constituição Federal Brasileira de 1988, ao passo que também vem verificar se, de alguma forma, tal dispositivo fere o Sistema Brasileiro de Democracia Representativa, no mesmo apenso em que se buscará analisar o grau de dano causado à sociedade brasileira pela atribuição do monopólio da escolha prévia de candidatos aos partidos políticos, prática plenamente aceita no ordenamento brasileiro. No decorrer deste curso cabe apurar também se os pertinentes questionamentos acima, de alguma forma, interferem na forma livre e direta do voto, na Democracia Representativa e na vontade do povo. Ao passo que procurará apontar, nesta oportunidade, soluções capazes de combater as diversas práticas escusas, nocivas a sociedade brasileira, tais como, o desvio de finalidade de recursos públicos, dentre eles, notadamente, a Corrupção. Para isso, o presente trabalho buscou aplicar, sobretudo, a metodologia de pesquisa bibliográfica, através de árduo vasculhamento da Doutrina, da Filosofia Jurídica, da Ciência Política no qual possibilitou a apuração e a constatação de que grande parte da ineficácia da Norma no que concerne a buscar, estabelecer e efetivar Direitos e Garantias Fundamentais e da ineficiência do Estado no que diz respeito ao provimento de políticas públicas que possibilite a formação de uma sociedade livre, justa e solidária se deve precipuamente a Imaturidade da própria Sociedade Brasileira e a adoção de Institutos incompatíveis com a natureza principiológica dos Direitos Políticos e inadequados à boa relação entre o Estado Brasileiro e o seu Povo, quais sejam, a Preponderância dos Sentidos Político e Jurídico sobre o Sociológico, tornando o que foi estabelecido no Pacto Constitucional um Direito apenas de Papel. Essa Imaturidade impossibilita a Emancipação do Povo Brasileiro e

contribui para a Solidificação de um Estado, cujo Direito é de Papel, mediante um Parâmetro Norteador Hipotético e a aplicação, na relação pactuada, de uma Teoria Excludente importante na Relação Privada, mas, extremamente Inoportuna nas Relações de Direito Público. Neste exposto, o presente trabalho declara desde já que não tem a pretensão de esgotar o tema abordado, mas pretende humildemente suscitar uma efetiva discussão e reflexão e um importante interesse da sociedade pela coisa pública, ou seja, por aquilo que só se torna coletivo por causa da contribuição e do sacrifício de cada indivíduo. No mais, que tal dinâmica possa dirigir a sociedade brasileira a um melhor entendimento da relação do Estado Brasileiro com o seu povo e as razões que levam este mesmo Estado a não cumprir devidamente com o seu papel de Garantidor.

Palavras chave: Trabalho. Projeto. Cidadão, Estado Garantidor.

1 INTRODUÇÃO

Imagine um País, de Imponência Territorial, de um Povo Autodeterminado, Soberano, de Estado Democrático, de riquezas naturais, de diversidade cultural, intelectual e racial. . . Agora, imagine como seria se o Estado desse País não fosse constituído de um Direito meramente de Papel. Pense em como seria se a vontade do Povo, de fato, fosse atendida pelos seus Agentes representantes. Delicie-se ao imaginar como seria maravilhoso se o exercício dos Direitos Políticos fosse fruto de uma Consciência Social, de modo que, a Sociedade Brasileira, de fato, alcançasse a Plena Liberdade em condições tais que o Estado estivesse Constituído na essência de cada indivíduo da População Brasileira. Pergunte-se: o que fazer para que esse País torne Real tudo isso que hoje é apenas um Ideal?

Diante deste introito, o presente trabalho, impulsionado pelo saber e com o auxílio imprescindível do corpo docente aqui envolvido que brilhantemente trata, zela e agrega valor ao tema abordado, em conformidade com os interesses sociais e coletivos, vem tratar da análise da obrigatoriedade do Alistamento Eleitoral e, sobretudo, do Voto, por determinação positivada na Constituição Federal Brasileira de 1988. No mesmo intento, vale verificar

também se de alguma forma, esta imposição Constitucional fere o Sistema Representativo Brasileiro, o Estado Democrático de Direito e o voto direto.

No mesmo apenso, o presente trabalho procura analisar também se o monopólio da escolha prévia de candidatos por partidos políticos é tendente a abolir o voto direto, vez que antes do voto do cidadão há um ato unilateral e discricionário exercido por uma Pessoa Jurídica de Direito PRIVADO, qual seja, a escolha prévia de candidatos pelos partidos políticos que ao atribuir a um Direito estigma de obrigação, tende a arrancar do instituto do voto o caráter de Liberdade desse Direito Principiológico de primeira geração, tornando impossível entender por quais razões um instituto de Direito de Liberdade é tratado na Carta Máxima do Ordenamento Brasileiro sob uma obscura cláusula de Obrigatoriedade, maculando, ferindo, manchando com VÍCIO DE VONTADE a LIBERDADE do Povo e do Cidadão Brasileiro.

Sem medo de errar, esta pesquisa buscará uma alternativa plausível a impedir e a evitar o mau uso da máquina pública de modo incompatível com o ordenamento jurídico, com o fim social do Estado, com o fim Principiológico da Constituição e com a Vontade do Povo, sobretudo por ser cada vez mais evidente o distanciamento entre a verdadeira finalidade estatal e aquilo que o Estado de fato desenvolve e devolve à sociedade. Essa disparidade na relação pactuada entre povo e Estado, dentre outros aspectos, gera uma crescente crise no Sistema Representativo Brasileiro que ao conferir ao Estado Soberania, Discricionariedade, Força Deliberativa, Coativa e Coercitiva, além de prevê que o povo exerça direitos nos moldes do cumprimento de uma obrigação, culmina no crescente descrédito internacional para com o próprio País e causa esmorecimento em grande parcela da população, quando deveria ser o contrário, pois a própria Constituição Brasileira assegura ao seu povo Autodeterminação, Cidadania, Dignidade da Pessoa Humana, Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa e Pluralismo Político em condições tais que todo o poder emana do povo e deveria voltar para o povo, através das diversas formas previstas no Texto Constitucional.

Eventualmente, vale questionar a prática da escolha prévia de candidatos por partidos políticos consolidada no Brasil, vez que o Texto Constitucional só prevê expressamente o instituto da Filiação Partidária.

No decorrer desta pesquisa, a fim de entender as razões que levam o povo a não se vê de fato representado pela máquina estatal, pretende-se compreender também porque no ordenamento brasileiro, nos termos e na forma da norma maior, muitos dos atos de Estado parecem não condizer com a vontade da sociedade, além de acarretar sérios prejuízos ao seu povo.

Tempo em que, também é válido o suscitar de uma reflexão acerca do fatiamento do sistema representativo Brasileiro através de articulações corriqueiramente partidárias, em vez de ideológicas e sociais, sem nenhuma preocupação com o povo e ainda, através do advento das inúmeras bancadas congressistas, com fins nelas mesmas, deixando a nítida sensação de que os direitos políticos no Brasil, sobretudo o voto, servem apenas para efetivar e legitimar um sistema dominado pelos desvios de finalidade social. Fato este que se evidencia através dos diversos noticiários espalhados pelo mundo que falam de um Estado Brasileiro representado por autoridades envolvidas, sem nenhum pudor, em negócios escusos, configurando descaradamente a prática criminosa do desvio de finalidade social do Estado, tais como a famigerada corrupção.

Neste contexto, é oportuno o debate sobre a crise no Sistema Representativo Brasileiro, vez que não é justo milhões de brasileiros que tentam viver honestamente, ostentar esse humilhante título de "Cidadão Honorário da Corrupção" simplesmente porque vivem em um país onde muitos Homens do povo (Agentes Políticos), através de atos cada vez mais desumanos, por anos e anos, matam milhões de brasileiros, através da articulação criminosa de desvio de verbas públicas essenciais à saúde, à previdência e à assistência, dentre outros ilícitos.

Será que a relação entre o Estado e o seu povo, mediante representantes, seria diferente se a fidelidade dos homens públicos, sobretudo os eleitos, fossem ao povo e não aos partidos políticos ou bancadas congressistas?

Neste meio tempo, certo é que há no meio de todas essas insinuações, indagações, contradições e desencontros jurídicos uma pessoa ainda não consolidada no ordenamento jurídico brasileiro, mas que tem capacidade de

promover o equilíbrio e a verdadeira concepção de justo meio, neste meio, por ora, tão injusto.

DESENVOLVIMENTO

Em 1988, instituiu-se no Brasil o Estado Brasileiro Democrático de Direito, através da Constituição da República Federativa do Brasil. A nova Constituição, tratou de instituir um conjunto de elementos indispensáveis para a construção de um modelo de Estado Legítimo, Sustentável e Garantidor, quais sejam as normas definidoras de Direitos Fundamentais, as normas de Organização do Estado e as normas de Organização dos Poderes. Na visão de Carl Schmitt, em sua obra "Teoria da Constituição", tais elementos compreendem o sentido Político de uma Ordem Constitucional.

Já, Como parâmetro norteador, o novo ordenamento estabeleceu a Norma como Hipótese de Incidência Vertical e Fundamento do Sistema. Tal parâmetro, de acordo com os ideais de Hans Kelsen, na obra "Teoria Pura do Direito", compreende o sentido Jurídico de um ordenamento.

Porém, de acordo com Ferdinand Lassalle, em sua obra "O que é Constituição", há também na Constituição de um Estado o Sentido Sociológico. Mas, que a Preponderância de tal Sentido depende da Maturidade do Seu Povo.

Diante do exposto, conclui-se, na visão deste trabalho que a Sociedade Brasileira caminha no sentido de alcançar a Maturidade suficiente para que se prepondere em sua Constituição o Sentido Sociológico, único capaz de alinhar o Estado Constituído à Vontade do Povo.

AS RELAÇÕES DE PODER E DE AUTORIDADE

Mais importante que tentar estabelecer um conceito ideal de Poder é mostrar que em quaisquer relações ele existe e se em qualquer relação há Poder, certamente, há também um maior ou menor grau de dependência entre os componentes dessas respectivas relações. Na visão de Thomas Hobbes, filósofo Inglês, autor da obra "Leviatã", a Organização do Estado e dos Poderes se estabelece através de um Contrato Social que substitui o Estado de Natureza no qual preponderava a força física e a lei do mais forte sobre o mais fraco.

Por sua vez, o filósofo Francês Montesquieu, através de sua obra "O Espírito das Leis", difundia a idéia de que da mesma forma que havia uniformidade na relação entre os corpos físicos poderia existir uniformidade na dinâmica dos comportamentos e nas diversas maneiras de organização dos homens. Este Autor, defensor de que tudo deriva da natureza das coisas, se preocupava com a estabilidade dos governos, retomando uma preocupação que um dia tivera Maquiavel acerca das condições de manutenção do poder. Montesquieu apontou como formas de Governo a República que se divide em Aristocracia, governo de poucos (baseada na Moderação) e Democracia, governo de todos (baseada na virtude), e também, a Monarquia, governo de um só, pela lei (estada na Honra) e ainda, o Despotismo, governo de um só, por sua própria vontade ou de outrem (sustentado pelo medo). Ele desenvolveu ainda a Teoria dos Três Poderes, sendo eles, o Legislativo (poder de criar as leis), o Executivo (poder de executar as leis) e o Judiciário (poder de julgar segundo as leis). Este autor, além de alertar que a Aristocracia é plenamente possível dentro de um governo Republicano, pondera também que o poder Judiciário não pode criar as leis. Neste sentido, esta pesquisa vem somar mais um elemento que explica a crise do Sistema Representativo Brasileiro, pois na atual conjuntura, o Governo de POUCOS que assola a Sociedade Brasileira se aproxima muito mais da Aristocracia do que propriamente da Democracia e a possibilidade de extrapolação do Poder Judiciário no criar das leis se aproxima muito mais da Demagogia (corrupção da Democracia) do que exatamente da Pureza da Democracia.

Por conseguinte, na visão da Cientista Política alemã, de origem Judaica, Hannah Arendt, em sua obra "A Condição Humana", o Poder comporta a existência de duas ou mais pessoas, sempre de forma relacional. Esta lição, também explica em parte a crise do Sistema Representativo Brasileiro, pois na visão desta autora, a política se contrapõe ao mundo natural e se apresenta como a forma mais racional de exercício e legitimação do Poder, principalmente porque, no sentido político moderno, governantes e governados devem estar de acordo com as regras pactuadas e isso se verifica quando, nesta relação, prevalece a vontade do povo. Por isso, essa autora propõe aquele que na visão deste trabalho é o melhor caminho para um melhor exercício de Poder. Esse caminho é, sem dúvida a Democracia Direta.

Contudo, para o Francês Filósofo Social, Michel Foucault o Poder não é simplesmente uma Propriedade, mas sim uma Estratégia, de forma que ele se exerce muito mais do que se possui. Na visão deste autor, o poder não constitui apenas um privilégio adquirido e preservado pela classe dominante, mas é também o efeito do conjunto de posições estratégicas. Neste Sentido, surge a idéia do Controle Social, mediante condições em que a mesma Constituição que atribui ao Estado o Poder de controle sobre a sociedade atribui a Sociedade o Poder de Controle sobre as ações do Estado.

No entanto, para o Sociólogo Alemão Max Weber o Poder está relacionado à possibilidade de Influência de um determinado comando sobre uma determinada Vontade. Ou seja, segundo este Autor, o Poder comporta a probabilidade de certo comando de conteúdo específico ser obedecido por um grupo determinado. Nesta oportunidade, esta pesquisa entende que, Weber explica a diferença entre o Líder e os outros, assim como, a diferença entre o Poder e a Autoridade. Pois, a partir da idéia de que a vontade do comando se confronta com a vontade do comandado, o conteúdo específico pode influenciar determinado Grupo de forma Direta ou Indireta. Neste caso, quando o comando impõe a sua vontade (como, por exemplo, Voto Obrigatório) sem levar em consideração a Vontade do comandado (como, por exemplo, Voto Verdadeiramente Livre e Direto) ocorre uma influência Indireta do comando em relação ao Grupo Comandado, visto que, o conteúdo de tal comando não coincidiu com a Vontade do Comandado. Assim. Evidencia-se, neste caso, pura relação de existência, ao passo que não há nesta relação características de Liderança, tampouco de Autoridade, principalmente pelo fato de tal conteúdo imposto não corresponder com a vontade do grupo e ainda, necessitar do auxílio de uso da força (que vicia a Vontade do Comandado) para se estabelecer, ao passo que tal força se potencializa, diante da resistência do comandado, deixando claro que neste caso, há apenas relação de Poder, ainda que legítimo. No entanto, quando o conteúdo específico do comando consegue atingir o comandado (como, por exemplo, a Democracia) e levar o grupo a se sentir parte do comando e a entender como dele a vontade do comando (como, por exemplo, a Democracia) ocorre uma influência Direta do comando em relação ao Grupo comandado, visto que, o conteúdo de tal comando coincide com a vontade do comandado. Neste caso, evidencia-se ampla relação de Coexistência, Coobrigação e Sustentabilidade Social Plena, ao passo que resta presente, nesta relação, características de Liderança e de

Autoridade, pois a inserção do Grupo nos objetivos do comando transforma o conteúdo imposto em conteúdo Proposto e converte a força do comando em Liderança e quando a vontade espontânea do Grupo Culminar no Reconhecimento espontâneo do poder do comando restará configurada a Autoridade.

Portanto, no entender deste trabalho, esta lição de Weber é mais um elemento que explica a atual realidade da deturpada e ineficiente Democracia Representativa Brasileira.

Como se vê, diversos interesses são pactuados através das diversas relações de Poder que, segundo a Doutrina "Ciência Política" dos Professores Guilherme Sandoval Góes e Marcelo Machado Lima se organizam em Formas, Sistemas e Regimes.

Neste contexto, a forma envolve a organização do Estado e do Governo. O Estado se estabelece na Forma Unitária, mediante condições em que o Governo Central pode agir criando e extinguindo Subgovernos ou modificando os poderes destes Subgovernos e Forma Federativa, modelo vigente no Estado Brasileiro, mediante condições em que os estados (subgovernos) que compõem a Federação são estabelecidos pela própria Constituição e não podem sofrer modificações unilateralmente pelo Governo Central. Já a Forma de Governo, por sua vez, se divide, principalmente em Monarquia, governo exercido por um e a forma vigente no Estado Brasileiro, qual seja, a República, governo exercido por todos. Por sua vez, quanto ao Sistema, o Governo se divide, basicamente, em Presidencialismo, sistema vigente no Estado Brasileiro, mediante condições em que se atribui ao Presidente a ação predominante no Governo e muitas vezes, o acúmulo de funções tanto de Chefe de Governo quanto de Chefe de Estado e o Parlamentarismo, mediante condições em que geralmente o Chefe de Governo, o Parlamento, não se confunde com o Chefe de Estado. Por fim, o Regime Político comporta a Autocracia, mediante condições em que o Governante, independente de quaisquer coisas exerce o poder de forma irresponsável e ilimitada e a Democracia, regime vigente no Estado Brasileiro, mediante condições em que o Governo é exercido por todos ou pelo menos pela maioria.

Com base nestes elementos em 1988, foi estabelecido o Estado Brasileiro Democrático de Direito, mediante a Constituição da República Federativa do Brasil.

O ESTADO BRASILEIRO E SEU POVO

Em Sete de Setembro de 1822, o Brasil é elevado à condição de Império do Brasil. Naquele tempo, o Brasil até então dependente do Governo Português, passa a possuir Território, Povo e Soberania, passando a figurar no Cenário Internacional como Estado Independente. Neste intento, através do Grito do Ipiranga o Brasil, até então Colônia Portuguesa, corta as relações de dependência política com o Governo Português.

O tempo passou e em 1824, instituiu-se a primeira Constituição do Brasil, estabelecendo como forma de Estado o modelo Centralizado e como forma de Governo a Monarquia. Nesta Carta, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário foi instituído também o Poder Moderador, exercido juntamente com o Poder Executivo pelo Imperador de forma Vitalícia e Hereditária. Enquanto isso, o exercício de Direitos Políticos pelo Povo era bastante precário e o Voto era censitário, ou seja, exercido apenas pelos ricos.

Anos depois em 1891, logo após a Proclamação da República que ocorrera anos antes em 15 de Novembro de 1889, foi instituída a Segunda Constituição do Brasil e a Primeira da República. Nesta ocasião, o Brasil passou a se chamar Estados Unidos do Brasil, foi extinto o poder Moderador e estabelecida a forma de Estado Federativo, a forma de Governo Republicano e o Sistema de Governo Presidencialista. Durante o vigor deste pacto constitucional, o Povo Continuava sem exercício pleno dos Direitos Políticos, visto que predominava a fraude nas Eleições e os coronéis controlavam os eleitores, através do denominado Voto de Cabresto.

Já em 1934, ainda ostentando o título de Estados Unidos do Brasil, este País inaugura a sua Terceira Constituição que, apesar de ter sido a Carta Máxima de menor duração, introduziu no ordenamento brasileiro importantes conquistas sociais, tais como a jornada de trabalho de 8 horas, repouso semanal e férias remuneradas. Nesta época, conhecida como era Vargas, houve também importantes mudanças na seara dos Direitos Políticos, pois

através da Reforma Eleitoral foram introduzidos o voto secreto e o voto feminino.

Mais adiante em 1937, Getúlio Vargas, o então Presidente dos Estados Unidos do Brasil, sabendo que seu Governo terminaria em 1938, trama um golpe de Estado, torna-se ditador e instituiu a quarta Constituição Brasileira, conhecida como a Constituição polaca. O então ditador criou um Estado Intervencionista e Ditatorial, extinguindo até os Partidos Políticos do novo ordenamento.

Contudo em 1946, com o fim da era Vargas, foi instituída a quinta Constituição brasileira. Assim, os Estados Unidos do Brasil passa por um processo de redemocratização. O mandato do presidente passa para 5 anos e são mantidos os Direitos Políticos vigentes na Carta Máxima anterior.

Mais adiante em 1967, o Brasil, diante do cenário da chamada Guerra Fria, sob o pretexto de priorização da segurança nacional, institui a sua Sexta Constituição, nos moldes da Ditadura Militar. Neste período predominavam o autoritarismo e a arbitrariedade Política. O País passa a adotar o nome de República Federativa do Brasil sob o comando de um Governo Ditatorial.

No entanto em 1969, institui-se no Brasil aquela que alguns consideram Constituição e outros, não. Pois, alguns afirmam que tal carta foi apenas uma emenda à Constituição anterior. Ao passo que outros afirmam que a amplitude da reforma, sobretudo a imposição pelo governo ditatorial do terrível Ato Institucional nº 5 torna a disposição desse texto uma Carta Constitucional.

Enfim, em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil e instituído o Estado Democrático de Direito, na forma de Estado Federativo, de Governo Republicano e de Sistema de Governo Presidencialista. O Estado passa a se sustentar no Poder organizado e promete desenvolver uma Sociedade Livre, Justa e Solidária. Ao passo que o Povo adquire, pelo menos no papel, plenos Direitos ao exercício dos Direitos, mediante cláusula de voto obrigatório e condições de inelegibilidade.

A INSTITUIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sob os Fundamentos da Soberania, da Cidadania, da Dignidade da Pessoa Humana, dos Valores Sociais do Trabalho e da Livre-Iniciativa, do Pluralismo Político, nos ditames do Preâmbulo Constitucional e nos Termos do Parágrafo e incisos dos artigos 1º e 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, o poder constituinte originário institui o Estado Democrático de Direito, na forma da Constituição da República Federativa do Brasil, formada pela União Indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, nos termos em que os poderes, independentes, que emanam do povo, se harmonizam nas formas do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Impulsionado pelos ideais dos Princípios da Revolução Francesa de 1789, no artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, o Povo Brasileiro, através do seu poder constituinte estabelece os Objetivos Fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, sobre os quais, vale destacar o disposto em seu inciso primeiro que propõe a Construção de uma Sociedade Livre, Justa e Solidária

Neste sentido, os ideais do Princípio de Liberdade compreendem os Direitos e Garantias de primeira geração ou dimensão e abrangem os Direitos Cíveis e Políticos, mediante condições em que o Estado garante abstenção para que tais direitos garantidos sejam efetivados.

Em relação a essa cláusula pactuada, no que concerne os Direitos de Liberdade, percebe-se que o resultado do exercício dos Direitos Políticos, ainda que de forma individual, reflete em toda a sociedade. E como se não bastasse, nem todos do povo podem exercer esse Direito, revelando quão é inseguro o Estado Democrático Brasileiro, pois a segurança nunca se efetivará através de um caminho Jurídico, pois este ao imaginar que a Estabilidade do Estado vem com a resolução de conflito, que nem sempre resulta em Justiça, esquece que a verdadeira Estabilidade está na Sustentabilidade Social. Assim, no entender desse trabalho isso também explica porque ainda hoje é aceitável, no Ordenamento Brasileiro, o voto obrigatório e o monopólio da indicação prévia de candidatos pelos partidos políticos, uma vez que, na Constituição da República Federativa do Brasil o Ordenamento é Jurídico e não Social.

Por conseguinte, os ideais do Princípio de Igualdade compreendem os Direitos e Garantias de segunda geração ou dimensão e abrangem os Direitos

Sociais, Econômicos e Culturais, mediante condições em que o Estado garante atuar de forma positiva, através de políticas públicas para que tais direitos sejam promovidos.

Já os ideais do Princípio de Fraternidade compreendem os Direitos e Garantias de terceira geração ou dimensão e abrangem os Direitos que transpassam a pessoa do indivíduo, mediante condições em que o Estado e o povo, todos juntos, assumem Responsabilidades Solidárias.

É importante dizer que a Constituição e o exercício dos Direitos Fraternos concebe um ser social, ou seja, uma Pessoa Solidária diferente das Pessoas Física e Jurídica. Por isso, no entender desta pesquisa, os Direitos Políticos só são considerados Direitos de Liberdade porque são individuais e deliberam vontade, no entanto, o efetivo exercício de tais Direitos os aproximam muito mais dos Direitos Fraternos, visto que a privação ou restrição de Direitos e Garantias individuais e da vontade só são legítimos, mediante fundado interesse coletivo. Assim, os Direitos Fraternos vem ensinar que não basta ser titular de direitos políticos para ser um verdadeiro Cidadão, pois aquele que, mesmo estando em pleno gozo dos seus direitos políticos e cumpra com todas as suas obrigações, mas, nunca recebe do Estado a devida contrapartida não goza plenamente de Cidadania, de forma que nem ele mesmo se sente, de fato, um Cidadão.

DO CIDADÃO SOB A LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A relação entre o Estado Brasileiro e seu povo na Constituição vigente é estabelecida, sobretudo, pelas ações do Estado, através dos seus Agentes Estatais e pela Ordem Social exercida pela figura do Cidadão, através dos Direitos Políticos e da Fiscalização do Poder Público. Neste intento, vale verificar como se deu a construção dessa relação e apontar questões que envolvam a Constituição do Estado e a Vontade do seu Povo.

DOS DIREITOS POLÍTICOS

São Direitos Políticos aqueles atribuídos ao sujeito, dotando o indivíduo dos atributos de cidadania. No Brasil, geralmente associa-se a Cidadania ao exercício do voto. No entanto, como se pretende mostrar os Direitos Políticos

não se resume ao Voto, da mesma forma que a Cidadania não se limita apenas ao exercício deste instituto do Voto.

DO CIDADÃO

O Cidadão não se confunde com o conceito de Povo que são todas as pessoas nacionais, tampouco significa população, visto que esta se apresenta como uma denominação demográfica. Pois o Cidadão, por sua vez, é um patriota que detém pleno gozo de seus direitos políticos, consubstanciados, sobretudo nos artigos 14 a 17 da Vigente Constituição Federal Brasileira.

DO SUFRÁGIO

Estabelecidos no Caput do artigo 14 da vigente Constituição Federal Brasileira de 1988. O Sufrágio é universal e representa o direito de votar e ser votado, sendo adquirido sem discriminações de qualquer natureza, desde que preenchidos os requisitos básicos estabelecidos.

DO REFERENDO, DO PLEBISCITO E DA INICIATIVA POPULAR

Previstos, respectivamente nos incisos I, II e III, do artigo 14 da Constituição Federal Brasileira e regulamentados pela lei 9709, de 18 de Novembro de 1998, o Plebiscito é uma proposta prévia ao eleitorado acerca da pretensão ainda não manifesta pelo Estado a fim de se obter aprovação ou denegação de tal pretensão, enquanto o Referendo constitui consulta ao corpo eleitoral a fim de se obter aprovação ou rejeição de pretensão já manifestada pelo Estado. Já a Iniciativa Popular é um instituto através do qual o povo exerce diretamente o seu poder de Ordem e Controle Social.

DO ALISTAMENTO ELEITORAL

Apesar de, juntamente com o Voto, ter sido imposto de modo obrigatório na forma do inciso II, parágrafo 1º, artigo 14 da Constituição Federal Brasileira, o Alistamento Eleitoral constitui a capacidade eleitoral ativa e é considerado um direito e uma das condições para o exercício da soberania popular. É através do Alistamento Eleitoral que se realiza a inscrição estabelecida na forma da lei como condição obrigatória para votar nas

eleições, visto que é neste ato que se verifica o preenchimento dos requisitos necessários.

DO VOTO

Este instituto é ato fundamental no exercício do direito de sufrágio. Possui caráter personalíssimo e por isso não pode ser exercido por procuração. Também é secreto, pois visa garantir a lisura das votações. Enfim, o voto é o exercício do sufrágio e de acordo com a Constituição Federal Brasileira deve ser livre, direto e íntegra matéria de cláusula pétreia Constitucional, consubstanciada no inciso II, parágrafo IV, do artigo 60. Entende-se por voto direto o Direito atribuído aos eleitores de escolherem os seus representantes e governantes sem intermediários.

No entanto, vale constatar até que ponto deve-se considerar que o exercício desse direito é livre, direto e sem intermediários, visto que o voto foi constituído de forma obrigatória e, além disso, antes da escolha exercida pelo cidadão existe uma escolha prévia de candidatos por partidos políticos.

DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DAS GERAÇÕES

Sob a luz da Constituição Francesa de 1793, em sua obra “Poder Constituinte e Poder Popular”, José Afonso da Silva, apresenta um precedente de extrema importância na luta pela preservação das Gerações Futuras. Nesta obra, o Autor relata que o artigo 28 da Constituição Francesa de 1793, já naquela época atribuía ao Povo o Direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Afinal, diz o referido artigo, uma geração não pode sujeitar às suas leis gerações futuras. Dessa forma, leis e ideias que, em certo momento, tiveram as suas respectivas importâncias, mas que com o passar do tempo passaram a não fazer sentido ou a prejudicar as novas gerações não devem mais achar lugar na Sociedade, tampouco no Direito, devendo, imediatamente serem desentranhados do Ordenamento Vigente e substituídos por dispositivos que pactuem para o bem estar social sustentável.

Por conseguinte, no entender desta pesquisa, tal dispositivo não diminui a importância das gerações passadas e de suas respectivas leis, visto que, em vez disso, esta lição serve justamente para revelar quão grande é o desafio de

construir uma sociedade que de fato prioriza o bem estar social e a relação sustentável. Além disso, este ensino vem mostrar à geração presente a importância dos acertos das gerações passadas e o quanto é importante para qualquer geração aprender com os seus próprios erros, aprender com os erros do passado, tentar corrigir esses erros e cuidar para que esta geração presente nunca esqueça que a responsabilidade de garantir o futuro das novas gerações é exatamente dessa geração vigente. Assim, quem decide hoje deve trazer sempre em mente a preocupação com as gerações vindouras e ainda que o ordenamento se cale ou não proíba, sob a ótica do Princípio da Preservação das Gerações, é inadmissível tomar decisões tendentes a condenar a Geração Vigente ou as próximas Gerações.

Com isso, é oportuno lembrar que o esforço deste trabalho vem no sentido de mostrar justamente a importância da reflexão da Sociedade Brasileira acerca desse entendimento. Pois quando a Constituição Brasileira Vigente foi instituída, o momento, de pós-ditadura, vivido pela Sociedade Brasileira da época, de repente, até justificasse o trato taxativo Constitucional acerca da modalidade de voto obrigatório e talvez, explicasse a tolerância da Sociedade Brasileira a inexplicável prática de indicação prévia de candidatos pelos partidos políticos. No entanto, com o passar do tempo e a relativa consolidação de Direitos e Garantias e ainda, a relativa maturidade da Sociedade Brasileira no que diz respeito ao exercício do Voto e também, o fato de o caráter de muitos partidos políticos se aproximarem muito mais de uma espécie de Organização Criminosa do que propriamente de uma Instituição Constitucional, indicam que tanto a disposição obrigatória do instituto do Voto, quanto a indicação prévia de candidatos pelos partidos políticos perderam os seus sentidos objetivo, subjetivo e moral, passando a prejudicar a Sociedade Brasileira, na medida em que os agentes políticos eleitos com a finalidade precípua de representar esta Sociedade não precisam se vincular ao interesse coletivo, tampouco se esforçar para atender à vontade da maioria, visto que eles sabem que, de uma forma ou de outra, o cidadão terá que votar e além disso, as suas respectivas candidaturas estão praticamente encaminhadas devido as prerrogativas dadas a uma instituição, denominada partido político no qual, apesar de gozar de previsão expressa no Texto Constitucional Vigente, sua atuação não condiz com as atribuições constitucionais a ele dirigida. Isso explica porque existe o termo "Fidelidade

Partidária” e até lei que o regule. Em contrapartida, ninguém fala em “Fidelidade Social”, tampouco em lei que a institua ou a regule.

Portanto, na concepção desta pesquisa não há mais lugar no ordenamento Brasileiro para a disposição obrigatória do instituto do voto. Ao passo que em relação aos partidos políticos, estes deveriam, no mínimo, ser desconstituídos do monopólio da indicação prévia de candidatos, de forma a se adequarem aos moldes, por exemplo, do Quinto Constitucional.

DO PRINCÍPIO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE VONTADE

No desenvolver de sua obra “Do Contrato Social”, o Filósofo Suíço Rousseau revela que a Ordem Social é um Direito Sagrado que serve de base a todos os outros. No entanto, ele afirma que tal Direito não se origina da natureza, mas pode ser estabelecido, mediante convenções. Quando se refere a força, este autor defende que quando alguém cede ao poder da força o faz por necessidade ou até por prudência, mas nunca por Vontade. Assim, na visão desse Autor, a política, geralmente exercida pelo uso da força, torna o poder ilegítimo, justamente por causa do vício de vontade. Por isso, era necessário criar uma forma de uso legítimo da força, tornando possível também a legitimação do poder. Com isso, empenhado em resolver essa problemática que viciava a vontade do povo, Rousseau propõe o Contrato Social.

Através desta obra, Rousseau, afirma que a política não é boa para o homem, mas a necessidade de viver em Sociedade torna o homem dependente dela. Dessa forma, para constituir um Estado Legítimo é necessário construir uma Sociedade Justa e para que isso aconteça é preciso que haja um pacto social, ao passo que cada indivíduo abdique do seu interesse individual em nome do interesse coletivo, por meio de uma Constituição de Estado que zele pelo interesse coletivo, revelado na vontade popular.

Contudo, após o Contrato devidamente assinado, na maioria das vezes, valendo-se de prerrogativas conferidas pelo próprio Contrato, o Estado não cumpre com a sua parte e não consegue se vincular à vontade da maioria. Por isso, no entender desta pesquisa, sempre que um agente estatal praticar ou deixar praticar atos que não correspondam com a vontade popular e que atentem contra a Segurança Social ou ao Interesse Coletivo, causando feridas

de morte e lesão à Sociedade e a Constituição, deve-se assegurar ao Povo o Direito de exercer o Controle Revogatório Direto de tal ação ou omissão.

DAS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE

Esteada na lei complementar nº 64 de 18 de maio de 1990 e na forma do inciso IV, parágrafo 3º, artigo 14 da Constituição Federal Brasileira, este instituto constitui a Capacidade Eleitoral Passiva, ou seja, o direito de ser votado.

Destaca-se, neste parágrafo 3º, a exigência do requisito de Filiação Partidária, prevista no inciso V, atribuindo aos Partidos Políticos - instituídos na forma do artigo 17 da Constituição Federal e sob o regulamento da lei 9.096, de 19 de Novembro de 1995 - o Controle Restritivo de Direito da Capacidade Eleitoral Passiva, pois com exceção da condição especial do militar, o Direito de Capacidade Eleitoral Passiva só é acessível àqueles previamente indicados pelos partidos políticos. No entanto, o Texto Constitucional aponta apenas a condição de FILIADO a Partido e não de INDICADO pelo Partido.

DOS DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS

Os Direitos Políticos Negativos se evidenciam nas circunstâncias que acarretam a perda ou a suspensão dos direitos políticos, e conseqüentemente, a perda da cidadania política ou nos casos que caracterizam a inelegibilidade, nos termos, sobretudo dos parágrafos quarto ao sétimo do artigo 14 do Texto Constitucional Federal e nas evidências do artigo 15 da mesma Constituição. A privação definitiva denomina-se perda dos direitos políticos, enquanto que a perda temporária caracteriza a sua suspensão. A Constituição Vigente veda a cassação de direitos políticos e só admite a perda e a suspensão de tais direitos em casos excepcionais.

DAS INELEGIBILIDADES

As circunstâncias de Inelegibilidade estão caracterizadas na forma dos parágrafos quarto a sétimo do artigo 14 da Constituição Federal, com o devido destaque para as situações de inelegibilidade absoluta daqueles que não podem se alistar (incluindo estrangeiros e conscritos) e dos analfabetos, versada no parágrafo 4º do artigo 14 da Constituição Federal Brasileira.

DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Previstos no artigo 17 da Constituição Federal Brasileira, os partidos políticos, inexplicavelmente detém o monopólio da indicação prévia de candidatos. Em tese, possui um papel Social e Político importante, mas, na prática não conseguem se vincular a vontade do Povo, como se evidencia na natureza hereditária de seu trato e no entendimento de que a Fidelidade dos Agentes Políticos, eleitos pela Sociedade, são devidas aos partidos e bancadas congressistas e não, única e exclusivamente, à Sociedade Brasileira.

A EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

Destaca-se nas normas constitucionais a sua eficácia jurídica, sua imperatividade e sua devida aplicação coativa. Assim, no entender desta pesquisa, Sendo a eficácia a capacidade ou a aptidão da norma de produzir efeitos para os devidos fins a que se destina, verifica-se que o Sentido Jurídico, por si só, não é suficiente para garantir a sustentabilidade social, visto que, os fins a serem atingidos pela norma só coincidirão com a vontade do povo se forem frutos de uma Ordem Social e não, simplesmente, do Ordenamento Jurídico. Como bem diz, José Afonso da Silva, todas as normas constitucionais possuem eficácia e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo.

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A ESCADA

PONTEANA

Deve-se enfatizar a grande visão de Pontes de Miranda em sua Obra quando observou uma Teoria Italiana e desenvolveu no Brasil o que se conhece por Escada Ponteana, pautada na Existência, Validade e Eficácia dos atos e negócios jurídicos, sobretudo na seara do Direito Civil. Dessa forma, destaca-se no quadro a seguir a brilhante aplicação da Escada Ponteana na concepção do negócio jurídico:

No quadro a seguir, destaca-se, na visão do presente trabalho, a aplicação de forma objetiva e subjetiva dessa Teoria da Existência, atribuindo ao Ordenamento Brasileiro o Sentido Jurídico:

NORMA HIPOTÉTICA LEGAL: PARÂMETRO BALIZADOR UTÓPICO

| | | |
|------------|----------------|-------------------|
| | Partes | Pessoas |
| | Vontade | Autônoma |
| EXISTÊNCIA | Objeto | Bem da vida |
| | | |
| | Forma | Adequada |
| | Partes | Capazes |
| | Vontade | Livre |
| VALIDADE | Objeto | Disponível |
| | | |
| | Forma | Cabível |
| | Condição | Incidente |
| | Termo | Previsto |
| EFICÁCIA | Encargo/ | Oneroso |
| | Modo | |

Agora, revela-se, no quadro a seguir, o que na visão de Ferdinand Lassalle, Hannah Arendt e também do presente trabalho é o parâmetro mais adequado na busca de uma Sociedade Livre, Justa e Solidária, com base nas relações de Coexistência:

PRINCÍPIOS OU PRECEDENTES: PARÂMETRO BALIZADOR TÓPICO

| | | |
|--------------|----------------|----------------------|
| COEXISTÊNCIA | Partes | Valor Humano |
| | Vontade | Isonomia |
| | Objeto | Indisponível |
| EQUIVALÊNCIA | Forma | Ponderada |
| | Partes | Equânimes |
| | Vontade | Equivalentes |
| | Objeto | Equidistantes |

| | |
|--------------|--------------------|
| Forma | Equacionada |
| Condição | Essencial |
| Termo | Preponderante |
| Encargo/ | |

COEFICÁCIA

Proporcional

Modo

O PODER BALIZADOR

Na visão deste trabalho, o Parâmetro é a base que converte, relativiza e estabiliza o Poder, promovendo a segurança necessária para o homem viver em Sociedade. E, é justamente essa necessidade de viver em Sociedade que faz com que todo e qualquer parâmetro usado pelo homem, em suas relações humanas, seja revestido de Sentido Político. No entanto, no entender desta pesquisa, é o grau de maturidade de cada Povo que vai determinar qual caminho, todos juntos, deverão seguir. Assim, o parâmetro Balizador se constituirá sempre no Sentido Político, mas, o Sentido Complementar, seja ele, Jurídico ou Sociológico é a Maturidade da inter-relação desse povo que irá determinar. Pois, o Poder Constituinte é fruto e reflexo do conjunto de vontades dos diversos segmentos sociais. Ao passo que o conjunto de ideias que formam o ideal de um Povo nem sempre são convergentes, visto que, como já dito, existem diversos segmentos sociais.

Sendo assim, a depender da maturidade de uma determinada sociedade prevalecerá o caminho proposto por um ideal, fruto de uma convergência de ideias, a partir de um convencimento alinhado, também, pela Política mas, principalmente, pela Ordem Social. A este parâmetro Balizador, no entender desse trabalho, se atribui o Sentido Sociológico capaz de efetivar no Ordenamento a tão almejada Estabilidade, baseada na Sustentabilidade Social. Com isso, a Pirâmide norteada pelo Parâmetro é Social e o Parâmetro converte as relações de poder em relações de autoridade, no âmbito da Coexistência, Equivalência e Coeficácia.

No entanto, na concepção desta pesquisa, diante de uma Sociedade que na busca do caminho ideal não consegue resolver as suas divergências de ideias, de modo que não haja o mencionado alinhamento de convencimento, certamente sobressairá como ideal a ideia de um determinado segmento social.

Neste caso, há um grande risco de que o Parâmetro Balizador se reduza a mera previsão e resolução de conflitos.

Neste sentido, o poder constituinte não representa um conjunto de vontades, mas, somente a vontade de um determinado segmento social dominante que não quer se comprometer com a maioria. Por isso, na concepção da Constituição tal segmento já sabe que haverá conflitos e que é mais conveniente estabelece como Parâmetro a Hipótese. Assim, não há garantia de que o Direito constituído sairá do Papel, pois antes de ser efetivado ele deverá passar pela análise da Existência, Validade e Eficácia da norma Hipotética.

CONCLUSÃO

Após os devidos esforços para trazer à luz do direito as razões e a devida reflexão da Sociedade Brasileira acerca da obrigatoriedade do voto, instituída no Ordenamento Brasileiro, o presente trabalho apurou que em sua concepção toda a Constituição de um Estado apresenta os sentidos principais, quais sejam, os sentidos Político, Jurídico e Sociológico, visto que, o Povo que Constitui e atribui Soberania ao Estado necessita de Direitos e Garantias e da Política para viver em Sociedade. Além disso, Estado e Sociedade necessitam de um caminho e de um parâmetro para seguir. Porém, é o grau de Maturidade da Sociedade que define o caminho, o parâmetro e proporciona a Constituição do Estado, de forma que, ela Sociedade, empenhada neste pacto social, sempre irá se coobrigar, mas é a sua força social demonstrada que determinará se o Estado também cumprirá a sua parte.

É a força evidenciada no grau de Maturidade da Sociedade que dará a Constituição o sentido de Minoria que ela busca proteger. Pois, a depender da interpretação minoria pode significar a Classe Dominante ou a Classe Dominada, esta, que apesar de ser, em número, a maioria, vê se, no campo efetivo, desprovida de Direitos e Garantias, enquanto aquela, a menor parcela ou segmento social que sufoca a maioria.

Verifica-se, portanto que a tão sonhada Emancipação Social passa pela necessidade de uma Maturação Social do Povo Brasileiro e que esse momento chegou. É hora do Povo buscar com afinco a efetivação dos seus Direitos e Garantias Fundamentais, deixando de ficar só no Inconformismo com a

estrutura estabelecida e passar a se interessar e a exercer o Controle Social do Estado; passando a buscar uma relação de Autoridade, mediante condições em que o poder do Estado atentatório ao interesse coletivo não prevaleça; enfim, é tempo de efetivar no solo da Pátria Brasileira os verdadeiros ideais de uma Democracia Pura e Direta.

Assim, no entender desse trabalho, o Povo Brasileiro, autodeterminado, pacífico e cooperador está preparado para se desgarrar das amarras e do jugo escravizador das oligarquias disfarçadas de Agentes e Instituições Públicas, personificada na figura dos partidos políticos e bancadas congressistas e sustentadas no voto obrigatório e sobretudo, no monopólio da indicação prévia de candidatos. O momento pede que o Povo assuma o seu papel de protagonista e através de um verdadeiro grito de Independência Jurídica, inaugure no Ordenamento Brasileiro a verdadeira Ordem Social capaz de deixar sem lugar toda e qualquer associação criminosa que atentem contra o Poder Social.

Enfim, assim como esse trabalho vem deixar a sua indignação e o grito de “abaixo voto obrigatório” e “abaixo monopólio dos partidos”, que o Povo dê o seu grito, um após o outro e todos de uma vez contra essas e demais algemas políticas, compactuando, todos juntos para um verdadeiro, justo, igualitário, solidário, legítimo e sustentável Governo do Povo, para o Povo.

REFERÊNCIAS

Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

WEFFORT, Francisco C. Os Clássicos da Política, vol. I, 14. ed.- São Paulo: Ática, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Marcelo Machado. Ciência Política. Rio de Janeiro: SESES, 2015.

TAVARES, Nilo. Tabela: O Negócio Jurídico. Web Aula. Semana-9. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/NiloTavares/20121-semana-9-negocio-juridico>. Data de acesso: 10/04/2017.

AJU, Vado. Tabela: Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Disponível em: http://vadoaju.blogspot.com.br/2012_05_07_archive.html Data de Acesso: 10/04/2017.

DORELLA, Paula Junqueira. Os direitos políticos nas Constituições brasileiras. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2, n. 19, 14 set. 1997. Disponível em: . Acesso em: 30 mar. 2017.

A LICENÇA MATERNIDADE E O SALÁRIO MATERNIDADE ADOTANTES NO DIREITO BRASILEIRO

ANTONIO AUGUSTO VILELA:

Bacharel em Administração e Direito, Pós Graduado em Direito de Famílias e Sucessões, bem como em Direito Previdenciário. Instituição Damásio de Jesus

MARIA EUGENIA CONDE.

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar os aspectos do direito à licença maternidade e ao salário maternidade aos pais quando do ato da adoção. Como forma de alicerce para o estudo, foi feita um estudo conceitual dos direitos fundamentais. Por ser um dos temas centrais da pesquisa, procurou um conceito que demonstre de forma mais fidedigna dos direitos da pessoa humana, demonstrando assim as minúcias que envolvem sua aplicação e seu entendimento. Busca analisar a aplicação de princípios constitucionais nos casos de extensão de licença maternidade para os adotantes. Vem demonstrar que, apesar do benefício da licença maternidade estar atrelado à figura materna, é plenamente possível estender esse direito a um homem, tendo em vista a sua capacidade de ser a figura materna necessária à criança levando se em conta o princípio do melhor interesse da criança deve ser o guia de todos os atos que envolvem crianças e adolescentes, pessoa em formação, consagrando a doutrina da proteção integral, elencada no artigo 227 da Constituição Federal. Em relação aos procedimentos, o assunto abordado foi analisado com base na técnica de pesquisa bibliográfica, bem como, por meio de análises jurisprudenciais, com o intuito de auferir os objetivos indicados, traçando um paralelo entre a análise da temática e a problematização proposta.

PALAVRAS – CHAVE- Princípios Fundamentais. Licença- Maternidade. Salário Maternidade. Adoção

ABSTRACT: The purpose of this study is to address the aspects of the right to maternity leave and maternity wages to parents when they are adopted. As a basis for the study, a conceptual study of fundamental rights was made. Because it is one of the central themes of the research, it sought a concept that

demonstrates more accurately the rights of the human person, thus demonstrating the minutiae that involve its application and understanding. It seeks to analyze the application of constitutional principles in cases of extension of maternity leave for adopters. It shows that, although the benefit of maternity leave is linked to the mother figure, it is fully possible to extend this right to a man, in view of his ability to be the mother figure necessary for the child, taking into account the principle of the best interest of the child. child should be the guide of all acts involving children and adolescents, a person in formation, consecrating the doctrine of integral protection, listed in article 227 of the Federal Constitution. Regarding the procedures, the subject was analyzed based on the bibliographic research technique, as well as, through jurisprudential analyzes, with the purpose of obtaining the indicated objectives, drawing a parallel between the analysis of the thematic and the proposed problematization.

KEYWORDS: - Fundamental Principles. Maternity leave. Maternity pay. Adoption

SUMÁRIO: Introdução. 1. Origem e evolução dos Direitos Humanos. 1.1 Evolução Histórica dos Direitos Humanos até a Constituição Federal de 1988. 1.2 Direitos Humanos da Carta Magna de 1988. 1.3 Interpretação constitucional dos direitos humanos fundamentais. 1.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 1.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Âmbito Familiar. 1.6 Princípio da Igualdade. 1.7 O princípio do melhor interesse da criança. 1.8 O direito à convivência familiar. 2. Licença maternidade e salário maternidade no Direito Brasileiro. 2.1 Salário-Maternidade e salário maternidade a adotante. 2.2 Natureza jurídica do salário maternidade. 2.3 O Programa Empresa Cidadã. 3. Origem e evolução da adoção no mundo: breve evolução histórica. 46 3.1 Conceito e Natureza Jurídica. 3.2 Licença maternidade adotante. 3.3 Extensão da licença-maternidade aos homens adotantes. 3.4 Aspectos sociais da licença maternidade e do adotantes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As significativas transformações pelas quais vem atravessando a sociedade pós-moderna resultaram em expressivas mudanças e alargamentos do conceito de instituto familiar.

A evolução do conceito de família, evidenciado em âmbito constitucional, demanda uma mudança de postura e de entendimentos por parte dos intérpretes do Direito, uma vez que os princípios constitucionais pautados à excelência da pessoa humana possuem nível alto de hegemonia na ordem constitucional do País.

Em consequência deste fato, a jurisprudência e a legislação brasileiras, do mesmo modo, passaram por diversas alterações, a fim de se adequar a esta nova realidade social.

Esse tema é reforçado no diagnóstico do tratamento jurídico adjudicado as modalidades de adoção no ordenamento brasileiro, inventariada nos direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal de 1988, e reforçados no Estatuto da Criança e do Adolescente, diante dos empenhos de uma sociedade contemporânea.

Nesse ponto de vista, é manifesta a responsabilidade do Estado, da família e da sociedade na acepção de garantir à criança e ao adolescente, o direito ao convívio familiar tranquilo, princípios fundamentais validados constitucionalmente.

Passar a existir, então, o estímulo jurídico-social para o aludido estudo, procurando considerar a extenso e geral aproveitamento dos efeitos da dignidade da pessoa humana, sob a visão dos princípios fundamentais, do amparo irrestrito e da permissão da adoção com embasamento no melhor interesse da criança e do adolescente, princípios de extraordinária importância social, no significado de colaborar para uma melhor concepção do processo de adoção e para a concretização da pesquisa proposta.

Como se tem conhecimento, as novas compreensões de institutos familiares se baseiam em uma potente interpretação constitucional, informado de que o cidadão como endereço da regra constitucional, enfrenta originais denodos e perspectivas sociais, que suplantam uma abordagem centralizada somente no apontamento constitucionalizado.

O presente trabalho procurou evidenciar a questão da concessão do salário-maternidade, as exigências legais para que seja concedido bem como a extensão do benefício previdenciário instituído pela Lei n. 10.241/2002, que confere salário-maternidade à mãe adotiva. A ampliação da assistência social à

dedicada à maternidade, necessitando ser percebida como afirmação de laços afetivos psicológicos com a criança.

E a adoção é um ato jurídico faustoso que tem como desígnio ocasionar para essa nova aparência do seio familiar, um elemento considerado como “estranho” na condição de filho, um instituto voltado à construção de uma forma artificial de filiação que deve garantir a criança e ao adolescente o ingresso aos seus direitos fundamentais principais, entre eles, o direito à convivência familiar.

É importante destacar que a matéria das adoções de crianças e adolescentes tem sido muito rigorosa, com os necessários protocolos legalísticos próprios e peculiares, tendo como finalidade proporcionar a melhor estrutura familiar ao adotando, retirando-o da condição de instabilidade vivenciada pelo menor, circunstância pela qual carece haver a máxima cautela na concretização dessa medida.

Para uma melhor compreensão a respeito da estruturação do estudo apresentado, é importante destacar que o mesmo está composto por seis capítulos, divididos da forma breve exposta a seguir.

No primeiro capítulo, a fim de contextualizarmos o estudo, foram abordados os aspectos relativos à origem e evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana enfatizando a evolução histórica dos direitos humanos até a Constituição Federal de 1988. Em sequência apresenta uma reflexão sobre tais direitos constantes da referida Constituição e a interpretação dos direitos humanos fundamentais como: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito familiar; princípio da igualdade, do melhor interesse da criança e do direito à convivência familiar.

O segundo capítulo destaca o intento deste trabalho que é estudar o benefício salário-maternidade não só para a mãe biológica mas também para a mãe adotiva estabelecido pelo Regime Geral da Previdência Social cujas disposições judiciais entoaram um coro uníssono, que culminou na uniformização da jurisprudência, com a edição da Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Individuais n. 44 do Tribunal Superior do Trabalho (TST): “Gestante. Salário-maternidade. É devido o salário-maternidade de 120

dias, desde a promulgação da CF/88, ficando a cargo de empregador o pagamento do período acrescido pela Carta.”

O salário-maternidade ocasionou para a gestante, uma segurança de dignidade humana. A Carta Magna também apresentou alguns enunciados defendendo princípios de dignidade da pessoa humana. Com a lei 10.421, regulamentou a concessão do benefício às mães adotivas exigindo alguns requisitos essenciais para o direito do salário-maternidade.

Apresenta ainda no quarto capítulo considerações sobre a Empresa Cidadã.

No quinto capítulo são apresentados 2 aspectos gerais da adoção, começando por sua evolução histórica no direito brasileiro, a tentativa conceitual e de definição da natureza jurídica, baseada na doutrina de Direito de Família e Direito da Criança e do Adolescente, as principais características da adoção que podem ser extraídas do ECA, os requisitos legais a serem preenchidos e as modalidades de adoção no ordenamento jurídico brasileiro, não excluindo a adoção internacional e a adoção à brasileira.

Deste modo, tendo como base a pesquisa bibliográfica, buscou-se considerar os aspectos doutrinários, frente a embasamentos e princípios guias do Direito de Família, bem como o ordenamento jurídico vigente, com a finalidade de esboçar uma abordagem clara e objetiva sobre o assunto proposto e concretizar uma possível conclusão.

A significação do procedimento de análise jurídica é justificável pela indigência de estabelecer-se um paralelo entre a natureza jurídica do instituto da adoção, bem como, da concessão do benefício tanto às mães biológicas como também as mães adotantes, com base nos fundamentos e disposições legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o trabalho pautou-se em pesquisa doutrinária, sendo utilizados livros, artigos e notícias eletrônicas, na análise jurisprudencial acerca de diversos aspectos da adoção, bem como na interpretação dada ao Estatuto da Criança e Adolescente e à Lei 12.010/09. A pesquisa não se estendeu à coleta de dados, mas sim na compreensão de institutos, conceitos e diferentes entendimentos.

1. Origem e evolução dos Direitos Humanos

A constituição e declaração dos direitos humanos, de um modo geral, têm uma proximidade de com os grandes episódios históricos, desde conflitos a insurreições, até o progresso tecnológico. Assim, por seu caráter de cunho histórico, os direitos humanos estão sempre passando por transformação, congregando novas demandas e ampliando-se.

Bobio (1992) apresentava a ansiedade no sentido de que os homens não nascem livres e iguais em dignidade e direitos, mas buscam esses direitos em procedimento de construção e reconstrução, de organização e de batalha política. Lembrou Fortes (2010) que os direitos dos seres humanos não surgem todos de uma só vez e nem são prontos e acabados. Partindo desse entendimento, os direitos humanos são (re)construídos conforme os fatos históricos, de acordo com a indignação da humanidade e dos ideais libertários e emancipatórias pela sua implantação.

1.1. Evolução Histórica dos Direitos Humanos até a Constituição Federal de 1988.

Conhecer a grandeza histórica dos direitos humanos constitui reconhecer que eles foram edificados no decorrer da história da humanidade e seguiram um processo de transformações nos domínios social, político, econômico e em outros diferentes campos da ação humana.

A evolução histórica vista do ponto de vista de um enfoque diferenciado, que se fundamenta no entendimento de direitos humanos como produto de batalhas grupais e como um assunto que supera contextos de determinado tempo e espaço históricos, que apareceu em meio a vários movimentos em benefício da dignidade humana. Concordamos com a visão publicada por Marinho (2012, p. 25) de que:

O extremo reducionismo da lenta movimentação histórica e social dos direitos humanos proporcionado pela fixação de seus isolados momentos históricos pode [...] transformar a teoria em dogma que encobre as reais mutações dialéticas sociais, especialmente porque existem, ao longo da história, avanços e retrocessos

incompatíveis com uma absoluta tendência linear progressiva.

Partindo desse pressuposto é possível analisar os marcos históricos que têm maior importância para o entendimento da evolução histórica dos direitos humanos. No século XVIII, desde o advento do liberalismo, apareceram os direitos individuais contra a exploração do Absolutismo e das perseguições religiosas e políticas que assinalavam o período. As liberdades aprovadas foram o direito à locomoção, expressão, opinião, propriedade, segurança, acesso à justiça, crença religiosa, dentre outros que foram indicados direitos civis e consolidados em constituições de vários países, bem como em diferentes Declarações. Conforme Mondaine (2006) cunhou-se uma "Era dos Direitos", já que esse tempo individualizou-se pelos passos iniciais em destino à construção de um Estado dos cidadãos, em oposição ao Estado imperado pelo poder absolutista.

Os direitos humanos apresentaram seu ponto alto nos fins do século XVIII, como um resultado da era moderna ligado ao idealismo e ao progresso. No século XX, por causa das Guerras, e especialmente da Segunda Guerra Mundial, tais direitos ganharam destaque, já que o período foi assinalado por barbaridades, as quais levaram ao estabelecimento da Liga dos Direitos Humanos.

Foi com o aparecimento da modernidade que a pessoa humana passou a ser ressaltada e considerada como portadora de direitos, pois a ruptura com as atitudes despóticas do período medieval proporcionou ao indivíduo uma outra visão sobre si mesmo e, conseqüentemente, um outro olhar a respeito da aquisição de seus direitos. "Esse momento da modernidade, também chamado de Ilustração, contribuiu de modo fundamental para a noção moderna de direitos humanos." (PIRES, 2011, p. 48)

No tempo da modernidade, a direção humanista do renascimento possibilitou que o homem fosse reconhecido como criatura imbuída de importância, cuja vida e liberdade não poderiam ser transgredidas, nem por padrões, nem por governantes. O projeto político que estava sendo arquitetado, em conformidade com a Ilustração, demandava, pois, o motivo como direção e a distância das evasivas crenças medievais.

O ideário dos direitos humanos surgiu como um novo momento da humanidade e foi desencadeado a partir das relações sociais e construções históricas que culminaram no Tempo das Luzes, o qual representou grande expressão da racionalidade moderna. Nesse tempo, os homens se permitiram pensar livremente, sem tutores, libertando-se do obscurantismo da Idade Média. Como se lê em Pires (2011, p. 49), “[...] a história dos direitos humanos modernos está associada ao resultado das revoluções liberais, que produziram declarações de princípios na nova organização da vida civil”.

Em 1689, foi elaborado o primeiro documento que reconheceu explicitamente os direitos naturais: a declaração inglesa de direitos, conhecida como Bill of Rights. Segundo Marinho (2012), o *Bill of Rights* foi elaborado pelo parlamento e assinado por Guilherme Orange, como condição para que este assumisse o trono inglês. Foi o documento que melhor sintetizou os objetivos da chamada Revolução Gloriosa, de 1688.

No período de transição para o capitalismo, países como a Inglaterra e a França impulsionaram as revoluções liberais que lançariam novos alicerces políticos e ideológicos, como resposta a uma situação que se mostrava inevitável: os anseios da nova classe emergente. Nesse contexto, a terra era vista pela burguesia não mais como local de ócio, mas como mercadoria, o que demonstra o emergir do que poderia se chamar de uma “nova ordem moral e social”.

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776) foi também um dos documentos fundastes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Foi o primeiro documento a expressar o caráter universal dos direitos do homem, pois consagrou os direitos dos indivíduos e estabeleceu, portanto, a primazia do indivíduo em sua relação com o Estado. A título de destaque, citamos o seguinte trecho da referida declaração:

Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo. I – 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 de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. (EUA, 1776).

Conforme a declaração citada anteriormente pode-se destacar também a separação dos poderes, como consta na seção V, a liberdade de imprensa (seção XII) e a liberdade de culto (seção XVI).

Como destaca Gauer (2012), diversos estados americanos reconheceram os direitos humanos, antes mesmo que houvesse a declaração de Virgínia, através do acordo instituído pelos Peregrinos do Mayflower, em 1620. Outros estados foram mais além em 1647, aodarem ênfase, principalmente, ao direito à liberdade religiosa.

A Revolução Americana (1776) também se encontra entre as que estabeleceram subsídios entre os direitos, que estão diametralmente relacionados aos direitos humanos. Não obstante de se distinguir da Revolução Francesa, cujos protagonistas principais faziam parte, verdadeiramente, de castas populares, a Revolução Americana igualmente apresentou em seu bojo o anseio de libertação das estruturas de poder constituídas pela monarquia, no caso, a inglesa. Todavia, em relação aos direitos, o episódio acentuado de tal revolução foi que ela buscou beneficiar e proclamar os interesses mais especiais do homem, como, por exemplo, colocando o direito à felicidade.

Houve outro documento que de forma melhor propagou as modificações ensejadas pela Revolução Francesa que foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Proclamada n0 decorrer da Revolução Francesa pela Assembleia Nacional, ela representa o princípio emblemático da moderna percepção dos direitos humanos. Tal declaração apregoa liberdade e a igualdade de todos os homens e solicita como direitos naturais que não se prescrevem a liberdade, a propriedade, a resistência à opressão e a segurança.

Habitualmente, os cidadãos e cidadãs ajuízam os direitos humanos a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Marinho (2012) enfatiza, porém, que foram as revoluções quetornaram possível o limite a partir do qual refletimos esses direitos. Os direitos humanos continuamente estão

conectados aos fatos históricos, como à Revolução Francesa que deu procedência à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, por exemplo.

O acontecimento de as revoluções modernas e atuais abrangerem os desígnios dos direitos humanos desvenda, por um lado, o caráter extremamente político de tais ocorrências e, por outro lado, permite a concepção de que são movimentos derivados de aspirações populares. Motivo pelo qual, pode-se afirmar que tanto a dignidade humana quanto a independência humana são parte de movimentos históricos revolucionários. Segundo o que salienta Bobbio (1992), os direitos humanos surgem como direitos universais, ampliam-se como direitos de caráter prático particulares (quando cada Constituição congrega Declaração de Direitos), para por fim encontrar a completa concretização como direitos positivos universais. No significado moderno, o surgimento da lei escrita instituiu uma regra universal e invariável que afirma que todos os sujeitos que vivem em uma coletividade organizada permanecem sujeitos a ela. Deste modo, unicamente com a positivação das presunções filosóficas de direitos humanos, enquanto restrição do poder estatal, é que se pode ponderar em direitos humanos, enquanto direitos positivos e essenciais.

1.2 Direitos Humanos da Carta Magna de 1988

Nos últimos anos da década de 1970, os expatriados que se encontravam em outros países por causa do indulto retornaram ao país, assinalando o princípio da (re)democratização. Os protestos no ABC paulista, em 1978, a concepção de centrais sindicais, a ampliação e força dos movimentos sociais de apoio e urbanos e a criação do Partido dos Trabalhadores (PT) em 1980 delineiam, em boa parte, os movimentos sociais em amparo da aquisição e existência real dos direitos, na ocasião da mudança democrática.

Nesse período, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa e a Igreja Católica, dentre outras organizações da sociedade civil, permaneceram na frente da ação pelo retorno ao Estado de Direito. Tais organizações juntaram-se aos grupos que defendiam os direitos

humanos, versus as ações perpetradas pelos governos militares (KOERNER 2002).

Conforme Gohn (1997), além disso, neste período, ocorreram movimentos sociais públicos tanto urbanos como rurais em campo nacional, cuja maior demonstração de batalha foi o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), em 1984, e os movimentos sindicalistas, como a Central Única dos Trabalhadores (CUT), em 1983. Encontra-se também, nessa ocasião, o movimento do sindicato dos professores paulistas, que se manifestaram pela democratização da escola pública e pela elaboração de um estatuto para a classe.

A multiplicidade, o movimento em favor das Diretas Já (1984) e eleições diretas para administradores públicos, bem como a grande conquista dos partidos oponentes ao regime ditatorial, assinalaram o começo da década de 1980. No dia 15 de novembro de 1986, foi realizada a eleição para a Assembleia Nacional Constituinte, que, estabelecida em 1º de fevereiro de 1987, propagaria, vinte meses após, a atual Constituição, como decorrência da luta pela procura de um instrumento fundamental para assegurar os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), cognominada de Constituição Cidadã, o país se delibera como sendo uma democracia e reconhece os direitos humanos como elemento complementar do lineamento jurídico e institucional (CANDAU, et al. 2008). A Constituição considerou solicitações antigas e unificou algumas das bandeiras de luta na consecução dos direitos humanos, especialmente no campo dos livres-arbítrios civis e políticos.

Pautada na transformação da realidade brasileira, ocorreu a integração das preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos à legislação conforme consta no artigo 5º, §2º. Não somente os direitos civis e políticos, mas igualmente os direitos sociais estão considerados como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988, como se pode encontrar em Resende (2006, p. 118, grifos nossos), ponderando que:

Os direitos sociais, por sua relevância no contexto constitucional, compõem matéria que está protegida

contra a intervenção do poder constituinte derivado, haja vista a interpretação da Constituição Federal, na qual a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro. Entende-se, portanto, que os direitos sociais enquanto direito constitucional estão previstos no artigo 60, § 4º inciso IV, devendo a expressão direitos e garantias individuais ser interpretada em sentido lato, abrangendo todos os direitos fundamentais descritos no Título II, e, em outros expressos na Constituição Federal.

No Brasil e em diversos outros países da América Latina, as discussões a respeito dos direitos humanos passaram a existir com ardor em concomitantemente com a retomada da democracia e com o desejo de procedimentos democráticos em todos os domínios da coletividade.

Como registrou Guerra (2008, p. 139), a intenção dos direitos humanos é, do mesmo modo, o de assegurar ao indivíduo “[...] a possibilidade de desenvolver-se como pessoa para realizar os seus objetivos pessoais, sociais, políticos e econômicos, amparando-se contra os empecilhos e os obstáculos que encontre em seu caminho [...]”. Foi nessa direção sentido que caminhou e ainda caminha a história dos direitos humanos, tanto no nível nacional, quanto no internacional.

1.3. Interpretação constitucional dos direitos humanos fundamentais

A política brasileira de direitos humanos apresentou adiantamentos com a Constituição Federal de 1988, que sagrou os princípios da hegemonia dos Direitos Humanos e da excelência da pessoa humana. “O fim da Guerra Fria possibilitou a criação de um novo cenário para a efetivação e, afirmação dos Direitos Humanos.”

De modo inovador no constitucionalismo brasileiro a integridade da pessoa humana foi introduzida na constituição de 1988 no “Título I – Dos Princípios Fundamentais” como um dos fundamentos da República (art. 1.º, inciso III).

Não significa uma concepção constitucional, pois a mencionada integridade da pessoa humana é antecedente, refere-se a uma consideração a priori, um fenômeno teórico, tal como a pessoa humana. A Constituição revelou a dignidade da pessoa humana como sendo um dos embasamentos da República Federativa do Brasil instituída em Estado Democrático de Direito, reconhecendo a sua vivência e a sua supremacia, como um valor elevado. A esse respeito observa Silva (1998):

Portanto a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Além do mais, a dignidade da pessoa humana depara presciência expressa inclusive em outros capítulos da constituição brasileira, como por exemplo, nos artigos: 170, caput, quando institui que a ordem econômica tem como desígnio garantir a todos uma vivência digna; (artigo 226, § 6.º) quando prevê o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; (artigo 22, caput), ao assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade e no artigo 230, ao estipular que: "a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

Para Rocha (2013), a dignidade humana ressalta-se como um denodo soberano, no qual se contém mesmo o cerne do direito que se precipita e se prepara a partir de então: "[...] passa a ser encarecida sobre qualquer outra idéia a embasar as formulações jurídicas do pós-guerra e acentua-se como valor supremo, no qual se contém mesmo a essência do direito que se proteja e se elabora a partir de então ."

A autora ainda salienta que a dignidade humana é a demarcação de caráter prático positivo e contraproducente de ação do Estado e das

autoridades que o representam e o alicerce de todas as significações e de todos os logradouros interpretativos dos direitos fundamentais: da ordem jurídica, segundo preleção de Silva (1998), o “[...] limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser [...] exatamente o da dignidade humana, base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais. ”

Para Barroso (2013), a dignidade humana, como importância essencial, é também um princípio constitucional, que trabalha tanto como alegação moral quanto como embasamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais: “ Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”

O termo "direitos humanos", de acordo com Sarlet, apresentou-se como um:

[...] conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito .

Os "direitos humanos" são direitos reconhecidos e positivados pela Constituição, que garantem os direitos de todo cidadão a possuir uma vida digna, o que para Canotilho (1998, p. 391), “trata-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. Canotilho (1998, p. 391) oferece outros discernimentos:

Segundo a sua origem e significado poderíamos distinguí-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-

temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Percebe-se portanto que os “direitos fundamentais”, abrangem um enunciado para a humanidade, confirmados em um ordenamento jurídico e, restringidos pela geografia e tradição de um povo. Assim, Sarlet assegura que:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional .

1.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Nunes (2002), ao pesquisar a respeito da significação de Dignidade, chama a atenção primeiramente para o episódio de que o verdadeiro conceito de Dignidade não pode ser tocado o, ou seja, mutável segundo a acepção de bem e mal ou de conforme o período histórico vivido. Adverte, além disso, que o denodo da Dignidade da Pessoa Humana tem sido edificado ao grupo de Princípio constitucional em diferentes legislações em todo o mundo sob o pretexto de que o imaginário e o entendimento jurídico mundial têm avançado de modo positivo. O fato de reconhecer o valor da Dignidade da Pessoa Humana é produto de um desenvolvimento histórico pelo qual atravessou a humanidade.

Alves elucida que antes do cristianismo apenas eram avaliadas Pessoas, no aspecto jurídico isto é, como criaturas titulares de direitos, aqueles exerciam papéis extraordinários na Sociedade.

Sarlet apresenta que no pensamento impassível a Dignidade era entendida como predicado intrínseco ao ser humano, que o diferenciava dos outros seres vivos. Tal informação estava associada à de liberdade particular do sujeito, que é “[...] livre e responsável por seus atos e seu destino, e também à ideia de que todos os homens são iguais em sua natureza, e, por isso, merecem ser tratados com a mesma Dignidade.” (TAVARES, 2006 P. 98)

Aponta, ainda, o autor citado anteriormente que no decorrer do período medieval tal ponto de vista, de cunho cristão, permaneceu sustentado. Na Idade Moderna, o ser humano era compreendido como um indivíduo conseqüente, livre e autônomo, e que por este motivo governa seu destino.

Alves (2001) ressalta que é com o começo da religião cristã, com suas opiniões de igualdade dentre os homens, que o ser humano começou a ser considerado como Pessoa Humana, ou seja, como sujeito de direitos iguais. Nesse tempo, observa-se que as castas ser humano e Pessoa Humana se identificam.

Pode-se assegurar, como evidencia Sarlet (2006), que se o entendimento de Dignidade está atualmente inteiramente ligada com o de Pessoa Humana é em consequência, do cristianismo. A criação na versão bíblica do homem, originada pelo livro Gênesis, oferece uma imagem do significado da Dignidade do homem, uma vez que Deus o teria criado à sua imagem e semelhança.

Assim sendo, a categoria Dignidade pode ser entendida como um atributo de quem é digno, superior e que merece deferência e apreço. A Dignidade da Pessoa Humana, assim analisada, não pode ser medida em importância monetária, não pode ser trocada por nenhuma outra coisa.

No entendimento de Lafer (1999), esta concepção leva à imaginação de que a Dignidade é predicado de todo ser humano, por causa de todas elas possuírem a mesma natureza o que as faz iguais entre si.

Porém é importante considerar, segundo Lafer (1999), que sob o aspecto do direito natural os direitos relativos à personalidade instituíram de início limites ao poder do Estado. O homem burguês egocêntrico tinha seu empenho voltado à não interferência do Estado. Na verdade, a declaração de direitos de liberdade propendia resguardar o cidadão burguês contra as intromissões

estatais, especialmente em seus interesses, e não propriamente em relação à Pessoa Humana.

Alves (2001) ressalta, ainda, que foi no século XX, com o surgimento dos regimes democráticos econômico-sociais, que os direitos do homem deixaram de ser entendidos literalmente como elementos de obstáculo de poder. Aparece então um novo campo das liberdades individuais, uma vez que os direitos socioeconômicos passam a ser compreendidos como garantidores a todos os administrados de condições de exercícios de tais liberdades.

A Dignidade humana é reconhecida nos dias atuais, segundo Barroso (2013), como um predicado que individualiza a Pessoa Humana e a diferencia dos demais seres. A partir da consideração de que se versa sobre um valor moral intrínseco à Pessoa Humana é plausível afiançar que tem a particularidade da impossibilidade de renúncia, e que todos os seres humanos são dignos de um tratamento honesto.

Sendo reconhecido que toda Pessoa é igual em sua natureza, e se a Dignidade é uma característica inseparável à natureza da Humana, então é adequado também afirmar que as Pessoas carecem ser tratadas com respeito e consideração.

A Pessoa Humana somente tem sua Dignidade realmente resguardada se a totalidade dos aspectos relativos ao seu caráter e de sua personalidade são também considerados não conforme as circunstâncias, mas como algo bem definido que implique em se constatar com facilidade a episódio de transgressão da dignidade do ser humano.

Conclui Nunes (2002) que se não houver vida não há Dignidade, em contra partida, sem Dignidade só haverá vida biológica, não se pode falar em vida moral.

1.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Âmbito Familiar

A ideia de instituição familiar se localiza intimamente vinculada ao princípio da dignidade humana. Moraes (2005) esclarece que a compreensão de dignidade da pessoa humana acha aplicabilidade no que se refere ao

planejamento familiar, cabendo ao Estado oferecer os recursos indispensáveis para tanto.

Neste contexto, a analogia entre a instituição familiar e a distinção da pessoa humana pode ser deparada em vários dispositivos da Constituição, tal como no artigo 226, §7º, o qual registra como afirma Madaleno (2008), que o planejamento familiar está apoiado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e ainda no artigo 227, *caput*, que garante à criança e ao adolescente o direito à dignidade.

Segundo Dias (2010), é no campo do direito familiar aonde mais se percebe a representação dos princípios constitucionais, uma vez que estes não podem se separar do entendimento contemporâneo de família. Madaleno (2009, p. 20) reflete que:

E no Direito de Família é de substancial importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e na solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional de realização do homem em sua relação sociofamiliar.

De acordo com o novo Texto Constitucional, predomina o respeito às pessoas e às suas relativas famílias, tendo em vista que o núcleo familiar é o meio considerado vantajoso para o desenvolvimento da individualidade humana. Em consequência, constata-se ser imprescindível a segurança da excelência no recinto das relações familiares.

Sob este aspecto, conclui Dias (2006, p. 82):

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por preferendar estigmas sociais e fortalecer sentimento de rejeição, sendo fonte

desofrimentos a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida.

“O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares” Dias, 2010, p. 63). Assim, a desigualdade de tratamentos atribuídos às diferentes configurações de composição de famílias vai de incidência aos ideais deste princípio, uma vez que este, como expõe Barros (2011, p. 955), “[...] impõe o respeito à orientação sexual da pessoa como um aspecto inseparável do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”. Sendo, deste modo, apropriado afirmar que a redução de direitos, por motivo unicamente da orientação sexual, corresponde à negação da própria dignidade.

No que se refere à consolidação da dignidade da pessoa humana no que diz respeito às relações homoafetivas, Barroso(2012), investigando-as conforme os três elementos da dignidade, afirma que, no plano da dignidade como elemento inseparável, o direito fundamental da “igualdade perante a lei”(grifo do autor) se encontra benéfico às uniões homoafetivas, do mesmo modo que estas não transgridem o valor intrínseco de terceiros. No plano da liberdade, dispõe-se duas pessoas adultas e competentes que escolhem como desempenhar seu livre-arbítrio afetivo e sexual.Finalmente, no plano social, mesmo se reconhecendo a vivência de parte da coletividade que condenam as ligações homoafetivas, nota-se que esta não abona a negativa de seu reconhecimento, uma vez que, além de não existir um grau alto de concordância a respeito do assunto, existe um direito fundamental enredado, o qual deve imperar.

Moraes(2005 *apud* Dias, 2010 p. 130) observa que os direitos fundamentais que constituem a dignidade humana, assim como a interdição da discriminação constituem limites “[...] bastantes demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, e que merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz”.

Sob esta ótica, o princípio da igualdade - especialmente entre os diferentes tipos de institutos familiares - aparece como consolidação do princípio da dignidade humana, a partir do momento em que “todas as pessoas

têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição”(BARROSO, 2012). O princípio da dignidade da pessoa humana arranja a conveniente percepção de igualdade constitucional, na proporção em que serve de juízo crítico material de estabelecimento de valor para a demarcação das discriminações não aceitáveis, quais sejam, as que desobedecem a dignidade humana.

1.6 Princípio da Igualdade

A democracia é o regime político que assegura a concretização dos direitos fundamentais, enquanto estes se encontram-se no âmago efetivo do ordenamento jurídico dos Estados Democráticos, restringindo e dando direção a ação dos poderes constituídos. Nesse sentido, ressalta Silva (2004) que entre os direitos fundamentais é conferido uma evidência à cláusula da isonomia, no grau em que é contido como “signo fundamental da democracia”.

Rocha (1999) o analisa bem “mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”. Confirma, Bonavides(2002) quando afirma que a isonomia, de modo indubitável, é o núcleo modular do Estado Social e dos direitos que fazem parte de sua ordem jurídica. Conforme o autor, de “[...] todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social”.

No propósito de efetuar a ligação do direito fundamental à isonomia e democracia é de tal profundez que a igualdade é considerada como um dos princípios anunciador do regime político, juntamente com os *princípios da liberdade* e da *maioria*. Aristóteles alegava que na democracia o governo é enlevado pela quantidade (maioria) e que sua alma versa na liberdade, ou seja, todos iguais. A igualdade, deste modo, é o primeiro atributo que os democráticos colocam como embasamento e conclusão da democracia. Logo, afirma Silva (2004) toda democracia se fundamenta no direito de igualdade e

tanto mais exacerbada será a democracia quanto maior seu aprofundamento na igualdade.

O direito fundamental à igualdade necessita ser entendido em duas dimensões formal e material. É presumível e justificável que a significação *formal* resta absorvida pela material, complementando a definição do princípio da isonomia, do qual são revelações.

As constituições organizadas depois e com fundamento nas revoluções estadunidenses e francesas registraram o princípio da isonomia em seu aspecto simplesmente *formal*, cujo teor exprime que *a lei é igual para todos*, não se admitindo vantagem, ou, em outros termos, a todos os indivíduos é conferido o mesmo valor *perante a lei*, vetando-se a discriminação.

Nesse norte, é a afirmação cunhada no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em que as pessoas nascem e permanecem iguais em direito.

Melo (2007) explica que a “lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”. Alude-se, pois, em sua direção formal, de um princípio de grandeza impresumível, na proporção em que repele o tratamento desigual perante o ordenamento jurídico. Entretanto, não recomenda a adoção quaisquer ações ou procedimentos concretos (materiais) de abrandamento das diversidades de fato. Nessa definição, como expõe Rios (2002) o princípio da “igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas”.

Para Silva (2004), desde a época do Império, as Cartas Magnas brasileiras reprimiram o direito fundamental à igualdade em seu caráter formal – igualdade perante a lei ou igualdade jurídica, no aspecto em que ordem jurídica considera todos do mesmo modo, sem nenhuma distinção. No entanto, o entendimento do atual art. 5º, *caput*, que promulgar o princípio da igualdade em seu aspecto formal, não deve ser tão precária, carecendo ser a

medida com diferentes normas constitucionais, principalmente com as requisições de justiça social.

Pode-se perceber no que evidencia Silva (2004), que a dimensão *formal* da igualdade não é suficiente, não se coaduna a presente compreensão de Estado Democrático de Direito. Por esse motivo a Constituição da República de 1988 quis justapor as duas facetas da isonomia, *formal* e *material*, Tendo em vista que não se restringiu ao simples proclamado da *igualdade perante a lei*, mas adicionou sanções a discriminações de qualquer ordem e qualquer forma, segundo se depreende, *v.g.*, do art. 3º, III e IV; art. 5º, I; e art. 7º, XXX e XXXI.

O entendimento material do direito fundamental à igualdade está apoiada no público pensamento de Aristóteles adicionado a preleção jurídica para se compreender o sentido da cláusula geral da igualdade, segundo Steinmetz (2004), em que Aristóteles juntou a ideia de igualdade ao conceito de justiça. Sede acordo com tal pensamento, precisa-se “[...] *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.*” Mas tal emitido secular a respeito da regra da igualdade não está isento a ressalvas.

Como assevera Mello (2007), o preceito aristotélico é precário para a solução da questão da igualdade, uma vez que, ao momento que lhe rdiscerne a regularidade como alvo de partida, retira-lhe o caráter de marco de chegada, na proporção em que “entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais?

Esse, igualmente, é o entendimento de Rocha (1999), para quem o direito fundamental à igualdade não deve apenas tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, mas deve, ainda, erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, estabelecendo os limites e as condições em que as desigualdades podem reclamar tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualdade mais injusta.

Infere-se, então, que a dimensão material do direito fundamental à isonomia supera a igualdade perante a ordem jurídica (formal), estendendo o conceito de sujeito de direitos de maneira a alcançar o ser humano em sua

plena concretização, isto é, em sua realidade existencial, sempre distinta e individual. Abandona-se a velha concepção abstrata de pessoa sujeito de direitos (na maioria das vezes homem, branco, alto, com saúde e sem deficiências físicas e rico) para se reconhecer as diferenças e particularidades de cada um, em homenagem à realização da dignidade do ser humano.

Nesse contexto, expõe Piovesan (2013) que a natureza *material* ou *substancial* da disposição constitucional da igualdade solicita, além de não se discriminar perante a lei, uma maneira de agir *positiva* por advinda do Estado Democrático de Direito no propósito de agenciar ocasiões a todos por meio de suas regras e políticas públicas, com a intenção de diminuir as diferenças de fato, atentando-se para as necessidades dos mais carentes ou excluídos do meio social. Nessa conjuntura de efetivação concreta e eficaz do direito fundamental à igualdade é que se localizada, como importante aparelho desse procedimento de inclusão social, as *ações afirmativas*, possibilitando-se o implemento.

Aconselha Mello (2007) que é indispensável a conjuntura dos três aspectos afim de que se obtenha uma apreciação apropriada do problema, ou seja, para que uma determinada norma jurídica seja considerada como isonômica é imprescindível que analise simultaneamente todos os critérios. Ao contrário, para que uma situação não seja qualificada pelo princípio da igualdade é bastante a oposição a um dos aspectos, seja ele qual for, nada oponente poder desprezar aos três de forma simultânea.

Melo (2007, p. 237) afirma que no que se refere ao critério primeiro – *fator de diferenciação*, divido-o em dois pré-requisitos, que são

- a) a norma jurídica não pode eleger como fator de discriminação um traço tão específico que individualize atual e definitivamente, de maneira absoluta, um sujeito a ser atingido pelo regime diferenciado; e b) o fator de desigualação adotado deverá residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, sendo que os elementos alheios, não existentes nelas mesmas, não poderão justificar regimes diferentes. Segundo Mello, é inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas,

situações ou coisas [...] mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes.

Quanto ao aspecto segundo, ainda sob a ótica de Mello (2007), a experiência de correlação lógica dentre os fatores de discriminação e a *não comparação legal* é apresentada como questão de baixo escalão para a apreciação de determinada circunstância jurídica em perante o princípio da igualdade. Destarte, é imprescindível a averiguação, de um lado, do que é selecionado como juízo crítico de discriminação e, de outro, se há comprovante coerente (pertinência lógica) para lhe conferir tratamento jurídico díspar.

Por fim, explica Mello (2007) solicita-se que a ligação que existe em meio ao fator de discriminação e sua terapêutica diferenciada encerrem um embasamento coeso concreto, isto é, que encerre relação com os empenhos acolhidos na Constituição. Em seguida se observa que não é uma diferença qualquer, que seja real e sensatamente explicável, que tem eficácia para discriminações legais.

Todavia, prudente às colocações acima referidas, Mello completa que há desobediência ao princípio da igualdade:

I – quando a norma jurídica singularizar, no presente e de maneira definitiva, um indivíduo determinado, ao invés de prestigiar uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada; II – quando a norma acolher critério diferenciador que não se situa nas pessoas, coisas ou fatos; III – quando a norma não possuir correlação racional em abstrato entre o fator de discriminação e o regime diferenciado consequente; IV – quando a norma jurídica estabelecer discriminação cujos efeitos são contrapostos ou dissonantes dos valores prestigiados constitucionalmente; e, finalmente, V – quando da interpretação da norma jurídica se extrair desigualdades que não foram reconhecidas por ela claramente, ainda que pela via implícita.

1.7 O princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse da criança deriva da Convenção das Nações Unidas a respeito dos Direitos da Criança. Para chegar-se até a prática desse princípio, inicialmente precisa-se meditar a Doutrina da Proteção Integral, que foi responsável por pôr a criança e o adolescente no centro da total proteção.

A Doutrina da Proteção Integral assinalou o princípio de uma nova etapa para os direitos da criança e do adolescente. Emana da Constituição Federal de 1988 – artigo 227, e, em seguida, com Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 – artigos 3º, 4º, 5º. Evidencie-se o caso de que essa Doutrina passa a compreender todas as crianças e adolescentes, indistintamente, sem relação à sua condição social.

Outra alteração ocasionada pela Doutrina da Proteção Integral foi a adaptação dos termos empregados antes pelo Código de Menores, ou seja, substituía-se a alcunha direito do menor, acolhendo as fórmulas Direito da Criança e do Adolescente, e Direito da Infância e da Juventude, entre outras. Numa análise geral, o Direito da Criança e do Adolescentes sugeriu a transformar nomenclatura que imperava até então no antigo direito do menor.

Fundamentalmente, a Doutrina da Proteção Integral utilizou como fundamentais justificações três respeitáveis contextos, sendo esses:

“1º-a criança adquire a condição de sujeito de direitos;

2º-a infância passa a ser reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento;

3º-a prioridade absoluta a esta parcela da população passa a ser princípio constitucional (art. 227, CF).

A criança e o adolescente passam a auferir essa proteção integral exatamente pela sua fragilidade e sua casta de pessoa em desenvolvimento.

Assim, com a prática da citada Doutrina, a criança e o adolescente principiaram a receber ressaltante proteção constitucional. Foram alçados ao status de sujeitos de direitos fundamentais, mira da proteção integral da família, do Estado e da Sociedade. Seu melhor interesse passou a ser procurado a todo custo, de modo a lhes oferecer um desenvolvimento benéfico. Com

vista à concretização disso, o art. 227 da CF anteviu os direitos fundamentais especiais da criança e do adolescente, de forma a assegurar a sua eficácia.

É nesse aspecto que se confirma o princípio do melhor interesse da criança, que é obrigação dos progenitores e responsáveis de garantir às crianças proteção e cuidados específicos e, na ausência destes, é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de acolhimento o façam.

O princípio do melhor interesse da criança depara embasamento no reconhecimento da característica condição de pessoa humana em desenvolvimento conferido à infância e juventude.

Esse princípio ocasionou o reconhecimento de que a criança deve ter seus interesses versados como preferência pelo Estado, pela Sociedade e, mormente, pela família.

Enfatiza-se que não são apenas as crianças dignas de amparo desse princípio, aos adolescentes igualmente são destinados esses direitos. No entendimento de Gama(2008, p. 80):

O princípio do melhor interesse da criança representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado –com absoluta justiça, ainda que tardiamente –a sujeito de direito, ou seja, a pessoa merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família que ele participa.

Pode-se citar como uma de suas fundamentais constitutivas, o episódio de que o melhor interesse deve ser aproveitado de forma afetuosa, porque não é irrestrito, ou seja, não essencialmente o melhor para uma criança em determinado caso, consistirá no melhor para uma outra criança em caso totalmente diferente.

O bom emprego desse princípio conta com o desempenho comprometido e efetivo do agente do Ministério Público, e dos seus ofícios de apoio, como o Conselho Tutelar, benefícios de cunho psicológico, psiquiátrico, entre outros.

É com fundamento nesse princípio que se introduzem os direitos fundamentais garantidos à criança e ao adolescente, enfatizando o direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e social entre outros.

1.8 O direito à convivência familiar

A Constituição Federal de 1988 juntamente com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, dois anos depois a de entrar em vigor a Constituição Federal, foram responsáveis por originar em primeiro lugar o princípio da dignidade da pessoa humana. Frente a essas modificações, passaram a ser, também implementados vários direitos em relação à família, nomeadamente quando se versa a respeito das crianças e adolescentes, conforme as palavras de Azambuja (2004):

A família, até pouco tempo, era vista como um espaço inviolável. Os fatos que aconteciam no ambiente privado não interessavam à sociedade e ao Estado, reservando-se a intervenção estatal aos casos muito graves, que contrariavam práticas culturais aceitas até então. À criança muito pouco restava, porquanto, somente a partir de 1988, adquiriu, frente ao ordenamento jurídico, a condição de sujeito de direitos.

O ajuizamento em analogia ao que é uma família sofreu intensas transformações de função, natureza, composição, e concepção. De acordo com Lobo (2011):

Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico.

O caput do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 é claro ao proferir que a família, fundamento da sociedade, tem amparo particular do Estado. Reforçando essa compreensão, o artigo 227, igualmente da

Constituição Federal, bem como o artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, garantem que é obrigação da família, da sociedade, e do Estado garantir à criança, ao adolescente e ao jovem, com primazia incondicional, em meio a outros direitos, a convivência familiar e em comunidade. Assegurar ainda que a criança ou o adolescente desenvolvam no seio de sua família, em um espaço carregado de amor e compreensão, torna-se imprescindível para um completo e harmonioso incremento da individualidade de um menor de 18 anos.

Ainda em analogia a esse mesmo direito fundamental, e de caráter imprescindível para o desenvolvimento da criança ou do adolescente, que é a coexistência familiar, enfatiza-se trecho do artigo escrito por Martins (2004):

Todos os dias, quando acordamos e nos olhamos no espelho o que vemos é o resultado de experiências acumuladas durante a vida e, acima de tudo, o legado que nos foi deixado por nossas famílias. Temos os olhos da mãe, o jeito do pai, a teimosia de uma tia, a persistência de um avô. Ao nos tornarmos adultos muito devemos a alguém ou algumas pessoas que nos ajudaram a ser como somos.

O fragmento aludido acima ressalta o fato de que o direito ao convívio familiar não se exaure na denominada família nuclear, que equivale a aquela formada somente pelos pais e seus filhos. Pelo contrário, o Poder Judiciário já aparece se proferindo em benefício de que, em ocasional fato de confusão na família nuclear, necessita-se levar em conta a compreensão da família meditada em cada sociedade, conforme seus costumes e cultura. Já é bastante comum, na maior parte das sociedades brasileiras, entender-se como comum a coexistência também com avós, tios, sendo esses complementares de um grande espaço familiar solidário.

Todo convívio familiar acarreta, na sua essência, o poder familiar, poder parental ou comando parental, que é um poder-dever como explica Perlingieri, (2008 apud FONSECA, 2011, p. 72) :

[...] é poder, pois traz consigo um elo de autoridade dos pais sobre os filhos menores; é dever, pois obriga os pais no atendimento integral das necessidades dos filhos.

É um poder familiar que, diferente do que ocorria há anos atrás, não carrega mais a ideia de posse e prioridade do pai em relação ao filho, sem que houvesse o respeito em relação a sua liberdade ou vontades.

O poder familiar, na contemporaneidade, é apreendido como um poder do pai em presença o filho sempre tendo em vista proporcionar o seu melhor bem-estar.

2. Licença maternidade e salário maternidade no Direito Brasileiro

A licença-maternidade, também versada como “licença gestante”, está contida no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988. Refere-se de uma licença recompensada conferida às trabalhadoras gestantes – urbanas e rurais – regulamentada no artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, com permanência de 120 dias, devendo ser principiada 28 dias antes do nascimento, prologando-se pelos 92 dias subsequentes. Como afirma Alice Barros (2011, p. 693) :

À luz da Constituição, a empregada (urbana, rural, avulsas e domésticas) no ciclo gravídico-puerperal faz jus à licença-maternidade de 120 dias, devendo afastar-se entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste. A licença é compulsória e o órgão previdenciário arcará com o pagamento do salário-maternidade. Em casos excepcionais, os períodos da licença antes e depois do parto poderão ser aumentados de duas semanas, mediante atestado médico fornecido pelo SUS.

Delgado (2012) elucida que princípio majoritário a avalia como uma proposição de interpelação contratual, uma vez que no decorrer do período da licença – conserva-se a contagem do tempo de serviço, o direito às partes que não consistem em salário condição (sendo estas tradicionais, conserva-se seus reflexos na estimativa do total pago à operária no tempo de afastamento), bem como o comprometimento do empregador de cumprir os depósitos do FGTS. Nessas condições conclui-se que se acham presentes todos os dados básicos de tal ajuste jurídico.

O autor citado anteriormente expõe, ainda, que, no progresso da licença-maternidade no ordenamento jurídico brasileiro, duas etapas se enfatizam que são, as fases antecedente e posterior à efetiva aplicação dos critérios da Convenção Internacional 103 da OIT do ano de 1952. Até a década de 1970, em que fundamente disposição oposta com negação expressa por parte do aludido dispositivo (mais precisamente, em seu artigo IV, 8), do qual o Brasil já era assinante, a resolução jurídica nacional da ocasião decidia que incumbia ao patrão arcar com os valores de todas as parcelas resultantes de contratos trabalhistas no decorrer do tempo de licença da empregada.

Em seguida, a Lei n.º 6.136/1974 deliberou a respeito do encargo da Previdência Social pela remuneração das verbas do salário-maternidade, as quais passaram a ser de natureza previdenciária. O artigo 72, §1º, da Lei n.º 8.213, decidiu que competirá ao empregador pagar antecipadamente o valor relativo ao salário-maternidade à segurada, realizando-se a contrapartida quando do recolhimento dos tributos previdenciários.

Tendo em vista o prolongamento da permanência da licença-maternidade e do correlativo tempo do salário-maternidade de 120 dias para 180 dias, o Programa Empresa Cidadã foi instituído pela Lei n.º 11.770/2008, e regulamentado pelo Decreto n.º 7.052/2009. O programa preestabelece que as pessoas jurídicas que a ele aderirem podem descontar, do imposto devido, o numerário relativo à pagamento liquidado à empregada no decorrer do período complementar da licença.

Este benefício é aplicado tanto às funcionárias com filhos biológicos, quanto às adotantes, e, neste caso, os tempos diferenciados conforme a idade da criança, isto está disposto no artigo 2º do Decreto n.º 7.052/2009:

Art. 2º O disposto no art. 1º aplica-se à empregada de pessoa jurídica que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, pelos seguintes períodos:

I - por sessenta dias, quando se tratar de criança de até um ano de idade;

II - por trinta dias, quando se tratar de criança a partir de um ano até quatro anos de idade completos; e

III - por quinze dias, quando se tratar de criança a partir de quatro anos até completar oito anos de idade.

A licença-maternidade tem como objetivo assistir, tanto a recuperação da mãe, como também o amparo da criança ou do nascituro. No que diz respeito à assistência materna, nota-se uma inquietação do legislador quanto ao aspecto biológico, ao definir a empregada gestante como uma beneficiária, por causa das múltiplas implicações da gestação - como o restabelecimento do parto e as alterações hormonais - dos quais permanecem alheios os homens. Tal declaração é confirmada pelo fato de que, mesmo quando acontece de o filho ser natimorto, a mãe biológica ainda assim terá o direito à licença.

A respeito da finalidade de proteção da criança e do nascituro, essa tem amparo legal no artigo 227, da Constituição Federal, o qual, em seu *caput*, assegura como obrigação de incondicional prioridade da família, da sociedade e do Estado, a segurança de todos os direitos indispensáveis para seu bom desenvolvimento, bem como garante - em seu §6º - a vedação de quaisquer discriminações entre filhos biológicos ou adotivos.

Por outro lado há circunstâncias nas quais apenas esta última finalidade se acha presente. É o que acontece nos episódios de adoção, em que se mostram sem justificativa quaisquer diferenciações entre os adotantes, haja vista a carência das alterações biológicas geradas pela gestação.

Fica claro que "o filho adotivo também tem direito à proteção decorrente da licença maternidade como meio de facultar a sua integração e acomodação à entidade familiar que o recebe, medida constitucional para o sucesso do convívio com as demais pessoas deste núcleo".(DIAS, 2011). Sob este aspecto a licença-maternidade à mãe adotante foi cunhada como inicial recurso para esta situação como será descrito a seguir.

2.1 Salário-Maternidade e salário maternidade a adotante

De acordo o art. 71 da Lei 8.213/91, o salário-maternidade é direito da segurada, durante 120 dias, com princípio no período entre 28 dias anteriores ao parto e data da ocorrência deste. O benefício é direito das seguradas empregadas, independentes, empregadas domésticas, contribuintes particulares, facultativa, seguradas especiais e desempregadas, desde que esteja dentro de tempo de graça.

Em casos extraordinários, o período antecedente ou posterior ao parto pode ser acrescido por mais duas semanas, mediante atestado médico. Nos casos de abortamento não delituoso, a segurada terá direito ao salário-maternidade relativo a duas semanas. Considera-se parto o nascimento sucedido a partir da 23ª semana de gestação, até mesmo em caso de natimorto.

Com a promulgação da lei 10.421/2002, o benefício foi distendido também à segurada que optar por adotar ou obtiver a guarda judicial com o propósito de adoção pelo período de 120 dias, se a criança contar com até 1 ano de idade, 60 dias, se a criança tiver entre 1 a 4 anos completados e de 30 dias, a partir dos 4 anos até completar 8 anos.

Por competente, se faz imprescindível corroborar que algumas disposições judiciais estão sendo pronunciadas para que o salário-maternidade ser conferido pelo prazo de 120 dias, independente da idade da criança adotante, em face da bom emprego do princípio da igualdade.

O salário-maternidade é devido à mãe adotante independentemente de a mãe biológica ter percebido o mesmo benefício quando do nascimento da criança.

No caso de adoção ou de guarda judicial para adoção de mais de uma criança, é oferecido apenas um salário-maternidade relativo à criança de menor idade. Quando houver emprego simultâneo, a segurada terá direito ao benefício referente a cada emprego.

O salário-maternidade não pode ser aglomerado com benefício de inaptdão. As aposentadas que voltarem à atividade terão direito ao benefício.

A carência do salário-maternidade está subordinado à categoria em que a segurada está alistada. Para as contribuintes particulares, específicos e facultativas são determinadas 10 contribuições mensais para a permissão. As seguras empregadas, até mesmo a doméstica, e as trabalhadoras independentes estão escusadas da carência.

A renda mensal do benefício para segurada empregada ou trabalhadora independente versará em uma renda mensal similar a seu estipêndio total.

Conforme o artigo 101 do decreto 3.048/99, o salário maternidade consistirá:

I- Em valor correspondente ao seu último salário de contribuição para a assegurada doméstica;

II- Em um doze avos da soma dos doze último salários de contribuição, apurados em período não superior a quinze, para as asseguradas contribuinte individual, facultativa e para as que mantenham a qualida de segurada na forma do artigo 13.

No caso de segurada empregada, o salário maternidade será pago diretamente pela empresa, efetivando-se a compensação na ocasião do recolhimento das contribuições incidentes da folha de pagamento e demais rendimentos pagos ou creditados. Para as demais seguradas inclusive as trabalhadoras independentes e funcionárias do micro empreendedor e no caso de adoção, será pago pela Previdência Social.

2.2 Natureza jurídica do salário maternidade

O salário-maternidade é um benefício previdenciário, que é pago pela previdência e não pelo empregador. Segundo Carrion (2006, p. 265): "É um direito previdenciário, que não obriga ao pagamento pelo empregador, mas apenas a permitir a ausência da gestante nesses dias todos, como licença remunerada pelo INSS. É o chamado salário-maternidade."

Completa Martins (2004, p. 332):

O salário maternidade é um pagamento feito pelo INSS à empregada durante os 120 dias da licença-maternidade. O tempo de serviço é contado normalmente durante o afastamento, tratando-se, assim, de hipótese de interrupção do contrato de trabalho. [...] Terminando o afastamento, as obrigações mútuas contratuais continuam como se não tivesse havido interrupção.

Na mesma direção comenta Maranhão (1993, p. 160):

O salário-maternidade é um benefício previdenciário, sendo devido pela Previdência Social, enquanto subsistir o

vínculo empregatício (art. 71, da Lei nº 8.213/91). O empregador paga o

salário e é reembolsado pela Previdência Social (art. 72). Para a empregada doméstica o salário-maternidade será pago diretamente pela Previdência Social em valor correspondente ao do seu último salário de contribuição (art. 73).

É tranquilo a compreensão de que o salário-maternidade é um benefício previdenciário, sendo, portanto efetuado pela previdência e não pelo empregador. Mesmo que o empregador tenha que realizar o pagamento do salário maternidade à previdência, este não é diretamente pago por ele. Pois, o empregador é reembolsado pelo valor pago à previdência, com deduções nos seus débitos.

Menciona ainda Martins (2004, p. 581): "O salário-maternidade da trabalhadora avulsa consistirá uma remuneração mensal igual a sua remuneração integral e será pago pelo INSS".

O salário da grávida no seu tempo de licença-maternidade não pode passar por qualquer abatimento, necessitando o salário continuar ileso, faz referência Martins (2004, p. 581):

Entende o STF que o salário-maternidade não está sujeito ao limite de R\$ 1.200,00, devendo o INSS pagar o benefício integralmente, independentemente do valor do salário da trabalhadora gestante. Os ministros do STF afirmam que a limitação contraria a Constituição, em razão de que gestante tem garantido o direito à licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art.7º, XVIII).

Como elucida o STF, o salário da gestante no período de licença não pode sofrer alteração, em razão do que a Constituição garante à gestante licença-maternidade sem prejuízo do emprego e do salário.

A Lei nº 9.029/95, de 13.4.95, proíbe a exigência de atestados de gravidez como pré-requisito da admissão da empregada ou da sua

permanência no emprego. Proíbe, outrossim, a esterilização para que a mulher seja admitida a serviço da empresa”. Como comenta Saad (2008, p. 365).

Relata Nascimento (2004, p. 940):

Segundo a referida lei, constituem crime as seguintes práticas: a) exigência de teste, exames, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização de gravidez; b) indução ou instigamento à esterilização genética; c) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS.

O empregador não pode requerer teste de gravidez para contratar ou para promover a funcionária, tal procedimento será considerado discriminatório.

Segundo Martins (2008, p. 583):

Nada impede, contudo, à empresa solicitar exame médico na dispensa da empregada, visando verificar se esta está grávida, justamente por ter por objetivo manter a relação de emprego, caso o resultado seja positivo. [...] Não se trata, assim, de discriminação, pois, ao contrário, está verificando se a empregada pode ou não ser dispensada, pois sem o exame não saberá se a empregada estava ou não grávida quando da dispensa, que implicaria ou não a reintegração.

No mesmo entendimento, Saad (2008, p. 365) relata: “não há impedimento legal ao pedido de exame médico que comprove não ser grávida seu estado quando da rescisão do contrato de trabalho”.

Quando o empregador solicita exame de gravidez ao dispensar a empregada, estaria querendo resguardar o direito da empregada à garantia de emprego, em caso de resultado positivo, o empregador não a dispensaria.

A Licença-paternidade no Brasil.

A licença paternidade é um direito trabalhista destinado aos trabalhadores urbanos, rurais, domésticos, servidores públicos e militares, garantido constitucionalmente no inciso XIX e no parágrafo único do artigo 7º, parágrafo 3º do artigo 39 e parágrafo 11 do artigo 42. A aludida previsão beneficia ainda o trabalhador independente, de acordo com o que dispõe o artigo 7º, XXXIV da própria Constituição Brasileira.

No entanto, segundo previsão constitucional supracitada, o inciso XIX do artigo 7º da Constituição Brasileira de 1988 apresenta a licença paternidade, mas a esta sujeito de lei a *posteriori* que abordasse acerca do tempo e das condições. Assim, ao meditar simultaneamente os demais instrumentos legais, esbarra-se com a previsão do instituto da licença paternidade na Consolidação das Leis Trabalhistas que apresenta, no artigo 473, a probabilidade do empregado não comparecer ao emprego por um dia, em caso de nascimento de filho, no transcorrer da primeira semana. O limite de um dia apresentava como desígnio o registro da criança, sem permitir qualquer cuidado ou maior convívio.

Na verdade, o dispositivo legal liberava tão simplesmente ao pai o cumprimento do compromisso previsto no Código Civil, ou seja, do registro do nascimento em registro público. Com a modificação em analogia ao período, a norma não constitui expressamente se o tempo para desfrutar a licença, se inicia a depois o nascimento ou não. Contudo, o mais adequado, para que o empregado não percebesse prejuízo, seria o princípio da licença no dia subsequente ao nascimento ou da adoção do filho. Esta é uma prática seguida pela maior parte dos empregadores.

Deste modo, a licença paternidade foi conferida para fins de cumprimento de compromisso civil e também com o objetivo de:

[...] proporcionar condições mais concretas de proteção da criança pelo pai; incentivar uma proximidade qualificada do homem com a mulher e do pai com o filho; propiciar a possibilidade de revisão do papel tradicionalmente reservado ao homem, impondo-se a

repartição entre os cônjuges das responsabilidades familiares. (FIGUEIREDO, 1994, p. 146).

Em relação à licença paternidade, a disposição inclusa no inciso XIX da Constituição Federal não instituiu o tempo a ser conferido a esse título, deixando a definição para lei posterior e, até a presente data, a disciplina não foi regulamentada. Com o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ocasionado juntamente com a Constituição de 1988 para acatar temporariamente a determinadas circunstâncias, o artigo 10, §1º, provocou um novo tempo determinado de licença paternidade, de 5 (cinco) dias, segundo o qual: "Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição [...] §1º: Até que a lei venha a disciplinar o disposto no artigo 7º XIX, da Constituição, o prazo da licença paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias". (BRASIL, 1988). Esta norma permite ressalva, pois, quanto aos servidores públicos federais, a Lei Federal 8.112/90 determina em seu artigo 208 que, pelo nascimento do filho ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.

Percebe-se, portanto, uma inadequação entre a regra celetista e a apresentada no ADCT, e, perante o princípio da proteção, na sua vertente da bom emprego da, até que surja lei que aborde da questão, conforme enunciado no artigo 7º, XIX da Constituição Brasileira de 1988: "O fundamento do princípio da norma mais favorável é a existência de duas ou mais normas, cuja preferência na aplicação é objeto de polêmica. Esse princípio autoriza a aplicação da norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia". (BARROS, 2013, p. 142).

A Constituinte de 1988 modernizou ao modificar o limite da licença paternidade, analisando, ainda que de contorno tímido, que a realidade das famílias brasileiras fundamenta-se nas ideias de que "a presença do pai ao lado da companheira nos primeiros dias da nova vida trazida à luz era essencial à unidade familiar." (FIGUEIREDO, 1994, p. 146).

Resolvida a questão do prazo, ainda continuava no ar a discussão sobre o pagamento dos dias gozados de licença paternidade, mas ultimamente, abrandado como proposição de interpelação do contrato de trabalho, sem perda do salário do trabalhador, contabilizando-se o tempo de afastamento

como se efetivado tempo de serviço, para todos os fins de direito, ou seja, “a interrupção do contrato de trabalho conceitua-se pela ausência provisória da prestação do serviço, mas sendo devido o salário, bem como computando-se o período no tempo de serviço do empregado”. (GARCIA, 2010, p. 524).

O direito à licença paternidade é direito social, inacessível e inabdicável, e estende-se a todos os operários urbanos e rurais, domésticos e independentes. Em acolhimento à finalidade da regra, uma lei inovadora foi aprovada no dia 12 de abril de 2013, no Amazonas, com a probabilidade de licença paternidade de 180 dias em episódios excepcionais

A Assembleia Legislativa do Amazonas (ALEAM) aprovou um projeto de licença-paternidade de 180 dias, na manhã dessa terça-feira (12). De autoria do deputado Vicente Lopes (PMDB), o benefício vale para os casos de falecimento da mãe durante o parto, invalidez permanente ou temporária após o parto, em situações em que ela não possa cuidar do bebê. (PARLAMENTARES..., 2013).

É importante ressaltar que a própria civilização brasileira, que proporcionava um intenso traço patriarcal, com a família alimentada pelo pai, que trabalhava em empregos exteriores, enquanto a consorte cuidava das crianças, foi declaradamente retratada na legislação, com limites bem individualizados para cada um dos indivíduos, como se o cuidado fosse delegado unicamente à figura materna, e, a própria lei supracitada presumiu o prazo de licença maternidade também para o pai em caso de falecimento da mãe ou impossibilidade de cuidado por ela.

2.3 O Programa Empresa Cidadã

O Programa Empresa Cidadã, estabelecido pela Lei nº 11.770/08, procura aumentar o tempo de afastamento do lugar de trabalho da mulher por um período de sessenta dias além dos atribuídos por meio do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal.

Para tanto, o projeto prepara estímulo fiscal a ser conferido à empresa partícipe, se esta concordar em dilatar a licença-maternidade da operária e percebendo incentivo fiscal como compensação. O projeto, visto como apoio

ao aleitamento materno no período de seis meses, condição imprescindível para proteção da saúde da criança, começou a vigorar na data de sua publicação, mas só começou a apresentar efeitos no exercício financeiro de 2010 (art. 8º, da Lei nº 11.770/08). (NEIVERTH; MANDALOZZO, 2009)

É indispensável, no entanto, que a empresa que procure tomar parte do Programa seja tributada com fundamento no seu Lucro Real 301 (art. 5º, da Lei nº 11.770/08). Isto admitirá que lhe seja descontado o tributo devido para cada tempo de cômputo, nos moldes da LC 100/01, sendo este que o valor relativo ao total do salário integral da empregada pagos nos sessenta dias de licença-maternidade distendida, proibida a dedução como gasto operacional.

Fica instituído que no tempo de prolongamento da licença-maternidade a trabalhadora não poderá desempenhar quaisquer atividades recompensada e a criança não poderá ser conservada em creche ou estabelecimento análogo, ficando resolvido que o desígnio legal é o de adequar um maior tempo de convívio em companhia da mãe, recebendo cuidados necessários e também amamentação. Inadimplido tal condição, a funcionária perderá o direito à prorrogação. (NEIVERTH; MANDALOZZO, 2009)

É certo que a legislação que vigora e dispõe sobre o assunto é, como asseveram Neiverth e Mandalozzo (2009, p.9-10), "enfocada sob o aspecto físico [...] [e] prevê que a mulher seja poupada de grandes esforços físicos, trabalho em posições antifisiológicas, excessos microclimáticos, vibrações, fadiga física e barulho intenso. "

Não obstante se possa conceber que em determinados cargos ocupados por mulheres nos quais se desempenha agilidade recorrente e se perpetra trabalho sem participação inventiva – impossível não considerar aqui o modelo do departamento industrial – o afastamento delongado não produzirá maiores resultados na dinâmica de trabalho da empresa, há de se concordar que, em diferentes ramos, aonde a subjetividade é fundamental, a falta será conhecida. (NEIVERTH; MANDALOZZO, 2009)

Determinadas falhas na lei 11.770/08 são assinaladas por vários trabalhos. O intento de aderir ao Programa Empresa Cidadã é associado à adesão ao tipo de tributação abalizado no Lucro Real, não possibilitando a

adesão por instituições cujas empregadas permaneçam interessadas no alongamento temporal do direito adjudicado pelo art. 7º, XVIII, da Constituição Federal. (NEIVERTH; MANDALOZZO, 2009)

Além disso, uma vez que só pode compartilhar do programa a empregada ligada a empresa que confesse o lucro Real, o direito não se estende às domésticas e que atuam em empresas rurais. (CASTRO, 2008)

Finalmente, deve-se estar atento ao fato que, constituída a facultatividade na adesão ao programa, por evidente se afrontarão circunstâncias em que a renúncia é expressa. E esta consequência indesejável só é admissível pela opção legislativa em disciplinar por meio de lei particular a progressão de um direito social ao inés de se obter alteração no quantum instituído no texto constitucional, extensivo à todas as trabalhadoras. (CASTRO, 2008).

Atualmente a Lei nº 11.770, de 9-9-2008, criou o Programa Empresa Cidadã, designado à prolongamento da licença maternidade mediante permissão de incentivo fiscal.

A lei permite a ampliação da licença-maternidade por mais 60 dias. conferida à empregada, desde que solicite até o final do 1º mês após o parto e usufrua imediatamente após a licença. A prorrogação pode ser concedida a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial. Nos termos do art. 1º e seus parágrafos.

Art. 1º: É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade [...] - § 1º - A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade;

[...] - § 2º - A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

O pagamento da empregada será análogo a do período de licença-maternidade, como determina o art. 3º: “Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime de previdência social”.

No período de prolongamento, a empregada não pode atuar em nenhum trabalho e seu filho não pode ser encaminhado a creche, sob pena de perder o benefício, é o que prevê o art. 4º:

Art. 4º: No período de prorrogação da licença-maternidade de que trata esta Lei, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.
- Parágrafo único: Em caso de descumprimento do disposto no *caput* deste artigo, a empregada perderá o direito à prorrogação.

O pagamento é efetuado pela empresa, que poderá descontar de imposto a ser pago à Previdência, como prevê o art. 5º:

Art. 5º: A pessoa jurídica tributável com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Quando a prorrogação for motivo de suspensão do contrato de trabalho da gestante ou da adotante, deverão ser computados todos os direitos a elas assegurados.

Essa lei nada decreta sobre a permanência, se prorroga-se junto com a licença-maternidade ou não.

Também não alude a cerca do direito da empregada doméstica e da trabalhadora independente. Em princípio, não lhes é facultado o direito à prorrogação da licença-maternidade.

A licença-maternidade tem o desígnio de oferecer uma melhor condição para que a mãe possa cuidar adequadamente de sua recuperação e do nascituro.

Os seis primeiros meses de vida da criança são de suma importância para o surgimento da criança sadia.

3. Origem e evolução da adoção no mundo: breve evolução histórica

A adoção é estatuto legal que existe desde as civilizações mais antigas, com a intenção de oferecer filhos a quem não podia tê-los, afim de que a religião da família fosse perpetuada. (BARDALO, 2013)

De acordo com Dias (2015) no Brasil, o processo de adoção sempre foi previsto em lei, mas apenas com a secularização da existência familiar a partir do Código Civil de 1916, o estatuto da adoção passou a ser ordenado de modo mais sistemático, restringindo-se àqueles que não tivessem ou não tivessem a possibilidade de ter filhos biológicos.

Nesse significado, a única regra de adoção prevista era a simples, realizada por meio de escritura pública, cujo vínculo de parentesco simplesmente se constituía entre o adotante e o adotado, sendo tal vínculo rescindido com a morte do adotante, impossibilitando o adotado de obter qualquer direito sucessório.

Com a publicação da Lei nº 4.655, em 02 de junho de 1965, foi acolhida a chamada legitimidade adotiva, que conferiu novo aspecto ao instituto, incluindo o adotado mais largamente à família, sendo esse acolhimento mais favorável para a criança ou adolescente se confrontado à adoção simples. A legitimação adotiva era definitivo e fazia interromper o vínculo de afinidade com a família natural, sendo aplicada exclusivamente para crianças com idade de até sete anos de idade, exceto se já residissem na companhia dos adotantes (art 1º, §1 da lei) fundamentando –se na ideia de que não ficasse nenhum vestígio de recordação da família biológica, sendo indispensável a apresentação de alguns pré-requisitos por partes dos adotantes e do adotado, apontados no decorrer dos doze artigos da lei.

O Código de Menores (Lei 6.697/79) instituiu no ordenamento jurídico a adoção simples (artigos 27 e 28 da Lei 6.697/79) e a adoção plena (artigos 29 a 37 da Lei 6.697/79), que substituiu a legalização adotiva, não obstante de conservar o mesmo espírito daquela.

A adoção simples era aproveitada aos que apresentassem idade menor que 18 anos em condição anormal, emprego-se dos dispositivos do Código Civil, sendo desempenhada por meio de documento público. No que diz respeito à adoção integral, esta era conseguida através de processo judicial, com lavratura de uma nova certidão de nascimento, sendo importante enfatizar que o vínculo de parentesco foi distendido à família do adotante. A figura da adoção plena foi sustentada no Estatuto da Criança e do Adolescente, com a designação única de adoção.

A Constituição Federal de 1988 sagrou o princípio da proteção integral, acabando com a separação entre filhos biológicos e adotivos, que passaram a encerrar os mesmos direitos e designações, proibindo quaisquer denominações discriminatórias.

Em consequência desta nova disciplina da matéria e do Direito de Família como um todo, na Lei 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), procurou dar efetividade ao mando constitucional, originando nova metodologia para a adoção de crianças e adolescentes.

No que diz respeito à adoção de adultos, continuou o Código Civil de 1916 a regulamentando, sendo esta desempenhada por meio de escritura pública, o que se alterou com a publicação do Código Civil de 2002, passando ser o regime judicial o único para a adoção.

A Lei 12.010 de 2009 deu nova composição ao ECA, abolindo grande parte do capítulo alusivo à adoção no Código Civil de 2002, atribuindo definitivamente ao Estatuto a adoção de crianças e adolescentes. A adoção passou a ser medida singular, dando valor a estabilidade da criança ou adolescente na família natural, sendo consagrada a doutrina da amparo irrestrito, garantindo as crianças e adolescentes, com irrestrita preferência, direitos fundamentais.

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

Bordallo (2013) explica que o termo adoção é derivado do latim *adoptio*, que exprime assumir alguma pessoa como filho. A doutrina vem instituindo conceitos diferenciados para o instituto, que, nas palavras Pereira (2005, p. 338) consiste no “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.

Para Wald (2004), a adoção é considerada como um ato jurídico bilateral que origina vínculos de paternidade e filiação entre indivíduos para os quais tal inclusão não existe espontaneamente.

Gomes(2001) analisa a adoção como sendo uma irrealidade legal, que consente a construção, entre duas pessoas, do vínculo de consanguinidade de primeiro grau na linha reta, sendo um instituto jurídico através do qual se forma, independente de procriação, o vínculo da filiação.

Dias (2015), por sua vez, conceitua a adoção como uma ação jurídica em sentido exato, cujo efeito está condicionado à aprovação judicial, que institui um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre sujeitos estranhos, equivalente ao que deriva da filiação biológica. A adoção institui um parentesco e voluntário, por derivar unicamente de um ato de aspiração.

Nesse sentido, Diniz (2002) salienta que não se pode dissociar a adoção de ter caráter afetivo e almejado, uma vez que o ligamento de parentesco é originado por escolha, abduzindo o conceito suplantado de que adotar é a probabilidade de se ter filhos somente pelo acontecimento de não se ter existido biologicamente.

Diante do exposto, a autora citada anteriormente observa que o conjugado de acepções sobre o instituto é extenso, não existindo julgamento que se imponha, sendo o ponto de congruência entre tais significados o que diz respeito à concepção de um vínculo de filiação. A legislação brasileira vigente não conceitua a adoção, com ressalva do Projeto de Lei 1.756/2003 que, em seu artigo primeiro, dispunha:

Para os efeitos desta Lei, a adoção é a inclusão de uma pessoa em uma família distinta da sua natural, de

forma irrevogável, gerando vínculos de filiação, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-a de quaisquer laços com pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais, mediante decisão judicial irrecurável.(COELHO, 2011 sp.)

No que se refere à natureza jurídica, Bordallo (2013) afirma que a doutrina cita disposições caracterizadas, sendo presumível identificar cinco vertentes as quais procuram de alguma forma elucidar a natureza jurídica da adoção. Bordallo (2013) lista tais correntes sendo que a primeira percebe a adoção como sendo um contrato, a segunda como uma ação complexa, a terceira um ato jurídico em significado rigoroso, a quarta como uma instituição e a quinta como uma ação jurídica de natureza mestiça.

Na verdade, como pode se compreender, a significação de que a natureza jurídica da adoção é disciplina debatida em meio aos doutrinadores, carecendo ser entendida a adoção por meio de uma leitura sistêmica do artigo 227,§5 da Constituição Federal de 1988.

Assim, a importância da discussão a respeito da natureza jurídica incide no fato da antevisão constitucional de proteção por parte do poder público, não tendo a prerrogativa de ser separada da manifestação de aspiração por parte dos interessados.

Nessa direção, Coelho (2011) observa que, a constitucionalização do direito civil, em específico do direito de família, conjeturou inteiramente na acepção da natureza jurídica do instituto, passando a abordar a matéria como de empenho comum, de ordem pública.

No Código Civil abolido era claro o caráter contratual da adoção, como enfatiza Sarlet (2006, p. 241):

No sistema do Código de 1916, era nítido o caráter contratual do instituto. Tratava-se de negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública, mediante o consentimento das duas partes. Se o adotado era maior e capaz, comparecia em pessoa; se incapaz, era representado pelo pai, ou tutor, ou curador.

Para Piosevan (2013) o caráter contratual, resguardado pela maior parte da doutrina civilista do século XIX, foi superado, dando espaço à definição de adoção como sendo um ato que decorre fundamentalmente por dois momentos. No primeiro, o corre e natureza negocial, existe declaração dos membros interessados, asseverando sua vontade na formalização da adoção, o que ocorre na etapa postulatória. No segundo momento, há interferência estatal, para que se possa averiguar da relevância ou não da adoção, completando a fase instrutora do processo judicial com a promulgação de sentença.

Assim, ainda conforme a autora citada, entende-se que a natureza jurídica simplesmente contratual está abduzida, perante o ressaltante interesse público, sendo ultrapassada a visão tradicional, a qual se reduzia a procura de uma criança para uma família que não pode ter filhos biológicos.

Farias et al. (2010), conceituam a adoção como uma ação complexa, perante a exigência da revelação de aspiração do adotando, bem como da indispensabilidade da chancela estatal. De outra forma, Dias (2010) pondera que a condição de filiação transcorre realmente de um (nascimento) ou da adoção, uma ação jurídica em sentido rigoroso, cuja eficácia está dependente da chancela judicial. Há ainda disposição doutrinária enfatizando a natureza jurídica institucional da adoção, em consequência das normas aplicáveis serem emitidas pelo Poder Público, como preconiza Madaleno (2009).

Na mesma linha, Pereira (2005, p. 415) declara que a adoção “[...] é um instituto jurídico, ou uma instituição dominada predominantemente pelo direito público, devendo subordinar-se mais à ordem pública e aos soberanos interesses da política traçada no cuidado de menores abandonados”.

Por fim, Rizzardo (2011) afirma há quem perceba a adoção como um fato de natureza mestiça, ou seja, um mesclado de contrato e instituição, onde o desejo manifestado das partes, bem como o exercício de seus direitos, se acham restringidos pelos princípios de resolução pública.

Independente da avaliação ou definição adotada, os rudimentos que compõe a adoção são compreensíveis em todas as vigentes linhas doutrinárias, que enfatizam a indigência de revelação de pretensão das partes e a sentença judicial como indispensáveis.

3.2 Licença maternidade adotante

As mães adotantes, a partir junho de 2012, além do direito ao salário-maternidade recompensado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), também começaram a lhes ser facultado usufruir do benefício da licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias.

A princípio existia o reconhecimento da probabilidade da licença adotante, todavia, era conferida conforme a idade da criança adotada. Assim existe na Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 392-A.

À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 § 4o A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. § 5o A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregados ou empregada.

Determinar a concessão da licença-maternidade de acordo com a idade do adotante segundo Rezende (2006) não havia significado num argumento de não distinção entre filhos biológicos e adotados, além de desacreditar a aplicabilidade amparo da criança. Os adotados decorrem de contextos de fragilidade que significam tanto cuidados da criança maior quanto um recém-nascido. Deste modo, recusar aos adotados o direito de terem a possibilidade de introduzidos na família com o período e dedicação que sucede da licença em seu tempo total vem a arranhar seus direitos personalíssimos.

É neste significado que aconteceu a deliberação no sentido de modificar estes conceitos, deste modo, a licença-maternidade (...) não se trata apenas de resguardar a saúde da mãe, interpretação que apenas teria sentido se mantida a proteção à mãe biológica, nos moldes da redação original da Lei nº 8.213/91.

Com a expansão do direito à mãe adotiva, fica evidente que se necessita dar ao vocábulo maternidade sentido mais extensa, diferenciando-a daquela pautada somente ao parto e aleitamento, e salientando-se o direito da

criança a vida, saúde, alimentação, assegurado pela Constituição, no artigo 227, e estabelecido como obrigação da família.

Atualmente, a maternidade mencionada como adotiva ostenta papel ressaltante no mundo jurídico, uma vez que não se pode diferenciar os filhos adotivos dos naturais. Para o estudo do risco 'maternidade', necessitam ser consideradas tanto a maternidade natural (biológica) como a contraída, pelo motivo de ambas terem amparo social específica.

Assim, conforme Diácomo (2013) corrobora-se a força da deliberação do julgado em Agravo de Instrumento 0036057-75.2012.4.03.000. A maternidade adotiva encerra grande valor no mundo jurídico, e o tratamento oferecido até então desonrava àqueles que preferiam por ela, além de golpear os direitos da criança adotada. Procura-se, então, a consideração à maternidade adotiva, e ainda resguardar a criança nesta relação.

Evidenciando progresso, a permissão tem motivação a determinação do Supremo Tribunal Federal, que em julgamento efetivado do Recurso Extraordinário nº778.889/PE, disposição essa de ampla repercussão:

Possui natureza constitucional o debate acerca da validade de dispositivos que preveem prazos distintos de licença-maternidade a servidoras gestantes e adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6º, da CRFB/1988, segundo o qual os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Entende-se que a Consolidação das Leis do Trabalho não presumiu licença-maternidade para mães adotantes, o que foi acrescentado no artigo 392-A pela Lei nº 10.421/02, a instituir os prazos de cento e vinte, sessenta e trinta dias, estando amarrada a idade da criança adotada. Esclarece-se que o § 1º e o § 3º do aludido dispositivo foram abolidos por meio do artigo 8º da Lei nº 12.010/09, assegurando-se às mães adotantes, de caráter igualitário, a licença de cento e vinte dias. Ressalta-se que esse desenvolvimento legislativo confirma o intento do legislador ordinário de concretizar a igualdade da licença-maternidade biológica e por adoção.

Ressalta-se que a permissão de menos de cento e vinte dias contraria o Diploma Maior e questiona-se a inconstitucionalidade do artigo 210 da Lei nº 8.112/90. Assegura-se que a Lei nº 11.770/08, por meio da qual foi estabelecido o Programa Empresa Cidadã, ao prever a ampliação do benefício por sessenta dias, assegurou, no § 2º do artigo 1º, similar vantagem à empregada adotante.

Assinala-se que a aludida Resolução nº 30/08, ao dispor a respeito do instituto, não poderia ter renovado no ordenamento jurídico, apontando tempo inferior ao legal. Enfatiza-se que a licença não está atrelada à gravidez e a recuperação do pós-parto, mas a segurança e ao bem-estar da criança. Visa, a licença-maternidade conferida a adotante o alargamento do vínculo afetivo entre mãe e filho.

3.3 Extensão da licença-maternidade aos homens adotantes

Com o convertimento da Medida Provisória n.º 619/2013 na Lei n.º 12.873 de 24 de outubro de 2013, a composição da Consolidação das Leis do Trabalho foi modificada, estendendo o direito à licença-maternidade aos empregados adotantes, com o acréscimo do §5º ao artigo 392-A, e com a inclusão dos artigos 392-B e 392-C ao texto legal de alterações. O artigo 71-A, do citado dispositivo, apresentou sua composição alterada, unificando para 120 dias o tempo de permissão do salário-maternidade nos episódios de adoção e de aquisição de guarda judicial para a finalidade de adoção, não se vinculando a idade da criança.

Igualmente, houve a inserção dos artigos 71-B e 71-C ao documento legal, com a inclusão dos operários segurados da Previdência Social ao grupo de favorecidos do salário-maternidade, também com permanência de 120 dias e dependente ao afastamento do emprego mediante licença maternidade (art. 71-A, § 2º). Atualmente, deste modo, a concessão dos benefícios da licença e do salário-maternidade não depende do gênero do adotante, para, assim se adequar assistência e amparo à criança no decorrer de seu período de adaptação.

A licença-maternidade e o atinente salário-maternidade oriundos de um processo de adoção apenas poderão ser conferidos a um dos adotantes ou, sendo ressaltada, entretanto, a permissão à mãe biológica (artigo 392-A, §5º,

CLT e artigo 71-A, §2º, Lei n.º 8.213/91). Deste modo, tanto na pressuposição de adoção contígua por um casal heteroafetivo, ou por um casal homoafetivo, somente um dos pais perceberá o direito ao benefício.

Além do mais, a citada lei passou a admitir o convertimento da titularidade do direito a ambos os benefícios. De conformidade com a nova prescrição legal, a licença-maternidade com o concernente recebimento do salário-maternidade, poderá ser percebida, em acontecimento de morte da progenitora, pelo consorte ou companheiro sobrevivente, enquanto durar o tempo a que a operária falecida ainda teria direito, exceto no caso de óbito do filho ou de seu desamparo. Tal norma ainda se aplica aos eventos de adoção ou de guarda judicial.

O ordenamento jurídico nacional, portanto, passa a tomar cuidado de um fato já presente no meio social brasileiro, equiparando os direitos dos homens e das mulheres em casos de adoção. Tem-se, de tal modo, um grande progresso legislativo, liberto de convicções conservadoras, a qual vem a beneficiar a construção e o fortalecimento dos vínculos afetivos.

Dias (2010) salienta que por muito tempo, as uniões homoafetivas estiveram conhecidas tão simplesmente como sociedades de fato. Não obstante, com os adiantamentos jurisprudenciais, os quais foram aludidos no presente trabalho, tanto a união durável, como o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo ficaram adequadamente reconhecidos, sendo imprescindível, conseqüentemente, garantir a tutela do Estado para o “[...] planejamento e desenvolvimento dessas entidades familiares.” (Dias, 2006, p. 206).

Em meio a as diferentes seguranças que necessitam ser oferecidas a fim de se constituir uma família, a licença-maternidade aparece como um benefício indispensável, cuja intenção nada mais é do que o maior cuidado da família. Nesta messe, a jurisprudência de acordo com Dias (2006) procurou se preocupar com o alcance da finalidade de tal benefício igualmente aos homens adotantes.

Ainda no ano de 2013, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Recurso Ordinário n.º20424-81.2010.5.04.0000, aprovou cláusula coletiva que ampliou benefícios, já outorgados a companheiros e companheiras pelas empresas, às uniões homoafetivas. Foi amparado que os princípios da

dignidade humana e da igualdade - empregados como embasamento da citada decisão- objetivam a igualdade de tratamento, com a finalidade de "promover o bem de todos com a extinção do preconceito de origem, gênero ou quaisquer outras formas de discriminação". (DIAS, 2011, p. 208)

A jurisprudência pátria como expõe Barroso (2012), passou a ajuizar a precisão de se restaurar sua compreensão a respeito da abrangência de bom emprego do instituto em explanação. Averiguou-se que a Constituição, ao garantir a segurança à licença-maternidade, procura resguardar, fundamentalmente, o desenvolvimento adequado da criança.

Tal benefício assevera ainda Barroso (2012), permite ao adotado a adaptação na nova estirpe, contribuindo, igualmente, em sua socialização. Compreendeu-se, finalmente, que criança adotada tem direito a especial atenção por parte do Estado, não podendo existir separações de direitos baseado no sexo da pessoa que realizou o procedimento de adoção. Desta forma, é inevitável o afastamento do adotante de seu referente afazer, mostrando-se ser corretamente admissível a nivelação do homem adotante com a mulher adotante, uma vez que ambos têm iguais competências de cuidar da criança.

3.4 Aspectos sociais da licença maternidade e do adotantes

A licença-maternidade confere subsídios para uma tranqüila gestação e justifica-se, a priori, pela recuperação física e psicológica necessárias ao pós-parto.

É fato que a gestante sofre inúmeras transformações físicas e psicológicas que vão de simples mal-estar e constante aumento de peso, até possível depressão provocados por estresse ou expectativas diversas (inclusive, eventualmente, sentimento de repulsa do neonato), sem prejuízo de eventual seqüela oriunda do parto, independente de intervenção médica.

Outro fator relevante é o estado lactante que a mãe passa a ter, declinando ao bebê maiores cuidados com amamentação, o que favorece o aspecto nutricional e imunológico (essenciais para o recém-nascido) e

proporciona maior interação, originando bem-estar, segurança e afetividade ao bebê.(33)

Evidencia-se, então, a necessidade da gestante afastar-se das atividades laborativas, seja para proteger-se de eventual esforço ou de algo que venha a prejudicar sua saudável gestação, seja para recuperar-se física e psiquicamente, visando o adequado retorno à sua rotina laboral.

Dentre outros direitos, também é garantida à gestante:

a) transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

b) dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.(34)

Para a adotante, que evidentemente salta a fase gestacional, a licença é essencial, pois favorece o melhor acolhimento do adotado, o que contribui para sua inserção e convivência familiares.

Normalmente, o adotado esteve por longo período sob a égide de uma instituição estatal e, ainda que melhor tratamento tivesse, seria incomparável e insubstituível a presença e acompanhamento maternos.

Ressalta-se ainda o aspecto psicológico que afeta muitas crianças ao tomarem ciência do abandono material por seus pais naturais.

Conclusão

Sem a intenção de esgotar a matéria e os caminhos que abrangem a questão, é tempo de expor as considerações finais da reflexão científica desenvolvida.

Ao longo do estudo foi possível evidenciar que a pessoa humana se trata de uma consideração aberta e em constante modernização. Todavia, também é manifesto que é de uma qualidade inseparável a todo e qualquer ser humano, independente de qualquer coisa. Todo ser humano é possuidor de seus direitos

fundamentais, e desta forma, digno de deferência por parte do Estado e da comunidade, necessitando ser ainda reconhecidas as peculiaridades individuais. Cabe destacar que o princípio da pessoa humana não se versa de princípios absolutos.

No decorrer da história a consideração de maternidade foi evoluindo, e por causa de tal evolução, a maternidade legal ou adotiva aparece como uma probabilidade e um direito garantir filhos àqueles que não podem ser pais.

A coexistência e o afeto deixam de ser rudimentos oportunos dos estudos psicológicos e psiquiátricos e abrangem o status de amparo social e jurídico, considerados indispensáveis à formação da criança. E a compreensão de que a adoção nascida com o desígnio de dar filhos a quem não pode tê-los foi aos poucos trocada, no significado de dar pais a quem não pode tê-los e ultimamente, seu conceito decorre do apreendido como uma função jurídico-social.

O Código Civil, em conformidade com os alinhamentos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplina a adoção, no intuito de garantir vínculos mais estreitos e perenes entre os pais e filhos adotivos, e gera, assim, maior garantia e tranquilidade nas relações.

O ponto central, no procedimento de adoção, altera-se, e o avanço legal do caráter especial, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que fez por bem ressaltar como um dos princípios direcionador do princípio do melhor interesse da criança.

Avaliando o histórico-legislativo confirma que a maternidade é um acontecimento dotado de grande importância jurídica e social. Os aparelhos legais nacionais propõem a procura de uma eficaz assistência à maternidade, tendo por prioridade a inquietação com a excelência do bem-estar social. Intensamente vinculada

ao conceito de dignidade social, a proteção da mulher, da criança e seu tempo de convívio acontecem não por pretextos afetuosos, mas para a adequada concretização desse ser humano que se desenvolve e que irá fazer parte da futura sociedade.

Em vista disso as aquisições sociais já conseguidas firmam-se no significado de aumento do limite de convívio, sustentação do salário percebido pela mãe, segurança no emprego, igualdade entre as naturezas de maternidade, quer seja ela adotiva ou biológica. Assim sendo são disposições de acréscimo dos direitos e eficaz manifesto do princípio da dignidade humana. Sob este aspecto, investir na maternidade biológica e adotiva enquanto elemento de amparo social é investir também na própria sociedade.

A justiça, o bem estar social e a dignidade são denodados soberanos propugnados pela Constituição Federal vigente e, em específico, que nos interessam como pilares a Seguridade Social. E, ao ponderarmos sobre o desenvolvimento digno do ser humano e suas condições ínfimas de vivência, atingimos a um tema essencial: o princípio de tal desenvolvimento como ser humano digno se manifesta na maternidade.

Eis a razão pela qual ela necessita ser resguardada socialmente, pois é o começo, a origem para a solidificação e o desenvolvimento desse homem formador da sociedade. Resguarda-se a maternidade, e se estará resguardando o próprio homem.

A lei n. 10.241/2002 representa um amplo adiantamento na proteção social outorgada à maternidade, pois progride no conceito que antes era meramente biológico e natural, prestigiando-se a maternidade adotiva ou legal, sucedida da premissa de que é de irrestrita seriedade o estabelecimento de vínculos afetivos entre as mães e filhos, imprescindíveis o seu desenvolvimento.

O original benefício deve ser percebido como um apoio aos que pretendem ser adotantes, pois adjudicará maior tranquilidade à mãe ou ao pai adotante filiado ao sistema que ambiciona adotar, nos padrões dispositivos pelo diploma legal.

Concluimos nosso estudo reafirmando que o espírito de assistência social à maternidade, quer seja biológica ou adotiva, foi esclarecido com a publicação da Lei n. 10.241/2002, indispensável para ratificar o que expressa nossa Constituição Federal que, em uma visão ordenada, designava resguardo específico à maternidade, à criança, e à família.

Com a nova lei, foram operacionalizados maquinismos para que a mãe adotiva pudesse desempenhar sua licença-maternidade, exercendo com dignidade um papel social que o competente legislador constitucional já projetava.

REFERÊNCIA

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. São Paulo: Renovar, 2001.

AZAMBUJA, M. R. F. (2004). **Violência Sexual intrafamiliar. É possível proteger a criança?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 105.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2011. p. 693.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 259

CANDAU, et. al. Sociedade, direitos humanos e cidadania: desafios para a educação no Brasil. In: CANDAU, V. M.; SCAVINO, S. (Org.). **Educação em direitos humanos**: temas, questões e propostas. Rio de Janeiro, DP et Alli Editora, 2008

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5º volume, Direito de Família. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 507 e 508.

BRASIL. **Lei n.º 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em

. Acesso em: 01.mar.2018.

BRASIL. Lei n.º12.873 de 24 de outubro de 2013.Disponível em

.

Acessoem:01. Abr .2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**:Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em

. Acesso

em: 01.mar.2018.

_____. **Da impossibilidade jurídica da adoção intuito personae no ordenamento jurídico brasileiro** à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988. 2013.Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1081>. Consultado em: 13/03/2018.

_____. **Lei n.º 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em

. Acesso em: 10.mar.2018.

_____. **Lei n.º 11.770**, de 09 de setembro de 2008. Disponível em

. Acesso em:

01.mar.2018.

_____. **Lei n.º 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em

. Acesso em: 01.mar.2018.

BRASIL. Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm> Acesso em: 04 de mar de 2018.

_____. **Lei n.º 10.421**, de 15 de abril de 2002. Disponível em

. Acesso em: 01.mar.2018.

_____. Lei n.º 6.136, de 07 de novembro de 1974. Disponível em . Acesso em: 12 mar.2018.

_____. Decreto n.º 7.052, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em . Acesso em: 01.abr .2018.

BRASIL, Lei 4655 de 1965. Informação disponível no site www.morangorj.dataprev.gov.br. Site acessado em 20 de mar 2018.

BRASIL. Lei n° 6.697, de 10 de outubro de 1979. **Instituiu o código de menores**. Disponível em:< http://www.planalto.com.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.html> . Acesso em: 04 mar. 2018.

BRASIL. Lei n° 8.069, de 12 de outubro de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em . Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. Decreto n° 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 04 de mar de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 391.

CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**.31 ed.São Paulo Saraiva. 2006

COÊLHO, Bruna Fernandes. **Apontamentos acerca do instituto da adoção à luz da legislação brasileira vigente**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: .acesso em 04/03/2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 480.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 61 et seq.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 3ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 82.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, N.M. **Estudo de uso e usuários da informação**. Brasília: IBICT, 1994 b.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas S.A., 2011. p. 149.

FORTES, E. Apresentação. In: TAVARES, C.; SILVA, A. M. M. (Orgs.). **Políticas e fundamentos da educação em direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 7-13.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 80.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GAUER, R. M. C. "Historicidade dos direitos humanos e fundamentais". **Revista Duc In Altum** - Cadernos de Direito, vol. 4, nº 6, jul-dez. 2012.

GUERRA, S. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente: os Grandes Temas da Atualidade. In: BITTAR, E. C.; TOSI, G. (Org.). **Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança**. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

GOHN, M. G. **Teoria dos direitos sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo, Loyola, 1997.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KOERNER, Andrei. **Posições doutrinárias sobre o direito de família no Brasil pós- 1988. Uma análise política**. In: Segredo de família. São Paulo: Annablumi Nemge/USP Fapesp, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: companhia das Letras, 1999.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em . Acesso em 26.abr.2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINHO, G. **Educar em direitos humanos e formar para a cidadania no ensino fundamental**. São Paulo, Cortez, 2012.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 17 ed. São Paulo. Getúlio Vargas, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTINS, S. P. Direito do trabalho. 22. ed. São Paulo : Atlas, 2006.

MONDAINE, M. **Direitos humanos**. São Paulo, Contexto, 2006

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2005. p.

NASCIMENTO, A. M. Direito do trabalho na Constituição de 1988. 2. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 2004.

NEIVERTH, E.; M. H. B., MANDALOZZO, S. S. N. **A Licença-maternidade e sua ampliação facultativa.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, a. 34, n. 63, julho/dezembro de 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46-47.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 371.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIRES, C. Direitos humanos como proposta social: uma análise histórico-crítica. In: VIOLA, S. E. A.; ALBUQUERQUE, M. Z. (Org.). **Fundamentos para educação em direitos humanos.** São Leopoldo, Sinodal, EST, 2011.

RESENDE, V. L. P. **Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988.** 150 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)– Centro Universitário FIEO, São Paulo, 2006.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual.** São Paulo: RT, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 458

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade.** Belo Horizonte: Lê, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. **O Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.** Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, 2001, p. 53 apud WEYNE, Bruno Cunha. O Princípio da Dignidade Humana, Reflexões a partir da filosofia de Kant, Editora Saraiva, São Paulo, 2013

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho: comentada**. 41 ed. Atual., rev. E ampl. Por José Eduardo Saad, Ana Maria Saqad Castelo Branco. São Paulo: Ltr, 2008

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 33.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro. O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

A EFETIVIDADE DO JUS POSTULANDI: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA COMARCA DE MANAUS/AM

CARINE TERESA LOPES DE SOUSA POSSIDONIO:

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil, na Escola de Advocacia do Amazonas - OAB/AM. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG.

RESUMO: No presente trabalho, objetiva-se analisar brevemente a capacidade postulatória nos Juizados Especiais Cíveis, nas causas de até 20 salários mínimos. Dessa forma, buscou-se tratar, primeiramente, das experiências anteriores à edição da Lei nº 9.099/95, tais como os Conselhos de Conciliação e Arbitragem e os Juizados de Pequenas Causas. Tratou-se, ainda, de verificar a atual estrutura dos JEC's sob a análise dos princípios inerentes a eles, dando-se enfoque à referida capacidade postulatória, sobretudo no que diz respeito ao instituto do *jus postulandi*. O método escolhido para o desenvolvimento do trabalho foi o método dialético. A temática abordada levou em consideração, precipuamente, o contexto social no qual estão inseridos os indivíduos que buscam amparo na tutela jurisdicional prestada pelos Juizados Especiais Cíveis, os quais foram pensados e criados, por meio da Lei nº 9.099/95, com o intuito de atender a um segmento da sociedade que, fosse pela morosidade, fosse pelos altos custos necessários para demandar em juízo, ficava à margem daquilo que chamamos de amplo acesso à Justiça. O *jus postulandi* trata-se da faculdade conferida às partes, que prevê a possibilidade destas postularem em juízo sem a presença de advogado. No entanto, a vulnerabilidade processual a que estão submetidas limita de forma expressiva a efetividade e os resultados previstos pelo referido instituto. Portanto, constituiu-se como objetivo geral discorrer acerca da capacidade postulatória, no que se refere à efetividade do *jus postulandi*, elucidando as situações de vulnerabilidade e disparidade nas quais se encontram os cidadãos que optam por postular em juízo desacompanhados de defesa técnica.

PALAVRAS-CHAVES: juizado especial cível; *jus postulandi*; acesso à justiça; Lei nº 9.099/95.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O acesso à justiça como direito fundamental; 2.1. Um novo enfoque de acesso à justiça. 3. O surgimento dos juizados especiais cíveis: abordagem histórica. 4. Princípios norteadores dos juizados especiais cíveis. 5. Vulnerabilidade processual. 6. O *jus postulandi* nos juizados especiais cíveis. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A motivação para abordar o tema deste trabalho partiu da breve vivência da autora deste artigo, como estagiária de Direito, em uma das Varas dos Juizados Especiais Cíveis – JEC's da comarca de Manaus/AM, no ano de 2016. O estágio desempenhando junto ao Tribunal de Justiça do Amazonas, bem como o tempo posteriormente dedicado ao ofício da advocacia privada, despertaram na autora a vontade de discorrer sobre a capacidade postulatória concedida às partes sob um olhar científico, de quem presenciou inúmeras situações que transpareciam a desproporção existente entre lides compostas por um demandante desacompanhado de patrono legal, sendo aquele processual, jurídica e socioeconomicamente vulnerável, litigando, no entanto, contra pessoas físicas e/ou jurídicas, de pequeno, médio e grande porte, altamente aparelhadas, economicamente capazes e tecnicamente preparadas para fulminar a pretensão autoral.

Insta salientar, desde logo, que o presente artigo não tem condão criticar os instrumentos processuais trazidos ao ordenamento jurídico com intuito de facilitar o acesso à justiça, tais como o *jus postulandi*, mas sim de verificar e expor a dimensão de sua efetividade concernente às demandas ajuizadas nos JEC's. Por isso, o referido estudo terá como objetivo geral analisar a efetividade da capacidade postulatória nas causas de até 20 salários mínimos dos Juizados Especiais Cíveis.

Observar-se-ão os seguintes objetivos específicos: expor o propósito das ondas de acesso à justiça, principalmente da terceira onda da reforma, nas quais a criação dos Juizados Especiais Cíveis está inserida; apresentar a

conceituação de vulnerabilidade, bem como suas ramificações e discorrer sobre seus efeitos, principalmente no âmbito processual; entender os objetivos e a atual estrutura dos JEC's, sob a análise das experiências anteriores à sua criação e explicar acerca da capacidade postulatória nos Juizados Especiais Cíveis nas causas de até 20 salários mínimos e os prejuízos decorrentes da ausência de defesa técnica às partes desassistidas.

O método escolhido para a formulação do presente artigo foi o método dialético. O tema abordado levou em consideração o contexto social no qual estão inseridos os indivíduos que buscam amparo na tutela jurisdicional prestada pelos Juizados Especiais Cíveis. Por essa razão, o método dialético constituiu-se como o mais adequado para que se possa elucidar as situações de vulnerabilidade e disparidade nas quais se encontram os cidadãos que, pela faculdade dada pela lei, optam por postular em juízo desacompanhados de defesa técnica.

A organização do presente estudo fez-se sob a divisão em cinco tópicos, quais sejam: O Acesso à Justiça como Direito Fundamental, O surgimento dos Juizados Especiais Cíveis: Abordagem histórica, Princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis, Vulnerabilidade Processual e O *jus postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis.

O objetivo do primeiro item é explicar a existência dos Juizados Especiais Cíveis diante do discurso das ondas de acesso à justiça, sobretudo em relação à terceira onda. Esta foi intitulada com a premissa de "um novo enfoque de acesso à justiça", a qual buscava o debate sobre a reforma dos procedimentos judiciais em geral, bem como a necessidade de criação de métodos alternativos para decidir causas judiciais, inclusive no que diz respeito à instituição de procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular importância social. E é nesta seara que se insere a criação dos Juizados Especiais Cíveis.

O segundo tópico trata brevemente dos modelos alternativos que antecederam à criação dos Juizados, quais sejam, os Conselhos de Conciliação e Arbitramento e os Juizados de Pequenas Causas, e como estes contribuíram com a estruturação dos Juizados e os influenciaram.

O terceiro item objetiva expor a estrutura dos Juizados Especiais Cíveis sob a análise dos princípios jurídicos inerentes a eles, constitucionais e processuais.

Quanto ao quarto tópico, serão relacionadas as diversas formas pelas quais a vulnerabilidade se manifesta e de que maneira influenciam nos atos e na marcha processual. Assim, serão abordados, no âmbito da vulnerabilidade processual, os variados quesitos que contribuem para sua composição.

Finalmente, no último tópico discorre-se a respeito da capacidade postulatória prevista pela Lei nº 9.099/95, assim como os entraves que a parcela mais carente da sociedade encontra ao postular em juízo sem a companhia de advogado.

2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 – CF/88 é considerada pelos estudiosos como uma das constituições mais avançadas do mundo em matéria de direitos humanos. Ao relacionar os fundamentos do Estado, a CF/88 positiva, desde logo, a dignidade da pessoa humana, indicando que a dignidade é o parâmetro orientador de todas as condutas estatais, se constituindo em um pressuposto em cima dos qual o Estado deve se desenvolver. Desta forma, a Carta Magna positivou a maior parte dos Direitos e Garantias fundamentais logo no início do texto constitucional, em seu Título II, antes de tratar, inclusive, da organização e da estrutura do Estado e dos Poderes, deixando evidente que os referidos direitos ocupariam, a partir de então, primeiro plano na nova ordem jurídica.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional trata-se de um dos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, bem como do tema ora tratado, e corresponde ao *direito fundamental* à efetividade do processo, ou efetividade da *jurisdição*, de forma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, garantindo aos brasileiros, dessa forma, a possibilidade de acesso à justiça.

No Brasil, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna, além de encontrar previsão expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992. No mesmo sentido, As Regras de Brasília conhecidas também como Princípios de Brasília adotados pela Cúpula Judicial Ibero-americana, aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, em Brasília constituem-se em regras básicas relativas ao o acesso à justiça das pessoas que se encontram em condição de vulnerabilidade, bem

como recomendações para que todos os poderes públicos promovam reformas legislativas e adotem medidas que tornem efetivo seu conteúdo.

A garantia de amplo acesso à Justiça, de acordo com Cappelletti e Garth (1998, p. 08), seria “o sistema pelo qual as pessoas poderiam reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob os olhares do Estado, de forma que o sistema deveria ser, primeiramente, acessível a todos e, ainda, capaz de produzir resultados individualmente justos”.

A referida garantia de um acesso à ordem jurídica justa diz respeito à tutela jurisdicional prestada de modo eficaz, por meio dos titulares de posições jurídicas – enquanto instituição estatal –, com o intuito de garantir que a tutela prestada seja voltada de forma isonômica para a realidade social.

Neste mesmo sentido, o princípio do devido processo legal tampouco diz respeito unicamente à possibilidade de todos os cidadãos proporem ações. Para Watanabe (1988, p. 128): “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”.

Em que pese o conceito de justiça depender de fatores de consciência de cada pessoa humana, além dos fatores culturais, históricos, econômicos e variações ideológicas de cada sociedade, o acesso à justiça não se limita, de certo, ao contato com os Tribunais, mas sim com o Direito em si, notadamente no caminho entre o cidadão comum e as leis. Ademais, o referido direito tampouco se limita a questões individuais e econômicas, tratando-se de direito fundamental básico, um dos mais básicos direitos humanos, inerentes à noção do mínimo existencial e, sobretudo à dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Pedro de Miranda Oliveira (2010, p. 46):

Enfim, por acesso à ordem jurídica justa entende-se acesso a um processo justo, ou seja, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. O

processo que não produza um resultado justo, assim considerado aquele que não atinge seus objetivos éticos ou que repele, direta ou indiretamente, os influxos axiológicos da sociedade, é, na verdade, um processo injusto e, por isso, inibidor do acesso à justiça.

Destarte, amplo acesso à justiça não se trata somente da prestação jurisdicional obtida diante do Poder Judiciário. O acesso à justiça não se circunscreve ao acesso ao Poder Judiciário, sendo certo que a acepção “Justiça” abarca sentido muito maior que o mero órgão judiciário. O princípio deverá garantir que todos tenham direito de obter uma tutela jurisdicional adequada, de forma que a ausência de tal característica transformaria o princípio em um ditame de pouquíssima relevância social e processual.

2.1. Um novo enfoque de acesso à Justiça

As chamadas ondas renovatórias de acesso à Justiça, propostas por Mauro Cappelletti e Briant Garth, dividem-se em três dimensões, cujas temáticas tratavam, e ainda tratam, dos principais óbices a serem enfrentados e ultrapassados pelo direito processual. Assim, a primeira dimensão está ligada à assistência judiciária aos pobres e à gratuidade da justiça; a segunda, à proteção dos direitos difusos (promoção da tutela coletiva); e a terceira, à efetivação do acesso à justiça, ao processo de facilitação acesso à justiça.

Assim, na terceira onda, a qual se denominou “um novo enfoque de acesso à Justiça” estabeleceu-se como problema-meta a transformação da estrutura judicial, importando em desburocratização dos Tribunais e simplificação dos procedimentos, bem como em mecanismos alternativos para a solução de conflitos. Buscava-se, dessa forma, a superação do que veio a se chamar “obstáculo processual”, buscando atacar as barreiras de acesso à justiça de modo mais articulado e compreensivo.

Outrossim, através da terceira onda de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, na qual a criação dos Juizados Especiais está inserida e cujo objetivo era, sobretudo, o de facilitação acesso à justiça, reconheceu-se a necessidade de adaptar e relacionar o processo civil aos variados tipos de litígios (Cappelletti, 2002, p. 26), uma vez que estes diferenciam-se pela complexidade. Para

Cappelletti (op. Cit., p. 25), o método da terceira onda não consistia em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como algumas séries de possibilidades para melhor o acesso à Justiça.

Assim, é forçoso concluir que já se visualizava a necessidade da implantação de procedimentos especiais para litígios de pequenas causas. Destarte, a nova tendência de especialização de juizados e de procedimentos, cujos objetivos eram atender especialmente às pessoas ou às causas mais simples, tinha como escopo a efetivação do direito fundamental de acesso à Justiça, havendo, ainda, o nítido propósito de criar tribunais e procedimentos rápidos e acessíveis às pessoas ditas “comuns”.

3 O SURGIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: ABORDAGEM HISTÓRICA

A criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, por meio da edição da Lei nº 9.099/95, tomou como inspiração o desfecho positivo obtido pelos Conselhos de Conciliação e Arbitragem e do sucesso da Lei nº 7.244/84, que regulamentava os Juizados Especiais de Pequenas Causas. As experiências anteriores à criação dos Juizados Especiais Cíveis objetivam a promoção da conciliação entre as partes para resolução de litígios de pequena complexidade, de forma célere e menos onerosa, desafogando o contingente crescente de demandas que, já à época, abarrotavam o Judiciário.

Assim, em meados da década de 80, desenvolveu-se, no estado do Rio Grande do Sul, pelos próprios magistrados e com apoio da Associação dos Juízes (AJURIS), atividade que tinha como escopo testar meios extrajudiciais de composições de litígios. A ideia de desenvolver a referida atividade teve inspiração em modelos de juizados de pequenas causas exercidos nos Estados Unidos e na Europa. Esta prática ficou conhecida como Conselhos de Conciliação e Arbitramento.

Nas lições de Roberto Portugal Barcelar, em sua obra “Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual”, o autor expõe a trajetória dos referidos Conselhos (2003, p. 31):

O primeiro Conselho de Conciliação e Arbitragem foi instalado em 1982 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande

do Sul, seguido pelo Tribunal de Justiça de Curitiba e Tribunal de Justiça da Bahia. A partir disso, vários outros estados também criaram seus Conselhos, dissipando-se, pelo território nacional, a ideia de um sistema de conciliação de conflitos de pequeno valor, que pudesse ser realizado de maneira célere e menos burocrática.

Diante da mobilização de magistrados, serventuários da Justiça e advogados, os quais, muitas vezes, não eram remunerados, o movimento dos Conselhos, carente de precedentes e de previsão legislativa, ganhou força e acabou por alcançar índices relevantes e satisfatórios de conciliação e resolução de conflitos.

O sucesso no desempenho dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem foi tamanho que não tardou a ser regulamentado. Com a necessidade de reorganizar a prestação jurisdicional, em 1984, foi promulgada a Lei nº 7.244, inspirada nos referidos Conselhos e no modelo americano das "*Small-Claims Courts*", de origem nova-iorquina.

Por intermédio da Lei nº 7.244/84 foram criados os Juizados de Pequenas Causas, para atuarem nas causas cíveis de valor até 20 (vinte) salários mínimos e orientados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação das partes. Para Roberto Portugal Barcelar (2003, p. 32), os Juizados de Pequenas Causas, historicamente, foram fundamentais para dar um novo semblante à Justiça, o qual se quedava obscurecida pela falta de indignação, iniciativa e criatividade de legisladores e juristas.

Neste momento, eram necessárias as mudanças de mentalidade e de consciência popular acerca da exigência de respeito aos direitos de cada um. Era preciso que a população entendesse que o conhecimento e a defesa dos direitos são fundamentais para o exercício da cidadania. A instalação dos Juizados de Pequenas Causas acelerou este processo de conscientização popular, havendo uma mudança natural e gradativa, fazendo com que a população, aos poucos, parasse de renunciar aos direitos a que fazia jus, sobretudo afastando a conduta de inconformismo que afligia a população mais carente, justificada pela, até então, falta de acesso à Justiça.

Diante do sucesso da Lei nº 7.244/84, a Carta Magna de 1988 previu no artigo 98, inciso I, a criação dos Juizados Especiais Cíveis. Estes, por sua vez, previram um alargamento no âmbito de abrangência e atuação, uma vez que deixaram de delimitar a competência às “pequenas causas”, passando a dispor do termo “causas de menor complexidade”, tanto na esfera estadual, quanto na federal. Tal premissa se concretizou com a promulgação das Leis nº 9.099/95 e 10.259/01, que tratavam dos Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Federais, respectivamente.

Salienta-se que a Lei nº 9.099/95 abarcou os mesmos princípios da Lei nº 7.244/84, inovando quanto à competência estabelecendo novo limite para as causas cíveis processadas nestes com valor não superior a 40 (quarenta) vezes o valor do salário mínimo.

Assim, os JEC's surgiram com intuito de proporcionar uma tutela efetiva e instrumental, visando à garantia concreta do amplo acesso à Justiça, tendo em vista a costumeira demora na prestação jurisdicional e buscando, sobretudo, a celeridade processual. A ideia principal destes juizados firma-se no conceito de facilitação do acesso à Justiça por cidadãos comuns, sobretudo aqueles de baixa renda e menos favorecidos da sociedade. Desta forma, os Juizados Especiais surgiram com o objetivo não somente de proporcionar o acesso ao Judiciário a esses cidadãos, mas, ainda, com o propósito de solucionar as causas de menor complexidade de forma mais célere, possibilitando uma efetiva prestação jurisdicional aos litigantes.

4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Sabe-se que o sistema jurídico é composto por princípios e regras, os quais exercem função primordial no ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina não raramente discorre sobre o conceito e a função dos princípios para o Direito, diferenciando-lhes sobremaneira das regras.

Assim, para Ana Paula Barcellos (2005, p. 169) as regras se apresentam como normas que apenas descrevem determinado comportamento sem se ocupar com a finalidade dessas mesmas condutas, e os princípios como normas que estabelecem estados ideais e objetivos que devem ser atingidos. Robert Alexy(2008, p. 90) em sua teoria sobre princípios e regras, sustenta a tese de que princípios e regras são normas, sob o argumento de que ambos expressam

um *dever ser*. Para o autor, a diferença entre os dois não é de grau, mas, de diferença qualitativa. No entendimento de Robert Alexy (2008, p. 90-1):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devidas de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Assim, os princípios são orientações gerais que surgem para auxiliar a interpretação das diversas normas que compõem o ordenamento jurídico. Segundo Cássio Scarpinella (2014, p. 121):

[...] os princípios assumem fundamental papel na própria interpretação e aplicação das regras jurídicas. Isto se deve fundamentalmente pela especial qualidade de densidade normativa e valorativa que caracteriza um princípio jurídico como tal, em contraposição às regras jurídicas.

A Lei nº 9.099/95 estabeleceu os princípios orientadores dos Juizados Especiais Cíveis: princípio da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Conforme ensinam os doutrinadores Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior (2007, p. 79), tais princípios expressos na lei que dispõe sobre os JEC's possuem caráter garantia constitucional:

Com referência aos princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, são eles decorrentes do próprio texto constitucional, que exige no início do inciso I do art. 98 da Lei Maior, que se observe nos Juizados Especiais a oralidade em grau máximo donde surge o procedimento verdadeiramente sumaríssimo. O que estamos a dizer é que o

procedimento da Lei dos Juizados Especiais é mais flexível dos que os delineados do processo civil tradicional, justamente porque seus contornos estão definidos originariamente na Constituição Federal, que, por sua vez, determina a observância do princípio da oralidade, do qual decorrem todos os demais subprincípios inclusive os da informalidade e simplicidade.

O princípio da oralidade, como próprio termo alude, indica que, na realização dos atos processuais, deve-se prevalecer a comunicação oral, com nítido intuito de condensar a atividade jurisdicional no menor número de atos processuais possíveis, de modo que o processo ocorra de forma mais célere.

A Lei nº 9.099/95 tratou expressamente de inúmeras situações nas quais sobressai o princípio da oralidade em sede dos Juizados Especiais Cíveis. Em seu art. 13, § 3º prevê:

Art. 13. §3º **Apenas** os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.(grifos nossos)

Neste diapasão, a outorga de mandato de poderes gerais ao advogado também poderá ser conferida de forma verbal, nos termos do art. 9º, § 3º, salvo quanto aos poderes especiais, como para receber citação, dar quitação, renunciar, confessar, transigir, entre outros:

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais.

Em sede recursal, o princípio destaca-se em relação aos embargos de declaração, que poderão ser interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, nos termos do art. 49, da Lei nº 9.099/95:

Art. 49. Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

A fase de execução também foi contemplada pelo princípio da oralidade ao prever que, quando não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, a execução terá início por meio de solicitação do credor interessado, permitindo que esta seja realizada de forma verbal, nos termos do art. 52, inciso IV:

Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:

IV - não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação;

Em relação ao princípio em comento diante do advento do Código de Processo Civil de 2015, pondera Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 91):

A oralidade recebe, com o advento do Código novo, um incremento, visto que o caráter cooperativo entre as partes e o juiz se transformou em norma fundamental do processo justo (art. 6º), e nada contribui mais para a eficiência dessa cooperação do que o contato verbal e direto entre os sujeitos do processo, ou seja, entre partes, seus advogados e o julgador. Instituições – como a audiência preliminar, nos juízos de primeiro grau, e a sustentação oral, perante os tribunais – merecem atenção particular para viabilizar o ideal cooperativo na formação democrática do provimento jurisdicional.

Está claro, portanto, que a Lei nº 9.099/95, antes mesmo do advento do Novo Código de Processo Civil, que previu de forma acertada o princípio da cooperação, buscou propagar a celeridade, a simplicidade e a informalidade nos processos tidos como “de pequenas causas” ao consagrar a oralidade como um dos seus alicerces.

Acerca do princípio da simplicidade, cumpre destacar que a ideia principal dos Juizados firma-se no conceito de facilitação do acesso à Justiça por cidadãos comuns, sobretudo aqueles que compõem as parcelas menos favorecidas da sociedade.

Dessa forma, o art. 13, da Lei nº 9.099/95 pontualmente previu que atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

Ademais, reforçando a percepção de que o processo não tem um fim em si mesmo, Ricardo Cunha Chimenti (2012, p. 35) pontua: o legislador explicita que nenhuma nulidade é reconhecida sem a demonstração do prejuízo.

Nesse mesmo sentido, relatório estará dispensado nas decisões proferidas nos Juizados Especiais Cíveis, bem como nos julgamentos proferidos pelas Turmas Recursais, nos termos do art. 46 da Lei nº 9.099/1995:

Art. 46. O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

O princípio da informalidade, que muito se assemelha ao da simplicidade, possibilita que os atos processuais deixem de ser um fim em si mesmo e passem a representar a verdadeira aplicação do direito, de forma que o processo seja impulsionado de forma ágil, célere e eficiente, evitando seu engessamento diante de embaraços processuais comuns às lides. Para Luciano Rossato (2016, p. 25): “o princípio busca, de forma simples e objetiva, desonerar o procedimento da complexidade que lhe é própria”.

A criação dos Juizados Especiais trouxe ao ordenamento uma das maiores facetas do princípio da simplicidade, tendo em vista que inovou ao proporcionar a capacidade postulatória às partes, excepcionando a possibilidade de postulação em Juízo sem a presença de causídico, tornando possível que o cidadão ingressasse nas demandas de até 20 salários mínimos sem o patrocínio de advogados[1].

Conforme ensina Ricardo Cunha Chimenti (2012, p. 35):

Seguindo a orientação já firmada na Lei n. 7.244/84, a Lei n. 9.099/95 demonstra que a maior preocupação do operador do sistema dos Juizados Especiais deve ser a matéria de fundo, a realização da justiça de forma simples e objetiva. Por isso, independentemente da forma adotada, os atos processuais são considerados válidos sempre que atingem sua finalidade (art. 13 da lei especial).

Na vida prática, nos Juizados Especiais Cíveis, não raramente são realizadas intimações por meio de contato telefônico, cientificando à parte do ato processual e do prazo, quando houver, após as quais há a devida certificação de intimação nos autos do processo, haja vista que a Lei nº 9.099/95 previu expressamente que as intimações serão realizadas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação[2].

Deve-se observar, entretanto, que a parte deverá ser intimada de todos os atos processuais, de modo que a informalidade inerente aos Juizados não poderá violar o devido processo legal que a parte faz jus.

O princípio da economia processual prevê que o processo civil deve propiciar às partes uma prestação jurisdicional rápida e barata, de modo a obter o máximo de resultado com o mínimo emprego possível de atividades judiciais (DONIZETTI, p. 116). Para Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 94):

O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos, inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação

jurisdicional. Justiça tardia é, segundo a consciência geral, justiça denegada. Não é justa, portanto, uma causa que se arrasta penosamente pelo foro, desanimando a parte e desacreditando o aparelho judiciário perante a sociedade.

Assim, a concessão da gratuidade da justiça no 1º grau de jurisdição, cujo deferimento está condicionado à afirmação feita pelo requerente de que sua situação econômica não lhe permite demandar em juízo sem que haja prejuízo seu ou de sua família, é uma das formas pelas quais o princípio da economia processual se manifesta. Destarte, o princípio da economia processual busca contenção de tempo e recursos, pois, aliado aos princípios da informalidade e simplicidade, estabelece que as partes, por intermédio, sobretudo, da atuação do magistrado, sejam práticas e objetivas no desenrolar dos atos processuais nas demandas judiciais.

Não obstante, os Juizados Especiais surgiram com o objetivo não somente de proporcionar o acesso ao Judiciário às pessoas de menor poder aquisitivo, mas, ainda, com o objetivo de solucionar as causas de menor complexidade de forma mais célere, possibilitando uma efetiva prestação jurisdicional aos litigantes. Na lição de Ricardo Chimenti (2012, p. 48):

A maior expectativa gerada pelo Sistema dos Juizados é a sua promessa de celeridade sem violação do princípio da segurança das relações jurídicas. O critério foi elevado a direito fundamental pelo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, na redação da Emenda Constitucional n. 45.

Em sede de Juizados Especiais, a celeridade se manifesta em conjunto ao princípio da concentração dos atos em audiência, por exemplo. Nesse sentido, os artigos 28 e 29, da Lei nº 9.099/95:

Art. 28. Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença.

Art. 29. Serão decididos de plano todos os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento da audiência. As demais questões serão decididas na sentença.

Parágrafo único. Sobre os documentos apresentados por uma das partes, manifestar-se-á imediatamente a parte contrária, sem interrupção da audiência.

Ademais, a Lei nº 9.099/95 permitiu que a conciliação seja instaurada de pronto, não havendo necessidade de registro prévio de pedido e de citação, desde que haja o comparecimento de ambas as partes, comprovando plena consonância com o objetivo almejado pelo princípio da celeridade processual.

5 VULNERABILIDADE PROCESSUAL

O conceito de vulnerabilidade^[3] se relaciona com a concepção de suscetibilidade, constituindo-se em qualidade ou estado daquele que é vulnerável; ou seja, suscetível a algo em razão de sua fragilidade.

A vulnerabilidade processual, conforme os ensinamentos de Fernanda Tartuce (2012, p. 184):

[...] é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica e organizacional de caráter permanente ou provisório.

É certo, portanto, que são inúmeras as situações referentes à vida das partes que podem comprometer seus desempenhos no decorrer de uma disputa processual. O desconhecimento da matéria processual, bem como os entraves inerentes ao comum uso de linguajar técnico podem, não raramente, onerar sobremaneira a prática de atos processuais pelas partes, sobretudo nas causas que tramitam em Juizados Especiais Cíveis, onde essas, desprovidas de informações processuais “básicas”, optam por, ainda assim, demandar por conta própria, através do *jus postulandi*.

Para Rafael Barbosa e Maurilio Casas Maia (2014, p. 355), a vulnerabilidade processual é o “reflexo das dificuldades e fraquezas reais da parte litigante, as quais repercutem negativamente no âmbito de suas faculdades processuais a ponto de gerar desequilíbrio e disparidade de armas neste contexto”.

Segundo Cláudia Lima Marques (2010, p. 320), no que tange às causas consumeristas, existem quatro tipos de vulnerabilidade, a saber: 1. Vulnerabilidade técnica, que retrata a falta de conhecimento sobre o objeto ou serviço; 2. Vulnerabilidade jurídica ou científica, onde existe a deficiência acerca do próprio direito; 3. Vulnerabilidade fática ou socioeconômica a que diz respeito à fragilidade em razão da desigualdade econômica; 4. Vulnerabilidade informacional, a que se refere à ausência de informações capazes de desequilibrar a relação.

Acerca da vulnerabilidade econômica, estritamente relacionada à insuficiência de recursos financeiros, cumpre destacar que essa hipossuficiência financeira reflete-se diretamente na marcha processual, na proporção em que obsta, dificulta e confunde a prática de atos pelo litigante. A hipossuficiência, inclusive, diferencia-se da vulnerabilidade, uma vez que se apresenta principalmente no âmbito processual, devendo ser provada, caso a caso e havendo presunção relativa de tal situação.

A vulnerabilidade econômica trata, consoante ensina Flávio Tartuce (2013, p. 33), “de um conceito fático e não jurídico fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto”. A desinformação pessoal ligada à questão educacional, vinculada à escolaridade de cada um, também ligada à vulnerabilidade social, reflete diretamente na seara processual, constituindo também obstáculo social impeditivo do acesso à justiça.

Assim, a concepção de vulnerabilidade deve ser compreendida de forma abrangente, interpretando-se como condição que restringe o exercício de direitos, não se tratando apenas de hipossuficiência econômica e financeira, abarcando, portanto, todos aqueles que se encontram em situação social ou organizacional que dificulte o acesso à justiça.

Em sede de Juizados Especiais, a desinformação pessoal, ligada ao grau de escolaridade dos indivíduos, manifesta-se negativamente de diversas formas. Efetivando-se uma delas quando a parte processual desassistida vê-se obrigada a acompanhar o andamento processual por meio de sistemas informatizados do Poder Judiciário. No entanto, o que costumeiramente ocorre é que, mesmo quando as partes conseguem executar as instruções para concretizar a consulta processual através dos sites dos Tribunais de Justiça dos

Estados, a referida consulta deixa de surtir o efeito prático esperado, porque pouco adianta tomar conhecimento de que em determinada data foi exarado determinado despacho pelo magistrado ou prolatada determinada decisão interlocutória, se, no plano fático, não há efetiva compreensão do conteúdo destes atos.

Assim, se o objetivo do acompanhamento processual é assegurar aos litigantes o acesso a todas as informações pertinentes ao trâmite processual, para que se garanta o ingresso aos atos publicados, de forma a viabilizar a ampla defesa e o devido contraditório, torna-se pouco eficaz diante da barreira ligada à desinformação e, ainda, ao direito processual e material.

Não se pode deixar de pontuar que um dos meios mais eficazes para diminuição desta vulnerabilidade social que assola a população brasileira é, sem dúvida, o aumento da escolaridade dos indivíduos, com o devido incentivo à educação, buscando-se um nivelamento educacional por alto, a inclusão digital, acesso e compreensão de orientações, informações, instruções, diretrizes e, em um futuro ideal, compreensão de leis e normas jurídicas.

Em relação ao direito material propriamente dito e às normas processuais, nota-se um despreparo, uma carência latente de conhecimento jurídico “básico” experimentado pelas camadas menos favorecidas do Brasil. Obviamente, não somente esta camada sofre com o desconhecimento jurídico, material e processual, mas é neste segmento que isso se torna mais evidente.

A problemática relacionada à carência de conhecimento acerca do direito material se faz presente logo no início da marcha processual, na chamada “atermação”. O art. 14, § 3º da Lei nº 9.099/95 prevê o procedimento popularmente conhecido como “ajuizamento” ou “atermação”:

Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.

§ 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível:

- I - o nome, a qualificação e o endereço das partes;
- II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta;

III - o objeto e seu valor.

§ 2º É lícito formular pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, a extensão da obrigação.

§ 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos.

A parte que deseja postular em juízo sem a presença de advogado, ao se submeter à atermção, pouco sabe sobre a fundamentação de fato e de direito que sustenta a causa de pedir e o pedido de sua pretensão, deixando de apresentar informações e documentos essenciais ao provimento do pleito. Vale ressaltar, ainda, que embora haja um setor responsável por reduzir a termo as pretensões da parte desassistida, este, em teoria, não está apto a prestar esclarecimentos jurídicos, mas tão somente, como o nome já diz, a passar para o papel os fatos narrados e o objetivo da parte com esta pretensão.

Relativamente a isso, Fernanda Tartuce (2012, p. 199) pontua:

É inegável a realidade sociológica na qual os litigantes são desprovidos de informações processuais básicas. Para comprovar essa assertiva, basta considerar a situação do demandante sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis: o desconhecimento sobre o trâmite processual e a inacessibilidade do linguajar técnico podem prejudicar – e muito – a prática dos atos em juízo.

Mostra-se clarividente, portanto, que uma população com acesso limitado à informação, ou totalmente carente desta, acometida por diversas vertentes que compõem o conceito de vulnerabilidade, teria grandes dificuldades de acesso ao direito, não exercendo condignamente sua cidadania, tampouco cumprindo a máxima de amplo acesso à Justiça.

6 O *JUS POSTULANDI* NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A capacidade postulatória refere-se à aptidão de postular em juízo, ou seja, trata-se de um pressuposto processual, que se constitui na habilidade para realizar os atos do processo de maneira eficaz. Não se confunde

capacidade postulatória com a capacidade processual, uma vez que esta diz respeito à aptidão para fazer parte do processo, enquanto aquela constitui verdadeira aptidão para efetuar os atos do processo de maneira eficaz.

A capacidade postulatória, no processo civil, é restrita, via de regra, aos advogados, em regra. A Lei nº 9.099/95, porém, permitiu que a parte postulasse em juízo pessoalmente, sem necessidade de estar acompanhada de advogado. Tal faculdade denomina-se *jus postulandi*, que “no processo do trabalho, é a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postularem diretamente em juízo, sem necessidade de serem representadas por advogado” (LEITE, 2015, p. 553).

A faculdade do *jus postulandi* trazida pela Lei nº 9.099/95 assegura o acesso à justiça, de forma muito menos onerosa, pois diminui consideravelmente os custos em relação à contratação de patrono legal, bem como a questão dos honorários advocatícios. A dispensa de custas, taxas e despesas no primeiro grau de jurisdição, preceituada no art. 54º da Lei nº 9.099/95^[4], possibilitou que aqueles cidadãos de menor renda pudessem ingressar com as ações que lhe fossem pertinentes, sem que isso se tornasse oneroso ao ponto de não valer o custo-benefício de submetê-la ao crivo do Poder Judiciário.

Destarte, este é um dos pontos mais debatidos e controversos acerca da referida lei, pois a hipótese mencionada, do cidadão ingressar nas demandas dos Juizados sem advogado, trouxe uma conclusão cujo entendimento seria contrário à disposição prevista no art. 133, da Constituição Federal, que assegura ser o advogado “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Para Alexandre Freitas (2014, p. 269):

[...] é de se referir, porém, que me parece inconstitucional a regra que permite à parte comparecer em juízo sem advogado nos juizados especiais cíveis, quando o valor da causa não exceder de 20 salários mínimos. Tal inconstitucionalidade decorre do fato de tal regra contrariar o disposto no art. 133 da Constituição da República, em cujos termos o advogado é essencial ao

exercício da função jurisdicional, na forma da lei. Ao meu sentir, à lei caberá regulamentar o exercício da atividade do advogado, mas sem jamais chegar ao ponto de tornar a presença do advogado facultativa, pois assim estar-se-ia negando à sua atividade o caráter de função essencial. Isso porque, como sabido, essencial significa indispensável, necessário. Assim sendo, não se pode admitir que o advogado seja essencial, mas possa ser dispensado, sob pena de se incorrer em paradoxo gravíssimo.

Embora o legislador tenha tido a melhor das intenções permitindo que as partes postulassem em juízo sem a presença de causídico, o *jus postulandi* torna-se útil apenas naquelas matérias de menor complexidade, inclusive pela economia processual que traz ao litigante. Porém, o legislador parece ter olvidado o antigo ditado jurídico: “*da mihi factum, dabo tibi jus*”, que, em tradução livre afirma “diga-me os fatos e eu te direi o direito”, preconizando, assim, que cada caso é um caso.

O desconhecimento do direito é apenas um dos óbices à efetiva prestação jurisdicional àqueles que optam por litigar nestes juizados sem a presença de patrono. Há ainda a gritante desigualdade socioeconômica que assola o país, o grau de escolaridade e de conhecimento da população, que se encontram bem aquém do ideal, dificultando expressivamente o resultado pretendido e, muitas vezes, idealizado por essas partes.

Não obstante, o critério usado pela Lei nº 9.099/95 para facultar a presença de advogado foi aquele que se refere ao valor da causa, estabelecendo o limite nas causas em até 20 salários mínimos. O legislador entendeu que essas causas que envolvessem um montante pecuniário menor seriam mais fáceis de solucionar que aquelas que envolvessem maior valor econômico.

No entanto, valor da causa não constitui critério absoluto, tampouco suficiente, para definir a complexidade de uma causa. Nas lições de Cappelletti e Garth (2002, p. 35): “pequenas causas, afinal, não são necessariamente simples ou desimportantes; elas podem envolver leis complexas em casos de vital importância para litigantes de nível econômico baixo ou médio”.

Tendo em vista que, desprovido de defesa técnica patrocinada por advogado, o cidadão apresenta-se vulnerável perante o Poder Judiciário, por

vezes não dispondo de informações e conhecimentos técnicos suficientes acerca de seus reais direitos, o *jus postulandi*, não raramente, é adotado em detrimento do princípio constitucional do “acesso à Justiça”. Nota-se, assim, a existência de um ônus a ser suportado por aquele que, pela faculdade dada pela lei, optou por litigar sem a constituição de causídico.

O cumprimento de sentença, no que diz respeito à execução exige pedido expresso da parte para se iniciar a execução^[5], ou seja: depende da iniciativa do credor. Muito embora nos processos em que haja advogados constituídos nos autos, a manifestação pelo requerimento da execução se consubstancie em mera petição simples assim a requerendo, nos casos que a parte atua por conta própria, será necessário comparecimento à vara, onde este fará requerimento, muitas vezes a próprio punho, o qual será anexado ao processo para análise.

No entanto, o que mais dificulta o cumprimento de sentença é, novamente, o desconhecimento sobre normas processuais. Não há como se exigir de um cidadão não operador do direito que este tenha conhecimento do que seja o “trânsito em julgado da sentença”, muito menos que após este deverá requerer o “cumprimento da sentença”. Também, figuras como despachos, prazos processuais, penhora, títulos executivos judiciais, execução provisória, caução, entre outros, mostram-se nebulosos ao litigante desassistido, dificultando e diminuindo drasticamente a eficácia do cumprimento de sentença.

Aliás, cabe aqui o comparativo com a Justiça do Trabalho. A Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que também inclui a noção de *jus postulandi*. Anteriormente à Reforma Trabalhista, a execução poderia ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente. Com o advento da Lei 13.467/2017, a execução passou a ser promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado, nos termos do art. 878, da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, *in verbis*:

Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo

Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado. (*Redação dada pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017*).

Assim, embora o legislador tenha posto fim a execução *ex officio* quando a parte estiver assistindo por advogado, atentou-se à figura do *jus postulandi* e, notadamente, preocupou-se em manter àquele que litiga desacompanhado de advogado a benesse de ter a pretensão executória iniciada de ofício pelo magistrado.

Ademais, parece incoerente que a Lei nº 9.099/95 tenha, de um lado, viabilizado a postulação em juízo sem a necessidade de constituição de patrono legal, e por outro, tenha condicionado obrigatoriamente a interposição de recursos à representação por advogado. O que se pode concluir é que a faculdade do *jus postulandi* é concedida à parte “pela metade”, o que torna a experiência frustrante para aquele que se convenceu que não teria que arcar com nenhum ônus referente a honorários advocatícios.

Assim, a figura do *jus postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis tem se tornado de pouquíssima utilidade prática, pois ao invés de aproximar a sociedade da Justiça, revela-se instrumento muito mais decorativo que eficaz diante das complexidades inerentes às causas e ao processo judicial, da ausência de defesa técnica e, sobretudo, da insegurança e do envolvimento emocional a que estão sujeitos os demandantes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 previu em seu art. 5º, inciso XXXV o princípio da inafastabilidade jurisdicional, que garantiu a possibilidade de acesso à Justiça a todos os cidadãos. Dispôs, ainda, em seu art. 98, inciso I, a respeito da criação de juizados especiais para o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade. Assim, a criação dos Juizados Especiais Cíveis por meio da promulgação da Lei nº 9.099/95 proporcionou à população a possibilidade de discutir em juízo causas de menor complexidade, de forma célere e menos burocrática.

Embora os Juizados Especiais tenham obtido recepção positiva da população, que passou a procurar o Judiciário para resolver os conflitos que

assolam a vida cotidiana, depararam-se, também, com uma população carente de educação, informação, orientação, mas com vontade e pressa em resolver as demandas submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

A balança que equilibra a relação que envolve a prestação jurisdicional e aquele que usufrui da faculdade do *jus postulandi* deve ser ajustada de modo que esta parte vulnerável se equipare, de alguma forma, à parte contrária. É a famosa premissa de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na proporção de sua desigualdade.

O Novo Código de Processo Civil previu expressamente em seu art. 6º o princípio da cooperação, cujo objetivo é, sobretudo, aproximar a figura do magistrado das partes do processo. Este princípio corrobora a concepção processual atual, consoante ensina Elpídio Donizett (2016), que **exige um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo.**

Os magistrados tiveram, ainda, seus poderes ampliados com o advento do art. 139, do CPC/2015, principalmente em seus incisos IV, VI, VII e IX, cujo conteúdo não encontra correspondência no Código anterior. O dispositivo incluiu na esfera dos poderes-deveres do juiz conceitos jurídicos indeterminados ligados a medidas indutivas, coercitivas, mandamentais que objetivam conferir maior efetividade no cumprimento de ordens judiciais ou destinada à realização da tutela jurisdicional. Assim, o art. 139, IV dispõe que cabe ao magistrado determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. O inciso VI, por sua vez, prevê que o juiz tem o poder de dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

Outrossim, embora não possa haver nenhum tipo de inclinação ou preferência por parte do Juiz, o novo Código de Processo Civil atribuiu ao magistrado o dever de gerenciar o processo, fazendo-o com proatividade, cooperação, auxílio, esclarecimento, consulta e prevenção na gestão do

processo, mormente nos Juizados, cujos princípios norteadores são os da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

No mesmo sentido e anteriormente ao CPC/2015, As Regras de Brasília já possuíam como objetivo garantir as condições de acesso efetivo à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, sem discriminação alguma, englobando o conjunto de políticas, medidas, facilidades e apoios que permitam que as referidas pessoas usufruam do pleno gozo dos serviços do sistema judicial.

Assim, as regras recomendaram a elaboração, aprovação, implementação e fortalecimento de políticas públicas que garantam o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Recomendaram, ainda, que os servidores e operadores do sistema de justiça outorguem às pessoas em condição de vulnerabilidade um tratamento adequado às suas circunstâncias singulares. Ou seja, o que As regras Brasília buscam concretizar é a prioridade nas atuações destinadas a facilitar o acesso à justiça daquelas pessoas que se encontrem em situação de maior vulnerabilidade, quer seja pela concorrência de várias causas ou pela grande incidência de uma delas.

Torna-se, portanto, imprescindível que o magistrado adote, sobretudo no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, uma conduta direcionada a consubstanciar a igualdade das partes, tornando essencial para que concretização de um processo civil justo, a aplicação dos postulados da cooperação, da boa-fé e, sobretudo, da paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, sob pena de a premissa constitucional de inafastabilidade da jurisdição e da consolidação do acesso à Justiça por meio do *jus postulandi* tornar-se apenas um discurso promissor.

8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. MAIA, Maurilio Casas. Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no Direito Processual Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 230, p. 355, Abr. 2014.

BARCELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 nov. 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. Lei 9.099/95 de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 de mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Lei [13.015 de 21 de julho de 2014](#). Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2011-2014/2014/Lei/L13015.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. **Decreto-lei 5.452 de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm >. Acesso: 14 de mar. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. vol. 1. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jun-23/alexandre-freitas-camara-cpc-ampliou-poderes-juiz> >. Acesso em: 18 mar. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, reimpr 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília, 2008. Disponível em: . Acesso em: 12 mar. 2018.

DONIZETTI, Elpídio. Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Curso de direito processual do trabalho. 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015.

NETO, Fernando da Costa Tourinho e JUNIOR, Joel Dias Figueira. Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à lei [9099/95](#). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

MORELLO, Augusto Mario. El Conocimiento de los Derechos como Presupuesto de la Participación (El Derecho a la información y la realidad Social). *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre Acesso à Justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 82, jan. 2010.

ROSSATO, Luciano Alves. Sistema dos Juizados Especiais (análise sob a Ótica civil). São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Fernanda. Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOTAS:

[1] Art. 9º. Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

[2] Art. 19. As intimações serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação.

[3] As Regras de Brasília conhecidas também como Princípios de Brasília adotados pela Cúpula Judicial Ibero-americana consideram em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, de gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

[4] Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

[5] Art. 513, § 1º, CPC/2015.

O EFEITO CHINA ECONOMIA AFRICANA

FILIFE SERAFIM MAPIELE:
Licenciado em Filosofia.

Resumo: O continente africano regista nos últimos tempos uma corrida acelerada pelo acesso e controlo dos recursos naturais, tal que ocorre através da multiplicação de investimentos estrangeiros. A República Popular da China que é uma das emergentes potências económicas mundiais na actualidade, tende a maximizar os seus investimentos em África operando em vários sectores como: indústria extractiva de recursos naturais, transporte, turismo, infra-estruturas entre outras. Este artigo procura entender quais são os efeitos da China na economia e vida social de África, analisando as suas intervenções no investimento directo estrangeiro, capital humano e desenvolvimento das infra-estruturas que permitem acelerar o desenvolvimento de África.

Palavras-chave: Investimento, Indústria Extractiva, África, China, Capital Humano.

Abstract: The African continent has recently seen an accelerated race for access to and control of natural resources, such as the multiplication of foreign investments. The People's Republic of China, which is one of the emerging world economic powers today, tends to maximize its investments in Africa, operating in various sectors such as extractive industries, transport, tourism, infrastructure and others. This article seeks to understand China's effects on Africa's economy and social life by analyzing its interventions in foreign direct investment, human capital, and infrastructure development to accelerate Africa's development.

Keywords: Investment, Extractive Industry, Africa, China, Human Capital.

Introdução

O continente africano tornou-se o centro de atenções de várias potências económicas mundiais, em razão da sua riqueza em recursos naturais (RN), seja eles do domínio mineiro assim como florestais, marinhos entre outros. Estes recursos atraem muitas potências que vêm no Investimento Directo Estrangeiro

(IDE) como uma forma privilegiada de ganhar espaço para explorar os recursos naturais e aumentar o seu poderio económico no mundo.

Entenda-se nas indústrias que a indústria extractiva por quanto determinante que seja na economia dos países, ela não é por si determinante, pois é a indústria transformadora, que torna os produtos acabados e para o uso a que mais rende. É como dizer “ter carvão bruto em nada vale se não temos a capacidade de transformá-lo para a geração de electricidade”.

Por conta deste potencial em recursos naturais muitas potências económicas mundiais correm para instalar as suas indústrias extractivas. A República Popular da China, que nos últimos anos tem se apresentado como uma potência económica mundial, com uma “média de crescimento de 9,6 por cento entre 1980 e 2005” (Pereira, 2006, p. 19), é uma das potências com maior presença em África intervindo em muitos campos económicos.

A China é em muitas economias nacionais africanas uma das maiores importadoras de matéria-prima, e também maior exportadora de produtos acabados. A título de exemplo, na República Democrática do Congo, China é uma das maiores exportadoras de matéria-prima, mas também uma das maiores importadoras (as importações superam os valores das exportações) no mesmo país. “China é, de longe, o maior importador de cobre e cobalto de Katanga. O valor das importações chinesas provenientes da República Democrática do Congo foi estimado em mais de US\$ 160 milhões em 2007” (Vircoulon, 2008, p. 58).

Este artigo, analisa a intervenção da República Popular da China na economia africana através do IDE na indústria extractiva de RN bem como em vários outros sectores em que intervém como nas infra-estruturas, comércio entre outras.

1 O encontro China vs África

Foi realizada de 18 a 24 de Abril de 1955 em Bandung, Indonésia a chamada “Coferência de Bandung”, que reuniu pela primeira vez, 29 representantes de países africanos e asiáticos, o que marcou a entrada na cena internacional dos países do Terceiro Mundo. Esta conferência também serviu de oportunidade para o início das relações entre China e África, embora que

estivesse representada apenas por seis países (Egipto, Gana, Etiópia, Libéria, Sudão e Líbia), pois a maior parte do continente ainda continuava em regime colonial. Com efeito, as relações efectivas entre África e China começaram muito tempo depois da Conferência de Bandung.

Eis que a primeira reunião foi realizada de 10 a 12 de Outubro de 2000, em Pequim, reunindo 45 países africanos. A China declarou seu princípio “*win-win*”, que quer dizer, ambas as partes vão encontrar os seus interesses. Durante a cúpula, a China comprometeu-se a cancelar ou reduzir a dívida de 32 estados africanos para um total de US\$ 10 bilhões. A África, em troca, permitiu que 600 empresas asiáticas pudessem se instalar em seus territórios. Note-se que este encontro recebeu apenas quatro chefes de Estado africanos.

A segunda reunião teve lugar Adis Abeba, de 15 a 16 de Dezembro de 2003. Cinco presidentes, três vice-presidentes, dois primeiros-ministros e o presidente da Comissão da UA (União Africana), Alpha Oumar Konare, tomaram parte deste encontro. Mais uma vez a economia foi posta em evidência com a ratificação do Plano de Acção 2004-2006. A cooperação foi fundamental para as negociações nas áreas de exploração dos recursos naturais, agricultura, transporte, turismo, educação, etc., com investimento bilateral. Nesta ocasião, a China assinou um compromisso para a paz regional, reafirmando não praticar ingerência nos assuntos internos dos Estados (Cisse, 2007).

De 3 a 5 de Dezembro de 2006, foi realizado o terceiro fórum China-África, em Pequim, com a presença de 48 chefes de Estado e delegações. Este foi o evento diplomático mais importante desde a revolução de 1949 naquele país. O fórum aprovou o “Plano de Acção 2007-2009”. Ao todo, são 2 bilhões de dólares foram alocados para a conclusão dos acordos de financiamento assinados entre a China e os países africanos. Este encontro teve como tema *amizade, paz, cooperação e desenvolvimento*, o que iniciava uma nova foma de relacionamento entre China e África.

Com base nos encontros estratégicos firmados entre a China e África, foram se estabelecendo relações bilaterais de cooperação baseadas na amizade. Assim se começa gradualmente estabelecendo missões diplomáticas chinesas em África e africanas em China, através de consulados e embaixadas.

As empresas chinesas entram em África e começam a operar em vários sectores estratégicos e economia, aumentando o fluxo de importações e exportações.

Dos acordos estabelecidos entre China e África consta que a China não se envolve em assuntos da política interna dos países. Ou seja, são relações que baseam apenas na cooperação económica e respeita-se a soberania dos Estados Africanos. “Nenhum país tem o direito de impor aos outros o seu sistema de ideologia social e, ainda menos, acusá-los de forma indiscriminada em termos de assuntos de seu interesse” (Vircoulon, 2008, p. 205).

Importa salientar que a China passou a reger as suas relações com o mundo em desenvolvimento com base na doutrina dos “*Cinco Princípios da Coexistência Pacífica*”^[1]. Utilizou também o seu próprio legado de «agressão colonial e experiência de libertação» como forma de desenvolver laços com os países africanos recém-independentes. Nos anos 60 e 70, apesar de não dispor dos recursos das duas superpotências do período da Guerra Fria (EUA, URSS), procurou apoiar o mais possível os novos países independentes, nomeadamente os de inspiração marxista-leninista, sob a forma de assistência técnico-militar.

2 A intervenção chinesa na economia africana

A República Popular da China tem vindo a ter uma notoriedade muito enorme na economia africana no sector de comércio, recursos naturais, transporte, infra-estruturas. Dados do Fundo Monetário Internacional (FMI) referem que entre 2004 a 2007 a África Subsahariana cresceu cerca de 7% economicamente, antes de cair em 2009 com a crise económica global. Este crescimento foi também graças à intervenção chinesa que se expandiu significativamente por todo o continente aumentando cada vez mais o fluxo das exportações e importações.

A opção pela China por parte de África foi alavancada por vários atractivos, entre os quais o direito de concessão de créditos a governos a longo prazo e sem aplicação de elevadas taxas de juros. O investimento nas infra-estruturas locais para o desenvolvimento também tem se figurado como um dos principais atractivos dos governos africanos para optar pelo investimento chinês.

Entenda-se que:

estes empréstimos possuem uma característica muito apreciada pelos governos africanos: são isentos de condicionalidade – o contrário do que ocorre com os recursos colocados à disposição por entidades multilaterais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, que exigem como contrapartida a observância de padrões mínimos de governança (Alves, 2010, p. 28).

Os investimentos nas infra-estruturas para abertura à exploração dos recursos naturais é uma das estratégias mais encontradas pela China para atrair atenção e preferência dos governos africanos. Nota-se que a China assume os investimentos nas infra-estruturas mais estratégicas para a celeridade da economia, como a construção de estradas, fontes de abastecimento de água, sector de transporte, entre outras.

Apesar de a maioria dos investimentos chineses em estradas, ferrovias, portos e dutos estar relacionada à exportação de petróleo e outros recursos naturais para a China, abundam pelo continente africano investimentos em escolas, hospitais e redes eléctricas que, se por um lado dão retaguarda à presença de cidadãos chineses na região, por outro também beneficiam a população africana em geral.

Os investimentos em sectores sociais podem ser tomados também como parte da responsabilidade social empresarial por parte das empresas chinesas que se instalam em África, mas também são em parte o garante de oferta de serviços que possam beneficiar os empresários que estejam ao serviço das suas firmas em África.

É importante referir que as economias africanas têm privilegiado as empresas que se registam nos próprios países, como transnacionais ou multinacionais, pois para além da oferta de oportunidades de emprego aos nativos, garantem a maior retenção na fonte de impostos. É também uma forma de internacionalizar a economia e aumentar o volume das exportações, pois, as empresas locais e tomam a marca de fabrico local (*Made in Mozambique*, por exemplo), e passam a transportar estas marcas para além fronteiras.

Com efeito, é em parte criticável a intervenção chinesa em África sobretudo na interção deste continente na rota da economia global. Nota-se que a China não é alheia aos seus interesses económicos globais à semelhança das demais potências, e por essa razão continua o continente africano desafiado a muito trabalho.

Como resultado do aprofundamento das relações económicas entre a China e a África, não se nota qualquer mudança qualitativa no padrão de inserção do continente africano na economia global, com a continuidade de sua enorme dependência de exportações de alguns poucos produtos primários, cujos voláteis preços estão totalmente alheios ao seu controle. Assim como os interesses económicos da China na África não diferem fundamentalmente daqueles dos países ocidentais, os padrões comerciais também são muito similares, com petróleo e bens industrializados dominando as pautas de exportação e importação africanas, respectivamente (Alves, 2010, pp. 29-30).

A doença holandesa é um dos efeitos da reafirmação da inserção da China na economia africana. De acordo com Oomes e Kalcheva (2007), a doença holandesa se manifesta com o aparecimento de alguns sintomas relacionados entre si, nomeadamente: o aumento dos produtos primários na pauta das exportações, a apreciação da taxa de câmbio, o decréscimo da participação da indústria de bens comercializáveis em detrimento do rápido crescimento do sector de serviços na produção total do país e um aumento dos salários nos sectores de serviços e no sector em expansão.

Para Corden e Neary (1982), a doença holandesa se manifesta através de um primeiro sintoma, que é a expansão das exportações de recursos naturais, seja esta através da descoberta de novas reservas ou da ampliação da extracção dos recursos já existentes. Esta expansão pode desencadear os outros sintomas, dado que o aumento das exportações de bens básicos provoca alterações na estrutura e no desempenho económico do país.

O aumento repentino das exportações de recursos naturais gera o segundo sintoma que é a apreciação da taxa de câmbio. A ampliação das exportações gera uma entrada de divisas maior que o fluxo anterior à expansão das exportações, isto provoca uma apreciação da moeda nacional face à moeda

internacional, pois em um regime de câmbio flexível, o excesso de oferta de moeda estrangeira faz o câmbio apreciar-se.

A taxa de câmbio de equilíbrio anterior à expansão é a taxa que mantinha o nível de competitividade da indústria manufactureira exportadora. No entanto, dado o aumento causado pela elevação das exportações de bens básicos, a taxa de equilíbrio se valoriza, prejudicando o sector manufactureiro, que perde competitividade devido à taxa de câmbio sobrevalorizada.

3 A intervenção chinesa no sector de recursos naturais

O continente africano tem servido como fonte de matérias-primas e mão-de-obra desde o século XV até os dias actuais, principalmente pelos europeus, mas desde as últimas décadas também por outras economias como a chinesa e até a brasileira. Os recursos naturais que são encontrados em abundância no continente são, principalmente, ouro, bauxita, diamantes, petróleo, gás natural, carvão mineral, urânio, entre outros.

Em África hoje encontram-se várias potências mundiais com o objectivo de explorar os recursos naturais para o seu benefício. É mesmo uma questão de se assistir a implantação de várias empresas que se firmam no campo da indústria extractiva com vista a explorarem os recursos que de seguida são exportados para outros países para sua transformação em produto acabado de consumo e comercializados. Certo é que esta rota de transformação chega a pesar no preço de compra do produto que é muito elevado.

O fortalecimento e investimentos realizados no sector de extração de matérias-primas nos países do continente africano não resultaram na diversificação das economias africanas e muito menos em políticas desenvolvimentistas. É que assiste-se em várias realidades a instalação de empresas do sector extractivo e não transformadoras. A realidade revela que a indústria extractiva é menos rentável que a transformadora. Como o foco de investimentos é destinado ao sector de extração, são desviados os investimentos que seriam necessários para outros sectores carentes do continente, disseminando a má distribuição de renda e muitos casos de corrupção que drenam recursos que seriam fundamentais ao desenvolvimento.

O principal problema da produção e crescimento económico em África é a determinação de prioridades, na medida em que cada Estado poderia definir o sector no qual concentraria os seus investimentos, mesmo me resultado da extracção dos minérios. É caso de se pensar se a agricultura é a base de desenvolvimento de vários países africanos, por que não investir as receitas da indústria extractiva na mecanização da agricultura?

Mesmo possuindo uma vasta diversidade de minerais, a África continua sendo um continente subdesenvolvido, atrelado a isto está a exploração das suas riquezas minerais realizada por companhias privadas e estatais europeias, norte-americanas, chinesas e brasileiras, entre outras nações. Para explorarem o continente, empresas, instituições financeiras e governos investem na infraestrutura, equipamentos, máquinas, tecnologias e transporte dos países africanos, para promover a extração e exportação dos recursos naturais que lhes convém. Sendo assim, os lucros de empresas estrangeiras provenientes da exploração de recursos naturais na África acabam não ficando no continente, e sim reportados para o exterior.

A principal fragilidade da economia africana é a falta de recursos para a extracção e transformação dos recursos naturais, e por isso mesmo não consegue espaço para impor leis que regulem maior retenção de impostos e benefícios dos povos. Mesmo a nível da responsabilidade social empresarial, torna-se difícil África impor obrigações para os investidores, uma vez não possuir capacidade técnica para tal. A isto, ao exemplo da China e muitos outros, entende-se que o continente de exploração ainda continua na sua pobreza, mas os seus recursos beneficiando grandemente os outros.

Um dos aspectos mais significativos do crescimento chinês é o impacto que o país vem causando na demanda por *commodities*. Em 1980 a participação da China no total das importações mundiais era de menos de 1%. Em 2005, a demanda chinesa foi de 6,16% do total importado. Dentro desse montante importado destaca-se a demanda chinesa por matérias-primas. Em 2005 a China respondia por 22,36% do total de alumínio (primário) consumido no mundo, e por 21,4% do total de cobre refinado consumido (Ribeiro, 2010, p. 19).

Como é possível observar, o aumento da importação chinesa de matérias-primas e recursos energéticos é expressivo. A explicação para esse fenómeno

encontra-se, como já observado na base produtiva chinesa e em aspectos específicos daquela sociedade. O tamanho da população, a disponibilidade de terras agricultáveis e a base energética são elementos estratégicos na explicação da necessidade chinesa por recursos naturais e energéticos, aliados ao actual ciclo de expansão da indústria pesada, ao surto imobiliário e ao crescimento do consumo de automóveis.

O aumento das necessidades internas por recursos primários e energéticos tem levado a China a expandir-se mundialmente, através da instalação de filiais de empresas em várias partes do mundo e de expansão de capital, ligados principalmente a sectores extractivistas. Este processo pode ser claramente visualizado na forma como o país vem ampliando seus investimentos externos directos (IDE) em vários países.

Certo é que China vem fortalecendo a sua economia através das explorações em África, e tem como principais atractivos os créditos a longo prazo com baixas taxas de juros. Uma vez o continente africano ainda encontrar-se em construção e processo de solidificação da sua economia, parece a política de investimento chinês ser a mais adequada para a realidade dos países que ainda carregem de muita industrialização.

O fortalecimento crescente das relações da China com países africanos baseia-se principalmente no interesse pelos bens primários que os países do continente oferecem. O caso da África é representativo da maneira pela qual a China parece vir conduzindo as relações externas no tocante ao acesso a recursos. A formação de um Fórum de Cooperação China-África (FOCAC), providenciou amplos fluxos financeiros da China para os países africanos, sem condicionalidades, e compras em grande escala de petróleo e matérias-primas.

Embora a África não seja a prioridade número um da diplomacia da China, o continente africano exerceu desde o início forte atracção sobre os governantes da China, como fonte de matérias-primas e mercado para exportações. Recentemente, com a expansão da economia e o aumento progressivo da necessidade de bens primários e matérias-primas, o relacionamento da China com os países africanos coloca-se como questão central da política externa chinesa.

Chichava (2012, p. 34) fazendo uma análise o efeito China na economia de Moçambique alerta que as “estatísticas do Centro de Promoção de Investimentos (CPI) dos últimos anos mostram que a presença económica chinesa em Moçambique tem estado a crescer de ano para ano, colocando esta ‘economia emergente’ entre os dez maiores investidores em Moçambique desde 2007 até ao presente”. Em um longo percurso de relações históricas entre Moçambique e China, o IDE deste último no primeiro tende cada vez mais a crescer e a intervir em vários sectores económicos, que nos últimos tempos influenciam significativamente o crescimento económico.

De 2000 à 2010 “quatro projectos de investimento, três do sector industrial e outro da aquacultura e pescas, representaram cerca de 80% do IDE chinês” (Chichava, 2012, p. 42). Repare-se que o sector de agricultura e pesca é dos sectores com maior influência na dinâmica do Produto Interno Bruto (PIB) moçambicano, e é parte da concentração dos investimentos chineses.

Claro está que até ao presente momento a China vem se interessando por outros sectores económicos em Moçambique e em África, tais como a exploração de minérios e vai concentrando neles os seus investimentos. Hoje África vive em relações sólidas com a China em resultado das explorações que tem efectuado em vários sectores de produção.

4 O desafio do capital humano

A constatação comum nas empresas de capitais chineses em África é que, o capital humano é também grandemente formado por pessoas de nacionalidade chinesa em detrimento dos nativos, o que de certo modo leva a questionar as razões. É importante referir que a presença de empresas estrangeiras em África deve também contribuir para o crescimento das nações africanas.

Os efeitos dos investimentos chineses nos países africanos são, também, atrofiados pelo costume de se empregarem cidadãos chineses nas obras de infraestrutura, pela tendência de importação de toda sorte de materiais da China como forma de criar demanda para suas cadeias produtivas, e pela exigência de subcontratação de firmas chinesas nos empréstimos concedidos aos governos africanos (Alves, 2010, p. 30).

Ou seja, o investimento chinês também traz consigo toda a sua cadeia de produção, o que se interpreta também como sendo um fechamento à interação com as economias domésticas. Da cooperação solidificada em win-win, pode-se questionar até que pode continuar havendo para todas as partes nesta metodologia aplicada? Pois, as empresas domésticas também precisam percorrer o seu caminho de internacionalização através de prestação de serviços às transnacionais e multinacionais. Igualmente, o desafio do capital humano é colocado em causa na medida em que não representa as aspirações e necessidades do povo. Trata-se de uma abertura às oportunidades de empregabilidade que podem ajudar as populações nativas a desenvolverem a sua vida, e maximização da retenção dos impostos nos Estados Africanos.

Feijó (2012), ao reflectir sobre o sentimento dos trabalhadores nas que prestam trabalho nas empresas chinesas em Moçambique, refere que:

nas empresas analisadas, sobretudo nas do ramo da construção civil, da restauração e da indústria, as expectativas de mobilidade e promoção são muito reduzidas. A percepção existente é que os quadros nacionais estão condenados a executar funções dirigidas pelos expatriados, que não confiam em ninguém senão neles próprios (Feijó, 2012, p. 164).

Ou seja, esta opção pela mão-de-obra chinesa em detrimento da local nas áreas técnicas e de administração, faz com que o povo também veja o investimento chinês como sendo de pouco benefício para o cidadão particular. À disciplina do sector laboral dos Estados Africanos, seria imperiosa a imposição e inspecção rigorosa das quotas de trabalhadores estrangeiros a contractar em função do número total de trabalhadores, como também a monotirria das iniciativas de formação do capital humano local.

Entende-se em várias circunstâncias que o capital humano africano ainda carrega de formação especializada em vários campos de operação, e por isso mesmo, é necessária uma maior fiscalização do sector laboral de modo a garantir a formação do capital humano.

Conclusão

O continente africano sofreu cerca de 500 anos de colonização, sendo em muitas realidades caracterizada por exploração de recursos e do homem

através do trabalho forçado, sendo-lhe negada a liberdade de aprendizado e formação. Fruto desta exploração e negação à dignidade humana reflecte-se na fraca capacidade de sustentabilidade da economia que o continente hoje atravessa. Embora seja potencialmente um continente rico em RN continua se ressentindo da falta de capacidade de exploração e maximização dos ganhos. É por isso que recorre a parcerias com grandes potências mundiais para que sejam explorados os seus recursos.

A ideia de IDE é saudável para as economias domésticas pois traz consigo a maximização da retenção dos impostos que ajuda a alavancar a economia, mas também é criticável a opção que se vê nos investimentos feitos em África por potências estrangeiras com destaque neste artigo à China. É que no que alude à indústria de extração de recursos naturais, por exemplo, há cada vez mais enraização de indústrias do tipo extractivo em detrimento das transformadoras, o que faz com que as matérias-primas (produtos extraídos), sejam exportadas para os outros países (dos investidores), onde serão transformados e voltam em produtos acabados para o uso. Enquanto matéria-prima, o seu valor comercial é demasiado baixo quando comparado com o produto acabado, o que influencia na receita retida na fonte.

Igualmente, entende-se esta dinâmica da economia, faz com que o peso das importações seja maior ao das exportações nos países africanos. É que fazendo uma análise comparativa entre a quantidade do produto exportado e o produto importado, pode-se perceber que as importações (produtos acabados) são de elevados custos na economia, e como quando o peso das importações é maior que o das exportações a economia torna-se frágil, continuamos no paradoxo dos RN, na medida em que o volume das exportações não representa o esperado para a economia, e por assim, facilmente se chega a situações de conflitade.

É importante que os países africanos imponham aos investidos a condição de transformação dos produtos em África de modo a maximizar os ganhos nos impostos, bem como na industrialização dos países africanos. Esta imposição também pode contribuir na formação do capital humano africano nas áreas específicas de RN o que é uma mais-valia para o próprio continente.

Embora a China continue com a face de melhor ofertante nas parceiras e com a apresentação de produtos acabados com preços cada vez mais acessíveis ao grosso do mercado, é preciso desafiar-lhe a componente de recursos humanos, na medida em que deva incluir mais os povos locais nas áreas de especialidade de exploração, de modo a melhor potenciar o capital humano local, o que também representa um ganho nas economias domésticas.

Referências Bibliográficas

ALVES, André Gustavo Miranda Pineli. *Os interesses económicos da China em África*. Boletim de Economia e Política Internacional, 2010.

CHICHAVA, Sérgio; ALDEN, Chris (org). *A Mamba e o Dragão: relações Moçambique-China em perspectivas*. Maputo: IESE/SAIIA, 2012.

CHICHAVA, Sérgio. *Impacto e significado do investimento chinês em Moçambique (2000-2010)*. In: CHICHAVA, Sérgio; ALDEN, Chris (org). *A Mamba e o Dragão: relações Moçambique-China em perspectivas*. Maputo: IESE/SAIIA, 2012.

CISSE, Mbaye. *L'affirmation d'une stratégie de puissance: la politique africaine de la Chine. Senegal*: Diploweb, 2007.

CORDEN, Max W.; NEARY, Peter J. *Booming Sector and De-Industrialization in a Small Open Economy*. Artigo, The Economic Journal, Inglaterra, 1982.

FEIJÓ, João. *Perspectivas moçambicanas sobre a presença chinesa em Moçambique: uma análise comparativa de discursos de entidades governamentais, de um blog e de trabalhadores moçambicanos de Maputo*. In: CHICHAVA, Sérgio; ALDEN, Chris (org). *A Mamba e o Dragão: relações Moçambique-China em perspectivas*. Maputo: IESE/SAIIA, 2012.

OOMES, Nienke; KALCHEVA, Katerina. *Diagnosing Dutch Disease: Does Russia Have the Symptoms?* IMF Working Papers 07/102, International Monetary Fund, 2007.

PEREIRA, Rui. **A nova política da China em África.** Relações Internacionais, Junho, 2006. Recuperado de: <http://www.observatoriodachina.org/images/papers/f.pdf>. Acessado em 25/08/2018.

RIBEIRO, Valera Lopes. **A expansão chinesa na África: o desafio de crescimento e nova face do imperialismo económico.** Rio de Janeiro: OIKOS, Volume 9, número 2, 2010.

VIRCOULON, Thierry. **La Chine, nouvel acteur de la reconstruction congolaise.** 2008. Recuperado de: <https://www.cairn.info/revue-afrique-contemporaine-2008-3-page-107.htm>, acessado em 27/08/2018.

NOTAS:

[1] Respeito pela soberania, não-agressão, não-ingerência, igualdade, benefício mútuo.

**FACULDADE DAMÁSIO
CURSO DE DIREITO**

VINICIUS GAMA TOFFOLI DE OLIVEIRA

UBER: EMPREGADO OU PARCEIRO?

**SÃO PAULO
2018**

VINICIUS GAMA TOFFOLI DE OLIVEIRA

UBER: EMPREGADO OU PARCEIRO?

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Damásio, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Mr Fabio Leandro Guariero

SÃO PAULO
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Jorge Eduardo Saraiva

349.2
O48u

Oliveira, Vinicius Gama Toffoli de

Uber: empregado ou parceiro?. / Vinicius Gama Toffoli de Oliveira. –
São Paulo: Faculdade Damásio, 2018.

58 f.

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito (Graduação). Faculdade
Damásio.

Orientador: Fabio Leandro Guariero.

1. Uber. 2. Vínculo Empregatício. 3. Transporte alternativo. I. Guariero,
Fabio Leandro. II. Título.
-

VINICIUS GAMA TOFFOLI DE OLIVEIRA

UBER: EMPREGADO OU PARCEIRO?

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Damásio, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Fabio Leandro Guariero

Aprovado em: ____/____/____.

Prof. Ms. Fabio Leandro Guariero (Orientador)
Faculdade Damásio

Prof.
Faculdade Damásio

Prof.
Faculdade Damásio

A Deus, Aos meus pais, Luciano e Regina, ao meu irmão Thiago, e a Danielle.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Regina I. R. de Brito Gama e Luciano Toffoli de Oliveira, que me ensinaram tudo que eu sei, e que eu sou, e principalmente por me darem sempre a oportunidade de ser cada vez melhor. Ao meu irmão Thiago Gama Toffoli de Oliveira, por ter me ajudado neste momento. Um agradecimento especial a Danielle Alves Hirata, por estar do meu lado, me apoiar e me dar forças para ser cada vez melhor. E principalmente ao meu orientador Professor Mestre Fabio Leandro Guariero que me orientou com esmero e grande sabedoria.

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar que existe vínculo empregatício do motorista com a Uber. Dessa forma, faz-se necessário demonstrar e exemplificar todos os requisitos existentes nesta relação, bem como, demonstrar que atualmente existe um novo método nas relações de trabalho, conhecida como teletrabalho, que é o trabalho realizado a distância, ou seja, aquela modalidade de trabalho em que o empregador não necessita ter que dirigir-se até a sede do empregado para exercer a sua função laborativa. Importante ainda esclarecer e informar que a empresa Uber deu o título do presente trabalho, por ser a pioneira no ramo, a mais conhecida, bem como a que tem um maior crescimento no mercado. Vale ainda ressaltar que desde o seu surgimento, a empresa Uber fora alvo de diversas críticas por parte dos taxistas, e ainda, tivemos diversas ações na justiça brasileira, umas reconheceram o vínculo empregatício, outras não reconheceram o vínculo, e tal debate ainda é alvo de muita discussão em nossa justiça. Por fim, com o surgimento do projeto de lei nº 28/2017 houve uma grande manifestação por parte dos motoristas da Uber, por ser um projeto de lei que iria impossibilitar de certa forma a continuidade no serviço, e, ao final da votação na Câmara dos Deputados e dos Senadores, referido projeto foi flexibilizado, e considerado uma grande vitória para a Uber.

Palavras-chave: Uber. Vínculo Empregatício. Transporte alternativo

ABSTRACT

The present work intends to demonstrate that there is employment relationship of the driver with Uber. Thus, it is necessary to demonstrate and exemplify all the existing requirements in this relationship, as well as to demonstrate that there is currently a new method in work relations, known as telework, which is the work carried out at a distance, that is, that modality of work in which the employer does not need to have to go to the employee's headquarters to perform his job function. It is also important to clarify and inform that the company Uber has given the title of the present work, being the pioneer in the field, the best known, as well as the one with the greatest growth in the market. It should also be noted that since its inception, the Uber company had been the target of several criticisms on the part of taxi drivers, and we had several actions in the Brazilian courts, some acknowledged the employment relationship, others did not recognize the link, and such debate is still a target of much discussion in our justice. Finally, with the appearance of bill no. 28/2017 there was a great manifestation on the part of the drivers of the Uber, since it was a bill that would somehow prevent continuity in the service, and, at the end of the voting in the Chamber of the Deputies and of the Senators, this project was relaxed, and considered a great victory for Uber.

Keywords: Uber. Employment Bond. Alternative Transport.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

| | |
|----------------------------------|----|
| Figura 1 — Remuneração Uber..... | 35 |
|----------------------------------|----|

SUMÁRIO

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 | DIFERENÇA ENTRE EMPREGO E TRABALHO | 12 |
| 3 | REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO | 14 |
| 4 | HISTÓRIA DA UBER | 17 |
| 4.1 | UBER NO BRASIL | 19 |
| 5 | DIFERENÇA ENTRE UBER E TÁXI | 21 |
| 6 | A LEI 13.640/2018 | 24 |
| 7 | REQUISITOS PARA SE TORNAR UM MOTORISTA DA UBER | 28 |
| 7.1 | NOVAS REGRAS DO UBER NA CIDADE DE SÃO PAULO | 29 |
| 7.2 | REMUNERAÇÃO E AVALIAÇÃO DOS MOTORISTAS | 31 |
| 8 | RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO | 33 |
| 9 | DECISÕES DA JUSTIÇA BRASILEIRA | 39 |
| 9.1 | 86ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO – PROCESSO 1002101-88.2016.5.02.0086 | 40 |
| 9.2 | 12ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE – PROCESSO 0010044-43.2017.5.03.0012 | 40 |
| 9.3 | 37ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE – PROCESSO 0011863-62.2016.5.03.0137 | 41 |
| 9.4 | VARA DO TRABALHO DO GAMA, REGIÃO ADMINISTRATIVA DO DF – PROCESSO 0001995-46.2016.5.10.0111 | 42 |
| 9.5 | 33ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE – PROCESSO 0011359-34.2016.5.03.0112 | 42 |
| 9.6 | 13ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO – PROCESSO 1001492-33.2016.5.02.0013 | 43 |
| 10 | DECISÕES INTERNACIONAIS | 45 |
| 10.1 | Estados Unidos da América (EUA) | 45 |
| 10.2 | Canadá | 46 |
| 10.3 | Inglaterra | 46 |
| 10.4 | Suíça | 46 |
| 10.6 | França | 47 |
| 10.7 | Espanha | 47 |
| 11 | DECISÃO DO TRIBUNAL DA UNIÃO EUROPEIA | 48 |
| 11.1 | IMPACTO DA DECISÃO DO TRIBUNAL DA UNIÃO EUROPEIA NO BRASIL | 48 |
| 12 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 50 |

1 INTRODUÇÃO

A Uber é a empresa mais popular e com a atuação mais abrangente no setor de transportes em diversos locais do território nacional, principalmente na cidade de São Paulo.

Relevante ressaltar que a Uber foi a empresa pioneira neste tipo de serviço de transporte privado, por isto deu seu nome ao presente trabalho de conclusão de curso.

Ocorre que, no momento da aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1º de maio de 1943, as relações de emprego eram bem restritas. Sendo assim, há um grande problema em contextualizar as atividades desempenhadas pelo aplicativo, principalmente na questão da subordinação e a caracterização do vínculo do emprego.

Importantes salientar, que mesmo com a Reforma Trabalhista, através da Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017¹, ainda não encontramos nenhum artigo que possa caracterizar as atividades desempenhadas pelos motoristas do referido aplicativo.

Nesse ponto, é possível citar ainda o projeto de lei nº 28/2017 proposto pelo Deputado Federal Carlos Zarattini, que pretende regulamentar o transporte de passageiros por aplicativo, já aprovado na Câmara dos Deputados em abril de 2017². Tal proposta gerou uma série de manifestações por parte dos aplicativos de mobilidade, pois consideraram que tal regulamentação, iria inviabilizar a continuação do serviço, acreditando que seria um serviço parecido com o de taxi, e o intuito da Uber e dos demais aplicativos não seria este tipo serviço, e sim um aplicativo para a mobilidade urbana, no qual não é necessário cumprir as exigências para começar um serviço de taxi, no aplicativo basta que o condutor possua um carro e as exigências que são feitas pela própria empresa, e não pelo Estado.³

Destaca-se que, tal projeto que gerou uma grande manifestação dos motoristas

¹ Redação Veja. **Reforma trabalhista entra em vigor no dia 11; veja o que muda.** Disponível em : <<https://veja.abril.com.br/economia/reforma-trabalhista-entra-em-vigor-no-dia-11-veja-o-que-muda/>> Acesso em 8. Mar.2018

² CAMARAM, Bernardo; VIVAS, Fernanda. Câmara aprova regulamentação de aplicativos como Uber; placa vermelha não seja exigida. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/camara-analisa-projeto-que-regulamenta-aplicativos-de-transporte-como-uber-e-cabify.ghtml>>. Acesso em 28. Fev. 2018

³ G1 Redação. **Motoristas protestam contra projeto de lei que determina exigências para apps de transporte individual pago.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/motoristas-da-uber-protestam-contra-projeto-de-lei-que-determina-exigencias-para-transporte-de-aplicativos.ghtml>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

e das empresas, trouxe em seu bojo as seguintes exigências: efetiva cobrança dos tributos municipais; contratação de seguros de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e DPVAT; inscrição do motorista como contribuinte individual do INSS; possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada; conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade mínima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal; possuir e portar autorização específica emitida pelo poder público municipal ou do Distrito Federal do local de prestação do serviço autorizado; emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo (CRLV) no Município da prestação do serviço, obrigatoriamente em seu nome como proprietário, fiduciante ou arrendatário, com registro e emplacamento do veículo na categoria aluguel, bem como placa vermelha.⁴

Após as manifestações feitas pelos aplicativos de mobilidade (Uber, 99 Taxi, Cabify), o projeto foi aprovado e foi enviado votação no Senado, que aprovou o texto-base da lei regulamentando o serviço de transporte por meio de aplicativos, porém, por conta das manifestações, foram propostas diversas emendas que flexibilizaram a lei para os aplicativos⁵, e, desta forma, o projeto de lei voltou para a Câmara, para a análise dos deputados, que aprovou a regulamentação dos serviços⁶, e tal projeto foi sancionado pelo Presidente Michel Temer no final de março de 2018 e se tornou a lei nº 13.640/2018.⁷

A regulamentação de aplicativos de transporte privado é alvo de polêmicas no Brasil e no mundo desde a sua implementação. De um lado, há quem critique a concorrência desleal que os aplicativos promovem, do outro lado, há parte da sociedade que se vê beneficiada pelos aplicativos de transporte, e os próprios motoristas que encontram oportunidades de emprego, ainda mais com a alta taxa de

⁴ Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁵ Senado Notícias. **Projeto de regulamentação do Uber é alterado e volta para Câmara**. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/31/projeto-de-regulamentacao-do-uber-e-alterado-e-volta-para-a-camara>>. Acesso em: 29. Dez. 2017

⁶ CAMARAM, Bernardo; VIVAS, Fernanda. Câmara aprova regulamentação de aplicativos como Uber; placa vermelha não seja exigida. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/camara-analisa-projeto-que-regulamenta-aplicativos-de-transporte-como-uber-e-cabify.ghtml>>. Acesso em 28. Fev. 2018

⁷ MAZUI, Guilherme; CASTILHOS, Roniara. Temer sanciona regulamentação de aplicativos de transporte de passageiro, como Uber e Cabify. **G1 REDAÇÃO**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-sanciona-regulamentacao-de-aplicativos-de-transporte-privado-de-passageiros-como-uber-e-cabify.ghtml>>. Acesso em: 26. Mar. 2018

desemprego atualmente em nosso país, pois dessa forma, possuem uma renda.

Ocorre que, apesar de gerarem emprego, que por um lado é bom, por outro lado, quando os motoristas são punidos por baixo rendimento no serviço, que muitas vezes gera a exclusão do aplicativo, a Uber, não paga nenhum benefício previsto em nosso ordenamento trabalhista, como: salário, férias vencidas e proporcionais com adicional de um terço, 13º salário, aviso prévio, FGTS, banco de horas, seguro desemprego. E ainda, os motoristas dos aplicativos, apesar de não terem contrato de trabalho formal com a Uber, possuem todos os vínculos caracterizadores da relação de emprego, que são: trabalho prestado por pessoa física, pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade.

O presente trabalho utilizou-se de uma pesquisa exploratória, no qual, utilizou-se da leitura de livros acadêmicos trabalhistas, pesquisas na jurisprudência acerca do assunto, bem como na utilização de um parecer do Ministério Público do Trabalho, do setor da Coordenadoria Nacional de Combates às Fraudes na Relação do Trabalho (CONAFRET).

Acredita-se que com esta pesquisa, será possível demonstrar que existem elementos suficientes para a caracterização do vínculo empregatício entre o motorista e a empresa Uber.

2 DIFERENÇA ENTRE EMPREGO E TRABALHO

Primeiramente, antes de adentrar no tema do presente trabalho, é necessário fazer a distinção entre trabalho e emprego.

A maioria das pessoas associam as palavras emprego e trabalho como se tivesse o mesmo significado, o que não é verdade, apesar de ambas estarem relacionadas.

O sentido da palavra trabalho é muito mais antigo e está presente na sociedade desde que o homem começou a criar e manusear os primeiros utensílios e ferramentas para caçar, alimentar-se e sobreviver.⁸

O termo emprego é algo mais recente na história da humanidade, sendo conceituada apenas durante a revolução industrial, no qual, seu significado está ligado na relação entre homens que vendem sua força de trabalho por algo ou por um valor.⁹

Podemos definir o trabalho como sendo algo que é construído a partir de um ideal, um crescimento, uma contribuição para o mundo, podemos dizer ainda, que o trabalho não tem valor financeiro.¹⁰

Já o emprego é ofício que lhe dá dinheiro, e ele é desenvolvido exclusivamente com a intenção de auferir renda.¹¹

Por fim, em relação diferença entre trabalho e emprego, podemos citar a famosa citação do filósofo Max Weber: “o trabalho enobrece o homem. O emprego nem sempre”.¹² Enquanto muitas pessoas encaram o sentido de enobrecer como submeter-se a um ofício desagradável para garantir o seu sustento, mas na verdade, o filósofo quis realmente dizer é que ter um trabalho é ter um motivo, uma razão que move o homem, pode torna-la grandioso.

Concluindo, trabalho é como o estilo de vida do individuo, em que ele é ou deseja se tornar, e ainda, estão pautados em projetos, metas, sonhos, objetivos. O

⁸ Redação Salário BR. **Trabalho X Emprego: você sabe a diferença?**. Disponível em: <http://www.salariobr.com/Artigos/Trabalho-x-Empregovoce-sabe-a-diferenca/2587>. Acesso em: 20. Dez. 2017

⁹ Redação Salário BR. **Trabalho X Emprego: você sabe a diferença?**. Disponível em: <http://www.salariobr.com/Artigos/Trabalho-x-Empregovoce-sabe-a-diferenca/2587>. Acesso em: 20. Dez. 2017

¹⁰ Febracis. **Você sabe qual é a diferença entre trabalho e emprego?**. Disponível em: <<https://www.febracis.com.br/blog/diferenca-entre-trabalho-e-emprego/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

¹¹ Febracis. **Você sabe qual é a diferença entre trabalho e emprego?**. Disponível em: <<https://www.febracis.com.br/blog/diferenca-entre-trabalho-e-emprego/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

¹² Febracis. **Você sabe qual é a diferença entre trabalho e emprego?**. Disponível em: <<https://www.febracis.com.br/blog/diferenca-entre-trabalho-e-emprego/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

trabalho vai além da necessidade financeira. Por outro lado, emprego nada mais é do que uma atividade alienada em que o profissional atua por mera necessidade financeira.

3 REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação de emprego trata-se do trabalho subordinado, do empregado em relação ao empregador.

Nesse sentido, o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 estabelece que: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Antes de entrarmos nos referidos requisitos, é de suma importância esclarecer o conceito de empregado e empregador.

Empregado é toda pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica, conforme encontramos previsão legal no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943.

De outro lado, empregador é a pessoa que remunera e dirige prestação de serviços do obreiro, cuja fundamentação legal está prevista no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943.

Desse modo, a relação de emprego é a relação entre empregado e empregador, que apresentam como requisitos: trabalho realizado por pessoa física, a personalidade, habitualidade, onerosidade e por fim a subordinação.¹³

Tais requisitos são essenciais para a caracterização da relação de emprego, e, deverão ocorrer simultaneamente, de forma cumulativa, ou seja, caso não esteja presente um dos requisitos, não será possível caracterizar a relação de emprego.

a) Trabalho prestado por pessoa física: De acordo com o ilustre Professor Maurício Godinho Delgado:

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física. Os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.¹⁴

Para que exista uma relação de emprego é necessário que o serviço seja prestado por uma pessoa física, não podendo ser prestado por uma pessoa jurídica, já no outro polo da relação (empregador), este poderá ser pessoa física ou jurídica.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Palo, 2016. p. 297

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 300

A realização de serviços por pessoa jurídica impede o reconhecimento de uma relação de emprego.¹⁵

b) **Pessoalidade:** Pessoalidade não pode ser confundida com pessoa física. Pessoalidade indica que o trabalho deve ser realizado intuito personae, isto é, que é o próprio empregado que deve realizar os serviços, sem poder mandar outro em seu lugar, ou seja, deverá realizar os serviços pessoalmente. Do lado do empregador não existe essa característica.¹⁶

c) **Habitualidade:** A habitualidade pressupõe que a relação de emprego deverá ser contínua, aspirando, nesse aspecto, a eternidade. Nesse sentido, explica Sérgio Pinto Martins que: “O trabalho deve ser prestado com continuidade. Aquele que presta serviços eventualmente não é empregado”¹⁷

Orlando Gomes e Elson Gottschalk afirmam que:

O contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, de duração. Certos contratos exaurem-se com uma única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que, entregue a coisa e pago o preço, há o término da relação obrigacional¹⁸

Desse modo, a prestação do serviço deverá se dar com continuidade, visto que a relação de emprego ocorre em um trato sucessivo, perdurando-se no tempo.

d) **Subordinação:** A subordinação é a relação através da qual o empregado acata ordens, determinações do empregador.¹⁹

A relação de subordinação diz estritamente a realização de tarefas vinculadas com o serviço. Desse modo o empregado fica subordinado às ordens do empregador, bem como sujeito a sua fiscalização nos trabalhos realizados.

e) **Alteridade:** Não se trata de um requisito essencial nas relações de emprego, mas sim de um princípio que determina que os riscos da atividade do empregador corram por sua conta e risco, não sendo o empregado responsável por eventual sucesso ou insucesso do empreendimento.

Independente de o empregador ter grande lucro ou um prejuízo, o salário do

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 300

¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 301

¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28 ed. Editora Atlas S.A., São Paulo, 2012. p. 101

¹⁸ GOMES, Orlando ; GOTTSHALCK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19 Ed. Forense, São Paulo, 2012. p. 311

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 310

empregado será sempre devido.²⁰

f) Onerosidade: Como brilhantemente classifica o doutrinador Mauricio Godinho Delgado a onerosidade é

A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Através dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual.²¹

Em outras palavras, podemos dizer ainda nada mais é do que o pagamento, pelo empregador, ao empregado de uma determinada remuneração em função do contrato de trabalho firmado por ambos.

Em suma, tem-se, portanto, que a relação de trabalho se diferencia da relação de emprego. Pode-se considerar, nesse sentido, que a primeira (relação de trabalho) se apresenta como gênero da chamada relação laboral (prestação de serviços), por assim dizendo.

De outra parte, a relação de emprego somente ocorrerá se presentes seus elementos caracterizadores, quais sejam, como já referido: i) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; ii) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; iii) também efetuada com habitualidade, ou seja, trabalho eventual; efetuada; iv) ainda sob subordinação ao tomador de serviços e por fim v) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.²²

²⁰ JAHN, Ricardo. **Relação de emprego-requisitos**. Disponível em: <file:///C:/Users/vinic/Downloads/17.Texto_02_RelAcAao_de_emprego-requisitos_ricardo_jahn.pdf>. Acesso em: 13. Jan. 2018

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo 2016. p. 307

²² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo 2016. p. 297

4 HISTÓRIA DA UBER

A Uber é uma empresa multinacional norte-americana, prestadora de serviços eletrônicos na área do transporte privado urbano que através de um aplicativo E-hailing, oferece um serviço semelhante ao táxi tradicional, conhecido popularmente como serviços de carona remunerada.²³

A ideia da Uber surgiu em 2009 quando Garret Camp e Travis Kalanick participavam da conferência LeWeb, na França. Após o evento, ao precisarem retornar para o hotel, encontraram uma grande dificuldade para encontrar um táxi. Foi então que pensaram na ideia de contratar um motorista particular através do aparelho de celular.²⁴

O aplicativo foi fundado em junho de 2010 para Android e iPhone em São Francisco (EUA), e foi um dos pioneiros da tecnologia E-hailing, que teve como objetivo principal facilitar e inovar a forma pela qual as pessoas se locomovessem pela cidade, utilizando-se de veículos particulares sedãs.²⁵

Antes de continuarmos com a história da Uber, é importante explicar o que seria a E-hailing. O E-hailing é o ato de se requisitar um táxi através de um dispositivo eletrônico, geralmente um celular. Ele substitui métodos tradicionais para se chamar táxis, como ligações telefônicas ou simplesmente esperar ou for à busca de um táxi na rua.²⁶

O E-hailing oferece várias vantagens em relação às maneiras tradicionais de pedir por táxis, abaixo citadas:

- a) Facilidade no pagamento: Armazenam-se informações de cartão de crédito no aplicativo, não necessitando de máquinas leitoras sem fio no táxi;
- b) Rapidez: Enquanto empresas de táxi tradicionais não possuem informações precisas e em tempo real da localização de seus funcionários, o uso de

²³ PROCHNO, Pedro. Fatos e Dados sobre a Uber. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

²⁴ PROCHNO, Pedro. Fatos e Dados sobre a Uber. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

²⁵ PROCHNO, Pedro. Fatos e Dados sobre a Uber. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

²⁶ BATISTA, Pollyana. A origem e como funciona o aplicativo de serviço Uber. **Estudo Prático** Disponível em: < <https://www.estudopratico.com.br/a-origem-e-como-funciona-o-aplicativo-de-servico-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

aplicativos de e-hailing pelo taxista ou motorista permite que o aplicativo tenha informações de GPS em tempo real. Assim, chama-se automaticamente o táxi mais próximo, reduzindo o tempo de espera;

- c) Custo: Os custos de se manter um aplicativo de e-hailing são muito menores que os de se manter uma empresa tradicional de táxi, possibilitando grande redução nos preços cobrados.²⁷

No ano de 2010 e de 2011, a Uber recebeu quase 50 (cinquenta) milhões de dólares em investimentos feitos por investidores, e no ano de 2012 a empresa expandiu os serviços para Londres e iniciou testes de incluir a requisição de táxis convencionais através do aplicativo em Chicago. No mesmo ano, passou a oferecer táxi aéreo por helicóptero entre a cidade de Nova Iorque e Hamptons.²⁸

Em 2015 a Uber recebeu um gigantesco investimento, da qual a Microsoft fez parte, o que fez seu valor de mercado subir a US\$ 51 (cinquenta e um) bilhões de dólares.²⁹

A título de curiosidade, no ano de 2015 a Uber atingiu 1 (um) bilhão de viagens, e no ano de 2016 atingiu a marca de 2 (dois) bilhões de viagens no mundo, ou seja, em 6 (seis) anos desde a sua efetiva criação, a Uber cresceu e cresce a cada vez mais no cenário mundial.³⁰

Atualmente a Uber encontra-se em 633 (seiscentos e trinta e três) cidades do mundo inteiro, e presente em 77 (setenta e sete) países, com 15.000 (quinze mil) funcionários pelo mundo, mais de 2 (dois) milhões de motoristas no mundo, com mais de 65 milhões de usuários cadastrados.³¹

²⁷ BATISTA, Pollyana. A origem e como funciona o aplicativo de serviço Uber. **Estudo Prático** Disponível em: < <https://www.estudopratico.com.br/a-origem-e-como-funciona-o-aplicativo-de-servico-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

²⁸ BATISTA, Pollyana. A origem e como funciona o aplicativo de serviço Uber. **Estudo Prático** Disponível em: < <https://www.estudopratico.com.br/a-origem-e-como-funciona-o-aplicativo-de-servico-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

²⁹ BATISTA, Pollyana. A origem e como funciona o aplicativo de serviço Uber. **Estudo Prático** Disponível em: < <https://www.estudopratico.com.br/a-origem-e-como-funciona-o-aplicativo-de-servico-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

³⁰ BATISTA, Pollyana. A origem e como funciona o aplicativo de serviço Uber. **Estudo Prático** Disponível em: < <https://www.estudopratico.com.br/a-origem-e-como-funciona-o-aplicativo-de-servico-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

³¹ PROCHNO, Pedro. Fatos e Dados sobre a Uber. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

4.1 UBER NO BRASIL

A primeira cidade a receber a Uber no Brasil foi o Rio de Janeiro, que chegou junto com a copa do mundo, que ocorreu na cidade no ano de 2014. Em seguida, no final de junho do mesmo ano, a cidade de São Paulo recebeu os serviços da Uber, o que, num primeiro momento, ocasionou uma grande rivalidade e briga com os taxistas da cidade, que tentaram barrar o serviço na justiça diversas vezes, e ainda, fizeram milhares de manifestações, o que, no final, não adiantou em muita coisa, pois o serviço da Uber em São Paulo continua ativo até hoje, e cresce cada vez mais.³²

Em setembro de 2014 foi à vez da cidade de Belo Horizonte receber os serviços da Uber, em janeiro de 2016 a Uber começou a operar em Campinas e na Baixada Santista, Goiânia, Curitiba e Brasília, Natal, Campo Grande, Cuiabá, Fortaleza, Maceió, Porto Alegre, Salvador, Jundiaí, Londrina, Uberlândia, Vitória, Sorocaba, Juiz de Fora e em diversas outras cidades. Na Região Norte do Brasil o serviço chegou primeiro em Belém, no dia 08/02/2017. Em Manaus, o serviço foi disponibilizado oficialmente em 12/04/2017, em Pelotas e no Rio Grande do Sul o serviço foi disponibilizado às 14hs do dia 18 de agosto de 2017.³³

É importante ainda esclarecer que a Uber no Brasil, possui cinco tipos de serviços diferentes, do qual, veremos a explicação abaixo:

- a) UberX: São carros compactos, com ou sem ar-condicionado e contam com um preço mais barato;
- b) Uber Pool: Este serviço permite que o usuário divida a viagem com outros usuários que estão em trajetos similares. O preço é ainda mais barato que o UberX, pois a viagem é compartilhada com outro usuário;
- c) Uber Select: São carros mais espaçosos e mais confortáveis, porém possuem um preço um pouco mais caro;
- d) Uber Black: São carros tipo sedã, com bancos de couro, que devem necessariamente andar sempre com o ar-condicionado ligado e geralmente

³² COSTA, Cristiana. Uber chega à marca de 1 bilhão de viagens no Brasil. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/uber-chega-marca-de-1-bilhao-de-viagens-no-brasil/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

³³ COSTA, Cristiana. Uber chega à marca de 1 bilhão de viagens no Brasil. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/uber-chega-marca-de-1-bilhao-de-viagens-no-brasil/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

são carros pretos;

- e) Uber Eats: Este serviço permite que os usuários solicitem refeições de diversos restaurantes da cidade, onde quer que esteja o usuário.³⁴

Atualmente no Brasil, a Uber está presente em mais de 100 (cem) cidades, contando com mais de 50 (cinquenta) mil motoristas, e com mais de 17 (dezessete) milhões de usuários.³⁵

Dessa forma, é possível concluir que a Uber cresce a cada vez no Brasil.

³⁴ PROCHNO, Pedro. Fatos e Dados sobre a Uber. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

³⁵ PROCHNO, Pedro. Fatos e Dados sobre a Uber. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

5 DIFERENÇA ENTRE UBER E TÁXI

Outro ponto importante de se destacar, é a diferença entre a Uber e o Táxi. Na época do seu surgimento, a Uber desencadeou um movimento de taxistas em várias cidades do mundo, que não estavam de acordo com o surgimento de uma nova plataforma de serviço de transporte no mundo. No Brasil, houveram diversas manifestações nas principais capitais como São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília, com o intuito que o aplicativo fosse proibido.³⁶

Os argumentos dos que são contra o aplicativo é que se trata de prática e concorrência desleal com o serviço de táxi, já a empresa, por sua vez, diz que oferece uma forma diferente de transporte, que ajuda a diminuir o trânsito e gerar renda para as pessoas.³⁷

Em meio a essa grande polêmica existente entre taxistas e a Uber, é necessário fazer uma diferença entre os dois tipos de serviço, conforme veremos abaixo:

- a) Os veículos dos motoristas da Uber são custeados pelos próprios motoristas, já os taxistas têm isenção de alguns impostos na compra de veículos, e em São Paulo, os taxistas têm 30% (trinta por cento) de desconto nas concessionárias;³⁸
- b) Os motoristas da Uber não tem isenção de impostos e pagam o Imposto sobre serviços (ISS) como microempreendedor individual (MEI) ou simples a cada nota fiscal emitida, de outro lado, os taxistas têm isenção de imposto sobre operação de crédito, câmbio e seguro ou relativas a título ou valores imobiliários (IOF) e sobre o Imposto de produtor industrializado (IPI) e, no Rio de Janeiro e em São Paulo, os taxistas também podem pedir a isenção de Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e não pagam Impostos sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). As cooperativas e associações dos taxistas de São Paulo e do Rio de Janeiro e

³⁶ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

³⁷ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

³⁸ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

- taxistas autônomos são isentos de pagar o Imposto sobre Serviços (ISS);³⁹
- c) Os motoristas da Uber não pagam taxas aos órgãos públicos, já os taxistas pagam cerca de R\$ 255,00 (duzentos e cinquenta e cinco reais) em taxas anuais, e a cada cinco anos precisam fazer exame médico e psicotécnico no Detran, pagando um valor aproximado de R\$ 320,00 (trezentos e vinte reais);⁴⁰
- d) Referente à documentação, os motoristas da Uber não precisam de licença da prefeitura para atuar, basta o motorista se cadastrar no aplicativo, encaminhar alguns documentos a Uber, e se for aprovado, poderá começar a exercer a atividade. Já para os taxistas é necessário ter a licença da prefeitura e em São Paulo também é exigido o ConduTax (um cadastro que vale por cinco anos e custa R\$ 415,00);⁴¹
- e) Para ser motorista da Uber não é necessária nenhuma capacitação, já para se tornar taxista, em São Paulo é exigido um curso específico para taxista, que custa R\$ 127,54 (cento e vinte sete reais e cinquenta e quatro reais);⁴²
- f) Em relação aos ganhos, ao final da corrida a Uber cobra 20% (vinte por cento) na categoria Uberblack, e na categoria UberX 20% (vinte por cento) ficam com o aplicativo, já os taxistas ficam com o valor integral da corrida;⁴³
- g) Ao que se refere aos veículos, a Uber exige carros com até 5 (cinco) anos de fabricação, e com ar condicionado, e na categoria UberBlack, carros sedan pretos. Já para os taxistas não existe nenhum padrão de conforto;⁴⁴
- h) Importante ainda falarmos da tarifa cobrada nos serviços, a tarifa da Uber é calculada pelo aplicativo de acordo com a quilometragem e o tempo no veículo, no UberX é cobrado R\$ 1,43 (um real e quarenta e três centavos) por quilometro, e R\$ 0,35 (trinta e cinco centavos) por minuto dentro do veículo, no UberBlack é cobrado R\$ 2,42 (dois reais e quarenta e dois centavos) por quilometro rodado e R\$ 0,40 (quarenta centavos) por minuto dentro do veículo.

³⁹ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

⁴⁰ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

⁴¹ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

⁴² UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

⁴³ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

⁴⁴ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

Já a tarifa dos taxistas é calculada por uma tabela e calculado no taxímetro por quilometro rodado;⁴⁵

- i) Referente à taxa de retorno, a Uber não cobra a mais quando o destino é em outro município, porém, há uma taxa de cancelamento, caso o usuário cancele a corrida após cinco minutos de R\$ 5,00 (cinco reais). E em São Paulo, é cobrado o valor de 50% (cinquenta por cento) a mais na corrida caso o passageiro queria ir para outro município de táxi;⁴⁶
- j) Por fim, o pagamento da Uber é feito através de cartão de crédito diretamente com o aplicativo ou em dinheiro, ou seja, o passageiro não precisa ficar passando o cartão na máquina, e o passageiro ainda pode dividir a corrida com outro usuário, e o táxi tem a opção de pagamento em dinheiro, cartão de crédito ou débito passando o cartão nas maquinas dos taxistas⁴⁷.

Dessa forma, podemos ver que existe uma grande diferença entre os taxistas e os motoristas da uber.

⁴⁵ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

⁴⁶ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

⁴⁷ UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

6 A LEI 13.640/2018

Os aplicativos de mobilidade mudaram a vida de milhões de brasileiros. Hoje, mais pessoas deixam seus carros em casa, contribuindo para a redução dos congestionamentos das grandes cidades, e contribuindo ainda para o nosso meio ambiente. E ainda, hoje, em meio a crise do desemprego que vivemos no Brasil, milhares de pessoas tem acesso a uma forma autônoma de trabalho, tendo assim sua fonte de renda.

Ocorre que, no mês de abril de 2017, fora proposto o projeto de lei nº 28/17 pelo Deputado Federal Carlos Zarattini, que pretende regulamentar o transporte de passageiros por aplicativo. ⁴⁸Desde a sua propositura, ocorreram diversas manifestações por partes dos aplicativos de mobilidade como Uber, Cabify, 99taxi, e, por serem concorrentes, pela primeira vez, todos os aplicativos se uniram contra o projeto de lei que pretende regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros.⁴⁹

O projeto de lei pretende determinar a regulamentação do serviço de transporte privado individual de passageiros, no qual os Municípios e o Distrito Federal deverão observar:⁵⁰

- a) Efetiva cobrança dos tributos municipais;⁵¹
- b) Exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e DPVAT;⁵²
- c) Exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social;⁵³
- d) Possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que

⁴⁸ Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁴⁹ PROCHNO, Pedro. Todos juntos pela mobilidade na comissão de ciência e tecnologia do Senado Federal. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/juntos-pela-mobilidade-cct-senado/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁵⁰ Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁵¹ Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁵² Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁵³ Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

- contenha a informação de que exerce atividade remunerada;⁵⁴
- e) Conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;⁵⁵
 - f) Possuir e portar autorização específica emitida pelo poder público municipal ou do Distrito Federal do local da prestação do serviço autorizado;⁵⁶
 - g) Emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) no Município da prestação do serviço, obrigatoriamente em seu nome, como proprietário, fiduciante ou arrendatário, com registro e emplacamento do veículo na categoria aluguel.⁵⁷

Os aplicativos de transporte, em especial Uber, Cabify e 99, acreditam que a aprovação do projeto como veio da Câmara poderá praticamente inviabilizar o serviço. As empresas queriam que o serviço fosse classificado como privado, assim não seria necessária à autorização municipal para funcionamento nem a placa vermelha.⁵⁸

O projeto fora aprovado na Câmara dos Deputados, e seguiu para votação no Senado, e com isto, as empresas criaram uma campanha chamada **Juntos pela Mobilidade** para tentar convencer os senadores a votar contra o projeto ou, pelo menos, tirar os principais pontos de discórdia. A campanha contou com um abaixo-assinado que foi distribuído pelos motoristas aos usuários dos aplicativos, além de ações nas redes sociais, bem como em jornais de grande circulação, tal campanha foi capaz de mobilizar mais de 825 mil pessoas que assinaram uma petição contra o Projeto de Lei 28/2017 e contra e contra o corporativismo.⁵⁹

Os aplicativos argumentam que o transporte privado de passageiros é legal,

⁵⁴ Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁵⁵ Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁵⁶ Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁵⁷ Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁵⁸ G1 Redação. **Motoristas protestam contra projeto de lei que determina exigências para apps de transporte individual pago**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/motoristas-da-uber-protestam-contra-projeto-de-lei-que-determina-exigencias-para-transporte-de-aplicativos.ghtml>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁵⁹ PROCHNO, Pedro. Todos juntos pela mobilidade na comissão de ciência e tecnologia do Senado Federal. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/juntos-pela-mobilidade-cct-senado/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

aumenta a livre concorrência e dá mais opção de mobilidade à população, com preços mais acessíveis. De outro lado, as centrais de taxi e os seus representantes acreditam que o projeto em votação no Senado é um avanço para garantir mais segurança à categoria e aos passageiros. Eles dizem que as plataformas precisam ser fiscalizadas e regulamentadas pelas prefeituras, pois trabalham com o transporte de passageiros, assim como os taxis. A falta de regulamentação, segundo os taxistas, estaria criando uma competição predatória entre as categorias, com prejuízo aos taxistas.⁶⁰

A votação no Senado ocorreu no dia 31/10/2017, no qual, fora marcada por manifestações em diversas cidades pelos motoristas da Uber.⁶¹

Ocorre que, após a pressão por parte das empresas, dos motoristas e dos usuários, o Senado aprovou o projeto de lei, porém, propôs diversas emendas, que, de certa forma flexibilizaram as exigências feitas anteriormente pelos Deputados.

As principais mudanças em relação ao projeto de lei original foram à retirada da obrigatoriedade do uso de placas vermelhas e da exigência de que o condutor seja proprietário de seu veículo e a emenda que determina que os Municípios tenham a competência apenas de fiscalizar o serviço fornecido pelos aplicativos, com isto, as prefeituras não terão mais o poder de autorizar ou não a atividades nas cidades, como estava previsto na proposta original.

Após a votação, os aplicativos Uber, Cabify e 99Taxi se mostraram satisfeitos com o resultado na votação do Senado, alegando que o Senado Federal ouviu as vozes de mais de 500 (quinhentos) mil motoristas e dos usuários, retirando do texto do projeto de lei 28/20107 muitas das burocracias desnecessárias propostas⁶².

Assim, o Projeto de Lei 28/2017 voltou para análise na Câmara dos Deputados, que decidirá se aceita ou não as emendas propostas pelos Senadores.⁶³

Em continuidade o Projeto de Lei 28/2017 retornou para a Câmara dos Deputados, e fora votado no dia 28/02/2018, no qual regulamentou os aplicativos com

⁶⁰ UBER. **Sua voz foi ouvida mais uma vez.** Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/lei-do-retrocesso/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁶¹ Motoristas protestam contra projeto de lei que determina exigências para apps de transporte. **G1 CURITIBA.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/motoristas-da-uber-protestam-contra-projeto-de-lei-que-determina-exigencias-para-transporte-de-aplicativos.ghtml>> Acesso em: 30. Out. 2017

⁶² UBER. **Sua voz foi ouvida mais uma vez.** Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/lei-do-retrocesso/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁶³ SENADO NOTÍCIAS. **Regulamentação do Uber mobilizou categorias e provocou debates no Plenário.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/12/29/regulamentacao-do-uber-mobilizou-categorias-e-provocou-debates-no-plenario>>. Acesso em: 29. Dez. 2017

as 27 (vinte e sete) alterações propostas pelos Senadores, e se tornou a lei nº 13.640/2018 que alterou a lei 12.587/2012.⁶⁴

Por fim, no dia 26/03/2018 o Presidente Michel Temer sancionou a lei que regulamentou o transporte remunerado privado de passageiros e que confere aos Municípios do país o poder em regulamentar os serviços de transporte.⁶⁵

Podemos dizer que foi considerado uma vitória para as empresas que administram os aplicativos, pois apenas regulamentou os aplicativos, excluindo assim, a parte burocrática tão reclamada e questionada pelas empresas e motoristas.

⁶⁴ Câmara dos Deputados regulamenta aplicativos como Uber e Cabify. **ESTADÃO CONTEÚDO** Disponível em:

<https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2018/02/28/interna_nacional,940948/camara-dos-deputados-regulamenta-aplicativos-como-uber-e-cabify.shtml>. Acesso em: 28. Fev. 2018

⁶⁵ MAZUI, Guilherme; CASTILHOS, Roniara. Temer sanciona regulamentação de aplicativos de transporte de passageiro, como Uber e Cabify. **G1 REDAÇÃO**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-sanciona-regulamentacao-de-aplicativos-de-transporte-privado-de-passageiros-como-uber-e-cabify.ghtml>>. Acesso em: 26. Mar. 2018

7 REQUISITOS PARA SE TORNAR UM MOTORISTA DA UBER

Para entendermos um pouco mais sobre o conhecimento da empresa Uber, é necessário explicar os requisitos necessários para se tornar um motorista do aplicativo, conforme veremos abaixo.

A empresa Uber diz que trabalha com parceiros cadastrados no serviço, e não um motorista contratado.

Porém para se tornar efetivamente um motorista “parceiro” não é muito fácil, existe uma série de exigências como:

- a) Possuir carteira de habilitação especial;⁶⁶
- b) Atestado de antecedentes criminais;⁶⁷
- c) Possuir um veículo dos modelos pré-estabelecidos conforme a categoria que o motorista pretende exercer;⁶⁸
- d) Possuir seguro para uso comercial do carro;⁶⁹
- e) Por passar por diversas entrevistas com a empresa.⁷⁰

Além disso, os motoristas são ensinados sobre práticas de direção segura e boas maneiras, como por exemplo: abrir e fechar a porta para o passageiro, perguntar se o ar-condicionado está agradável, se o passageiro prefere o som ligado ou desligado e qual estilo de música prefere escutar. E ainda, deve oferecer água ao passageiro e manter o carro limpo, e por fim, os motoristas da categoria UberBlack, devem possuir carros pretos, bem como, utilizar de trajes sociais para atender os passageiros, tal categoria, é considerada a mais cara e a mais top da Uber.⁷¹

⁶⁶ Requisitos para os motoristas parceiros. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em:<<https://www.uber.com/pt-BR/drive/requirements/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁶⁷ Requisitos para os motoristas parceiros. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em:<<https://www.uber.com/pt-BR/drive/requirements/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁶⁸ Requisitos para os motoristas parceiros. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em:<<https://www.uber.com/pt-BR/drive/requirements/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁶⁹ Requisitos para os motoristas parceiros. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em:<<https://www.uber.com/pt-BR/drive/requirements/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁷⁰ Requisitos para os motoristas parceiros. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em:<<https://www.uber.com/pt-BR/drive/requirements/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁷¹ Requisitos para os motoristas parceiros. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em:<<https://www.uber.com/pt-BR/drive/requirements/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

7.1 NOVAS REGRAS DO UBER NA CIDADE DE SÃO PAULO

Recentemente, com a gestão do Prefeito João Dória, tivemos alterações nas regras da Uber para a Cidade de São Paulo, que começaram a valer na capital paulista no dia 10 de janeiro de 2018.⁷²

Importante dizer que tais mudanças geraram um certo aborrecimento por partes das principais plataformas do serviço de transporte por aplicativo.⁷³

As mudanças tão criticadas pela Empresa bem como para os Motoristas foram as seguintes:

- a) Apresentação de documentos básicos;⁷⁴
- b) Comprovação da realização de curso de treinamento de condutores de 16 horas, com aulas sobre gentileza, diversidade sexual, primeiros socorros e mecânicas;⁷⁵
- c) Compromisso de que exercerá a atividade somente por meio dos aplicativos credenciados;⁷⁶
- d) Proibição de uso de camiseta esportiva, regata, calça esportiva ou de moletom, chinelos e camisetas de times de futebol;⁷⁷
- e) Comprovação da contratação de seguro que cubra acidentes de passageiros e o seguro obrigatório;⁷⁸
- f) Licenciamento obrigatório na capital paulista;⁷⁹
- g) Realização de inspeção anual;⁸⁰

⁷² LOBEL, Fabrício. **Novas regras para Uber e outros apps de transporte tem 5º recuo de Doria. FOLHA.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1954497-novas-regras-para-uber-e-outros-apps-de-transportes-tem-5-recuo-de-doria.shtml>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁷³ LOBEL, Fabrício. **Novas regras para Uber e outros apps de transporte tem 5º recuo de Doria. FOLHA.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1954497-novas-regras-para-uber-e-outros-apps-de-transportes-tem-5-recuo-de-doria.shtml>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁷⁴Regulamentação da cidade de São Paulo. **NEWS ROOMS UBER**Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/sao-paulo/resources/resolucao-16-sp/>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁷⁵ Regulamentação da cidade de São Paulo. **NEWS ROOMS UBER**Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/sao-paulo/resources/resolucao-16-sp/>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁷⁶ Regulamentação da cidade de São Paulo. **NEWS ROOMS UBER**Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/sao-paulo/resources/resolucao-16-sp/>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁷⁷ Regulamentação da cidade de São Paulo. **NEWS ROOMS UBER**Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/sao-paulo/resources/resolucao-16-sp/>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁷⁸ Regulamentação da cidade de São Paulo. **NEWS ROOMS UBER**Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/sao-paulo/resources/resolucao-16-sp/>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁷⁹ Regulamentação da cidade de São Paulo. **NEWS ROOMS UBER**Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/sao-paulo/resources/resolucao-16-sp/>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁸⁰ Regulamentação da cidade de São Paulo. **NEWS ROOMS UBER**Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/sao-paulo/resources/resolucao-16-sp/>>. Acesso em 30. Jan. 2018

- h) Utilização de trajés esporte fino;⁸¹
- i) Carro não poderão ter mais de 7 (sete) anos de fabricação.⁸²

As mudanças que mais geraram desconforto para os motoristas, bem como para as Empresas, foram que com estas novas regras, o serviço realizado se torna mais burocrático, e por se tratar de novas regras, ainda não existem muitos canais para que ambos possam tirar as suas dúvidas.⁸³

Por parte dos motoristas, a sua principal reclamação é a questão do emplacamento na cidade de São Paulo, que faz com que os veículos alugados ou mesmo de outra região metropolitana de São Paulo, atuem na capital.⁸⁴

Por parte das empresas, a sua principal reclamação foi a idade limite dos carros, na qual alegam que isto prejudicará os moradores da periferia, pois nestas áreas é mais comum que circulem carros mais antigos. E ainda, de acordo com a empresa, um terço de seus motoristas terão problemas em continuar trabalhando com as novas regras.⁸⁵

As empresas ainda reclamam que não tiveram o correto atendimento na hora de tirar as suas dúvidas com a Prefeitura, de outro lado, a Prefeitura alega que tanto as empresas como os motoristas tiveram aproximadamente seis meses para cumprir as novas exigências.

No dia 25 de janeiro de 2018, a Prefeitura de São Paulo começou a fiscalizar os motoristas e as empresas dos aplicativos, e, os motoristas que forem flagrados em descumprimento das novas regras poderão ter o seu veículo apreendido pelo Departamento de Transportes Públicos, já as empresas, por sua vez, ficam sujeitas a multa, suspensão e até mesmo o descredenciamento definitivo do serviço.⁸⁶

⁸¹ Regulamentação da cidade de São Paulo. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/sao-paulo/resources/resolucao-16-sp/>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁸² Regulamentação da cidade de São Paulo. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/sao-paulo/resources/resolucao-16-sp/>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁸³ LOBEL, Fabrício. **Novas regras para Uber e outros apps de transporte tem 5º recuo de Doria. FOLHA.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1954497-novas-regras-para-uber-e-outros-apps-de-transportes-tem-5-recuo-de-doria.shtml>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁸⁴ LOBEL, Fabrício. **Novas regras para Uber e outros apps de transporte tem 5º recuo de Doria. FOLHA.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1954497-novas-regras-para-uber-e-outros-apps-de-transportes-tem-5-recuo-de-doria.shtml>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁸⁵ LOBEL, Fabrício. **Novas regras para Uber e outros apps de transporte tem 5º recuo de Doria. FOLHA.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1954497-novas-regras-para-uber-e-outros-apps-de-transportes-tem-5-recuo-de-doria.shtml>>. Acesso em 30. Jan. 2018

⁸⁶ PADRÃO, Maurício. Carro mais velho liberado: SP confirma mudança nas regras de Uber e afins. **TECNOLOGIA UOL** Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/02/09/sao-paulo-confirma-mudancas-nas-novas-regras-que-regulam-uber-e-afins.htm>>. Acesso em 30.

7.2 REMUNERAÇÃO E AVALIAÇÃO DOS MOTORISTAS

Outro ponto importante de se destacar neste presente trabalho, é a forma de remuneração e de avaliação dos motoristas do aplicativo.

Normalmente, sempre ao final da corrida o motorista pede gentilmente para o passageiro efetuar a sua avaliação, bem como, sempre ao final da corrida, o próprio aplicativo através de uma notificação no celular, informa ao passageiro para efetuar a avaliação do motorista que prestou o serviço.

Tal avaliação é possível atribuir nota de 1 (uma) a 5 (cinco) estrelas para o desempenho do motorista, e é possível mandar mensagens a Uber sobre o serviço prestado.⁸⁷

Esse sistema afeta diretamente o motorista, uma vez que se a média de suas avaliações ficar abaixo de 4,7 (quatro virgula sete) a empresa pode descredenciá-lo do aplicativo. E ainda, se o motorista ficar com média 4,4 (quatro virgula quatro) e 4,7 (quatro virgula sete) toma uma punição de dois dias sem poder utilizar o aplicativo, e desta fora, teria uma nova chance no terceiro dia, e caso continuasse com esta média, seria descredenciado automaticamente do aplicativo.⁸⁸

E ainda, caso o motorista recusar de 5 (cinco) a 6 (seis) corridas, o mesmo é bloqueado automaticamente do aplicativo, e se o motorista cancelar mais de 6 corridas, ele é automaticamente bloqueado do aplicativo.⁸⁹

Resumindo, a conduta do motorista e a sua avaliação, é totalmente essencial para que o mesmo continue exercendo a sua atividade.

Sobre a remuneração do motorista, podemos dizer que ocorre da seguinte forma: o motorista é remunerado com 80% (oitenta por cento) do valor pago em cada corrida, sendo que, 20% (vinte por cento) ficam com a Uber.⁹⁰

Jan. 2018

⁸⁷ GIGA. **Sua avaliação para o motorista da Uber pode bani-lo do aplicativo; entenda.** Disponível em: <<https://33giga.com.br/avaliacao-para-o-motorista-do-uber-pode-bani-lo/>>. Acesso em: 09. Fev. 2018

⁸⁸ BRASIL. Ministério Público do Trabalho.

Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

⁸⁹ BRASIL. Ministério Público do Trabalho.

Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

⁹⁰ LEWGOY, Júlia. Quanto você ganha como motorista da Uber e seus serviços. **ABRIL** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/quanto-voce-ganha-como-motorista-da-uber-e-de-seus->

Algumas vezes, alguns usuários possuem descontos ou promoções, sendo que, a corrida poderá ser de graça ou às vezes, possuir uma baixa remuneração, como por exemplo R\$ 1,00 (um real), e mesmo assim os motoristas são remunerados, pois estes descontos são pagos pela própria Uber, o motorista receberá normalmente o valor da viagem ao final da corrida.⁹¹

rivals/>. Acesso em: 08. Mar. 2018

⁹¹ LEWGOY, Júlia. Quanto você ganha como motorista da Uber e seus serviços. **ABRIL** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/quanto-voce-ganha-como-motorista-da-uber-e-de-seus-rivals/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

8 RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Este é o ponto mais importante do presente trabalho, no qual, veremos que de fato há um vínculo empregatício entre o motorista do aplicativo e a empresa.

Conforme dissemos, para a caracterização do vínculo empregatício são necessários os seguintes requisitos, que são: serviços prestados por pessoa física, personalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.⁹²

Como veremos abaixo, todos os requisitos são perfeitamente cumpridos por parte dos motoristas da Uber, e, desta forma, deverá haver o reconhecimento do vínculo empregatício deles com a empresa.

a) Pessoa Física: Como enfatiza Maurício Godinho Delgado, pessoa física é:

a prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmos éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc) importar à pessoa física, não podendo ser usufruído por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre uma pessoa natural.⁹³

Dessa forma, não há que se falar que o trabalho prestado pelo motorista não é pessoal, pois a Uber exige prévio cadastro pessoal de cada um dos motoristas, que, deverão encaminhar diversos documentos pessoais a empresa, para a aprovação em seu quadro. Somente tal aprovação, o motorista está apto para realizar corridas. Concluindo, resta claro que o trabalho é exercido por uma pessoa física.

b) Personalidade: A personalidade está vinculada com a pessoa física, mais uma vez, vale ressaltar do Maurício Godinho Delgado, que possui o seguinte entendimento sobre a personalidade:

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo carácter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, intuitu personae com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados.⁹⁴

⁹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo 2016. p. 297

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 300

⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 301

Aplicando tal princípio no presente trabalho, vemos que há o elemento da personalidade nas relações existentes entre a Uber e os motoristas, porque não é permitido ao motorista ceder à conta do aplicativo para outra pessoa, ou seja, o trabalho tem este caráter *intuitu personae*, pois é realizado apenas e exclusivamente ao motorista cadastrado na plataforma.

c) Não eventualidade: A não eventualidade traduz a ideia de que o trabalho prestado deverá ter caráter de permanência, ainda que por um curto tempo.⁹⁵

Como já vimos neste trabalho, os motoristas do aplicativo atendem a uma demanda intermitente pelos serviços de transporte, e, caso estes não se encontrem “aptos” por algumas horas e dias, o próprio aplicativo bloqueia a conta do motorista, como uma forma de punição por não estar utilizando a plataforma.

Em outras palavras, resta plenamente caracterizada o requisito da não eventualidade nas relações entre o motorista e o aplicativo, pois este, deverá sempre estar apto a receber novas corridas.

Sendo assim, podemos falar que os serviços prestados pelos motoristas são eventuais.

d) Onerosidade: A onerosidade presente nas relações entre o aplicativo e os motoristas é muito simples de se caracterizar.

Como vimos, existe uma remuneração paga pela Uber aos motoristas, bem como, a Uber ainda oferece alguns prêmios aos motoristas em épocas festivas e em dias de grandes eventos.

Importante ainda dizer que no próprio sitio eletrônico da Uber, diz que remunera os motoristas, como podemos ver:

⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 302

Figura 1 - Remuneração Uber



Fonte: Uber, 2017.

Dessa forma, podemos concluir que a prestação do serviço constitui como uma relação onerosa, em que os motoristas se ativam no aplicativo, visando uma contraprestação econômica por parte da empresa, no qual, são remunerados de acordo com as viagens que realizam.

e) **Subordinação:** A subordinação nada mais é do que a relação através da qual o empregado acata ordens, determinações do empregador.

Como bem demonstrado por Maurício Godinho Delgado:

Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços ⁹⁶

Nesse ponto ainda importante esclarecer que o fenômeno da subordinação com o decorrer dos anos sofreu alguns ajustes e adequações. Sendo assim, a subordinação fora subdividida em algumas dimensões que são: clássica, objetiva e estrutural.

⁹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 313.

A subordinação clássica ou tradicional, é:

Consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa.⁹⁷

Tal subordinação era utilizada nas relações de emprego antigas, principalmente nas relações advindas da nossa Consolidação das Leis de Trabalho de 1943.

Por outro lado, a subordinação objetiva, como conceitua Maurício Godinho Delgado é: “a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas”⁹⁸

Por fim, temos a subordinação estrutural, a qual, é utilizada no caso dos motoristas da Uber, que pode ser conceituada da seguinte forma:

É a subordinação que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.⁹⁹

Em outras palavras, nessa dimensão o que importa é que o trabalhador esteja inserido da dinâmica do prestador de serviço, recebendo ou não ordens diretas e específicas do empregador, o que importa aqui é que o empregado esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviço.

Pois bem, a subordinação estrutural é aquela em que o motorista da Uber está inserido, pois mesmo que ele não receba ordens direta do empregador (Uber), ele encontra-se vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviço, que é o transporte.

Para caracterizar ainda mais a subordinação dos motoristas perante a empresa, é importante esclarecer que tal modalidade de trabalho, é conhecida como teletrabalho e encontra-se prevista no artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Lei nº 12.551 de 2011.

Como dissemos anteriormente, nos tempos atuais, a maioria das relações são virtuais, muitos contratos no âmbito do Direito do Trabalho são feitos através dessa

⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 313

⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 313

⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 313

modalidade virtual, com o advento de novas tecnologias e mesmo da informática, muitas vezes o empregador dá o direito ao empregado de realizar o seu serviço fora das dependências da empresa, que é conhecido como home office.

Em outras palavras, o conceito antigo que tínhamos sobre trabalho, no qual o empregado dirigia-se para a empresa, para realizar às suas funções mudaram conforme o tempo.

Pois bem, o conceito do teletrabalho é muito simples, nada mais é do que uma maneira de trabalho no qual o empregado utiliza de internet, redes de telefonia e outras formas de telecomunicação e comunicação à distância para prestar um serviço.

Dessa forma, passou-se a existir uma subordinação jurídica virtual, na qual, o empregador consegue ainda ter o controle e contado com o empregado, por meio de ligações, e-mails, mensagens no celular, ou seja, há ainda uma subordinação, bem como, é possível o reconhecimento do vínculo empregatício.

Sendo assim, aplicando tais entendimento no caso dos motoristas da Uber, podemos ver, de certa forma, há a subordinação perante a empresa, porque a empresa tem o controle de que os motoristas estão trabalhando em um período de horário, pois estes encontram-se *on-line* no aplicativo, e assim, tem como a empresa controlar se o motorista está trabalhando ou não.

Ademais, vale ressaltar ainda, que existe um sistema de pontuação do motorista, que o afeta diretamente, pois uma vez que se a média de suas avaliações ficar abaixo de 4,7 (quatro virgula sete), a empresa pode descredenciá-lo do aplicativo. E ainda, se o motorista ficar com média 4,4 (quatro virgula quatro) e 4,7 (quatro virgula sete) toma uma punição de dois dias sem poder utilizar o aplicativo, e desta fora, teria uma nova chance no terceiro dia, e caso continuasse com está média, seria descredenciado automaticamente do aplicativo. E, caso o motorista recusar de 5 (cinco) a 6 (seis) corridas, o mesmo, é bloqueado automaticamente do aplicativo, e se o motorista cancelar mais de 6 corridas, ele é automaticamente bloqueado do aplicativo¹⁰⁰, ou seja, podemos ver que há um certo controle da Uber sobre os seus motoristas, sendo assim, resta amplamente caracterizada a subordinação dos motoristas perante a empresa.

Portanto, feitas tais considerações sobre os elementos necessários para a

¹⁰⁰ BRASIL. Ministério Público do Trabalho.

Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

caracterização do vínculo empregatício, podemos dizer que estão presentes todas as circunstâncias fático-probatórias que caracterizam o vínculo empregatício do motorista com a empresa.

9 DECISÕES DA JUSTIÇA BRASILEIRA

Recentemente houve uma grande demanda de ações na justiça brasileira dos motoristas pedindo o reconhecimento do vínculo empregatício com a empresa.

Como já vimos neste trabalho a Uber chegou ao Brasil em 2014 e atualmente encontra-se presente em 100 (cem) cidades, contando com mais de 50 (cinquenta) mil motoristas, e com mais de 17 (dezessete) milhões de usuários, sendo assim, podemos dizer que a empresa obteve um crescimento rápido.¹⁰¹

A política utilizada pela empresa é que os motoristas não são contratados “diretamente”, pois eles seriam parceiros da empresa, e esta, por sua vez, se coloca como “ponte” entre o motorista e o passageiro.

Ocorre que, sem o vínculo empregatício, os motoristas arcam com riscos e altos custos, como por exemplo: a manutenção do carro, a gasolina, compra dos carros, pois conforme vimos neste trabalho, para ser motorista da Uber, além do motorista ter que se enquadrar em diversas exigências, os carros também possuem diversas exigências feitas por parte da empresa.

Dessa forma, após terem sua “dispensa” os ex-motoristas da Uber processam a companhia, afirmando que há sim um vínculo nessa relação e exigem o pagamento das verbas estabelecidas pela lei trabalhista.

Como dissemos neste trabalho, há de fato o vínculo empregatício do motorista com a Uber, pois estão presentes todos os pressupostos deste vínculo.

Por um lado, os motoristas pretendem a caracterização do vínculo empregatício, já a Uber afirma, no entanto, que não é uma empresa de transporte, mas de tecnologia, que fornece um aplicativo a motoristas que são empreendedores independentes.

Essas duas visões estão atualmente em disputa na Justiça brasileira, e, até o presente momento foram divulgadas decisões de primeira e segunda instancia sobre essa avença.

Abaixo vemos como a Justiça Brasileira tem encarado a relação entre Uber e motoristas:

¹⁰¹ PROCHNO, Pedro. Fatos e Dados sobre a Uber. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

9.1 86ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO – PROCESSO 1002101-88.2016.5.02.0086

No dia 5 de junho de 2017, o Juíz Giovane da Silva Gonçalves decidiu que não há vínculo empregatício entre Uber e um motorista que o processou. Ele avalia o fato de que o motorista trabalha apenas quando quer, impede o reconhecimento da relação de trabalho. Ele poderia “simplesmente desligar o aplicativo, deixando de trabalhar por uma hora, um dia, uma semana”.¹⁰²

Para o juiz, não há vínculo empregatício apesar de imposições do Uber aos motoristas, como estabelecer unilateralmente o valor pago pelas corridas, reter valores no aplicativo antes de repassá-los semanalmente, e exigir um veículo seminovo. Segundo o Magistrado, “a submissão do contratante a determinadas regras contratuais decorre da própria relação espontaneamente contraída”, e, desta forma, concluiu em sua sentença que não há vínculo entre o motorista e a Uber, e julgou improcedente o caso.¹⁰³

9.2 12ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE – PROCESSO 0010044-43.2017.5.03.0012

No dia 30 de maio de 2017, o juiz Marcos Vinicius Barroso decidiu que não há vínculo empregatício entre o Uber e um motorista. “Não tenho dúvidas que o reclamado não é empregador aos moldes da CLT, mas uma real solução de tecnologia da informação”. O mesmo ainda disse que estavam ausentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego, que são pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.¹⁰⁴

¹⁰² TRIBUNAL REGIONAL DA 2ª REGIÃO. 86ª Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamação Trabalhista 1002101- 88.2016.5.02.0086: Autor sigiloso e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Geovane da Silva Gonçalves, Juiz. 05/07/2017, sentença. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-trabalhista-uber.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

¹⁰³ TRIBUNAL REGIONAL DA 2ª REGIÃO. 86ª Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamação Trabalhista 1002101- 88.2016.5.02.0086: Autor sigiloso e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Geovane da Silva Gonçalves, Juiz. 05/07/2017, sentença. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-trabalhista-uber.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

¹⁰⁴ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 12ª Vara do Trabalho. Reclamação Trabalhista 0011863-62.2016.5.03.0137. Charles Soares Figueiredo e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. BARROSO, Marcos Vinicius Barroso, Juiz. 30/05/2017, sentença. Disponível em: <https://2q72xc49mze8bkocog2f01nlh-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/05/Decisa%CC%83o-30_maiο_BH.pdf>. Acesso em: 08. Mar. 2018

O Magistrado afirmou que se baseou em decisões dos Estados Unidos e avaliou que o próprio motorista determinava sua rotina, sem prestar contas ao Uber. O juiz afirmou também que o motorista tinha consciência das regras, com as quais concordara.¹⁰⁵

O Juiz além de decidir que não havia vínculo entre o motorista e a empresa, ainda condenou o motorista por litigância de má-fé.¹⁰⁶

9.3 37ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE – PROCESSO 0011863-62.2016.5.03.0137

O Juiz Filipe de Souza Sickert da 37ª vara do Trabalho de Belo Horizonte reconheceu a ausência de vínculo empregatício entre o Uber e um de seus motoristas parceiros.¹⁰⁷

A decisão baseia-se no fato de que Uber não tem controle sobre o trabalho dos motoristas. O Magistrado considerou que as provas revelam ausência de subordinação do reclamante: “Logo no início do depoimento, o autor revelou que, em vídeo que lhe foi exibido pela Uber do Brasil, no procedimento de contratação entre as partes, ficou claro que havia modos de comportamento recomendáveis para com o cliente, mas não obrigatórios. Esses modos de comportamento, entretanto, lhe ajudariam a obter avaliação positiva por parte do cliente.”¹⁰⁸

Sendo assim o Magistrado julgou improcedente a causa e, mais uma vez, vimos

¹⁰⁵ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 12ª Vara do Trabalho. Reclamação Trabalhista 0011863-62.2016.5.03.0137. Charles Soares Figueiredo e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. BARROSO, Marcos Vinícius Barroso, Juiz. 30/05/2017, sentença. Disponível em: <https://2q72xc49mze8bkcog2f01nlh-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/05/Decisa%CC%83o-30_maio_BH.pdf>. Acesso em: 08. Mar. 2018

¹⁰⁶ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 12ª Vara do Trabalho. Reclamação Trabalhista 0011863-62.2016.5.03.0137. Charles Soares Figueiredo e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. BARROSO, Marcos Vinícius Barroso, Juiz. 30/05/2017, sentença. Disponível em: <https://2q72xc49mze8bkcog2f01nlh-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/05/Decisa%CC%83o-30_maio_BH.pdf>. Acesso em: 08. Mar. 2018

¹⁰⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 37ª Vara do Trabalho. Reclamação Trabalhista 0011863-62.2016.5.03.0137. Artur Soares Neto e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Filipe de Souza Sickert, Juiz. 30/01/2017, sentença. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-trabalho-fixa-motorista-uber.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

¹⁰⁸ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 37ª Vara do Trabalho. Reclamação Trabalhista 0011863-62.2016.5.03.0137. Artur Soares Neto e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Filipe de Souza Sickert, Juiz. 30/01/2017, sentença. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-trabalho-fixa-motorista-uber.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

uma decisão favorável para a Uber.¹⁰⁹

9.4 VARA DO TRABALHO DO GAMA, REGIÃO ADMINISTRATIVA DO DF – PROCESSO 0001995-46.2016.5.10.0111

No dia 18 de abril de 2017, a Juíza Tamara Gil Kemp, da Vara do Trabalho da região administrativa do Gama, no Distrito Federal, decidiu que a relação entre Uber e uma motorista era de parceria porque ela poderia estabelecer os próprios horários, não precisava trabalhar todos os dias.¹¹⁰

Sendo assim, a Magistrada concluiu que não há vínculo entre o motorista e a Uber, e ainda o condenou a arcar com as custas processuais.¹¹¹

9.5 33ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE – PROCESSO 0011359- 34.2016.5.03.0112

O juiz do Trabalho Márcio Toledo Gonçalves, da 33ª Vara de Belo Horizonte, reconheceu vínculo empregatício entre um motorista e a plataforma de transporte individual Uber, na decisão proferida no dia 13 de fevereiro de 2017, e foi o primeiro Juiz na história da Justiça Brasileira em considerar existente o vínculo entre o motorista e a empresa.¹¹²

Na decisão, o Magistrado disse que há "a chamada "uberização" das relações laborais, fenômeno que descreve a emergência de um novo padrão de organização do trabalho a partir dos avanços da tecnologia" e que deveria analisar o caso por esse novo padrão. O Juiz ainda analisou a presença de todos os elementos fático- jurídicos

¹⁰⁹ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 37ª Vara do Trabalho. Reclamação Trabalhista 0011863-62.2016.5.03.0137. Artur Soares Neto e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Filipe de Souza Sickert, Juiz. 30/01/2017, sentença. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-trabalho-fixa-motorista-uber.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

¹¹⁰ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. Vara do Trabalho de Gama. Reclamação Trabalhista 0001995-46.2016.5.10.0111. William Miranda da Costa e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Tamara Gil Kemp, Juíza, sentença. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/uber-decisao.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

¹¹¹ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. Vara do Trabalho de Gama. Reclamação Trabalhista 0001995-46.2016.5.10.0111. William Miranda da Costa e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Tamara Gil Kemp, Juíza, sentença. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/uber-decisao.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

¹¹² TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 09ª Turma. Recurso 0011359-34.2016.5.03.0112. Uber do Brasil Tecnologia LTDA e Rodrigo Leonardo Silva Ferreira. Maria Stela Álvares da Silva Campos, Desembargadora. 23/05/2017, acórdão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/trt-reforma-decisao-uberizacao.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

para o reconhecimento da relação de emprego.¹¹³

Além de determinar o pagamento das verbas rescisórias, o juiz condenou o Uber ao pagamento de horas extras, adicional noturno, repouso semanal, e ao ressarcimento das despesas com combustível, balas e água.

A Uber recorreu, no entanto, o Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais determinou no dia 25 de maio de 2017 por decisão unânime de três desembargadores que não há vínculo empregatício.¹¹⁴

Na avaliação da Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos, os motoristas têm liberdade para decidir quando e quanto querem trabalhar.¹¹⁵

9.6 13ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO – PROCESSO 1001492-33.2016.5.02.0013

Em decisão proferida no dia 11 de abril de 2017, o Juiz Eduardo Rockenbach Pires não aceitou a argumentação da Uber de que se trata de uma empresa de tecnologia que fornece um aplicativo.¹¹⁶

Segundo entendimento do Magistrado, a Uber é uma empresa que “oferece no mercado um produto principal: o transporte e os consumidores do produto da ré não são os motoristas, mas sim os passageiros”. O Juiz destacou que “é a ré que fixa o preço do serviço de transporte que o passageiro irá pagar”. A Uber usaria, portanto,

¹¹³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 09ª Turma. Recurso 0011359-34.2016.5.03.0112. Uber do Brasil Tecnologia LTDA e Rodrigo Leonardo Silva Ferreira. Maria Stela Álvares da Silva Campos, Desembargadora. 23/05/2017, acórdão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/trt-reforma-decisao-uberizacao.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2017

¹¹⁴ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 09ª Turma. Recurso 0011359-34.2016.5.03.0112. Uber do Brasil Tecnologia LTDA e Rodrigo Leonardo Silva Ferreira. Maria Stela Álvares da Silva Campos, Desembargadora. 23/05/2017, acórdão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/trt-reforma-decisao-uberizacao.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2017

¹¹⁵ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 09ª Turma. Recurso 0011359-34.2016.5.03.0112. Uber do Brasil Tecnologia LTDA e Rodrigo Leonardo Silva Ferreira. Maria Stela Álvares da Silva Campos, Desembargadora. 23/05/2017, acórdão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/trt-reforma-decisao-uberizacao.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2017

¹¹⁶ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. 13ª Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamação Trabalhista 1001492- 33.2016.5.02.0013. Fernando dos Santos Teodoro e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Eduardo Rockenbach Pires, Juiz. 11/04/2017, Sentença. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/04/Sentenc%CC%A7a-Uber.SP-V%C3%ADnculo.pdf>> Acesso em: 08. Mar. 2017

“a mão de obra de motoristas cadastrados em sua plataforma”.¹¹⁷

Pela segunda vez, a Justiça Brasileira julgou procedente uma ação contra a Uber em favor do motorista, que condenou a empresa a arcar com o aviso prévio indenizado; 11/12 de férias proporcionais com 1/3; 13º salário proporcional; FGTS; adicional de hora extra; adicional de trabalho noturno; remuneração em dobro dos feriados laborados bem como o reembolso de R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais) mensais por todo o contrato de trabalho.¹¹⁸

Acima pudemos analisar todas as decisões existentes na Justiça Brasileira, e, conforme pudemos ver, ainda há uma grande divergência entre os Magistrados em considerar se há ou não há o vínculo empregatício dos motoristas com a Uber.

Até o presente momento o Tribunal Superior do Trabalho ou o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestaram sobre o tema, sendo assim, ainda não temos uma matéria sumulada sobre tal problema dos motoristas com a Uber.

¹¹⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. 13ª Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamação Trabalhista 1001492- 33.2016.5.02.0013. Fernando dos Santos Teodoro e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Eduardo Rockenbach Pires, Juiz. 11/04/2017, Sentença. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/04/Sentenc%CC%A7a-Uber.SP-V%C3%ADnculo.pdf>> Acesso em: 08. Mar. 2017

¹¹⁸ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. 13ª Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamação Trabalhista 1001492- 33.2016.5.02.0013. Fernando dos Santos Teodoro e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Eduardo Rockenbach Pires, Juiz. 11/04/2017, Sentença. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/04/Sentenc%CC%A7a-Uber.SP-V%C3%ADnculo.pdf>> Acesso em: 08. Mar. 2017

10 DECISÕES INTERNACIONAIS

As demandas trabalhistas contra a Uber não acontecem somente no Brasil, o mesmo está acontecendo em outros países como: Estados Unidos, Canadá e Inglaterra, Suíça, França e pôr fim a Espanha.¹¹⁹

Ademais, tais decisões internacionais foram utilizadas pelos Juízes Brasileiros que reconheceram a existência do vínculo entre os motoristas e a Uber.

Abaixo mencionaremos os pontos mais importantes de tais decisões.

10.1 Estados Unidos da América (EUA)

No Estado da Florida, o Departamento de Oportunidade Econômica classificou a relação jurídica entre o motorista e a empresa Uber como sendo de emprego, para fins de concessão de auxílio desemprego.¹²⁰

Já no Estado da Califórnia, a Comissão de Trabalho da Califórnia, estabeleceu um entendimento de que os motoristas da Uber devem ser considerados como empregados e não “parceiros” como intitula a Uber.¹²¹

O caso mais importante e de maior relevância nos Estados Unidos foi uma ação coletiva proposta por Douglas O’Connor contra a Uber, na qual, a Uber chegou a propor o valor de 100 milhões de dólares como acordo e o reconhecimento do vínculo, porém, o Juiz da causa se recusou a homologar o acordo. Tal caso atualmente encontra-se na pauta da Suprema Corte para decidir sobre o referido caso.

No Estado de Massacusetes também há uma ação coletiva em curso na Justiça, em que os motoristas requerem o reconhecimento do vínculo de emprego.¹²²

¹¹⁹ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

¹²⁰ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

¹²¹ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

¹²² BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

Por fim, no Estado de Nova Iorque, uma associação de taxistas ingressou com uma ação coletiva na justiça em nome dos motoristas da Uber, requerendo o reconhecimento da condição de empregado e ao pagamento de salário mínimo e horas extras aos motoristas.¹²³

10.2 Canadá

Em janeiro de 2017 fora ajuizada na cidade de Toronto, perante a Ontario Superior Court, uma ação coletiva contra a empresa Uber, requerendo a indenização de 200 milhões de dólares canadenses aos motoristas do aplicativo, pois estes são considerados autônomos, mas na visão dos que propuseram a presente demanda, estes deveriam ser considerados empregados, pois laboram de fato na condição de empregado. No presente momento o Tribunal decidiu que a ação coletiva deve ser suspensa em favor da arbitragem.¹²⁴

10.3 Inglaterra

Em uma ação ajuizada por ex-motoristas do aplicativo no Central London Employment Tribunal, o tribunal decidiu em outubro de 2016, que os motoristas da Uber trabalham na condição de empregados, e assim, todos os motoristas devem ter direitos relativos a salário mínimo e jornada de trabalho respeitada pela Uber.¹²⁵

10.4 Suíça

Na Suíça, o órgão que administra o Seguro Social de acidentes do trabalho, mais conhecido como SUVA, decidiu que o motorista da Uber deve ser considerado empregado.¹²⁶

¹²³ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

¹²⁴ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

¹²⁵ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

¹²⁶ BRASIL. Ministério Público do Trabalho.

10.6 França

Na França o Union de Récouvrement des Cotisations de Sécurité Sociales et d'Allocations Familiales, aplicou uma sanção administrativa a Uber, pela falta de reconhecimento das cotas sociais, por entender que há vínculo de subordinação jurídica entre os motoristas e a empresa.¹²⁷

10.7 Espanha

Por fim, na Espanha a Inspeção do Trabalho da Catalunha, após longos meses de investigação, concluiu que os motoristas trabalham efetivamente na condição de empregados.¹²⁸

Dessa forma, podemos concluir que tanto na Justiça Brasileira, como na Justiça Internacional, há um posicionamento favorável que considera o motorista como empregado da Empresa.

Porém, ainda há diversas divergências sobre esta matéria, por um lado os motoristas comemoram por ter seu vínculo reconhecido, por outro a Uber sempre tenta recorrer de todas as decisões negativas ao seu favor, pois consideram que os motoristas não são de fato seus empregados, mas sim seus parceiros, porque a Uber considera-se como uma empresa de tecnologia e não uma empresa de transporte.

Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

¹²⁷ BRASIL. Ministério Público do Trabalho.

Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

¹²⁸ BRASIL. Ministério Público do Trabalho.

Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

11 DECISÃO DO TRIBUNAL DA UNIÃO EUROPEIA

Recentemente tivemos uma decisão de suma importância proferida pelo Tribunal da União Europeia, no qual, decidiu que a Uber é uma empresa de transporte e não uma empresa digital, como defende, e que esta, terá que cumprir com a legislação em vigor no setor de transporte.

A decisão proferida pelo Tribunal Europeu no dia 20 de dezembro de 2017 foi o resultado de anos de luta entre a empresa e as associações de taxistas, na qual os Juízes Europeus afirmaram que: “A Uber deve ser excluída da liberdade de prestação de serviços gerais, bem como da diretiva relativa aos mercados internos sobre mercado eletrônico”. Em outras palavras, isto significa que a Uber agora passará a ter que seguir a legislação que caracteriza o setor dos transportes.¹²⁹

A Uber disse em um comunicado que essa decisão não vai mudar a situação na maioria dos países da União Europeia, onde eles dizem que já operam de acordo com as leis de transporte vigentes nos locais.¹³⁰

Do ponto de vista dos motoristas, tal decisão foi de uma extrema importância, pois agora não serão apenas considerados parceiros, e sim empregados da Uber, no qual terão diversas garantias previstas na lei trabalhista vigente.¹³¹

11.1 IMPACTO DA DECISÃO DO TRIBUNAL DA UNIÃO EUROPEIA NO BRASIL

Conforme vimos no capítulo anterior, recentemente ocorreu uma decisão de suma importância para os motoristas em relação à empresa Uber.

Tal decisão reforçou o entendimento trazido neste trabalho, de que o motorista da Uber deve ser considerado empregado e não apenas um simples parceiro, como intitula a empresa.

¹²⁹ VILLALOBOS, Luís; PEREIRA João Pedro. **Tribunal europeu diz que Uber é empresa de transporte em decisão com pouco impacto no Brasil.** Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/12/20/economia/noticia/a-uber-e-uma-empresa-de-transportes-decide-tribunal-europeu-1796643>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

¹³⁰ VILLALOBOS, Luís; PEREIRA João Pedro. **Tribunal europeu diz que Uber é empresa de transporte em decisão com pouco impacto no Brasil.** Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/12/20/economia/noticia/a-uber-e-uma-empresa-de-transportes-decide-tribunal-europeu-1796643>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

¹³¹ VILLALOBOS, Luís; PEREIRA João Pedro. **Tribunal europeu diz que Uber é empresa de transporte em decisão com pouco impacto no Brasil.** Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/12/20/economia/noticia/a-uber-e-uma-empresa-de-transportes-decide-tribunal-europeu-1796643>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

Importante ainda dizer que a decisão tomada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia representou uma grande e considerada derrota para a Uber, e, abriu de certa forma, um caminho para a regulamentação em todos os países.

Apesar desta decisão de suma importância, não veremos muitos efeitos aqui no Brasil, pois já ocorre um debate em andamento, onde após votação na Câmara dos Deputados e Senadores, decidiram regulamentar tal serviço, que fora aprovado pelo Presidente da República Michel Temer no dia.¹³²

Como dissemos o projeto de lei apenas regulamentou a atividade do aplicativo, deixando assim, de fora o debate se o motorista é ou não empregado da empresa.

De certo modo, com tal aprovação do projeto de lei, não houve uma parte vencedora e uma parte perdedora, tanto para a empresa e para os motoristas, ambos tiveram suas exigências atendidas.

Porém, como não houve de fato na regulamentação, a questão de o motorista ser ou não empregado da empresa, acreditamos que neste ponto a decisão proferida pelo Tribunal da União Europeia será de grande valia, pois, ao ingressar com uma ação requerendo o vínculo empregatício, o motorista poderá usar tal decisão a seu favor, e, até mesmo os magistrados poderão utiliza-la como base na fundamentação de sua sentença.

Sendo assim, podemos concluir que para verificar os efeitos de tal sentença aplicada no Brasil teremos que aguardar um posicionamento dos Magistrados, da nossa doutrina ou até mesmo dos motoristas ao utilizar referida decisão nas suas demandas contra a Uber.¹³³

¹³² MAZUI, Guilherme; CASTILHOS, Roniara. Temer sanciona regulamentação de aplicativos de transporte de passageiro, como Uber e Cabify. **G1 REDAÇÃO**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-sanciona-regulamentacao-de-aplicativos-de-transporte-privado-de-passageiros-como-uber-e-cabify.ghtml>>. Acesso em: 26. Mar. 2018

¹³³ EPOCA NEGÓCIOS. **Impactos no Brasil da decisão da Europa sobre Uber é limitada**. Disponível em:< <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2017/12/impacto-no-brasil-de-decisao-na-europa-sobre-uber-e-limitado.html>>. Acesso em: 26. Mar. 2018

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, deve-se reforçar que o presente trabalho possui o intuito de demonstrar que de fato existe a possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício entre o motorista e a Uber.

Como vimos, o serviço de Uber no Brasil surgiu em 2014, e, desde o seu surgimento houve diversas manifestações por parte dos taxistas, alegando que tal serviço seria uma forma de concorrência desleal com as empresas da taxi, por possuírem um preço mais vantajoso ao passageiro.¹³⁴

Nas grandes capitais houve diversas manifestações contra o aplicativo, bem como a favor, e ainda, ocorreram diversas ações na justiça por parte dos Sindicatos dos taxistas querendo que o serviço fosse proibido no país. Porém, apesar desta tentativa dos taxistas, o aplicativo fora aceito em nosso país, e encontra-se ativo e em amplo crescimento.¹³⁵

Ainda, vale ressaltar que após a aceitação do serviço no Brasil, e por ter um grande crescimento, podemos ver em nosso Poder Judiciário, uma crescente demanda por parte dos motoristas, requerendo o vínculo empregatício com a Uber, que, ao nosso ver à relação existente entre a empresa e os motoristas possuem todos os requisitos necessários para a caracterização do vínculo, que são: serviços prestados por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.¹³⁶

Tais requisitos foram amplamente demonstrados neste trabalho, porém, há que se destaca-los novamente. Não há que se falar que o serviço de motorista do aplicativo é prestado por uma pessoa física, sendo assim, o primeiro requisito já se encontra caracterizado nesta relação.

O segundo requisito que é o da pessoalidade, também encontra-se caracterizado, visto que, ao realizar o cadastro no sitio eletrônico da Empresa, é

¹³⁴ COSTA, Cristiana. Uber chega à marca de 1 bilhão de viagens no Brasil. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/uber-chega-marca-de-1-bilhao-de-viagens-no-brasil/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

¹³⁵ CAMARAM, Bernardo; VIVAS, Fernanda. Câmara aprova regulamentação de aplicativos como Uber; placa vermelha não seja exigida. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/camara-analisa-projeto-que-regulamenta-aplicativos-de-transporte-como-uber-e-cabify.ghtml>>. Acesso em 28. Fev. 2018

¹³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. LTr, São Paulo, 2016. p. 297

necessário que o motorista encaminhe uma série de documentos pessoais para a empresa verificar se o motorista é aceito ou não em seu “processo seletivo”, e ainda, sendo aprovado em tal etapa, o motorista é ativado na plataforma e apenas ele poderá exercer tal função, ou seja, um motorista ativo na plataforma não pode ceder ou emprestar a sua licença para outro motorista, e, caso isto ocorra, o mesmo será excluído da plataforma. Sendo assim, podemos verificar a caracterização de mais um requisito para a existência do vínculo empregatício entre as partes.

Um dos requisitos que seriam mais difíceis de caracterizar seria o da não eventualidade, ou ainda conhecido como habitualidade. Como pudemos ver neste trabalho, tal princípio nos traz a ideia de que o trabalho deve ser constante, ou seja, deve haver uma habitualidade nele.

Este requisito é um dos que a Uber utiliza para demonstrar que não há de fato a eventualidade, pois alegam que os motoristas são livres para aceitar ou não as corridas e ainda, escolher o seu próprio horário de trabalho. Ocorre que, aprofundando-se mais no estudo deste trabalho, podemos concluir que os motoristas atendem uma grande demanda nos serviços, e, caso não se encontram ativos na plataforma por algumas horas ou dias, a empresa bloqueia a conta do motorista temporariamente. E ainda, caso o motorista não obtenha uma nota satisfatória em suas avaliações ou ainda recuse uma série de corridas, o motorista também é bloqueado por alguns dias do aplicativo, e se isto for constante, o mesmo poderá ser excluído da plataforma, ou seja, está perfeitamente caracterizada a habitualidade no serviço prestado, pois de certa forma, a empresa obriga o motorista estar ativo na plataforma por determinado tempo.

Outro requisito que é debatido pela Uber é o da subordinação, como vimos, tal requisito consiste na ideia o empregado deve acatar as ordens do empregador. Pelo fato do motorista não ter que se dirigir a sede da Uber, esta alega que não existe a subordinação na relação entre eles, ocorre que, com o avanço tecnológico, e principalmente com a reforma trabalhista, vem existindo um posicionamento de que é possível existir este tipo de subordinação, e que esta, por sua vez é titulada como subordinação jurídica virtual, existentes no teletrabalho, no qual, pelo simples fato de que o empregador pode acatar ordens ao seu empregado através de mensagens no whatsapp, ligações no Skype, e-mails dentre outras formas existentes hoje em dia.

Nesse ponto, importante destacar que os motoristas se encontram na conhecida subordinação estrutural, que apesar de não receber ordens diretas da

Uber, ele está inserido estruturalmente na dinâmica operativa da empresa, que no caso da Uber é o serviço de transporte, que é realizado pelo motorista, ou seja, há sim a subordinação do motorista com a empresa.

Podemos ainda dizer que a uma certa subordinação jurídica virtual, que ocorre quando os motoristas são controlados pela empresa se estão ou não ativos no aplicativo, na qualidade do serviço prestado por meio das avaliações feitas pelos usuários, e, caso os motoristas não fique ativo no aplicativo, ou se suas avaliações não atinja uma nota que a Uber julgue aceitável, o motorista está sujeito a aplicação de certas sanções disciplinares, em outras palavras, há como o empregador (Uber) controlar de certa forma as atividades em que o empregado (motorista) está fazendo por meios telemáticos, que são: estar ativo no aplicativo e as avaliações feitas pelos usuários, sendo assim, mais uma vez encontra-se presente um requisito necessário para a caracterização do vínculo empregatício.

O último requisito, e não menos importante, é o da onerosidade, ou também conhecido como onerosidade, e, é um dos requisitos mais fácil de caracterizar na relação entre o motorista e a Uber. Como podemos ver ao longo deste trabalho, existe uma remuneração paga pela Uber aos motoristas, que sempre é pago após uma semana de trabalho realizado, ou seja, o motorista efetua suas corridas de segunda a domingo, e na segunda-feira seguinte é feito um extrato que é encaminhado diretamente ao motorista demonstrando o valor de todas as viagens efetuadas, e após isto, a remuneração é repassada para a conta cadastrada do motorista, ou seja, está perfeitamente caracterizada a onerosidade na relação do motorista com a empresa.

Feitas tais considerações, podemos concluir que se encontra presente todos os requisitos necessários para a caracterização da relação de emprego, ou ainda, a existência do vínculo empregatício entre as partes.

Ocorre que, tal tema, ou ainda, tal caracterização ainda encontra-se em debate em nosso Poder Judiciário, porque alguns juízes já posicionaram a favor dos motoristas dizendo que de fato há um vínculo entre este e a empresa, de outro lado, existem alguns juízes que se posicionaram a favor da empresa, alegando que não há o vínculo empregatício entre o motorista e a empresa, pois não estão presentes todos os requisitos necessários para tal caracterização.

Importante dizer ainda que apesar dessas sentenças, não houve ainda nenhum posicionamento sobre o assunto do Supremo Tribunal Federal e nem do Tribunal Superior do Trabalho, sendo assim, ainda não possuímos uma jurisprudência

sobre o caso, e nem possuímos nenhuma doutrina, pois por se tratar de tema extremamente novo.

A única coisa que tivemos recentemente foi à propositura de um projeto que lei que apenas regulamentou a atividade exercida pelo aplicativo em nosso país, não esclarecendo se o motorista é um empregado da empresa ou apenas um parceiro da empresa.¹³⁷

Neste ponto, cumpre-se salientar, que tivemos uma decisão totalmente favorável aos motoristas proferidas pelo Tribunal da União Europeia, na qual, brilhantemente entendeu que os motoristas devem ser considerados empregados da empresa.

Sendo assim, feitas tais considerações, e através do estudo aprofundado do tema, podemos concluir que o motorista do aplicativo deve sim ser considerado um empregado da Uber, e, ter todos os direitos previstos em nossa legislação trabalhista.

¹³⁷ Câmara dos Deputados. **Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

REFERÊNCIAS

BATISTA, Pollyana. A origem e como funciona o aplicativo de serviço Uber. **Estudo Prático**. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/a-origem-e-como-funciona-o-aplicativo-de-servico-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes na Relação de Trabalho. Grupo de Estudos “GE Uber”: relatório conclusivo.

Câmara dos Deputados. Projeto de lei da Câmara nº 28, de 2017. BRASIL. Senado Federal. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

CAMARAM, Bernardo; VIVAS, Fernanda. Câmara aprova regulamentação de aplicativos como Uber; placa vermelha não seja exigida. **G1 Redação**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/camara-analisa-projeto-que-regulamenta-aplicativos-de-transporte-como-uber-e-cabify.ghtml>>. Acesso em 28. Fev. 2018

COSTA, Cristiana. Uber chega à marca de 1 bilhão de viagens no Brasil. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/uber-chega-marca-de-1-bilhao-de-viagens-no-brasil/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. LTr, São Paulo 2016.

Impacto no Brasil de decisão na Europa sobre Uber é limitado. **Época Negócios**. 20 dez. 2017. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2017/12/impacto-no-brasil-de-decisao-na-europa-sobre-uber-e-limitado.html>>. Acesso em: 26 mar. 2018

Câmara dos Deputados regulamenta aplicativos como Uber e Cabify. **Estadão Conteúdo** Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2018/02/28/interna_nacional,940948/ca>

mara-dos-deputados-regulamenta-aplicativos-como-uber-e-cabify.shtml>. Acesso em: 28. Fev. 2018

Febracis. **Você sabe qual é a diferença entre trabalho e emprego?**. Disponível em: <<https://www.febracis.com.br/blog/diferenca-entre-trabalho-e-emprego/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

Motoristas protestam contra projeto de lei que determina exigências para apps de transporte. **G1 CURITIBA.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/motoristas-da-uber-protestam-contraprojeto-de-lei-que-determina-exigencias-para-transporte-de-aplicativos.ghtml>> Acesso em: 30. Out. 2017

Motoristas protestam contra projeto de lei que determina exigências para apps de transporte individual pago. **G1 REDAÇÃO.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/motoristas-da-uber-protestam-contraprojeto-de-lei-que-determina-exigencias-para-transporte-de-aplicativos.ghtml>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

UberXTaxi. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

GIGA. **Sua avaliação para o motorista da Uber pode bani-lo do aplicativo; entenda.** Disponível em: <<https://33giga.com.br/avaliacao-para-o-motorista-do-uber-pode-bani-lo/>>. Acesso em 09 Fev. 2018

GOMES, Orlando; GOTTSCHALCK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho.** 19. ed. Forense, São Paulo, 2012.

JAHN, Ricardo. **Relação de emprego-requisitos.** Disponível em: <file:///C:/Users/vinic/Downloads/17.Texto_02_RelAcAao_de_emprego-_requisitos_ricardo_jahn.pdf>. Acesso em: 13. Jan. 2018

LEWGOY, Júlia. Quanto você ganha como motorista da Uber e seus serviços. **ABRIL**

Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/quanto-voce-ganha-como-motorista-da-uber-e-de-seus-rivais/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

LOBEL, Fabrício. Novas regras para Uber e outros apps de transporte tem 5º recuo de Doria. **FOLHA** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1954497-novas-regras-para-uber-e-outras-apps-de-transportes-tem-5-recuo-de-doria.shtml>>. Acesso em: 30. Jan. 2018

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. Atlas, São Paulo, 2012

MAZUI, Guilherme; CASTILHOS, Roniara. Temer sanciona regulamentação de aplicativos de transporte de passageiro, como Uber e Cabify. **G1 REDAÇÃO** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-sanciona-regulamentacao-de-aplicativos-de-transporte-privado-de-passageiros-como-uber-e-cabify.ghtml>>. Acesso em: 26. Mar. 2018

PADRÃO, Maurício. Carro mais velho liberado: SP confirma mudança nas regras de Uber e afins. **TECNOLOGIA UOL** Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/02/09/sao-paulo-confirma-mudancas-nas-novas-regras-que-regulam-uber-e-afins.htm>> Acesso em: 09 Fev. 2018

PROCHNO, Pedro. Fatos e Dados sobre a Uber. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

PROCHNO, Pedro. Todos juntos pela mobilidade na comissão de ciência e tecnologia do Senado Federal. **NEWS ROOMS UBER** Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/juntos-pela-mobilidade-cct-senado/>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

Redação Salário BR. **Trabalho X Emprego: você sabe a diferença?**. Disponível em: <<http://www.salariobr.com/Artigos/Trabalho-x-Emprego-voce-sabe-a-diferenca/2587>>. Acesso em: 20. Dez. 2017

Redação Veja. **Reforma trabalhista entra em vigor no dia 11; veja o que muda.** Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/reforma-trabalhista-entra-em-vigor-no-dia-11-veja-o-que-muda/>>. Acesso em 08. Fev.2018

Senado Notícias. **Projeto de regulamentação do Uber é alterado e volta para Câmara.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/31/projeto-de-regulamentacao-do-uber-e-alterado-e-volta-para-a-camara>>. Acesso em: 29. Dez. 2017

SENADO NOTÍCIAS. **Regulamentação do Uber mobilizou categorias e provocou debates no Plenário.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/12/29/regulamentacao-do-uber-mobilizou-categorias-e-provocou-debates-no-plenario>>. Acesso em: 29. Dez. 2017

TRIBUNAL REGIONAL DA 2ª REGIÃO.86ª Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamação Trabalhista 1002101- 88.2016.5.02.0086: Autor sigiloso e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Geovane da Silva Gonçalves, Juiz. 05/07/2017, sentença. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-trabalhista-uber.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. Vara do Trabalho de Gama. Reclamação Trabalhista 0001995-46.2016.5.10.0111. William Miranda da Costa e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Tamara Gil Kemp, Juíza, sentença. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/uber-decisao.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. 13ª Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamação Trabalhista 1001492- 33.2016.5.02.0013. Fernando dos Santos Teodoro e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Eduardo Rockenbach Pires, Juiz. 11/04/2017, Sentença. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/04/Sentenc%CC%A7a-Uber.SP-V%C3%ADnculo.pdf>> Acesso em: 08. Mar. 2018

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 09ª Turma. Recurso 0011359-34.2016.5.03.0112. Uber do Brasil Tecnologia LTDA e Rodrigo Leonardo Silva Ferreira. Maria Stela Álvares da Silva Campos, Desembargadora. 23/05/2017, acórdão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/trt-reforma-decisao-uberizacao.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 12ª Vara do Trabalho. Reclamação Trabalhista 0011863-62.2016.5.03.0137. Charles Soares Figueiredo e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. BARROSO, Marcos Vinícius Barroso, Juiz. 30/05/2017, sentença. Disponível em: <https://2q72xc49mze8bkcog2f01nlh-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/05/Decisa%CC%83o-30_maio_BH.pdf>. Acesso em: 08. Mar. 2018

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 37ª Vara do Trabalho. Reclamação Trabalhista 0011863-62.2016.5.03.0137. Artur Soares Neto e Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Filipe de Souza Sickert, Juiz. 30/01/2017, sentença. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-trabalho-fixa-motorista-uber.pdf>>. Acesso em: 08. Mar. 2018

Regulamentação da cidade de São Paulo. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/sao-paulo/resources/resolucao-16-sp/>>. Acesso em: 30. Jan. 2018

Requisitos para os motoristas parceiros. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/requirements/>>. Acesso em: 08. Mar. 2017

Sua voz foi ouvida mais uma vez. **NEWS ROOMS UBER**. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/lei-do-retrocesso/>>. Acesso em: 08. Mar. 2017

VILLALOBOS, Luís; PEREIRA João Pedro. **Tribunal europeu diz que Uber é empresa de transporte em decisão com pouco impacto no Brasil**. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/12/20/economia/noticia/a-uber-e-uma-empresa-de-transportes-decide-tribunal-europeu-1796643>>. Acesso em: 20. Dez. 2017