



REVISTA JURÍDICA DA UFRN
inverbis

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente

Anna Clara Miranda de Azevedo Peixoto

Membros

Albert Barcessat Gabbay
Herbet Miranda Pereira Filho
Layz Dayanne Medeiros Souza
Marcelo Nobre da Costa
Maria Augusta Marques de Almeida Xavier
Thiago Augusto Lopes de Morai

Colaboradores

João Paulo Monte Nunes Bezerra
Vanessa Pinto Maia
Victor Scarpa de Albuquerque Maranhão

CONSELHO EDITORIAL

Artur Cortez Bonifácio
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da Rocha
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Elaine Cardoso de Matos Novais
Elke Mendes Cunha
Érika Verícia Canuto de Oliveira Veras
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Felipe Maciel Pinheiro Bastos
Igor Alexandre Felipe de Macedo
Ivan Lira de Carvalho
Jahyr Bichara
Leonardo Martins
Luciano Athayde Chaves
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Mariana de Siqueira
Morton Luiz Faria de Medeiros
Otacílio dos Santos Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Paulo Renato Guedes Bezerra
Ricardo Procópio Bandeira de Melo
Ricardo Tinóco de Góes
Ronaldo Pinheiro Queiroz
Vladimir da Rocha França
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Walter Nunes da Silva Júnior
Yara Maria Pereira Gurgel

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

Vice-Reitora

Maria de Fátima Freire de Melo Ximenes

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora

Maria Arlete Duarte de Araújo

Vice-Diretor

José Dionísio Gomes da Silva

Coordenadora do Curso de Direito

Ana Beatriz Ferreira Rebello

Chefe do Departamento de Direito Público

Yanko Marcus De Alencar Xavier

Chefe do Departamento de Direito Privado

Jair Eloi de Souza

Coordenador da In Verbis Extensão

Xisto Tiago de Medeiros Neto

Coordenador da In Verbis Pesquisa

Paulo Renato Guedes Bezerra

DIAGRAMAÇÃO

Hélder Souza de Lima

REVISÃO

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

TIRAGEM

410 Exemplares

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos Acadêmicos
do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. – Ano 17, n. 31 (jan./jun. 2012).**

Semestral

ISSN 1413-2605

**1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN**

CDU - 34

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis

Av. Senador Salgado Filho, 3.000 - Setor I - Curso de Direito

Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970

Home Page: www.inverbis.com.br

E-mail: contato@inverbis.com.br

**Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a
reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.**

Sumário

EDITORIAL	05
------------------------	-----------

A ATIVIDADE DO TELEMARKETING E A INJUSTIÇA NA APLICABILIDADE JURISDICIONAL DE SUA JORNADA DE TRABALHO	09
--	-----------

Pedro Augusto Alexandre da Silva

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL SOB A ÓTICA DA RECEPÇÃO PLENA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	29
---	-----------

Víctor Marinho Fernandes de Freitas

AS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS DO JUS POSTULANDI: SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS NO HODIERNO CENÁRIO JUSTRABALHISTA.....	49
---	-----------

Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS CONTROVER-SOS E PARÂMETROS DE LEGITIMIDADE.....	65
--	-----------

Everton Lima da Cruz

CRIMES AMBIENTAIS E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	83
---	-----------

Talita Nunes Maciel Silva

DIREITO À VIDA EM CONFLITO COM TEMAS POLÊMICOS.....	101
--	------------

Rafaela Pinheiro Leite

Naylla Márcia Cavalcanti de Sá Leitão

DIREITOS TRABALHISTAS: RELAÇÃO ENTRE TERCEIRIZAÇÃO E ESCRAVIDÃO HODIERNA. ANÁLISE DE CASO.....121

Claudio Barbosa Câmara de Souza

Daniel Euzébio Dantas Pinheiro

O CONCEITO DE ATIVIDADE JURÍDICA À LUZ DO CNJ E DO STF: CONFRONTO COM A TELEOLOGIA.....137

Richardy Videnov Alves dos Santos

O PAPEL DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....155

Julliane Pinto de Aquino

O TERROR PSICOLÓGICO NO AMBIENTE LABORAL COMO AFRONTA AO DIREITO À SAÚDE E AO PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO.....173

Amanda Rocha dos Santos

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: DA PERSUASIVIDADE À VINCULATIVIDADE.....201

Vagner Liger de Mello Monteiro

PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA: DA SUBLIMINARIEDADE À REALIDADE.....213

Abraão Luiz Filgueira Lopes

ARTIGO CONVIDADO: A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO: ATÉ QUANDO CONVIVER COM ESSA INDEFINIÇÃO?.....235

Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da Rocha

REGRAS DE PUBLICAÇÃO PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO.....253

Editorial

Muitos foram os obstáculos que cercaram a Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis no decorrer da elaboração de sua mais nova edição. Inúmeros foram os artigos avaliados, exaustivas e constantes foram as reuniões, longas foram as pautas e árduo foi o trabalho. O esforço e a dedicação de toda a Comissão Editorial não tinham outro objetivo, senão a confecção de mais um exemplar da tradicional Revista Jurídica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Eis que chegamos, portanto, a nossa 31ª Edição. Fruto de uma longa jornada iniciada há 17 anos, o novo exemplar da In Verbis foi minuciosamente elaborado e discutido, sempre zelando pela qualidade e tradição que garantiram ao periódico o merecido prestígio conquistado no meio jurídico. O orgulho de, enfim, ver materializada mais uma edição é compartilhado não apenas por aqueles que integram a sua Comissão Editorial, mas também por todo o corpo docente e discente da nossa Universidade.

Imensa é a satisfação de poder apresentar ao meio acadêmico mais uma obra fruto do trabalho intelectual do alunado, unindo harmonicamente a Extensão e a Pesquisa. É uma verdadeira conquista para nós perceber as proporções que o projeto tomou ainda que diante de tantos entraves. Ora, quem diria que a nossa Revista, cujo primeiro exemplar surgiu como uma idealização de oito estudantes, fosse sobreviver ao longo de tantos anos. Aliás, quem poderia imaginar que tal periódico, o primeiro do país a ser elaborado apenas por acadêmicos de Direito, conseguiria crescer, ultrapassar tantas barreiras e superar as fronteiras regionais, alcançando um prestígio de cunho nacional. Prestígio e reconhecimento esses que foram paulatinamente alcançados, mérito do comprometimento das Comissões Editoriais que passaram pela Revista.

Todo o trabalho, no entanto, tem por escopo primordial assegurar

aos acadêmicos de Direito uma forma de expor as suas produções científicas, valorizando o trabalho intelectual estudantil e, paralelamente, fomentando a pesquisa no campo jurídico. É, portanto, com esse desígnio que, semestre após semestre, a Comissão Editorial busca aprimorar o que vem sendo feito e trazer inovações com o intento de expandir as dimensões do Projeto.

Diante de tais propósitos, foi realizada uma reforma no Edital de Publicação, assegurando aos acadêmicos uma leitura mais clara, com regras reavaliadas e atualizadas, a fim de facilitar o processo de submissão da produção científica. De forma similar, também foi realizada uma reforma no Regramento Interno da Revista, tornando o trabalho da Comissão Editorial mais célere e eficaz.

Trilhando essa senda, a Revista focou ainda na promoção de debates jurídicos no meio acadêmico por meio da concretização de um Evento realizado nos moldes de um debate, cujo tema central foi a Nova Lei de Prisões. No que tange ao Projeto de Pesquisa, salutar destacar que este veio se consolidando através do surgimento das primeiras formas materializadas do conteúdo debatido. O fomento pela pesquisa científica e debates de cunho jurídico vem sendo, nesse ínterim, promovidos pela revista, consolidando um antigo sonho de união entre extensão e pesquisa, alvo de pauta em infindáveis reuniões.

Diante do que foi exposto, é com imensa satisfação que declaramos lançado mais um exemplar da Revista Jurídica In Verbis, que tanto é motivo de orgulho no nosso Glorioso Curso de Direito.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

A Comissão Editorial.

Artigos

A ATIVIDADE DO TELEMARKETING E A INJUSTIÇA NA APLICABILIDADE JURISDICCIONAL DE SUA JORNADA DE TRABALHO

Pedro Augusto Alexandre da Silva

Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da UFRN
Monitor de Direito Processual do Trabalho

RESUMO

O presente estudo tem como intento revelar o dissenso existente no âmbito da aplicação da jornada de trabalho no tocante à categoria dos atendentes de telemarketing, revelando o posicionamento do Ministério do Trabalho e Emprego e da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, trazendo as minúcias das interpretações existentes, e, por conseguinte, propor a melhor hermenêutica a ser realizada. Assim, busca-se atentar para o fato de que as decisões do TST caminham finalmente, após o cancelamento da OJ 273 da SDI-I, para uma interpretação que alberga o entendimento protetivo trabalhista, amparado pela Constituição Federal de 1988, bem como convergem para uma análise teleológica e social do artigo 227 da CLT. Para o alcance do fim objetivado, se utilizará, especialmente, da doutrina trabalhista e da jurisprudência do TST, bem como das diretrizes hermenêuticas jurídicas.

Palavras-Chave: Telemarketing. Jornada de Trabalho. Ministério do Trabalho e Emprego. Tribunal Superior do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

As relações de trabalho nas últimas décadas têm evoluído de forma vertiginosa, de maneira que diversas atividades foram incluídas no campo de análise do Direito do Trabalho. Tal desenvolvimento repentino, infelizmente, nem sempre veio acompanhado apenas de pontos favoráveis, visto que na velocidade que as transformações ocorreram, a legislação trabalhista estagnou e isso impossibilitou o amparo a algumas relações trabalhistas. Só sendo o referido problema atenuado, com o advento da Constituição Federal de 1988, que elevou os direitos da pessoa humana como alicerce fundamental de toda a ordem normativa brasileira.

Nesse âmbito, analisaremos nos próximos tópicos o surgimento da atividade do telemarketing, revelando as minúcias que rodeiam o dissenso a respeito do emprego correto da jornada de trabalho dos empregados dessa seara, tanto no campo legislativo, quanto no doutrinário, destacando a recente reforma na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

2 A EVOLUÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A ATIVIDADE DO TELEMARKETING

Como dito acima, as relações laborais evoluíram em progressão maior do que o suporte jurídico trabalhista, de modo que alguns vínculos restaram desarraigados, carecendo assim, de regulamentação normativa que vise à proteção dos direitos dos hipossuficientes. Tal descompasso deu-se, essencialmente, pela modernização dos ambientes de trabalho e pelo fenômeno da globalização, que revelou modernas atividades, antes não desenvolvidas, e ao mesmo tempo, fez com que ocorresse a atualização em algumas ocupações, de forma que as mesmas se adequassem à nova realidade vivida.

Assim, no contexto da revolução tecnológica e da onda de constitucionalização dos direitos transindividuais, principalmente o do consumidor, há o aparecimento da atividade de telemarketing. Prática essa que surgiu em meados dos anos 50 nos Estados Unidos, devido à necessidade que as empresas americanas tinham de realizar pesquisas de mercado, a fim de avaliar a viabilidade da produção de certos produtos.

Nesse aspecto evolucionista, o telemarketing passou a ser desenvolvido como atividade-meio, certas vezes até como atividade-fim, em



diversas empresas em todo o mundo, com o objetivo de realizar pesquisas, vender produtos e até como sistema de atendimento ao consumidor (o famoso SAC), utilizando sempre ferramentas básicas que vão desde o telefone até os mais modernos meios de comunicação. Nesse entendimento, leciona Valdir Rinaldi (2006, p. 237) que:

Tendo como principal ferramenta de trabalho a informática e devido à evolução constante e o ritmo acelerado desta, de simples pesquisador de mercado, a categoria ganhou corpo e passou a atuar em empresas que prestam serviços de teleatendimento amplo a terceiros. No mercado, essas empresas são denominadas de: *bureau* de teleatendimento, *call centers*, *customer centers*, *contact centers*. Também atuam em serviços de teleatendimento para outras empresas, denominados de teleatendimento *in house*, cuja operação mais conhecida é o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC).

Ou seja, não há o que discutir, a referida atividade está presente em todos os campos da sociedade, afinal de contas, quem nunca precisou ligar para um 0800 tentando fazer uma reclamação, adquirir ou cancelar um serviço, fazendo-se uso dos *call centers*, um dos ramos do telemarketing?

Destarte, cumpre trazer o conceito de telemarketing que é aplicado pela própria Associação Brasileira de Telesserviços (ABT): “É toda e qualquer atividade desenvolvida através de sistemas de telemática e múltiplas mídias, objetivando ações padronizadas e contínuas de marketing”¹.

Podemos enunciar, ainda, o conceito contido na NR17-Anexo II, que será estudada mais a frente, na qual:

Entende-se como trabalho de teleatendimento/ telemarketing aquele cuja comunicação com interlocutores clientes e usuários é realizada à distância por intermédio da voz e/ou mensagens eletrônicas,

¹TELESSERVIÇOS, Associação Brasileira de. **Telemarketing**. Disponível em: <<http://www.abt.org.br/telemarketing.asp>>. Acesso em: 25 abr. 2011.



com a utilização simultânea de equipamentos de audição/escuta e fala telefônica e sistemas informatizados ou manuais de processamento de dados².

Assim, verificamos que houve e ainda há uma mudança na concepção de telemarketing, visto que a sociedade está em evolução constante, de forma que aparelhos atuais, amanhã serão considerados ultrapassados e assim, o teleatendimento vai se modernizando e ganhando novos contornos sociais e jurídicos.

O ofício do telemarketing/teleatendimento é hoje um dos maiores geradores de empregos, ao passo que possui uma taxa de crescimento de 20% ao ano e com perspectiva ainda maior de desenvolvimento³. Segundo dados, tem-se que cerca de 3% da força de trabalho americana está concentrada nesse setor e 1% da população brasileira atua nessa área econômica, que só tende a crescer⁴. Essas informações podem ser corroboradas pelo estudo desenvolvido pela Universidade de Columbia nos Estados Unidos, onde se verifica que, segundo Whitt (2011, p.03):

A indústria de *contact center*, em si, é vasta e está em rápida expansão. Estima-se que cerca de quatro milhões de pessoas nos Estados Unidos - 3% da força de trabalho - trabalham nessa área, com o crescente número de cerca de 20% ao ano. Muitas estatísticas foram coletadas demonstrando a importância econômica dos centros de contato⁵. (tradução

² MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **ANEXO II DA NR-17**. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE52160012BE5254EF314BE/nr_17_anexo2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2011.

³ RIJO, Rui et al. **CALL CENTER E CONTACT CENTER: PERSPECTIVAÇÃO HISTÓRICA E ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL**. Disponível em: <http://www.iadis.net/dl/final_uploads/200607C074.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2011.

⁴ GIÃO, Paulo Roberto; OLIVEIRA JÚNIOR, Moacir de Miranda. **Offshoring de serviços de call center: um estudo comparativo entre Brasil, Índia e África do Sul**. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1809-22762009000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 25 abr. 2011.

⁵ WHITT, Ward. **STOCHASTIC MODELS FOR THE DESIGN AND**. Disponível em: <

nossa)

Ainda nesse esteio e por fim, salienta-se que a atividade aqui abordada cresceu de forma assombrosa e continuará a evoluir devido a fatores capitalistas e consumeiristas, de maneira que o telemarketing necessita de uma atenção maior por parte dos legisladores e sindicatos, a fim de não deixar desemparrada tal categoria que reúne milhões de trabalhadores.

3 DISSENSO NO TOCANTE À JORNADA DE TRABALHO DOS ATENDENTES DE TELEMARKETING

A Consolidação das Leis do Trabalho revelada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 01 de maio de 1943, veio com o objetivo de regular as relações laborais, de forma a conceder direitos e garantias aos trabalhadores de uma forma geral. Entretanto, tal legislação, com o passar das décadas, foi se mostrando ultrapassada, haja vista a rápida modernização da relações de trabalho, conforme exposto.

Assim, no intuito de salvaguardar a dignidade dos trabalhadores do telermaketing buscou-se realizar um interpretação extensiva, de forma a aplicar o conteúdo do artigo 227 da CLT, referente à jornada de trabalho, a tal categoria. Para um melhor entendimento verifiquemos o citado artigo:

Art. 227 - Nas empresas que explorem o serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefonia, fica estabelecida para os respectivos operadores a duração máxima de seis horas contínuas de trabalho por dia ou 36 (trinta e seis) horas semanais.

Essa entendimento passou a ser utilizado de forma minoritária. Contudo, nesse âmbito, surgiu um dissenso a respeito se poderia ou não ser aplicado o citado dispositivo aos atendentes de telermaketing, havendo 2 (dois) posicionamentos, que serão posteriormente expostos.

lumbia.edu/~ww2040/directions.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2011.



3.1 A atuação do Ministério do Trabalho e Emprego: aplicação da NR 17 – Anexo II da Portaria n.º 09/2007

Conforme asseverado, parte da doutrina, sindicatos⁶ e advogados trabalhistas passaram a realizar uma análise extensiva do conteúdo do artigo 227 da CLT, efetuando a subsunção da categoria do telemarketing à jornada de trabalho ali expressa de 6 (seis) horas diárias e 36 (trinta e seis) semanais, buscando assim, proteger a categoria.

Logo, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), enquanto Órgão do Poder Executivo, emitiu a Portaria n.º 09, de 30 de março de 2007, que trouxe o anexo II da Norma Regulamentadora (NR) 17, regulando o trabalho em teleatendimento/telemarketing e estabelecendo o itens 5.3 e 5.3.1, que assim demonstram:

5.3. O tempo de trabalho em efetiva atividade de teleatendimento/telemarketing é de, no máximo, 06 (seis) horas diárias, nele incluídas as pausas, sem prejuízo da remuneração.

5.3.1. A prorrogação do tempo previsto no presente item só será admissível nos termos da legislação, sem prejuízo das pausas previstas neste Anexo, respeitado.

No exposto, tem-se que o anexo II da NR 17 veio a reforçar a hermenêutica realizada a fim de encaixar a atividade do teleatendimento/telemarketing na jornada de trabalho revelada.

Nesse diapasão, o MTE editou o Precedente Administrativo n.º 73, cujo teor assim dispõe:

PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Nº 73
JORNADA. TELEFONISTA. TELEMARKETING. REVISÃO DO PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Nº 26. Estende-se ao operador de telemarketing a proteção prevista no art. 227 da CLT. O tempo de efetivo labor em teleatendimento deve ser de, no máximo, 6 horas diárias. Essa exigência não prejudica a existência

⁶ Para mais informações: <http://www.sintratel.org.br/site/>



de jornadas de duração superior, nos termos da legislação, desde que o restante da jornada seja ocupado com outras tarefas e que se respeitem as pausas obrigatórias diárias previstas no Anexo II da NR-17 e o limite semanal de 36 horas de teleatendimento/telemarketing.

REFERÊNCIA NORMATIVA: art. 227 da CLT e itens 5.3 e 5.3.1 do Anexo II da NR -17 da Portaria nº 09, de 30/03/2007⁷.

Assim, o MTE sedimentou, de vez, o entendimento tão almejado pela doutrina protetiva trabalhista, conferindo assim, à categoria dos atendentes de telemarketing a jornada de trabalho de 6 (seis) horas diárias. A partir daí, passou a direcionar tal entendimento, de forma que as Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego (SRTE), através do seus fiscais do trabalho, realizassem ações fiscais e autuassem as empresas que não estivessem de acordo com tais medidas. Nesse diapasão, criou-se uma situação de insegurança, haja vista, que tal entendimento não era aceito pelos Tribunais, que rechaçavam tal posicionamento. Porém, veremos que a realidade tende a mudar.

3.2 Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho

Como foi assinalado, os Tribunais não admitiam o enquadramento dos atendentes de telemarketing na jornada reduzida contida no artigo 227 da CLT, na NR 17, bem como no Precedente Administrativo 73. Esse último, vale ressaltar, veio a cancelar o anterior entendimento contido no Precedente 26, que possuía um teor totalmente contrário ao atual. Vejamos exemplos de como os Tribunais não aceitavam tal interpretação extensiva:

OPERADOR DE TELEMARKETING – REQUISITOS

Para que se configure a função de 'telemarketing', não basta que o obreiro exerça seu trabalho por meio de telefone, oferecendo e/ou vendendo serviços e

⁷ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Precedente Administrativo N.º 73**. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/precedentes_administrativos.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011.



produtos, realizando pesquisas ou serviços de cobrança e cadastramento de clientes. É condição *sine qua non* para a caracterização do serviço, que o empregado siga roteiros e *scripts* planejados pelo empregador.

OPERADOR DE TELEMARKETING – JORNADA REDUZIDA – INAPLICABILIDADE

Inaplicável ao operador de *telemarketing* a jornada reduzida prevista no artigo 227 da CLT, por não exercer suas atividades exclusivamente como telefonista, operando mesa de transmissão. Aplicação direta da OJ n. 273, do SDI-1 do C. TST⁸.

Também nesse sentido, parte da doutrina corrobora com tal posição, visto que frente ao conjunto normativo apresentado, Jackson Passos (2010, p.161) assevera que:

Os empregados então se depararam com um impasse, pois a norma de natureza administrativa trata de um direito aos operadores de telemarketing, desprovido de previsão legal, e que, portanto, não é obrigatória.

Assim, tendo em vista as reiteradas decisões denegatórias, o Tribunal Superior do Trabalho passou a analisar diversos casos, a níveis recursais, onde vinha mantendo a análise *a quo*, negando a interpretação extensiva que confere jornada reduzida de 6 (seis) horas aos trabalhadores do ramo de telemarketing. Não obstante isso, o TST elaborou a Orientação Jurisprudencial n.º 273 da SDI-I, onde se tinha que:

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (Subseção I)

273. “TELEMARKETING”. OPERADORES. ART. 227 DA CLT. INAPLICÁVEL (inserida em 27.09.2002)

⁸ Tribunal Superior do Trabalho - Processo n.º 02060-2008-016-15-00-6 - RO - 6ª TURMA - 12ª CÂMARA. Des. Relator José Pitas.



A jornada reduzida de que trata o art. 227 da CLT não é aplicável, por analogia, ao operador de televendas, que não exerce suas atividades exclusivamente como telefonista, pois, naquela função, não opera mesa de transmissão, fazendo uso apenas dos telefones comuns para atender e fazer as ligações exigidas no exercício da função.

De acordo com a OJ 273, não era possível a aplicação da jornada reduzida aos que exercem a atividade de telemarketing. E assim, o TST vinha julgando tais causas, aplicando de forma objetiva tal orientação e negando qualquer pleito que almejasse o emprego da jornada de 6 (seis) horas aos trabalhadores desse ramo. Essa colocação pode ser observada nos seguintes julgados dos TST:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS - JORNADA REDUZIDA - OPERADORA DE TELEMARKETING. Consoante a jurisprudência iterativa, notória e atual desta Corte, sedimentada na Orientação Jurisprudencial nº 273 da SBDI-1, a jornada reduzida de que trata o artigo 227 da CLT não é aplicável, por analogia, ao operador de televendas, que não exerce suas atividades exclusivamente como telefonista, pois, naquela função, não opera mesa de transmissão, fazendo uso apenas dos telefones comuns para atender e fazer as ligações exigidas no exercício da função. Recurso conhecido e provido.

(...)

VOTO

(...)

1 - HORAS EXTRAS - OPERADORA DE TELEMARKETING
CONHECIMENTO

A reclamada insurge-se contra a decisão regional que estendeu a jornada reduzida das telefonistas de mesa, à reclamante, operadora de telemarketing. Aponta violação ao artigo 227 da Consolidação das Leis do Trabalho, contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 273 da SBDI-1 desta Corte e inaplicabilidade da Súmula nº 178/Tribunal Superior do Trabalho. Transcreve aresto.



O Tribunal Regional adotou o seguinte entendimento a respeito da matéria:

-HORAS EXTRAS - TELEMARKETING

Segundo a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), operadores de telemarketing são trabalhadores que, sempre por meio de teatendimento, seguindo roteiros e scripts planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes:

- a) atendem usuários;
- b) oferecem serviços e produtos;
- c) prestam serviços técnicos especializados;
- d) realizam pesquisas;
- e) fazem serviços de cobrança e cadastramento de clientes.

O conjunto probatório produzido nos presentes autos demonstra que a Reclamante exercia as atividades supra descritas. Assim, conquanto sua função recebesse o nome de 'Assessor de Contas', a obreira efetuava, simultaneamente, digitação e atendimento a clientes, com permanente atividade de digitação.

(...)

Consoante a jurisprudência iterativa, notória e atual desta Corte, sedimentada na Orientação Jurisprudencial nº 273 da SBDI-1, -a jornada reduzida de que trata o artigo 227 da CLT não é aplicável, por analogia, ao operador de tele vendas, que não exerce suas atividades exclusivamente como telefonista, pois, naquela função, não opera mesa de transmissão, fazendo uso apenas dos telefones comuns para atender e fazer as ligações exigidas no exercício da função-. (Grifo nosso)

Conheço, pois, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 273 da SBDI-1 desta Corte.

MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do recurso de revista, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 273 da SBDI-1 desta Corte, dou provimento ao apelo para restabelecer a sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento de horas extras.

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do



recurso de revista tão somente quanto ao tema horas extras - jornada reduzida - operadora de telemarketing, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 273 da SBDI-1 desta Corte e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de fls. 552/561 que julgou improcedente o pedido de pagamento de horas extras⁹.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. OPERADOR DE TELEMARKETING. HORAS EXTRAS. ART. 227 DA CLT. INAPLICÁVEL (OJ 273/SBDI-1/TST). MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECURSO DE REVISTA DESFUNDAMENTADO NO PARTICULAR. Recurso que não logra demonstrar a incorreção ou o desacerto do despacho negativo de admissibilidade do recurso de revista. Agravo de instrumento a que se nega provimento¹⁰.

Porém, durante a elaboração do presente trabalho, o TST resolveu, mais precisamente no dia 16 de maio de 2011, encetar a “Semana do TST”, quando então foi oportunizado aos Ministros reavaliarem a presente jurisprudência do Tribunal. Nesse ensejo, os Magistrados discutiram os temas mais polêmicos e que sempre eram motivos de recursos para a Corte, entre os quais: a jornada de trabalho dos empregados do ramo de telemarketing.

Nesse momento, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução nº. 175, de 24 de maio de 2011, resolveu revisar e reavaliar algumas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, cancelando, assim, a OJ 273 da SDI-I, que era o ponto combatido neste trabalho¹¹.

Logo, após o cancelamento da referida OJ, esse Tribunal vem modificando o entendimento e passando aplicar a jornada de 6 horas aos empregados do telemarketing, apesar de não ter editado Súmula ou OJ nesse sentido. Para uma melhor compreensão, cumpre transcrever *in totum*

⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO -RR Processo nº -93600-51.2006.5.17.0007. Acórdão 2ª Turma. Rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva, 09/02/2011.

¹⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – Processo nº TST-AIRR-136340-03.2005.5.03.0022 Acórdão 7ª Turma. Rel. Juiz Convocado Flavio Portinho Sirangelo

¹¹ Vide: http://www.tst.gov.br/DGCJ/IndiceResolucoes/Resolucoes/2011_res175.pdf



o seguinte Acórdão do TST:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. OPERADOR DE TELEMARKETING. A jurisprudência desta Corte, que antes era no sentido da não aplicação da regra do art. 227 ao operador de telemarketing, foi recentemente alterada com o cancelamento da OJ 271 da SBDI-1 do TST para sinalizar a duração de trabalho de seis horas diárias ou trinta e seis semanais, nos exatos termos do art. 227 da CLT, em favor do trabalhador que exerce citada função e não raro realiza, concomitantemente, os serviços de telefonia e digitação. Recurso de revista conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-9800-65.2008.5.15.0087, em que é Recorrente ROYAL FIC DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. e Recorrida FABIANA SOUZA SCHUTZ. O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, por meio do acórdão de fls. 329/330v., conheceu e negou provimento ao recurso ordinário da reclamada.

A reclamada interpôs recurso de revista às fls. 332-337, com fulcro no art. 896, alíneas -a- e -c-, da CLT. O recurso foi admitido à fl. 339.

Contrarrazões foram apresentadas às fls. 340-344.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, por força do artigo 83, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo (fls. 331 e 332), subscrito por procurador regularmente constituído (fl. 301), e é regular o preparo (fls. 289 e 338).

HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. OPERADOR DE TELEMARKETING

Conhecimento

Está consignado no acórdão regional:

De acordo com a petição inicial, a reclamante acumulava sua função de vendedora, realizada exclusivamente por telefone, com a de cobrança de clientes inadimplentes. A testemunha da autora confirmou que 'fazia cobrança de clientes devedores todos os dias' (fl. 103), depoimento esse que, de certa forma, foi corroborado pela



testemunha do próprio reclamado: 'através de contatos telefônicos, os vendedores confirmavam com os clientes se haviam efetuado o pagamento e solicitavam a remessa de comprovantes do procedimento; que se o cliente permanecia inadimplente, era passado para o setor de cobrança' (fl. 212)

(...)

Melhor não é a sorte do recorrente quanto ao reconhecimento à jornada de 6 horas diárias, por aplicação analógica do art. 227 da CLT.

Ora, a reclamante 'fazia vendas por telefone durante toda a jornada' (fl. 100), situação essa que foi confirmada pelo depoimento pessoal colhido na prova emprestada ('fazia vendas por telefone, utilizando fone de ouvido, durante toda a jornada' - fl. 102) e, ainda, pela testemunha do próprio reclamado ('que as vendas eram realizadas apenas por intermédio de telefone' - fl. 212). Aliás, o fato não foi impugnado pela contestação, que se limitou a sustentar que não explora serviço de telefonia e que a empregada utilizava-se de telefone comum e não era telefonista (fl. 111).

Ainda que a hipótese não se amolde, precisamente, àquela descrita no art. 227 da CLT, não há como desprezar a bem lembrada NR 17, que estipula jornada de 6 horas diárias para a atividade de teleatendimento/telemarketing.

Note-se que o reclamado não produziu prova de que a reclamante exercesse inúmeras outras tarefas, como tais, elaboração de relatórios, análise de crédito de cliente, desenvolvimento de estratégia de vendas (fls. 212/213).

(...)

Pelo exposto, conheço o recurso ordinário do reclamado, mas nego-lhe provimento- (fls. 329v/330v).

A reclamada interpôs recurso de revista às fls. 332-337. Alega violação do art. 227 da CLT, ao argumento de que a regra nele insculpida é específica para telefonista de mesa central ou PABX, o que não é o caso, pois a reclamante era vendedora interna e utilizava apenas telefone comum, sem transmissão de ligações. Indica contrariedade à Súmula 178 do TST e à OJ 273 da SBDI-1 do TST, além de divergência jurisprudencial com arestos transcritos às fls. 334-337.



Os arestos são específicos, cumprem a orientação da Súmula 337 do TST e emitem tese diversa à do acórdão recorrido no sentido de que não se aplica ao operador de telemarketing o disposto no art. 227 da CLT. Co-nheço, portanto, do recurso de revista por divergência jurisprudencial.

Mérito

Sem razão a recorrente.

A matéria foi recentemente debatida na -Semana do TST- e as discussões geraram o cancelamento da OJ 273 da SBDI-1 do TST. Assim, a jurisprudência que antes era no sentido da não aplicação da regra do art. 227 ao operador de telemarketing, foi alterada para ser considerada a duração de trabalho de seis horas diárias ou trinta e seis semanais, nos exatos termos do art. 227. Embora sem operar o velho tronco de telefones, o operador de telemarketing realiza, como regra e concomitantemente, os penosos serviços de telefonia e digitação.

A decisão recorrida está em harmonia com o mais recente entendimento desta Corte, que limita a duração do operador de telemarketing a seis horas diárias e trinta e seis semanais, pelo que nego provimento ao recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 17 de agosto de 2011.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

Ministro Relator¹²

Dessa forma, percebe-se que o entendimento exarado acima deve ser mantido pelo Tribunal. Em tal âmbito e com a devia vênua, diante da alteração jurisprudencial realizada, cumpre discordar do posicionamento da antiga jurisprudência do TST e de parte da doutrina, pelo motivos as quais

¹² TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO -RR Processo nº - 9800-65.2008.5.15.0087. Acórdão 6ª Turma. Rel. Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 17/08/2011.



serão expostos, cabendo revelar a importância tal referida modificação.

3.3 O Telemarketing e a melhor hermenêutica

Apesar das evoluções no campo trabalhista, não é salutar que as atividades sejam exercidas de forma desregulamentada, visto que em tais situações, na grande maioria, é possível verificar o flagrante desrespeito à dignidade dos trabalhadores. Logo, é de extrema importância que a legislação acompanhe o desenvolvimento das relações de trabalho, a fim de aparar o exercício regular dessas atividades, como é o caso do telemarketing.

O entendimento revelado pela antiga jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e que era acompanhado pelos Tribunais Regionais, é, *data vênia*, uma afronta à Constituição Federal e a todas as garantias e direitos que foram encarnados aos trabalhadores ao longo dos anos. Não atribuir a jornada reduzida apenas por motivos funcionais, como é a questão da utilização ou não de mesa operacional de telefones, é cegar a realidade atual da prática do telemarketing, bem como exercer uma cognição relativa dos fatos.

O entendimento do artigo 227 da CLT deve ser buscado através de uma hermenêutica que utilize principalmente o método teleológico, visando o fim da norma, e sociológico, através de uma análise da sociedade, haja vista a necessidade de proteção aos atendentes de telemarketing, uma categoria que é submetida a tratamento, não raras vezes, desumano pelos empresários do ramo, que almejam o lucro exacerbado, sem garantir condições adequadas, tanto físicas como morais, aos seus empregados.

Os atendentes, no exercício da atividade, trabalham sob pressão, pois seus chefes imediatos, que também são cobrados, pressionam os mesmos, com o objetivo de que realizem inúmeros contatos e uma quantidade grande de vendas, sempre visando o lucro das empresas. Tal categoria, como é notório na nossa sociedade, trabalham através do sistema de metas, onde necessitam alcançar certos números de atendimentos, sob pena de passarem por situações constrangedoras e até serem demitidos irregularmente.

As empresas desse ramo utilizam condutas baseadas em diretrizes de trabalho, que forcem os trabalhadores a laborar de maneira exagerada, sempre abalados psicologicamente, pois sabem que caso não “batam” as metas, sofrerão sanções. Muitas vezes, os atendentes não têm oportunidade de utilizar o banheiro ou se têm, apenas o fazem de forma limitada, pois o



tempo gasto no uso refletirá em diminuição do atendimento. Tal posição pode ser evidenciada na jurisprudência pátria:

RECURSO DE REVISTA. 1. DANO MORAL. LIMITAÇÃO DO TEMPO PARA UTILIZAÇÃO DO TOALETE. No caso, restou configurada a atitude abusiva perpetrada pela reclamada consistente em não permitir o uso normal do toalete pela reclamante que, além de possuir tal direito assegurado pela Portaria SIT/DSST 9, de 30.03.2007, que trata do trabalho em Teleatendimento e Telemarketing, encontrava-se em estado gravídico, o que intensificava ainda mais as suas necessidades fisiológicas e acabou por ocasionar-lhe problemas nos rins. Tal atitude configura-se ato ilícito, nos termos do artigo 187 do CC e obriga o causador dano a repará-lo, consoante estabelece o artigo 927 do CC. Recurso de revista não conhecido.

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. LIMITAÇÃO DO USO DO TOALETE. DISCRIMINAÇÃO. QUANTUM ARBITRADO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. A decisão que ao fixar o quantum indenizatório, leva em consideração a gravidade, a natureza e a repercussão do dano sofrido pelo reclamante, a situação econômica do ofensor e da vítima e a existência ou não de retratação, mostra-se consonante com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. No caso, restaram reconhecidas nos autos a atitude abusiva da reclamada, ao limitar o uso do toalete à reclamante em estado gestacional, bem assim a atitude discriminatória em vedar-lhe a promoção em razão do estado de gravidez. Neste prisma, o valor de R\$ 4.000,00, fixado a título de indenização por dano moral para cada ato ilícito perpetrado pela reclamada, revela-se proporcional e razoável. Recurso de revista não conhecido.¹³

¹³ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - **RR - 539800-03.2007.5.09.0892**, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 02/03/2011, 2ª Turma, Data de Publicação:



A pressão a que estão submetidos não é exercida dentro do limite da legalidade, sempre havendo, portanto, a extrapolação e consequente deságue no campo do assédio moral e abuso do poder diretivo. Há de se mencionar, ainda, os danos físicos, como lesões por esforço repetitivo (também conhecida como LER), e profundos danos morais, que variam desde Transtorno do Pânico até Depressão.

Assim, essas ilicitudes são a realidade do exercício da atividade de telemarketing atual, de forma que não é compreensível que a supracitada jornada reduzida não seja atribuída aos referidos trabalhadores. O fim buscado pelo artigo 227 da CLT é a proteção dos trabalhadores que usam a comunicação e atuam de maneira repetitiva, como é o caso dos atendentes de telemarketing. Não obstante, sociologicamente não é plausível que se negue tal direito aos trabalhadores, visto que a realidade apresentada hoje não é a mesma da época da edição do referido artigo da CLT, pois como já exposto ao longo do texto, as relações laborais evoluíram e continuarão a evoluir, de forma que a legislação precisa caminhar para o futuro a fim de evitar situações abusivas. Não obstante, o quadro apresentado revela que esses trabalhadores sofrem um desgaste maior do que os protegidos pela jurisprudência do TST, visto que passam por inúmeros danos físicos e psicológicos, como já dito.

Assim, reforçando o entender aqui revelado, a Câmara dos Deputados elaborou 2 (dois) Projetos de Lei. O primeiro¹⁴ discutindo a duração da jornada de trabalho dos Operadores de Telemarketing e o segundo¹⁵ alterando a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre as condições especiais de duração e do trabalho em teleatendimento. Os referidos projetos ainda estão em trâmite no Congresso, porém em breve, se aprovados, e assim entendemos que deve ser, corrigirá os erros que são cometidos pela atual jurisprudência e unificará o entendimento de maneira definitiva.

Nesse diapasão, a Portaria 09/2007 e o Precedente Administrativo 73 do MTE apenas surgem como forma de corroborar a necessidade de proteção da categoria aqui discutida, haja vista as irregularidades presentes no exercício de sua atividade, dando, portanto, a melhor hermenêutica ao

11/03/2011

¹⁴ Vide: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=270963

¹⁵ Vide: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=381872



presente caso e a que deve ser adotada, após o cancelamento da OJ 273 e a revisão jurisprudencial, pelo Tribunal Superior do Trabalho.

4 CONCLUSÕES

Por todo o exposto, fica claro que a posição, mais uma vez, com a *devida vênia*, adotada pela jurisprudência do TST era equivocada e, portanto, destoava do arcabouço constitucional trabalhista alçado pela Constituição Federal de 1988. Entender que os atendentes do telemarketing não são merecedores de tal jornada reduzida é absurdo, haja vista que um mero critério objetivo, como a utilização de uma mesa de comunicação, não pode ser revelado como definidor da aplicação ou não da referida garantia frente ao real desgaste da atividade exercida, que causa transtornos psicofísicos.

Assim, a posição adotada pelo Ministério do Trabalho do Emprego, deve prevalecer, pois se adéqua melhor à realidade dos trabalhadores dessa seara, bem como aos objetivos constitucionais buscados pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Dessa maneira, mostra-se extremamente salutar a revisão jurisprudencial ocorrida no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e o rumo que está sendo dado ao entendimento da jornada a que devem ser submetidos os empregados do ramo do telemarketing.

REFERÊNCIAS

GIÃO, Paulo Roberto; OLIVEIRA JÚNIOR, Moacir de Miranda. **Offshoring de serviços de call center: um estudo comparativo entre Brasil, Índia e África do Sul**. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1809-22762009000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 25 abr. 2011.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Anexo II da NR-17**. Disponível em:<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE52160012BE5254EF-314BE/nr_17_anexo2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2011.



MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Precedente Administrativo N.º 73.** Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/precedentes_administrativos.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011.

RIJO, Rui et al. **Call Center e Contact Center: perspectivação histórica e enquadramento conceptual.** Disponível em: <http://www.iadis.net/dl/final_uploads/200607C074.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2011.

SANTOS, Jackson Passos. Operador de Telemarketing. In: SANTOS, Jackson Passos; MELLO, Simone Barbosa de Martins. **Contratos Especiais de Trabalho: Homenagem ao Professor Oris de Oliveira.** São Paulo: Ltr, 2010. p. 157-168.

SILVA, Valdir Rinaldi. Os Operadores de Telemarketing. Uma Categoria em Evolução. In: KREIN, José Dari et al. **As Transformações no Mundo do Trabalho e os Direitos dos Trabalhadores.** São Paulo: Ltr, 2006. p. 237

TELESSERVIÇOS, Associação Brasileira de. **Telemarketing.** Disponível em: <<http://www.abt.org.br/telemarketing.asp>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

WHITT, Ward. **Stochastic Models for the design and.** Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~ww2040/directions.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

ACTIVITY OF TELEMARKETING AND JUDICIAL INJUSTICE ON THE APPLICABILITY OF YOUR WORK SHIFT

ABSTRACT

The present paper aims to acknowledge the intent dissension that exists within the implementation of the work shift regarding the telemarketing pro-



professionals, revealing the position of the Ministry of Labor and Employment and the jurisprudence of the Superior Labor Court, bringing the details of the existing interpretations, and therefore proposing the best hermeneutic to be performed. Thus, the present work seeks to focus on the fact that TST decisions, after the annulment of *OJ 273 from SDI-I*, has developed until an interpretation towards the protection of the worker (protective labor), based on the Constitution (1988) itself. The judgments also converge to a teleological and social analysis of article 277, Labor Code (CLT). Looking forward to reach the present goals of this paper, the labor doctrine and jurisprudence of the TST will be used, as well as legal guidelines for interpretation.

Keywords: Telemarketing. Work Shift. Ministry of Labor and Employment. Superior Labor Court.



A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL SOB A ÓTICA DA RECEPÇÃO PLENA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Víctor Marinho Fernandes de Freitas

Acadêmico do 4º período do Curso de Direito da UFRN

Paulo Renato Guedes Bezerra

Professor-orientador

RESUMO

É cediça a doutrina que sustenta a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, assentada mormente após a súmula vinculante nº 25. Tal vedação sedimentou-se em virtude da incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ao ordenamento jurídico brasileiro como uma legislação de natureza supralegal, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal em 2008. Assim, as regras infraconstitucionais que regulamentavam o encarceramento coercitivo no caso da infidelidade depositária à luz do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, foram tacitamente derogadas. Entretanto, esta não parece ser a solução mais hábil à contenda. O presente trabalho tem o fito profícuo de analisar a questão da prisão civil do depositário infiel sob outra vertente: a teoria da recepção plena das normas internacionais de direitos humanos ao sistema jurídico pátrio em sede constitucional, com supedâneo na cláusula aberta constante do § 2º do art. 5º da Carta Magna. Portanto, a prisão do inadimplente em contrato de depósito deveria ser encarada como um fato pre-

ciamente inconstitucional, vedado pelo direito pátrio desde a ratificação, sem reservas, do mencionado tratado internacional pelo Brasil, em 1992.

Palavras-chave: Prisão civil. Depositário infiel. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Recepção plena. Normas internacionais. Sede constitucional.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Tendo em vista sua importância específica, o legislador constitucional originário tratou de prever a figura do depositário infiel no art. 5º, LXVII, da Constituição da República, quando aduz que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Com efeito, a regra é a da impossibilidade de cogitar-se a prisão civil por dívida em território nacional, sendo duas hipóteses ressalvadas pela própria *Lex Mater*: a do devedor de alimentos que inadimpliu sua obrigação alimentícia voluntariamente e por motivo evitável, e a do devedor inadimplente em contrato de depósito¹.

É válido aludir, *a priori*, que a prisão civil do depositário infiel nada vem a ser senão um meio coercitivo-preventivo extremo, que vislumbra o adimplemento da obrigação, mesmo que compelido, da parte depositária em favor da depositante. Por conseguinte, não devemos confundir tal encarceramento como sendo uma pena privativa de liberdade, típica do Direito Penal.

O intento salutar deste ensaio é a reiteração da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, divorciando-se, para tanto, da hermenêutica hodierna desenvolvida pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, com base no inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal e art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, os casos concretos que acarretaram na mudança de sua jurisprudência pacífica quanto à possibilidade de se permitir

¹ O depósito consiste em um contrato, *lato sensu*, no qual uma das partes – a depositária – recebe temporariamente da outra – a depositante – um bem móvel, com o dever absoluto de guarda e zelo ao mesmo, bem como de restituí-lo ao credor quando exigido, sendo tal, entretanto, a caráter volitivo do depositante ou em momento aprazado, *ab initio*.



a custódia daquele.

A nosso viso, os tratados internacionais² que versem acerca de direitos humanos deveriam ser incorporados automaticamente ao ordenamento jurídico pátrio não como leis de natureza supralegal, mas com força de legislação constitucional, integrando, outrossim, o chamado “bloco” de constitucionalidade. Neste esteio, essa mudança de paradigma deveria ocorrer não por existir uma regra superior às leis, mas inferior à Constituição, que pelo critério hierárquico afastasse a aplicação de toda a legislação infraconstitucional que regulamentasse a prisão civil em comento, mas, anteriormente, pela existência de uma norma internacional de condão constitucional que a vedaria taxativamente, desqualificando materialmente as leis genéricas que imperassem-na.

2 ESCORÇO HISTÓRICO DA PRISÃO NA HIPÓTESE DE INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA NO BRASIL

No Brasil, o diploma legal que primeiramente previu a mitigação da liberdade individual do depositário que inadimplisse sua obrigação contratual foi o Código Civil de 1916, no seu art. 1.287, a saber: “seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo, mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos”.

Confirmando o entendimento legislativo, o Decreto-Lei nº 911/69, em seu art. 4º, mesmo após a modificação pela Lei nº 6.071/74, asseverou a plena possibilidade de prisão civil do devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia através de sua conversão em contrato de depósito. Doravante, o devedor fiduciário, após não ser encontrado com a posse do bem alienado fiduciariamente, sujeitar-se-ia à qualidade de depositário, porquanto o contrato, *ex officio*, poderia ser convertido em contrato de depósito, em consequência da conversão inicial da ação de busca e apreensão em ação de

² Auxiliando-nos conjugadamente da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (art. 2º, n. 1, *a*) e das lições de Mazzuoli (2011, p. 176-177), “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados, entre estes e Organizações Internacionais, ou somente entre estas, regido pelo Direito Internacional, destinado a produzir efeitos jurídicos para as partes que o ratificam, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, independentemente de sua denominação específica.



depósito, ao alvedrio do credor. Assim, deveras, o devedor fiduciário teria o mesmo tratamento coercitivo extremo do depositário infiel, podendo ter sua prisão civil decretada.

A Constituição Federal de 1988, paradoxalmente ao reconhecimento de “Constituição Cidadã”, na mesma toada conferiu possibilidade de ocorrer prisão civil por dívida no país no caso trazido à colação, recepcionando, conseqüentemente, as regras jurídicas existentes até então que regulamentavam o encarceramento do depositário “desleal”. É válida a ressalva de que esse entendimento já constava nas Constituições de 1946 e 1967, bem como na emenda primeira à última (1969).

Noutro diapasão, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, propugnou em seu art. 11 que “ninguém poderia ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, adotando posição intermediária, por sua vez, estabeleceu a regra de que “ninguém deveria ser detido por dívidas”, esclarecendo que “este princípio não limitava os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7º, n. 7).

É notório, com fulcro na redação deste preceito, a ausência da figura do depositário infiel no rol das exceções decorrentes do princípio. Infere-se inexorável que os signatários do Pacto de São José da Costa Rica comprometendo-se estavam a abolir, no caso dos que permitiam, ou não regulamentar, na circunstância dos que não toleravam, a prisão civil daquele³.

Embora tardiamente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil, sem reservas, em 25 de setembro de 1992. Todavia, consoante o entendimento que reinava em nossos tribunais, os tratados internacionais eram assimilados pelo ordenamento jurídico pátrio com a mesma natureza de uma lei ordinária. Ademais, o disposto no Pacto de São José da Costa Rica em relação à possibilidade única de prisão civil, segundo jurisprudência do STF, não mitigava o conceito de soberania do Estado-Povo

³ É decorrência lógica do *Pacta Sunt Servanda* (art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969), erigido como fundamento e norma máxima do direito das gentes por Valerio Mazzuoli (2011, p. 105), ao passo em que impõe aos Estados obrigatoriedade de cumprimento, de boa-fé, às obrigações elencadas em tratados internacionais pactuados no pleno exercício de suas soberanias.



na elaboração de sua Constituição, o que provocava uma limitação em sua interpretação imposta pelo art. 5º, LXVII, do Texto Magno⁴. Em outras palavras, a legislação que regulamentava a prisão civil do depositário infiel e a que vedava estavam no mesmo patamar hierárquico de leis, o que, *ex ante*, denotava uma antinomia normativa, a qual deveria ser solucionada pelo critério *lex posterior derogat legi priori*. Contudo, na concepção da Corte Maior, por força do mandamento constitucional, os juízes deveriam aplicar aquela e não esta, fazendo com que a parte em comento do tratado internacional, *ab initio*, tivesse efeito apenas decorativo em nossa ordem interna.

Finalmente, em meados de 2002, o novo Código Civil persistiu no equívoco constante do legislador brasileiro e contribuiu à permanência do severo tratamento conferido aos depositários inadimplentes, especificamente no art. 652, com redação praticamente igual a do art. 1287 do antigo código patrimonialista.

3 A IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Passados tempos de discussão, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 03 de dezembro de 2008, ao julgar os recursos 349.703 e 466.343⁵, modificou seu entendimento que há muito já se perpetuava, reconhecendo a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, subsistindo, entretanto, a do devedor de alimentos.

A Corte Maior, adentrando-se às contendas, decidiu por estender a regra de que trata o inciso LXVII do art. 5º da CF à hipótese de infidelidade no contrato de depósito, interpretando-se extensivamente sua natureza, e, por analogia, ao caso de conversão do contrato de alienação fiduciária em garantia, objeto do mérito das causas. Doravante, não mais se permitia a custódia daquele que não cumprisse com sua obrigação contratual depositária, sendo invariável sua natureza, contribuindo diretamente à revogação da súmula 619 do mesmo tribunal⁶.

Assim decidiu o STF, in verbis:

⁴ Supremo Tribunal Federal. Ac. 2ª T. HC 73.044-2/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa.

⁵ A Egrégia Corte arquivou o RE 349.703 e negou provimento, por unanimidade, ao RE 466.343.

⁶ Súmula 619, STF: “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da proposição de ação de depósito”.



PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).⁷

3.1 A hermenêutica hodierna do Supremo Tribunal Federal

Durante os debates, ficou assentado pacificamente entre os ministros a importância de se priorizar, atualmente, os direitos fundamentais, principalmente aqueles atinentes ao direito à liberdade. Como bem observa Farias e Rosenvald (2010, p. 65), “sem dúvida, a prisão civil do devedor infiel depositário viola, frontalmente, as garantias constitucionais, pois o interesse do credor (o depositante) não justifica o sacrifício da dignidade do devedor”. É bem verdade que estaríamos ferindo a máxima da proporcionalidade ao primarmos pelos interesses econômicos daquele em detrimento da dignidade deste.

A princípio, substancialmente a opinião dos insígnis ministros era a

⁷ Supremo Tribunal Federal. RE 349.703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. TP. DJe 05/06/2009, p. 104 (trechos do original).



mesma, qual seja, de que o ordenamento jurídico brasileiro não mais concebia a prisão civil por dívida senão aquela aplicável ao devedor de alimentos. Assim se aquiescia partindo-se da dinâmica de relações entre tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil fosse parte e a ordem interna⁸. É dizer, era consenso de que tratativas consagradoras de direitos humanos não mais deveriam ser incorporadas à ordem constitucional interna com o status de legislação geral. Contudo, para se reconhecer a impropriedade da prisão civil do depositário inadimplente, duas teses se formaram.

A primeira⁹ preconizava que os tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil deveriam ser abarcados normalmente ao sistema jurídico nacional com o status normativo de supralegalidade. Melhor dizendo, eles seriam “transformados” com posição hierárquica acima da legislação geral, mas não chegava a alcançar o patamar constitucional, permanecendo abaixo da Lei Maior. Ademais, fulcrada no § 3º do art. 5º da CF¹⁰, concebia que poderiam ser assimilados em sede constitucional apenas quando fossem submetidos ao método de apreciação próprio das emendas constitucionais.

A segunda¹¹, a seu turno, postulava que os pactos e convenções internacionais de direitos humanos deveriam ser adotados pelo direito pátrio em sede constitucional, por força do disposto no § 2º do art. 5º da CF. Por con-

⁸ Importante lembrar que a doutrina internacionalista pátria ainda não é pacífica quanto ao reconhecimento de qual teoria fora adotada pelo Brasil: monismo ou dualismo. Entretanto, para fins científicos, se deve dissociar dois momentos: o da incorporação do tratado internacional ao direito interno e o de sua posição hierárquico-normativa no ordenamento jurídico pátrio. A nosso ver, naquele, o Brasil constituiu-se como um país dualista moderado e, neste, adota o monismo nacionalista moderado. São dualismo e monismo moderados porque excetua-se da regra os tratados internacionais de direitos humanos, os quais possuem recepção plena em sede constitucional e aplicabilidade imediata no direito brasileiro, inobstante não se subordinarem hierarquicamente a nenhum outro diploma legal, estando em pé de igualdade com a Constituição Federal, integrando, desta sorte, o bloco de constitucionalidade. Em suma, como destaca Flávia Piovesan (1998, p. 38), “o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais”.

⁹ Defendida pelos ministros Gilmar Mendes, Menezes Direito, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Carmén Lúcia.

¹⁰ Adicionado pela EC nº 45/2004: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹¹ Advogada por vezes abalizadas como as de Eros Grau, Cezar Peluso, Celso de Mello e Ellen Gracie.



seguinte, os tratados internacionais humanitários deveriam sempre adentrar ao nosso sistema com status constitucional, pelo fato, dentre outros, de elencarem direitos e garantias que complementaríamos o rol do catálogo de direitos fundamentais da Carta Magna. É a tese que nos parece mais consentânea ao nosso Estado Democrático de Direito, bem como em consonância formal e material com os preceitos constitucionais e que, por isso, será melhor retratada infra.

Em razão da decisão da maioria estar alinhada à primeira tese, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, partindo-se da premissa de que não fora apreciada por dois turnos de votação e quorum qualificado (e nem o poderia ser, pois sua aprovação parlamentar se deu em 1992, há doze anos da EC nº 45/2004, que viria a adicionar o § 3º do art. 5º da CF), foi identificada pelo direito brasileiro como de natureza supralegal, derogando toda legislação infraconstitucional a ela contrária, sendo invariável a anterioridade ou posterioridade desta. Nesse prisma, o art. 652 do Código Civil de 2002 e o art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, exemplos que regulamentavam a prisão civil do depositário infiel em rima com a permissão conferida pela Constituição Federal¹², perderam total eficácia, porquanto estavam em patamar hierárquico inferior ao art. 7º, n. 7 do Pacto de São José da Costa Rica.

3.2 A Súmula Vinculante 25

Com o propósito de vincular toda a ordem jurídico-administrativa nacional, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 12 de dezembro de 2009, editou a Súmula Vinculante nº 25, a qual versa que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Deste modo, consolidou-se o entendimento atualizado da Egrégia Corte brasileira.

Apesar de constituir a Súmula Vinculante 25 um importante exemplo contributivo ao processo de consolidação dos direitos humanos universais em âmbito nacional, discordamos de alguns autores¹³ que a apontam como prova do ingresso definitivo do Brasil no fenômeno do internacionalismo jurídico.

A nosso juízo, o Brasil, em matéria de direitos humanos, ainda não

¹² O STF entendeu que o inciso LXVII do art. 5º da CF não é imperativo nos casos excepcioníssimos da prisão civil do depositário infiel e do inadimplente inescusável e voluntário de obrigação alimentícia, mas apenas permissivo. Logo, para que essas exceções fossem aplicadas, necessitariam de legislações regulamentadoras. *In casu*, estaríamos diante de uma norma constitucional de eficácia contida, consoante tradicional classificação de José Afonso da Silva.

¹³ *V.g.*, Luís Flávio Gomes em: GOMES, Luiz Flávio. Súmula Vinculante 25 do STF: Impossível a prisão civil do depositário infiel. Disponível em: <- 17 de fevereiro de 2010.



entrou substancialmente neste movimento. Esse ingresso se deu apenas formalmente, o que se faz evidenciado pelo poder normativo conferido aos tratados internacionais humanitários no processo de incorporação ao direito interno, o qual verdadeiramente não se acomoda ao atual estágio de nosso Estado Constitucional de Direito. Sendo assim, isto ocorrerá de fato quando consubstanciado materialmente nos princípios fundamentais de nossa ordem democrática vigente, numa perspectiva impreterível de prevalência suprema da dignidade humana, erigida como valor fundamental pela Lex Mater¹⁴.

4 A RECEPÇÃO PLENA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS EM SEDE CONSTITUCIONAL

Urge, nesse momento, chegarmos ao gémen deste ensaio. Contudo, faz-se mister esclarecer, aprioristicamente, que a concretização de nossas ideias passa não apenas pela mudança do entendimento da Corte Suprema brasileira no que concerne ao grau de condão hierárquico ordinariamente conferido aos pactos internacionais de direitos humanos no processo de incorporação ao direito interno, mas também no que se refere à própria dinâmica de integração entre as ordens jurídicas interna e internacional.

Como pelejado *supra*, a nosso talante, a recepção, no sistema jurídico nacional, das normas de tratativas internacionais de direitos humanos deveria ocorrer de forma plena, concedendo-as, outrossim, força de norma constitucional¹⁵. Assim por uma simples interpretação extensiva do art. 5º, §

¹⁴ Afinal, como preleciona Fábio Konder Comparato (*apud* VEDOVATO, 2005, p. 250), “na dinâmica entre o direito interno e o direito internacional, não se pode adotar a visão limitada e formalista de uma pretensa e simples superioridade da Constituição sobre os tratados internacionais. O intérprete deve ter como parâmetro aquilo que legitima todo o ordenamento jurídico do país, vale dizer, a noção de dignidade humana”.

¹⁵ Ao concebermos a norma internacional que vedava a prisão civil do depositário infiel como regra de natureza constitucional, a impossibilidade superveniente da prisão no caso da infidelidade depositária deveria ocorrer por ser uma afronta direta ao bloco de constitucionalidade, mesmo que houvesse uma norma constitucional originária (art. 5º, LXVII, CF) que permitisse tal modalidade de encarceramento civil. Incorrer-se-ia, *ipso facto*, na existência de colisão de normas materialmente constitucionais. Entretanto, caberia inicialmente, como bem observado por Luís Roberto Barroso (2007), simples ponderação, norteada pelas máximas da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade humana. Logo, o intérprete deveria optar por aplicar a regra que proibia expressamente a prisão civil do depositário infiel, mais favorável ao indivíduo destinatário, e não aquela que tão somente permitia, em respeito ao princípio do *jus pro homine*. A *posteriori*, se editaria uma emenda constitucional com o fito de normalizar a situação, abolindo o



2º da CF, o qual versa: “os direitos e garantias fundamentais expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como podemos depreender *in litteris* do dispositivo constitucional, as normas de direitos e garantias fundamentais contidas nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte não são excluídas do rol do catálogo da Constituição Federal. Muito pelo contrário. Parece-nos evidenciada hodiernamente a complementariedade ativa e direta dos direitos humanos convencionais em relação aos direitos fundamentais constitucionais. Por isso, é bem verdade que aqueles possuem o mesmo status constitucional destes depois de incorporados ao ordenamento interno, porquanto fundam-se do mesmo objeto, vale dizer, os direitos humanos fundamentais e, por conseguinte, possuem a constitucionalidade material convergentes. A despeito, faz-se mister anotar a precisa interpretação de Mazzuoli (2011, p. 819-820), para quem:

Se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluam” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.

Neste arrimo, impende impreterivelmente observar que interpretações a contrario sensu malfeririam a completude substancial do bloco de

“choque” dos dispositivos e desfalecendo o inciso LXVII do art. 5º da CF, *in fine*.



constitucionalidade e o baluarte constitucional da isonomia, o que nos parece absurdo, pois não podemos admitir inertes tratamentos normativos diversos a regras e princípios que gozam de importâncias minuciosamente equiparadas. Se assim anuíssemos, estaríamos consentindo com uma hierarquização de direitos humanos fundamentais (como quis o STF), o que não é nada senão uma balbúrdia jurídica, até porque a dignidade humana por aqueles tutelada é um todo inseparável e insuscetível de escalonamento.

Não obstante, devemos interpretar o dispositivo em comento simultaneamente com o § 1º do mesmo art. 5º da CF, o qual assevera que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desta sorte, como o preceito não faz distinções entre as fontes emanadoras da norma (direito interno ou internacional), basta coadunarmos com a constitucionalidade material insita das regras e princípios de tratativas internacionais sobre direitos humanos, e não podemos aduzir outra coisa senão que elas também são imediatamente aplicáveis no plano interno.

Nessa perspectiva é a cátedra de Cançado Trindade¹⁶ (1991, p. 139-140), quando aduz que:

Os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se ipso facto no direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter aplicação imediata da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados.

Reconhecer a aplicabilidade imediata das regras e princípios de tratados humanitários significa dizer que são as normas internacionais de direitos humanos obrigatórias no plano interno sem que para isso sejam necessários atos jurídicos administrativos ou legislativos complementares, sendo imprescindível, no entanto, como *conditio sine qua non*, que elas declarem aos indivíduos direitos precisos e claramente definidos. É o que esclarece Flávia Piovesan (1998, p. 38), pois:

Diversamente dos tratados tradicionais, os tratados

¹⁶ Foi o jurista responsável pela proposta do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 na própria Assembleia Constituinte, o que denota ninguém mais gabaritado para interpretar teleologicamente seu enunciado normativo.



internacionais de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato da ratificação. Não é necessária a produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, nos termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais¹⁷.

Grosso modo, os parágrafos do art. 5º da Carta Magna trazidos à colação constituem o elo de intersecção das ordens interna e externa de tutela dos indivíduos, demonstrando clara a opção do constituinte de 1988 por conferir recepção plena às regras e princípios internacionais de direitos humanos, constituindo um verdadeiro modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, no dizer de Sílvia Loureiro (2005, p. 75). Sem embargo, não poderia ser em outra senão em sede constitucional este processo, haja vista gozarem as normas internacionais de direitos humanos da mesma importância das constitucionais internas de direitos fundamentais.

Nesse prisma têm sido as lições de Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 193):

No sistema constitucional brasileiro, os tratados de

¹⁷ Entretanto, infelizmente esse ainda não é o posicionamento majoritário da Suprema Corte brasileira, à qual à execução dos tratados internacionais, no sistema adotado pelo Brasil, faz-se insito além de sua ratificação, após aprovação parlamentar por decreto legislativo, a edição do decreto presidencial com o intuito de promulgá-los internamente, sem excepcionar os pactos e convenções sobre direitos humanos (a propósito, vide acórdão de medida liminar na ADI 1.480-3/DF), o que enseja o condicionamento da eficácia das disposições humanitárias convencionais a decisões futuras meramente políticas e bem assim incertas por parte do Presidente da República, fato que instiga Cançado Trindade (*apud* LOUREIRO, 2005, p. 105) a pontificar que “o formalismo do conhecimento da norma jurídica, por exemplo, tem sido, por vezes, levado a extremos inaceitáveis, em detrimento dos direitos individuais, como ilustrado pela negativa, pelo Judiciário nacional, de dar vigência no plano do direito interno a um tratado de direitos humanos que obriga o país no plano internacional, pelo simples fato de, apesar de ratificado, não haver sido o referido tratado publicado no Diário Oficial e não poder assim ser aplicado como ‘lei interna’. Atitudes como esta, reveladoras de um dualismo fictício e descabido, atentam contra a unidade da solução jurídica e esvaziam o direito de todo sentido. Não há como reconhecer ou admitir as obrigações convencionais contraídas por um Estado no plano internacional e ao mesmo tempo negar-lhes vigência no plano do direito interno”.



direitos humanos [...] ingressam pela oportunidade material concedida pela Constituição e são aplicadas diretamente no direito interno. Com a qualidade com que foram recepcionadas, são submetidas ao regime jurídico dos direitos fundamentais, harmonizam-se com estes e conformam a sua aplicabilidade e concretização à situação que melhor favoreça o seu destinatário: a pessoa humana. [...] Representa a interpenetração entre ordens jurídicas distintas mediante o privilégio da política de proteção dos direitos fundamentais do homem.

Pode, no presente momento, estar indagando-se o(a) leitor(a): mas quanto ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o qual assevera que serão equivalentes às emendas constitucionais os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada Casa do Congresso Nacional?

Ex ante, anuímos que a redação do dispositivo nos induz a pensar que se revestirão de hierarquia constitucional apenas os tratados e convenções internacionais aprovados pelo rito constante de uma emenda constitucional. Todavia, devemos distinguir dois momentos: quando um tratado internacional será equivalente a uma emenda constitucional e quando ele será recepcionado com status constitucional. Assim, incumbe-nos repelir desde logo a ideia de que só possuirão status constitucional os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais.

Tecnicamente, como visto *supra*, as convenções sobre direitos humanos já possuem status constitucional desde a promulgação da CF/88 (art. 5º, § 2º), por avença do próprio constituinte originário. Ao possuírem força constitucional, elas integram materialmente o “bloco” de constitucionalidade brasileiro, independentemente do rito de incorporação ao ordenamento interno¹⁸, permanecendo “ao lado” da Constituição Federal. Diferentemente, serão

¹⁸ Cançado Trindade (*apud* MAZZUOLI, 2011, p. 824-825) preleciona que para o Direito Internacional, um tratado sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil adentra ao direito interno em sede constitucional, aplica-se de imediato e vincula de pleno direito o Estado brasileiro, sendo invariável a aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Acrescenta ainda que “tais providências de ordem interna – ou, menos ainda, de *interna corporis* – são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes”.



equivalentes às emendas constitucionais, e portanto integrarão formalmente a própria Constituição, para além da materialidade, os tratados internacionais que se submetam à aprovação parlamentar por maioria qualificada, em dois turnos de votação, em cada Casa do Congresso Nacional (art. 5º, § 3º). Porém, sem embargo de tal dessemelhança no locus legis de cada espécie de tratado, ambas, quer integrante formal (e material) da Constituição, quer parte no bloco de constitucionalidade, possuem a mesma hierarquia constitucional.

In verbis já ensinara George Galindo (2002, p. 304), quando ao conhecer a proposta da EC nº 45/2004 de incluir o atual § 3º do art. 5º na Constituição Federal:

É equivocada a associação entre a inclusão de direitos fundamentais em virtude de uma cláusula aberta e as emendas constitucionais. Os tratados de Direitos Humanos não retiram seu status constitucional do iter legislativo em que são aprovados, quer ele exija quórum qualificado para a aprovação ou não. Este status é retirado, primeiramente, de sua natureza internacional, e, secundamente, da matéria regulada, qual seja, concernente aos direitos fundamentais, o que leva a crer que, por conta disso, são normas materialmente constitucionais.

Seguindo uma hermenêutica teleológica, a nosso ver, pretendeu o constituinte reformador, por intermédio da EC nº 45/2004, conferir mera formalidade aos tratados internacionais de direitos humanos ao tentar “forçar” sua introdução ipso facto no texto constitucional. Em suma, no sentir do legislador, seria a única forma de legitimar o status hierárquico superior conferido automaticamente a esses documentos transnacionais pelo próprio constituinte originário, fazendo com que estes integrem juris et de jure o bloco de constitucionalidade. Contudo, incumbe-nos anotar: a introdução do § 3º do art. 5º só teria logrado êxito, de acordo com a única finalidade do preceito cabível in casu, se vinculasse a apreciação de todos os tratados internacionais de direitos humanos ao rito transcrito no mesmo.

Nessa esteira tem se posicionado Mazzuoli (2011, p. 834). Para ele:

Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados



por esse procedimento especial passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais” não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de norma supralegal, ou do que quer que seja. O que se deve entender é que o quorum que o § 3º do art. 5º estabelecido serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição.

Se o § 3º do art. 5º da CF visa apenas conferir um plus de legitimidade formal a essas convenções internacionais através de um trâmite legislativo próprio do direito interno, buscando incorporá-las imperativamente ao texto magno e reforçar a constitucionalidade material conferida de antemão pelo constituinte originário, consoante análise sistemática do texto constitucional, não seria de bom alvitre interpretarmos-lo como uma norma de mitigação do processo de recepção plena das normas convencionais humanitárias, na medida em que seriam recepcionadas em sede constitucional tão somente aqueles tratados de direitos humanos que sujeitar-se-iam ao crivo de um quorum qualificado. Se assim fosse, o constituinte derivado estar-se-ia incorrendo em inconstitucionalidade, com fulcro na cláusula do art. 60, § 4º, IV, da CF, que nos remete a concluir por ofensa ao Estado Democrático de Direito qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais do rol constitucional vigente, por afronta ao dispositivo constante do § 2º do art. 5º.

Todavia, ainda pode surgir outro questionamento: e qual a diferença prática em dizer que um tratado integra formalmente (além de materialmente) a própria Constituição e um outro faz apenas parte substancialmente do bloco de constitucionalidade?

Apesar de bastante tênue, destacamos dois efeitos desta dissociação: a) o primeiro, após ratificado, em sendo equivalente a uma emenda constitucional, reformará o texto da Carta Magna, enquanto o segundo se “harmonizará” com este, mas sem integrá-lo e b) aquele, integrante do texto constitucional, constituirá paradigma de controle concentrado de convencionalidade, para além de controle difuso, enquanto este, limitado ao status cons-



tucional, será paradigma apenas de controle difuso de convencionalidade¹⁹.

Decerto, não vislumbramos como idôneo um documento do caráter da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que retrata normas internacionais imperativas de direitos fundamentais, ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como uma espécie de lei supralegal. Incorre-se, inexoravelmente, numa contradição árdua de se compreender. Ora, se tal documento transnacional visa precipuamente à proteção da dignidade humana, valor constitucional erigido à supremacia pelo constituinte de 1988, por que não respeitar a cláusula constante do § 2º do art. 5º da Constituição da República, o qual ordena a recepção plena das normas internacionais de direitos humanos pela ordem interna, e conferir natureza constitucional ao Pacto de São José da Costa Rica?

Infelizmente, a verdade é que, amiúde, ainda deparamo-nos com soluções esdrúxulas, justificadas por uma pseudo-segurança jurídica, quando se visa basicamente assegurar direitos humanos mundialmente consagrados, o que ocasiona, não raro, verdadeiras aberrações na seara do direito.

In fine, é inolvidável ainda que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos²⁰, preceito que só vem a realçar a proposta nestes termos advogada.

Devemos ter sempre em mente, a propósito, que a dinâmica integrativa entre o direito constitucional e o direito internacional não fragiliza a ordem constitucional interna, não mitiga a aplicação das normas constantes da Constituição, nem muito menos fragiliza a segurança jurídica pátria. Muito pelo contrário, como já preleciona Bonifácio (2008, p. 216), “o direito constitucional internacional faz atuar a Constituição, assim, em defesa dos direitos fundamentais”.

A partir do momento em que um Estado se propõe a pactuar normas de égide universal do ser humano, não podemos conceber qualquer atitude do mesmo senão aquela que vise à proteção máxima desta dignidade humana

¹⁹ A despeito dessa espécie de controle de constitucionalidade de leis, oportunamente elucidado por Valerio Mazzuoli em sua tese de doutoramento em 2008, mister esclarecer que, como decorrência de nosso entendimento, estaria se inaugurando, no Brasil, um controle difuso automático de convencionalidade de normas com base nos tratados internacionais sobre direitos humanos, a partir de sua recepção plena em sede constitucional. Isto é, se estes incorporam-se ao direito brasileiro automaticamente com *status* constitucional, logo após a ratificação passariam a ser “filtros” de validade das demais normas infraconstitucionais.

²⁰ Art. 4º, II, CF.



tutelada. Para isso, torna-se um óbice qualquer interpretação constitucional que deforme a garantia conferida pelo constituinte originário à concretização das normas de direitos fundamentais, admitidas as internas e externas, explícitas ou implícitas. Ora, se por um lado Ferdinand Lassalle (1863) já preconizava que uma Constituição escrita tenderia a sucumbir se não fiel aos dogmas da Constituição real e efetiva²¹, diríamos que a mesma tende a desfalecer-se se não interpretada de acordo com os anseios sociais, afastando-se, para tanto, toda e qualquer vaidade para com a ordem jurídica internacional.

5 CONCLUSÃO

Do exposto, podemos concluir, de estreia, pelo não cabimento, no ordenamento jurídico brasileiro, da prisão civil do depositário infiel, desde a data da ratificação, sem reservas, do Pacto de São José da Costa Rica por parte do Brasil (25.09.1992).

Entretanto, segundo nosso entendimento, desde sua ratificação pelo Brasil, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi recepcionada pela ordem jurídica pátria em sede constitucional, por força do dispositivo constante do § 2º do art. 5º da CF/88. É bem verdade, igualmente, que as normas internacionais da mencionada convenção, em tal virtude, possuem aplicabilidade imediata no direito brasileiro, consoante preceito do § 1º do art. 5º da CF.

Nesta senda, sem embargo do disposto no § 3º do mesmo artigo, ao qual, para fins didáticos propostos, deve ser conferida mormente interpretação sistemática e teleológica, não podemos preconizar outra coisa senão a opção clara do constituinte originário de 1988 em conferir, na Constituição da República, um modelo aberto de proteção dos direitos fundamentais, que recepciona plenamente as normas internacionais de direitos humanos em sede constitucional.

Logo, outrossim, a impossibilidade hodierna da prisão civil do depositário infiel que, ao contrário, deu-se em virtude de se atribuir natureza supralegal ao Pacto de São José da Costa Rica, derogando toda legislação ordinária que a regulamentava sob a égide do art. 5º, LXVII, da CF, deveria ser obstada por afronta direta a uma norma de caráter constitucional que vedaria

²¹ As Constituições reais e efetivas, em seu dizer, seriam aquelas resultantes da soma das forças reais do poder que regem na sociedade.



expressamente tal modalidade de encarceramento por dívidas, vale dizer: o art. 7º, n. 7 do mencionado tratado internacional. Doravante, seria inconstitucionalidade, não mais impossibilidade da prisão civil na infidelidade depositária.

Indubitavelmente, o ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio de sua Carta Magna (art. 1º, III; art. 4º, II; Art. 5º, §§ 1º e 2º), dispõe dos pressupostos formais e materiais para proporcionar, num futuro próximo, a transformação do entendimento de nossa Suprema Corte, fazendo concretizar a opção do legislador de 1988 pela recepção plena, em âmbito constitucional, das normas de tratados internacionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 24 de junho de 2011.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 8).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados Internacionais sobre Direitos**



Humanos na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.** 2ª ed. San José, Costa Rica: Editado por Antônio A. Cançado Trindade, 1996.

VEDOVATO, Luís Renato. A Globalização e o Direito Internacional. In: LEMOS FILHO, Arnaldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato; MELLIM FILHO, Oscar. **Sociologia Geral e do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Alínea, 2005.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE CIVIL PRISON OF AN UNFAITHFUL TRUSTEE FROM THE PERSPECTIVE OF AUTOMATIC RECEPTION OF INTERNACIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

ABSTRACT

The doctrine that advocates the impossibility of civil arrest of an unfaithful trustee is known to everyone, especially after the binding precedent



number 25. This ban was consolidated by incorporating of the American Convention on Human Rights (Pact of São José, Costa Rica) in the Brazilian legal system as a legislation above the laws, as stated in the decision of the supreme federal court in 2008. Thus, the rules under of the Constitution that regulated the civil prison in the case of infidelity depository under article 5, LXVII, of the Federal Constitution, were implicitly waived. However, this does not seem to be the most appropriate solution to the problem. This work has the useful purpose of analyzing the issue of civil arrest of an unfaithful trustee under another strand: the theory of automatic reception of international rules of human's rights to the Brazilian legal system in the constitutional field, based on the open clause of § 2 of article 5 of the Constitution. Therefore, the arrest of default under the deposit agreement should be seen as an initially fact unconstitutional, prohibited by Brazilian law since the ratification, without reservations, of said international treaty by Brazil, in 1992.

Keywords: Civil arrest. Unfaithful trustee. American Convention on Human Rights. Automatic reception. Internacional rules. Constitutional field.



AS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS DO JUS POSTULANDI: SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS NO HODIERNO CENÁRIO JUSTRABALHISTA

Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira

Bacharel em Direito e

Mestrando em Filosofia pela UFRN

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo perscrutar o instituto do *jus postulandi* em sua aplicação na sistemática do processo do trabalho. Para tanto, o referido instituto é posto em análise sob a ótica constitucional do acesso à justiça da parte em correlação com o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Averigua-se a conceituação do *jus postulandi* e suas disposições legais, bem como também uma concisa definição da espécie de honorários advocatícios e seu contexto de aplicação geral no direito comum em comparação com sua aplicabilidade restritiva no processo trabalhista ocorrida justamente em função do *jus postulandi*. Trata das implicações práticas da jurisprudência trabalhista a respeito do tema, que apesar de se focarem estritamente nos requisitos obrigatórios da existência dos honorários advocatícios deixam de maneira subliminar, embora indelével, marcado o entendimento pela prevalência do *jus postulandi* nessa seara. Afere-se a questão da compatibilização do princípio da inafastabilidade da jurisdição em face do instituto do *jus postulandi*, analisa-se se a prevalência da postulação própria do indivíduo perante

o poder judiciário é um instrumento efetivo para a concreção de um meio justo ou se na verdade ele se torna uma via díspar na construção desse ideal do acesso ao Poder Judiciário especializado em dissídios trabalhistas.

Palavras-chaves: *Jus Postulandi*. Honorários Advocatícios. Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição.

1 INTRODUÇÃO

A questão do cabimento ou não dos honorários advocatícios de sucumbência no direito do trabalho é algo que suscita as mais acaloradas discussões na comunidade jurídica. Em primeiro plano, isto ocorre basicamente porque envolve termos monetários de grande valia, principalmente para os advogados, os mais interessados neste ponto de discussão.

Todavia, o imbróglio em tela não se resume a uma breve pendenga econômica, ela se aprofunda em princípios constitucionais, como o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, emanado do art. 5º, XXXV, bem como outros princípios relevantes como o da Proteção ao Trabalhador, da Assistência Judiciária e o próprio princípio do *jus postulandi*.

Seguindo essa linha de raciocínio afigura-se imperioso na etapa inicial de averiguação do presente trabalho traçar uma breve conceituação dos principais institutos analisados, como, por exemplo, o princípio do *jus postulandi* e suas disposições legais, bem como também uma concisa definição da espécie de honorários por ora analisados e seu contexto de aplicação geral no direito comum em comparação com sua aplicabilidade restritiva no processo trabalhista.

Outro tópico a ser aqui delineado trata das implicações práticas da jurisprudência trabalhista a respeito do tema, que apesar de se focarem estritamente nos requisitos obrigatórios da existência dos honorários advocatícios deixam de maneira subliminar embora indelével marcado o entendimento pela prevalência do *jus postulandi* nessa seara.

No tópico seguinte será abordada a questão da compatibilização do princípio da inafastabilidade da jurisdição em face do instituto do *jus postulandi*, isto é, será analisado se a prevalência da postulação própria do indivíduo perante o poder judiciário é um instrumento efetivo para a concreção



de um meio justo ou se na verdade ele se torna uma via dispar na construção desse ideal do acesso. Desta feita, há de ser averiguado se há mitigação da inafastabilidade da jurisdição quando há a prevalência do *jus postulandi* e se ela é realmente válida.

2 CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *JUS POSTULANDI* E SUA POSITIVAÇÃO NA SEARA TRABALHISTA

O Princípio do *jus postulandi* na seara trabalhista está estatuído no *caput* do artigo 791 da Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT), *in verbis*: “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”.

Conceito bem acurado acerca do instituto é trazido por Carlos Henrique Bezerra Leite (2006, p. 374), o qual enuncia que:

O jus postulandi, no processo do trabalho, é a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postular diretamente em juízo, sem necessidade de serem representadas por advogado.

Outra conceituação de transcrição deveras relevante é feita por Délio Maranhão e Luiz Inácio Carvalho (1996, p. 460), os quais doutrinam enunciando que: “o *jus postulandi* é o direito de praticar todos os atos processuais necessários ao início e ao andamento do processo: é a capacidade de requerer em juízo”. Ou seja, esta é uma definição bastante sintética para expressar toda a riqueza de detalhes que o instituto em comento requer, dadas as suas repercussões práticas no campo processual do trabalho.

Assim sendo, tal princípio possibilita por em juízo as questões referentes à materialidade do direito do trabalho de maneira direta pelas partes, *rectius*, empregados e empregadores (com uma pequena ressalva que será exemplificada mais adiante), sem a necessidade de se pleitear o direito por meio de advogado.

Desta feita, há de se inferir que existem argumentos plausíveis tanto no sentido de apoio a este princípio, quanto argumentos fortes desejosos pela sua aniquilação no atual ordenamento jurídico brasileiro. Tentar-se-á tracejá-los com a devida imparcialidade para, posteriormente, com respaldo na jurisprudência dominante verificar qual a sua atual situação na ordem



jurídica brasileira.

2.1 A Sistemática Argumentativa do *Jus Postulandi*

Cabe destacar que a possibilidade postulatória na Justiça do Trabalho não é feita sem nenhuma limitação objetiva. Mesmo tendo em conta a miríade de contendas agora contempladas na competência desse ramo da Justiça, só se aplica o *jus postulandi* às lides decorrentes de relação empregatícia, e, em sede excepcional supracitada, a hipótese contida no art. 652, alínea *a*, inciso III, que é o caso dos dissídios que envolvam pequenos empreiteiros. Sendo vedada a aplicação deste princípio a qualquer outra espécie de lide, mesmo que esta tramite na Justiça do Trabalho. Esse também é o tratamento dispensado pela Instrução Normativa (IN) nº 27 de 2005 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). O parágrafo 3º do artigo 3º da supracitada IN assevera que: “Salvo nas lides decorrentes da relação de emprego, é aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas”. Já seu artigo 5º dispõe que: “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência”. Estas são na verdade trilhas jurisprudências formadas após o advento da Emenda Constitucional nº 45, uma vez que mesmo tendo ocorrido o elastério na competência da Justiça do Trabalho¹, manteve-se a integridade interpretativa do *jus postulandi* restrito às relações empregatícias, embora haja certas excepcionalidades providas pela própria lei.

Já no tocante aos limites de recorribilidade do *jus postulandi* salienta com propriedade Renato Saraiva (2006, p. 42) que:

[...] em caso de eventual recurso extraordinário para o STF, ou mesmo recurso encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça (para examinar, por exemplo, conflito de competência), deve ser subscrito por advogado, sob pena de o apelo não ser conhecido.

¹ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE MINAS GERAIS – 3ª REGIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MERA SUCUMBÊNCIA. Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência, consoante orientação do artigo 5º da Instrução Normativa nº 127 do Col. TST, aprovada pela Resolução nº 126/2005, DJU de 22/02/2005. (RO nº 00228-2006-040-03-00-6. Data de Publicação: 24/06/2006. Órgão Julgador: Quinta Turma. Juiz Relator: Juiz Convocado Rogério Valle Ferreira).



Nesse sentido, também é o posicionamento da maioria esmagadora da doutrina e da jurisprudência², uma vez que ao haver a interposição do referido recurso de índole extraordinária esgota-se a jurisdição atinente ao processo trabalhista (LEITE, 2006). O fato de haver esse esgotamento, argumenta-se doutrinariamente, já é suficiente o bastante para que seja espargida qualquer forma de atuação da parte, sem que seja premente e indispensável a atuação técnica de um causídico a representá-la legalmente em seus praticados em juízo.

Dentre os argumentos favoráveis à aplicação do *jus postulandi* existem dois argumentos que exibem maior destaque. O primeiro deles defende que, pelo fato de se ter uma acessória jurídica ser algo bastante dispendioso, isto é, é uma expensa deveras onerosa, deve ser mantida a possibilidade do próprio empregador ou empregado postular em causa própria nos casos admitidos em lei. Para contra-arrazoar tal argumento usualmente se coloca que, apesar do fato que a maioria das pessoas que buscam socorro na tutela jurisdicional, dada a realidade miserável de nosso país, não possuem condições financeiras para arcar com os custos do processo (incluindo aqui o custo da atividade advocatícia), a Assistência Jurídica deve ser prestada (ao menos nesses casos de miserabilidade) de maneira irrestrita pelo Estado.

Isso, possivelmente, não passa de uma utopia, pois é sabido que é irreal acreditar que haja uma assistência estatal preparada, minimamente aparelhada e capacitada para atender essa carência de acompanhamento jurídico dos cidadãos. Se, por vezes, alguns casos trabalhistas já são complexos o bastante para serem lidados por profissionais que concluíram o seu bacharelado em direito, quanto mais há de se compreender a complexidade de um desses casos a ser tratado por uma pessoa totalmente leiga, que não dispensou seus préstimos intelectuais por aproximadamente cinco anos apenas se preparando para exercer o seu mister. Outrossim, a mera vontade

² TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *JUS POSTULANDI* – RECURSO – ATO PRIVATIVO DE ADVOGADO – LEI n.º 8.906/94 – A simples personalidade jurídica ou capacidade de ser parte não são suficientes para autorizar o exercício, por si, de atos processuais próprios e especificados em lei, privativos de advogados. O disposto no art. 791 da CLT, *jus postulandi*, concede, apenas o direito de as partes terem o acesso e acompanhar suas reclamações trabalhistas pessoalmente, nada mais. Uma vez ocorrido o acesso, o juiz fica obrigado por lei (art. 14 a 19 da Lei n.º 5.584/70) a regularizar a representação processual. Nos termos do art. 1º da Lei n.º 8.906/94, o ato de recorrer é privativo de advogado" (AG-E-RR 292.840/1996-1 – SBDI-1 – Relator Ministro Francisco Fausto – DJU 12.03.1999) (Grifado)



de se defender em juízo não é uma forma de análise da capacidade científica que alguém possui em efetivamente prestar uma boa defesa (argumentativamente falando), ainda que essa ação de defender um argumento seja em prol de si mesma. Não que esteja-se, por ora, tentando defender a ideia que a processualidade do direito seja apenas um exercício retórico de relativização e de persuasão argumentativa, mas, é óbvio, que os advogados trabalhistas se encontram em um patamar de preparo técnico mais avançado que as partes que se propõem a litigar na seara laboral, seja qual for o polo em que elas se encontrem, a dificuldade de defesa sem a assistência de um profissional gabaritado é semelhante para ambas.

O outro argumento que se relaciona à receptividade do *jus postulandi* se refere a dizer que, dada a complexa formação técnica exigida para labutar na atividade jurídica, não se encontra quem se disponha a exercê-la em certos recônditos do nosso país de proporções continentais. Contudo, tal argumento, além de padecer de certo anacronismo, resta-se abalado por duas questões responsivas, uma questão de fato e outra questão de cunho legal.

Outro ponto a ser enfrentado se refere à figura do advogado e seu exercício profissional. É sabido que existe disposição constitucional asseverando sobre o caráter essencial do advogado e de seu múnus público (artigo 133 da Constituição Federal), e que alguns doutrinadores como Piero Calamandrei (1960, p. 182) chegam a elaborar verdadeiras odes aos causídicos, como ao dizer que os advogados são: “as antenas supersensíveis da justiça”, todavia, esse ponto deve ser sopesado com parcimônia, dosando a atividade do advogado com o direito de acesso à justiça da parte diretamente posto. Assim, tal previsão constitucional que instituiu e garantiu a essencialidade do advogado para a administração da Justiça, trouxe-se à sociedade um velho e antigo conflito, o exercício profissional em atrito com o *jus postulandi*.

A questão de fato, talvez de grande expressividade no âmbito nacional, é que há uma verdadeira “epidemia” de cursos jurídicos no Brasil³. Isto porque, dada o desenvolvimento nacional, é uma situação bastante comum

³ Este fato embora possa ajudar aqueles que defendem a aplicação do *jus postulandi* é certamente um golpe incommensurável no cômputo geral da qualidade do exercício da advocacia. Pela grande facilidade que é “abrir” um curso jurídico (é necessário apenas uma biblioteca com uma determinada quantidade de livros jurídicos estipulada pelo MEC e alguns professores com mestrado e/ou doutorado) cursos do tipo “pagou-passou” proliferam. Todavia, se alongar mais nesse assunto seria desvirtuar o tema posto, ficando aqui apenas um breve comentário sobre o mesmo.



encontrar faculdades de direito em várias localidades do interior do país, algo que vem contribuindo, sobremaneira, para a difusão do conhecimento jurídico e, que, conseqüentemente, algumas cidades que antigamente não dispunham de causídicos para defender certas causas (fosse por desinteresse naquela seara, ou até mesmo por falta de especialização e desconhecimento de algumas matérias em específico) agora esteja aparelhadas para fornecer essa mão-de-obra específica. O que importa é saber que com o grande aporte de advogados nas mais diversas localidades é muito difícil que o argumento de que não há advogados suficientes para atuar em todas as causas demandadas se sustente. Restando-se, portanto, superado esse argumento meramente quantitativo de ausência de advogados para laborar nas causas trabalhistas.

A outra contraposição argumentativa a isto é de índole legal, e, se encontra inserta no artigo 36 do Código de Processo Civil (CPC), *in verbis*: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”. Assim sendo, nas hipóteses previstas neste artigo há a possibilidade de se defender diretamente sem o auxílio do advogado, asseverando que essas hipóteses são cabíveis na seara trabalhista, isto porque há lacuna quanto a isto na CLT, e o próprio sistema laboral não veda a aplicação deste dispositivo. Há de se fazer uma pequena ressalva que apesar de haver a plena efetividade do *jus postulandi* não é facultado ao advogado atuar na Justiça do Trabalho sem o instrumento mandatório, uma vez que o direito de postular já descrito é da parte, e não pode dar azo a um exercício irregular da profissão⁴.

2.2 A Sistemática Jurisprudencial do *Jus Postulandi* e os Requisitos de Cabimento dos Honorários Advocatícios

Desta feita, estão postados os argumentos favoráveis e contrários

⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO Embora na Justiça do Trabalho seja admitido o *ius postulandi* nas reclamações trabalhistas, em se tratando de mandado de segurança, aplicáveis subsidiariamente as regras do Código de Processo Civil. *Inadmissível, pois, ao advogado procurar em juízo sem instrumento de mandato, salvo exceção de urgência contida no artigo 37 do CPC.* (AIRO - 152/2001-000-15-00.0. Data de Julgamento: 08/10/2002, Relator Ministro: Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 18/10/2002.)



ao referido princípio do *jus postulandi*. No tocante à palavra final dos pronunciamentos oficiais dos órgãos judicantes a tem-se por consubstanciada na súmula do TST nº 219⁵, *in verbis*: “I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família”.

Logo, é de mais-valia para a compreensão desta súmula esclarece que a assistência judiciária na seara trabalhista é feita essencialmente pelos sindicatos dos empregados – por determinação do art. 18 da Lei 5.584/70 – (não que a mesma seja vedada à defensoria pública, embora, em termos práticos não haja nada neste sentido) e os honorários pagos se reverterem sempre em favor do próprio sindicato.

A referida súmula coloca um limite quantitativo nos honorários de 15% (em contraposição aos 20% máximos do processo comum) além de outras condições de ordem social. Ela bem clarifica que os honorários não decorrem da simples sucumbência e que para que eles sejam arbitrados se faz necessário uma alternatividade entre o empregado receber menos que duas vezes o salário mínimo vigente, ou, não lhe ser possível litigar sem que reste comprometida a sua própria sobrevivência em decorrência dos custos do processo. Com um pequeno parêntese para se ter em conta que esse reconhecimento pode ser deferido tanto ao empregado quanto ao empregador, por uma questão de isonomia, e, o mesmo pode ser deferido *ex officio* pela possibilidade inserta no §3º, 790 da CLT.

Percebe-se rapidamente que esta súmula é peremptória, salvo nos casos que ela própria ressalva, os honorários são incabíveis no processo do trabalho⁶ (embora a polêmica seja tamanha que esta súmula teve que ser ratificada por outra súmula do TST, a nº 329, *in verbis*: “Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válido o entendimento

⁵ Publicada na Resolução nº 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005.

⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – **A condenação ao pagamento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho é restrita à hipótese do Enunciado nº 219/TST.** Revista conhecida e provida. (RR - 360076/1997. Data de Julgamento: 15/03/2000, Relator Ministro: Vantuil Abdala, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 07/04/2000) (Grifado).



consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho”). Aqueles que invocam a inconstitucionalidade deste entendimento se lastreiam nos artigos 389 e 404 do Código Civil de 2002. Isto porque este diploma legal, nos supracitados artigos, exara a determinação que quando inadimplida a obrigação e no caso das obrigações de pagamento em dinheiro serão sempre devidos os honorários advocatícios. O detalhe nesta questão é que, como já discutido em questão anterior desta disciplina, só cabe aplicar subsidiariamente a legislação comum (por disposição do art. 8º da CLT) quando houver lacuna no diploma consolidado, não que não se possa vislumbrar uma lacuna ontológica ou axiológica neste referido caso, todavia, creio eu, será muito difícil fomentá-la, dada a reiterada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que até reafirmou o entendimento outrora sumulado.

3 A PREVALÊNCIA DO JUS POSTULANDI E A SUA APARENTE CONTRAPOSIÇÃO PARA COM O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO EM SUA ACEPTÃO REVERSIVA

O argumento contrário à aplicação do *jus postulandi* que se afigura mais forte é o que se diz que a ausência de assistência técnica por parte de advogado pode ser algo crucial no desenrolar do processo. Podendo ser, e, na verdade geralmente sendo, prejudicial à própria parte que deveria se beneficiar do referido princípio. Seria o caso de o próprio sortilégio se contrapor ao druida que o lançou, isto é, aquilo que seria um meio de acesso à justiça finda por configurar um entrave à sua realização. É justamente esse ponto de aparente paradoxo que será analisado mais acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição e a própria prevalência do *jus postulandi*.

De tal sorte, há quem sustente que o *jus postulandi* pode até vir a ser uma afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da isonomia e da paridade de armas entre os litigantes. Como bem assevera Mozart Victor Russomano (1983, p. 853):

O Direito Processual do trabalho está subordinado aos princípios e aos postulados modulares de toda ciência jurídica, que fogem à compreensão dos leigos. É um ramo do direito positivo com regras abundantes e que demandam análise de hermeneuta, por mais simples que queiram ser. O resultado disso tudo é que a parte



que comparece sem procurador, nos feitos trabalhistas, recai em uma inferioridade processual assombrosa. Muitas vezes o juiz sente que a parte está com o direito a seu favor. A própria alegação do interessado, entretanto, põe por terra sua pretensão, porque mal fundada, mal articulada, mal explicada e, sobretudo, mal defendida. Na condução da prova, o problema se acentua e agrava. E todos sabemos que a decisão depende do que os autos revelarem e que o que os autos revelam é o que está provado. No processo trabalhista, às linhas mestras da nossa formação jurídica; devemos tornar obrigatória a presença do procurador legalmente constituído em todas as ações de competência da Justiça do Trabalho, quer para o empregador, quer para o empregado.

Nessa mesma esteira, Amauri Mascaro Nascimento (1994, p. 188), com bastante clareza em seus enunciados, aponta que:

O tecnicismo das leis adquire uma especial importância, precisamente no cumprimento dos atos processuais, que, para poder conseguir a sua finalidade, devem desenvolver-se segundo certas formas rigorosamente prescritas, cujo conhecimento não se adquire senão através de larga prática: de maneira que a intervenção do jurista parece indispensável, não só para encontrar as razões defensivas que a parte não saberia encontrar por si mesma, e apresentá-la em termos jurídicos, mas também para realizar em seu nome os atos do processo que ela não estaria em condições de cumprir por si na ordem e sob a forma prescrita pelas leis processuais. Essas razões psicológicas e técnicas demonstram que a presença dos patrocinadores responde, antes de tudo, ao interesse privado da parte, a qual, confiando ao *expert* não só o ofício de expor suas razões, mas também o de cumprir de sua parte os atos processuais, escapa dos perigos da própria inexperiência e consegue o duplo fim de não incorrer em erros, de forma a ser melhor (*sic*) defendida em sua substância.



Tal passagem expressa de maneira bastante clara as “intempéries jurídicas” que a parte pode vir a enfrentar em caso opte por litigar diretamente sem o auxílio de um causídico, expondo como elas se afiguram “incapazes de expor com clareza suas pretensões” (NASCIMENTO, 1994, p. 190) em termos de raciocínio jurídico, algo que indubitavelmente representa uma apresentação qualitativamente baixa para um adequado provimento jurisdicional. Algo que pode vir a comprometer toda a efetividade de tal provimento, uma vez que sua base expositiva teórica se vê deveras prejudicada e defasada.

Desta feita, muitos se perguntam como que uma pessoa qualquer (no caso o empregado) sendo leigo de toda a sorte em assuntos e ciências jurídicas conseguiria enfrentar toda uma sorte de percalços que envolvem as minúcias processuais. Esse é justamente o pensamento de Mauro Cappelletti e Garth Bryant (1988, p. 32), quando eles dizem que:

[...] na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa”. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais. Até muito recentemente, no entanto, os esquemas de assistência judiciária da maior parte dos países eram inadequados. O direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo. De forma previsível, o resultado é que tais sistemas de assistência judiciária eram ineficientes.

Como já discutido anteriormente sobre a assistência judiciária, não há mais o que comentar que seja de grande relevância sobre isto para o presente trabalho, todavia, é certo que a complexidade do processo não pode ser um impeditivo estanque para que a inafastabilidade da jurisdição sofra de o que se poderia chamar de um auto-revês. Ou seja, a deficiência essencial na exposição da matéria em juízo pode configurar um verdadeiro decréscimo qualitativo para o acesso ao Poder Judiciário, o que viria a ser na verdade uma forma de afastamento da concreção plena da análise das demandas propostas.

Assim sendo, a não ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição deve vir acompanhada da análise da própria sistemática jurisprudencial



feita pelo TST (como já analisada) bem como pelo Supremo Tribunal Federal, que ocorreu justamente quando este se pronunciou acerca da ADI nº 1.127-8. Tal ação direta de inconstitucionalidade visou, dentre outros pedidos, a inconstitucionalidade de um artigo em específico do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil que de maneira classista e buscando sua reserva de mercado pugnava pelo fim do *jus postulandi*. O entendimento dos ministros foi no sentido que além de outros casos de postulação direta (juizados especiais, juízo de paz e alguns outros) tal possibilidade ainda estava afeita diretamente ao processo do trabalho⁷.

Desta feita, seguindo esse raciocínio, há de se pensar a mitigação do princípio da inafastabilidade da jurisdição em sua vertente da sua aplicação em auto-revês (seu caráter *negativo* ou *reverso* próprio da hermenêutica da efetividade do provimento jurisdicional) como descrito anteriormente. Isto é, o fato de a postulação direta promover, ao menos em tese, um maior aporte processual na Justiça do Trabalho não deve se entender que a menor capacidade técnica dos postulantes venha a ser um decréscimo ao próprio acesso a Justiça.

É provável que isso venha a ocorrer em algumas vezes, isto é, os imbrincamentos da sistemática processual e as chicanas das estruturas jurídicas por vezes ludibriam até mesmo os bacharéis, quiçá o próprio interessado, em regra, o empregado. Todavia, aplicando-se a técnica do *sopesamento* do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) atinge-se um meio adequado para a consecução do direito fundamental visado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 330). Isto é, a postulação própria atende ao anseio

⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PECULIARIDADES NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Os honorários advocatícios, nesta Justiça Especializada, continuam sendo devidos tão-somente em favor do Sindicato de Classe que prestar assistência judiciária ao trabalhador que perceber remuneração inferior a dois salários mínimos, ou comprovar insuficiência econômica para arcar com as despesas do processo, nos termos do art. 14, da Lei nº 5.584/70, recepcionado pela CF/88, conforme iterativa, notória e atual jurisprudência do Colendo TST (Enunciados nºs. 219 e 329). A eficácia do art. 1º, I, in fine, da Lei nº 8.906/94 foi suspensa pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, não só em relação à Justiça do Trabalho, mas também quanto aos Juizados Especiais Cível, Criminal e de Paz, em liminar concedida na ADIn nº 1.127-8 DF, DJU 14.10.94, assegurando o *jus postulandi* das partes. Sendo a reclamação trabalhista julgada improcedente, não tem lugar a imposição de pagamento de honorários advocatícios pelo vencido. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 3321/2002-906-06-00.5 Data de Julgamento: 15/12/2004, Relator Juiz Convocado: José Antônio Pancotti, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 11/02/2005) (Grifado).



primordial dos direitos sociais dos trabalhadores expressos no artigo 7º da Constituição, e seus decorrentes incisos, até porque a própria satisfação do crédito se dará de pronto.

Assim, o *jus postulandi* deve ser compreendido – tal como se opera na sistemática jurisprudencial do TST – como uma forma de aproximação do ente laboral com o próprio processo no qual se integra. Ou seja, uma clara manifestação da simplicidade do próprio processo trabalhista, que prima por bases restritas de formalidade para que haja sempre uma efetivação de seus provimentos jurisdicionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, por mais polêmica e controvertida que seja a questão, e por mais que a advocacia seja uma atividade essencial ao bom funcionamento dos órgãos jurisdicionais (artigo 133 da Constituição da República de 1988), não há de se falar em honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, ressalvadas as hipóteses contidas na súmula 219 do TST, até porque este é o entendimento pacífico na instância decisória superior em matéria trabalhista. Podem restar reclamações, indignações e outros sentimentos de revolta por parte dos advogados que se auto-intitulam “militantes”, mas, esses honorários não são cabíveis na esfera trabalhista por se tratar de uma ostentação da parte em arcar com os préstimos advocatícios, quando estes o são na verdade uma faculdade. Uma vez que a parte poderá acompanhar o processo na Justiça do Trabalho até o fim sem a sua coadjuvância.

Isto é, apresentada a sistemática argumentativa há de se concluir que os elementos contrários ao *jus postulandi* soçobram justamente na exaltação exacerbada da advocacia, como um pressuposto necessário da Justiça, algo que nem sempre, como demonstra efetivamente a particularidade do instituto em tela, afigura-se verdadeiro. Seguindo esse mesmo horizonte, há de se reiterar, converge a sistemática jurisprudencial do instituto, como demonstrado amplamente por meio de excertos jurisprudenciais dos mais diversos colegiados trabalhistas, o *jus postulandi* é deveras prestigiado e mantém a sua posição de essencial ao micro-sistema trabalhista, favorecendo a própria prestação jurisdicional desse ramo da justiça especializada.

De outra banda, a questão acerca do acesso limitado, ou limitável tecnicamente pela possibilidade do manejo pessoal e não assistido por caudário não é uma inexorável deficiência *ad processum* do litigante. Isto posto,



verifica-se que existem certas aplicações de ordem hermenêutica que facilitam a mais acurada e acertada aplicabilidade do instituto, que de forma alguma visa a restrição do acesso a justiça, e sim, em seu âmago, a proliferação de sua extensão e de sua capilaridade nos mais diversos meandros sociais, sempre fomentando o acesso ao provimento jurisdicional adequado e mais próximo o possível do que se pode chamar de Justiça, principalmente quando se trata de causas trabalhistas as quais carregam ínsitas sempre o caráter alimentício do crédito, desdobramento lógico de uma prestação rápida e efetiva para uma satisfação adequada do próprio processo analisado.

REFERÊNCIAS

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: E.J.E.A., 1960.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO; Luiz Inácio B. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 1994.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Tra-**



balho. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** São Paulo: Editora Método, 2006.

ABSTRACT

This work intends to scrutinize the institute of *jus postulandi* and its appliance in the labor law procedural systematic. So on, this institute the aforementioned institute is analyzed under the veil of constitutional access of the party to the justice system and its relation with the principle of the right of judicial decisions. It inquires the concept of *jus postulandi* and its legal dispositions and terms, as well as it also tries to posits a definition to the legal fees, its context of general use in common law systems and its particularities in the labor law system, due to the *jus postulandi* effect. Considers the practical implications of the labor law jurisprudence about this theme, which one, even though focuses only on the obligatory requisites, leaves the impression of the prevalence of *jus postulandi* on this legal field. Infirms a way to harmonize the principle of the right of judicial decisions with *jus postulandi* in its procedural aspect, analyzing how the own presentation in court, by the party, can be an effective mechanism of access to the justice system or if it becomes a disparity way in the construction of an ideal access in the labor law system.

Keywords: *Jus Postulandi*. Legal Fees. Principle of the Right of Judicial Decisions.



CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS CONTROVERSOS E PARÂMETROS DE LEGITIMIDADE

Everton Lima da Cruz

Acadêmico do 3º período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O presente artigo avalia a questão do controle judicial de políticas públicas sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo ou Neoconstitucionalismo. Postula a vinculação dos Poderes Públicos à Constituição como uma decorrência natural do reconhecimento da força normativa desta. Discute os principais aspectos controversos da atuação do Judiciário no controle das políticas públicas, tais como a chamada dificuldade contramajoritária e a violação do Princípio da Separação dos Poderes. Considera a possibilidade de alegação de escassez de recursos para a implementação dos Direitos Fundamentais em face do dever estatal de concretização dos objetivos prioritários do Estado delineados pela Constituição. Estabelece critérios capazes de garantir a legitimidade do controle judicial. Demonstra que a *judicial review* corresponde a um mecanismo essencial para a concretização dos Direitos Fundamentais e para a consolidação da própria Democracia.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Controle de políticas públicas. Papel do Judiciário. Democracia.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No panorama delineado pelo Constitucionalismo contemporâneo é recorrente a discussão em torno da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na delineação e no modo de execução políticas públicas. A importância do assunto e a intensidade do debate derivam justamente do fato de tais políticas se prestarem basicamente a dois papéis: a consolidação de Direitos Fundamentais e a concretização dos objetivos primeiros da República Federativa do Brasil delineados no artigo 3º da Lei Maior promulgada em 1988¹, sobretudo no que diz respeito à construção de uma sociedade materialmente justa e igualitária.

As políticas públicas têm direta relação com a atividade promocional do Estado, podendo ser definidas como o conjunto de atividades realizadas pelos Poderes Públicos com o objetivo de garantir a concreta realização da igualdade entre os membros da sociedade com base nas diretrizes delineadas pela Constituição.

Não existe pacificação em relação ao tema tanto na jurisprudência quanto na doutrina, de modo que é comum que os debates relacionados posicionem de um lado aqueles que enxergam no controle judicial um mecanismo necessário à concretização dos ideais da Democracia e do outro os que o consideram um risco à manutenção do próprio processo democrático.

A questão claramente envolve tanto aspectos políticos quanto jurídicos, estando localizada numa “zona cinzenta” entre os dois universos, devendo, portanto, ser pensada de modo abrangente.

Visando ao reconhecimento da legitimidade da interferência judiciária nas citadas *policies*, o presente trabalho procura demonstrar que tal atividade corresponde a uma decorrência natural do modelo complexo e dinâmico de Estado que surge a partir do posicionamento da Constituição no centro do ordenamento jurídico e no topo da hierarquia normativa, isto, que o controle judicial de políticas públicas é uma consequência natural do Neoconstitucionalismo.

¹ Art. 3º, CF: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”



Assentadas estas idéias, cumpre avaliar brevemente o papel do Judiciário no intervalo histórico que vai do Antigo Regime a desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo.

2 PROGRESSÃO HISTÓRICA DAS INTERAÇÕES ENTRE O JUDICIÁRIO E OS DEMAIS PODERES ESTATAIS: DO ESTADO ABSOLUTISTA AO NEOCONSTITUCIONALISMO

As Revoluções Liberais ocorridas no Séc. XVIII ocasionaram a queda do estado Absolutista, que tinha como principal característica a concentração de todo o Poder Público nas mãos de um único indivíduo, detentor da prerrogativa de não apenas propor e sancionar leis, mas de deliberar sobre quando e como estas deveriam ser aplicadas. O acúmulo de poder nesse modelo de Estado está de certa forma sintetizado pela celebre frase atribuída a Luis XIV *L'État c'est moi*. Em tal conjuntura não é possível falar de nada mais que uma plena subordinação do Poder Judiciário ao arbítrio do soberano.

A reação ideológica aos abusos *Ancien Régime* desencadeou-se com as propostas iluministas e liberais de criação de mecanismo que privilegiassem a liberdade individual ante a atividade discricionária do Estado. Entre tais propostas o Princípio da Separação dos Poderes como forma de minimizar a possibilidade de tirania por parte de um só ou mesmo por parte de uma minoria privilegiada. Nas palavras de Montesquieu (1973, p. 157): “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.

No modelo que se seguiu, o chamado Estado Liberal, caberia ao Judiciário o papel de mero aplicador das leis elaboradas pelo Legislativo, sem efetuar qualquer interferência sob pena de ferir o ideal de liberdade. Mais uma vez afirma Montesquieu (1973, p. 157):

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.



Durante o período em que perdurou o Estado Liberal é possível perceber uma submissão das funções estatais, sobretudo do Poder Judiciário, à atividade legiferante. Isso se dá principalmente devido a perspectiva de que seria mais justo e livre de arbitrariedades nocivas um governo fundado no império das leis que aquele erigido sobre o império dos homens. A supressão da atividade criativa do judiciário neste período se deve acima de tudo à desconfiança sobre os juízes construída ao longo do Antigo Regime. Em relação a este ponto afirma Norberto Bobbio (2006, p. 29): “com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas e aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado”. Surge então o mito do juiz neutro, executor mecânico das deliberações legislativas.

A liberdade almejada neste período consubstancia-se nos chamados Direito Fundamentais de Primeira Geração, ou de Primeira Dimensão, impositivos de limitações ao Estado como meio de garantir a liberdade individual, compreendida nesse contexto como indissociável da livre atuação econômica e do pleno usufruto da propriedade (DIMOULIS; MARTINS, 2011).

A percepção de que a mera não-intervenção estatal era insuficiente para garantir a igualdade substancial entre os indivíduos ocasionou o desenvolvimento de uma segunda dimensão de direitos destinados a convocar novamente o Estado a agir sobre a ordem social. Ao lado do desejo de concretização da liberdade individual surge o apelo de igualdade material. Na definição de Ivan Horcaio (2008, p. 645): “A segunda geração dos direitos fundamentais é fundada no ideário da igualdade, significa uma exigência ao poder público no sentido de que este atue em favor do cidadão, e não mais para deixar de fazer alguma coisa”.

O surgimento dos Direitos Fundamentais de Segunda Geração marca a passagem do modelo de Estado Liberal para o modelo de Estado Social, tendo sido as primeiras constituições a incluir tais elementos no âmbito de sua jurisdição a do México de 1917 e a de Weimar de 1919.

Com o Estado Social multiplicaram-se as áreas de atuação do poder público e o Executivo passou a exercer um papel predominante sobre os demais Poderes, na mesma medida em que passou a controlar a quase totalidade das novas funções conquistadas pelo Estado (CLÈVE, 1993). Nesse paradigma o Judiciário permaneceu restrito à função de aplicador de leis, cabendo à administração pública a concretização das normas de desenvolvimento social, muitas vezes consideradas como não mais que metas programáticas.

É a partir da segunda metade do século XX, com o advento do que



viria a ser chamado de Neoconstitucionalismo, que ocorre uma mudança significativa na concepção das funções inerentes ao Judiciário. Nesse novo contexto as constituições passam a ter reconhecida a sua força normativa e o seu caráter condicionante dos textos legais. A partir daí, conforme lição precisa de Luís Roberto Barroso (2007, p.2): “A validade as leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais”.

Esse novo modo de conceber as constituições entrelaça definitivamente Direito e Política, ocasionando a inevitável subordinação dos Poderes Constituídos ao texto da Carta Magna e à consequente revista das ações públicas pelo Judiciário, como afirma o professor Eduardo Cambi (2007, p. 12): “A *judicial review* aproxima o Direito da Política, permitindo que as ações governamentais sejam contestadas perante o Poder Judiciário”.

Para compreender melhor os desdobramentos dessa supremacia da Constituição perante o Estado cumpre avaliar de modo mais detido a forma como a ela se vinculam os Poderes Públicos.

3 VINCULAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS À CONSTITUIÇÃO

Na perspectiva contemporânea prevalece a ideia de que todos os atos governamentais devem estar de acordo com os mandamentos da Lei Maior, sob pena de padecerem de vício formal ou material. Tal preceito encontra-se na base do Neoconstitucionalismo, sendo algo do qual não se pode prescindir sem negar simultaneamente a normatividade de uma constituição e a pretensão de cumprimento da mesma. Na doutrina estrangeira tal idéia foi expressa nos seguintes termos por José Gomes Canotilho (2008, p. 1200): “Qualquer constituição só é juridicamente *eficaz* (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma *tarefa* de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante ², aplicam as normas da constituição” (grifos no original). Assim, Legislativo, Executivo e Judiciário estão, no constitucionalismo contemporâneo, submetidos ao dever de atuar sempre em sintonia com o que determinam as constituições.

Em relação à atividade legislativa, essa nova postura faz com que não apenas o processo de produção normativa esteja submetido às regras impostas

² *Sic.*



pela Constituição, como também gera a obrigatoriedade de que o produto desta atividade esteja em conformidade com a Lei Maior, em outros termos, o dogma da liberdade absoluta do legislador é plenamente rompido e este passa a atuar adstrito aos princípios constitucionais (ALMEIDA³). Em virtude dessas imposições, e em decorrência do reconhecimento da aplicabilidade das normas constitucionais na resolução de conflitos, o Judiciário passa a atuar no sentido de extirpar do ordenamento todos os dispositivos legais dissonantes da Norma Fundamental. De fato:

A concepção de constituição como norma jurídica suprema criou as condições necessárias para que se admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis. Somente há supremacia da Constituição quando se extraem conseqüências concretas para as normas com pretensão de validade opostas à Carta – i.e. Quando se pode expulsar do ordenamento jurídico a norma editada em contradição com a Lei Maior. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 268)

A obrigatoriedade de conformação aos dispositivos constitucionais braça também o Executivo. Nesse sentido leciona Eduardo Appio (2007, p. 112): “os princípios constitucionais vinculam o próprio conteúdo dos atos administrativos, os quais devem estar permeados pelos valores consignados pelo constituinte, sob pena de nulidade”.

A administração pública não pode agir à revelia da Constituição. Os órgãos vocacionados para por em prática os objetivos fundamentais expostos na Carta Magna não podem atuar em detrimento desta. Suas ações, ao contrário, devem não apenas restringir-se às fronteiras de sua competência como devem se conformar com as metas que lhes são traçadas. Em outras palavras, a Constituição não apenas impõem limites, mas também deveres de atuação aos órgãos da administração (BARROSO, 2007).

Em termos simples, no estado Constitucional de Direito, seja por meio de ação ou abstenção, os titulares dos cargos do executivo assumem, ao serem empossados, a obrigação de cumprirem e defenderem a Constituição federal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

De igual forma, o Judiciário submete-se à Lei Maior, não podendo

³ Documento on-line, não datado e não paginado.



inclusive esquivar-se da apreciação de qualquer tema envolvendo lesão ou ameaça a direito que lhe seja apresentado, conforme disciplina o inciso XXXV do art. 5º da Carta Maior⁴.

Tal previsão de atuação abre espaço para que os juízes possam ingressar no terreno das políticas públicas de maneira mais ativa, na medida em que a proibição do *non liquet* os obriga a se manifestarem toda vez que um demanda envolvendo as citadas políticas for submetida à apreciação, rompendo assim com a figura de executor mecânico e impessoal da lei para assumir uma postura de partícipe criativo das transformações sociais. Atuando por intermédio do controle judicial não só da constitucionalidade da lei formal, mas também das questões materiais inerentes às políticas públicas, o magistrado deixa de ser o aplicador formal da lei para se tornar um agente construtor da sociedade (ALMEIDA⁵).

Evidentemente é preciso cautela ao estabelecer as fronteiras dessa nova função do Judiciário, de modo que não se deixe sem proteção os direitos assegurados constitucionalmente, nem tampouco se promova a criação de um Super-Poder, tão apto a cometer abusos quanto qualquer outro que não possa ser freado. Nesse sentido, é conveniente estabelecer parâmetros dentro dos quais será legítimo o controle judicial de políticas públicas. Antes porém é sensato procurar transpor os obstáculos que mais frequentemente são interpostos à esta modalidade de atuação judicial, tais como o princípio da separação dos poderes, a dificuldade contramajoritária e a alegação de reserva do possível.

4 ASPECTOS CONTROVERSOS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 O princípio da separação dos poderes

O modelo de tripartição das funções estatais proposto por Montesquieu no século XVIII tinha por objetivo coibir o poder de intervenção do estado sobre os interesses privados. Entretanto, é preciso ter em mente que a idéia de separação rígida proposta pelo filósofo iluminista associa-se à época

⁴ Art. 5º, XXXV, CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵ Documento on-line, não datado e não paginado.



de sua formulação, estando portanto permeada por um sentimento de repúdio ao Absolutismo e das arbitrariedades decorrentes do acúmulo de poder.

Nos tempos atuais, malgrado seja ainda prudente a adesão ao princípio da separação, este precisa ser ponderado com o interesse de desenvolvimento social e o resguardo dos Direitos Fundamentais, de modo que um mecanismo desenvolvido com o objetivo de proteção da pessoa não possa como afirma Marcus Aurélio de Freitas Barros (2008, p. 134) “servir, em sentido inverso às finalidades políticas de sua criação, de âncora para permitir abusos governamentais”.

Nessa perspectiva, desenvolveu-se o que se convencionou chamar de teoria dos *checks and balances*, que nada mais é que a imposição de um modelo dinâmico de interação entre os Poderes, de maneira que estes se regulam mutuamente através da interdependência e do desempenho de funções tradicionalmente consideradas atípicas. O próprio ordenamento jurídico brasileiro adota tal sistema ao atribuir, por exemplo, competência ao Executivo para decretar medidas provisórias (Cf. art. 62, CF) e ao Judiciário para editar súmulas vinculantes (Cf. art. 103-A, CF), atividades equiparáveis em sentido *lato* a atos próprios do Legislativo.

Evidentemente, não se busca com a adoção desse sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) gerar um contexto caótico em que as funções estatais se auto-sabotariam e no qual não haveria papéis definidos. O objetivo dessa ferramenta é permitir o desempenho harmônico das diferentes atividades governamentais, de modo que não se veja prejudicada a possibilidade de concretização dos direitos individuais e dos objetivos maiores de um Estado Constitucional de Direito.

A mitigação do princípio da separação em um ambiente em que a principal tarefa do Judiciário é garantir a efetivação dos direitos tutelados pela Constituição torna o controle judicial de políticas públicas uma ferramenta antes de mais nada necessária, razão pela qual não há porque ser mantida a idéia de que tripartição funcionaria como um obstáculo à tal atividade.

Sendo assim passemos à averiguação da possibilidade de quebra da legitimidade do processo democrático devido à interferência dos membros do Judiciário sobre as atividades dos representantes da maioria, a chamada dificuldade contramajoritária.

4.2 Dificuldade contramajoritária

Por dificuldade contramajoritária compreende-se a problemática do



Judiciário, cujos membros não são eleitos por sufrágio popular, interferirem sobre as determinações dos representantes eleitos do povo. A expressão foi cunhada por Alexander Bickel no decorrer dos anos 60 e conduz ao questionamento sobre até que ponto esta forma de atividade judicial não viciaria a legitimidade do processo democrático.

Vivemos num modelo de Estado democrático onde o povo, apesar de ser titular de todo o Poder, podendo inclusive exercê-lo diretamente em algumas hipóteses, elege sazonalmente representantes através de apuração da vontade da maioria, isso é o que se denomina Princípio Majoritário, e que é tido como um dos pressupostos sem o qual não pode haver Democracia. A despeito disso, é possível perceber que, mesmo sem serem eleitos, os agentes do Judiciário desempenham também um poder político. Afirma a doutrina:

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. (BARROSO⁶)

De onde emanaria então a legitimidade de tal atuação?

A tarefa do Judiciário é justamente adequar as demandas que lhe chegam às expectativas do próprio povo manifestas pelo Poder Constituinte Originário por meio da Constituição e pelos demais representantes populares através dos códigos e dispositivos infraconstitucionais. Isso significa que no exercício de suas atividades, incluindo o controle judicial de políticas públicas, os magistrados e demais membros do Judiciário não executam a sua própria vontade política, não executam a imposição de um desejo particular sobre a vontade da maioria, mas tão somente concretizam as decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo (BARROSO⁷).

Sendo assim, na medida em que magistrados, membros do Ministério Público e demais atores do Judiciário ajam em conformidade com os preceitos legais e, sobretudo, constitucionais, não há que se falar em risco

⁶ Documento on-line, não datado e não paginado.

⁷ *Ibid.*



à legitimidade do processo democrático, mas em concretização da própria Democracia.

Dito isto, cumpre avaliarmos o dilema da limitação dos recursos públicos aptos a gerir a promoção dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas.

4.3 A questão da reserva do possível

Por reserva do possível entende-se a possibilidade de alegação de insuficiência de recursos para o implemento adequado de uma política pública destinada, correspondendo geralmente a uma pretensa limitação à exigência de consolidação de direitos constitucionalmente garantidos por motivos de escassez econômica.

Evidentemente, assim como o ordenamento não pode obrigar alguém a realizar o impossível, seria insensato exigir do Estado aquilo que está fora de suas possibilidades. Revela-se aí a agudez do problema, pois como afirmam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 99): “O ‘possível’ não é uma grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado. Uma reflexão simples mostra que o Estado pode utilizar um amplo leque de medidas para tornar possível uma prestação.”

A questão se torna ainda mais grave quando se verifica que o aparato de que dispõe o Judiciário não o habilita a averiguar com precisão a realidade da falta de meios. Desse modo, o agente judicial fica adstrito à investigação da objetiva inconstitucionalidade da omissão estatal. Ao invés de se perder na especulação sobre a existência ou não da insuficiência financeira, deverá avaliar se as ações ou omissões dos outros agentes governamentais estão em consonância com as prioridades estipuladas pela Constituição, sobretudo se afetam a realização de Direitos Fundamentais. Conforme posição doutrinária, “não cabe à autoridade jurisdicional mensurar as capacidades financeiras e prioridades políticas estabelecidas pelos demais Poderes para atender demandas baseadas em direito fundamental social. Só lhe cabe verificar a inconstitucionalidade da eventual omissão” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 101).

Decorre que ao exercer o controle de políticas públicas o Judiciário não deverá procurar demonstrar a existência de recursos, mas tão somente sopesar o interesse constitucional sobre a tutela do bem, a adequação social de provimento da demanda e a inadmissibilidade de retrocesso social pela alienação do mínimo existencial diretamente relacionado ao valor maior da dignidade da pessoa humana.



Ultrapassados então os obstáculos cuidemos da delineação dos critérios sem os quais será ilegítima qualquer interferência judicial nos campos do Legislativo e do Executivo.

5 PARÂMETROS DE LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

5.1 Excepcionalidade

Ao Judiciário não cabe a função de desenvolver e pôr em prática as políticas necessárias à concretização dos direitos fundamentais. Ainda que não possa se furtar ao dever de apreciar aquilo que lhe é trazido (art. 5º, XXXV, CF), sua interferência sobre a esfera dos demais poderes deve limitar-se às circunstâncias em que se possa verificar algum tipo de abuso por parte das autoridades estatais. Como ensina Marcus Aurélio de Freitas Barros (2008, p. 131-132) “para ter legitimidade, o controle jurisdicional há de ser excepcional, devendo ter lugar apenas em caso de abusividade governamental.”

Em sede jurisprudencial, a necessidade do caráter de excepcionalidade do controle judicial foi afirmada no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Celso de Mello, ao pronunciar seu voto em relação ao julgamento da ADPF 45⁸, nas palavras do pretor:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 45 MC/DF. Decisão Monocrática. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004. DJU. 04/05/2004. Informativo nº 345-STF.



constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Tais opiniões refletem claramente a necessidade de prudência na adoção da possibilidade do referido controle, pois, conforme dito anteriormente, não se almeja à criação de um Poder capaz de sublimar todos os demais ao bel-prazer, o que evidentemente fulminaria a Democracia e instituiria uma nova forma de ditadura. Em suma, compete ao Judiciário intervir nas *policies* apenas em caráter extraordinário, quando alguma ação ou omissão agrida ou ameace algum direito resguardado pela Constituição.

Paralelamente, é possível afirmar que o segundo critério de legitimidade do controle judicial de políticas públicas corresponde à avaliação razoável da pretensão que busca suprimimento, conforme análise a seguir.

5.2 Razoabilidade da pretensão individual ou social

Esse parâmetro relaciona-se diretamente com a problemática da reserva do possível e com o princípio da proporcionalidade, pois obviamente seria tão inadequado propor que todas as demandas sociais devessem ser atendidas pelos poderes públicos, ignorando quaisquer limitações, quanto seria inapropriado considerar as normas constitucionais alusivas a direitos sociais como meros pronunciamentos programáticos.

É imprescindível que haja uma proporção racional e aceitável entre os fins almejados e os meios postos em movimento. Nesse sentido afirma Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 19): “A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”.

O significado claro disso é que as metas que se busca atingir devem estar plenamente de acordo com os objetivos prioritários do Estado delineados pela Constituição e os meios empregados devem ser suficientes para sanar as possíveis deficiências sem, entretanto, comprometer a operacionalidade do aparato estatal. Em termos diretos, não se pode dar excessiva proteção a interesses individuais em detrimento dos interesses globais. Conforme posicionamento de Barros (2008, p. 65): “Qualquer atuação em matéria de políticas públicas exige a compreensão do todo (do macro), sob pena de se obter mais retrocessos que avanços e esse, certamente, não pode ser o objetivo”.

Em síntese, para que haja legitimidade na intervenção judicial no



âmbito das políticas públicas é necessário que o magistrado avalie detidamente a razoabilidade da pretensão que lhe pede provimento como, a contrário senso, procure encontrar a justa medida de irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público (GRINOVER, 2010).

Estabelecido mais este parâmetro, vale atentar para o terceiro pilar sobre o qual se sustenta o controle judicial, a obrigatoriedade de conformação das decisões do Judiciário com as diretrizes constitucionais, ou a necessidade de fundamentação com base na Constituição.

5.3 Necessidade de Fundamentação Constitucional

Qualquer atuação judicial no campo das políticas públicas, para que seja legítima, deverá, obrigatoriamente, estar fundamentada na Constituição, pois não seria coerente propor uma intervenção do Poder Judiciário sobre a área de competência dos demais Poderes, com o intuito de adequar as atitudes destes ao que determina a Lei Maior, e estar a própria ação judicial desamparada pelo texto constitucional. Em termos diretos, os atores do poder judiciário só atuarão legitimamente no controle das *policies* quando forem capazes de fundamentar suas decisões racionalmente com base no que determina o texto constitucional (BARROSO⁹).

Não existe hierarquia ou submissão entre os Poderes, de forma que não se pode olvidar que qualquer pretensão de interferência entre eles deve estar embasada em algo que lhes seja superior e que lhes condicione, o que no atual modelo de Estado nada pode ser além da vontade soberana do povo consubstanciada no texto da *Lex Mater*. A própria Carta Maior de 1988 alude no inciso IX do seu artigo 93¹⁰ a necessidade de fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade de tais atos quando aquela não estiver presente.

A despeito da probidade que se atribui ao Judiciário, não seria adequado deixar decisões capazes de afetar diretamente a vida de grandes setores da sociedade à livre consciência dos magistrados, sem que houvesse um fio condutor capaz de guiar-lhes os passos no caminho seguro que leva

⁹ Documento on-line, não datado e não paginado.

¹⁰ Art. 93, IX, CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”



ao encontro da justiça substancial aplicável a cada caso.

Do que foi dito, deduzimos em síntese que seria temerosa e evitada de riscos qualquer iniciativa apartada das garantias de legitimidade enumeradas, além de que, dada a natureza essencialmente corretiva do controle judicial não podemos concebê-lo como uma panacéia apta a, sozinha, resolver todos os males e abusos governamentais, sendo adequado talvez pensar como o jurista italiano Mauro Cappelletti (1984, p. 21) para quem “mesmo a *judicial review* é apenas um instrumento nas mãos de humanos, e humanos, naturalmente, não são deuses”.

6 DISPOSIÇÕES FINAIS

O papel ativo e não meramente figurativo que a Norma Fundamental reclama no panorama neoconstitucional não permite que a interpretação intransigente de quaisquer dispositivos se oponha à sua concretização. Os poderes públicos não podem agir à revelia da imperatividade da Lei Maior.

O controle judicial de políticas públicas, ao contrário do que pretendem os seus críticos, pode corresponder a um instrumento de consolidação da Democracia e o Poder Judiciário, atuando no sentido desta consolidação, pode ser um veículo que assegure a correta manifestação dos preceitos constitucionais. O que não faz da atividade judicial uma função posicionada hierarquicamente acima das demais, pois seu exercício somente terá legitimidade quando tiver por intuito adequar materialmente a atividade estatal à forma regada pela Constituição.

Diante disto tudo, é imprescindível ainda que não se perca de vista que todos os recursos, todas as ferramentas, todos os mecanismos postos à disposição tanto pelo Direito quanto pelo próprio Estado, têm como único fundamento, como única diretriz, a busca pela promoção do bem-estar e da dignidade na vida de cada pessoa. É somente com isso em mente, é apenas com a adoção desse objetivo, que poderão ser realizadas adequadamente as políticas capazes de auferir a materialização da justiça entre os homens.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário: Algumas Considerações.** Disponível em: <<http://>



portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/769506.PDF>. Acesso em 30 maio, 2011.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Parâmetros Objetivos e Tutela Coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 04 jun, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Saber Ciências Sociais Aplicadas**: Revista do Centro Universitário do Estado do Pará. Belém, v. 6, n. 1-2, p. 7-33, jan.-dez. 2007.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.



CLÈVE, Clémerson Merlim. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v. 7, n. 7, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 29 maio, 2011.

HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Abril: São Paulo, 1973.

CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES POLITIQUES PUBLIQUES: ASPECTS CONTROVERSÉS ET PA- RAMÈTRES DE LÉGITIMITÉ

RÉSUMÉ

Le présent article évalue la question du contrôle juridictionnel des politiques publiques dans la perspective du constitutionnalisme contemporain ou néoconstitutionnalisme. Il postule le lien des pouvoirs publics avec la Constitution comme une conséquence naturelle de la reconnaissance de la



force normative de celle-ci. Il discute les principaux aspects controversés du rôle du judiciaire dans le contrôle des politiques publiques, telles que la dite difficulté contre-majoritaire et la violation du principe de la séparation des pouvoirs. Il considère la possibilité d'allégation de fonds insuffisants pour la mise en œuvre des droits fondamentaux face au devoir de l'État de la concrétisation des objectifs prioritaires de l'État définis par la Constitution. Il établit des critères capables d'assurer la légitimité du contrôle juridictionnel. Il démontre que le *judicial review* correspond à un mécanisme essentiel pour la concrétisation des droits fondamentaux et pour la consolidation de la démocratie même.

Mots-clefs: Néoconstitutionnalisme. Contrôle de politiques publiques. Rôle du judiciaire . Démocratie.



CRIMES AMBIENTAIS E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Talita Nunes Maciel Silva

Acadêmica do 7º período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O presente artigo visa abordar a situação degradante do nosso meio ambiente, bem como as consequências jurídicas penais para os descumpridores dos preceitos da lei 9.605/98, especificamente criada com o fito de proteger o meio ambiente. Como uma das inovações, a referida lei regulamentou no cenário jurídico a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, questão esta bastante polêmica e que até hoje vem sendo defendida e, ao mesmo tempo, rejeitada por grandes juristas do país. Em decorrência dessa polêmica, a questão da constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.605/98 será amplamente discutida, com análise das teorias acerca dessa responsabilidade penal da pessoa jurídica. Além dessa questão central, serão ainda explanados os tipos de penas aplicáveis às corporações e alguns casos concretos em que podemos perceber a aplicação do dispositivo ora estudado.

Palavras-chave: Crimes ambientais. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Constitucionalidade.

“Só quando a última árvore for derrubada, o último peixe for morto e o último rio for poluído, é que o homem perceberá que não pode comer dinheiro”
(Provérbio Indígena)

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de se preservar o meio ambiente é hoje uma certeza. Sabe-se que a cada dia que passa a ação humana vem destruindo aos poucos esse bem natural. Esse não é um problema apenas do nosso país, mas do mundo inteiro.

Constantemente ouvimos notícias de queimadas na floresta amazônica, na mata atlântica, vazamentos de petróleo em alto mar, poluição de rios, maus-tratos a animais, dentre outras que nos chocam. Em virtude desse quadro atual percebeu-se a necessidade de punições mais severas, que aliadas às sanções de natureza civil e administrativa pudessem melhor reprimir os responsáveis por danos ambientais.

Sendo assim a intervenção do direito penal na tutela do meio ambiente se impôs de modo inquestionável, surgindo o que chamamos de direito penal ambiental. Posteriormente esse ramo do direito previu a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, tema bastante polêmico, objeto do presente estudo.

2 AS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR DANOS AMBIENTAIS

Atualmente, o meio ambiente alcançou uma posição de destaque no direito brasileiro, chegando até mesmo a ser considerado um direito fundamental do indivíduo. Em virtude de tal importância, o referido bem jurídico encontra-se protegido por três esferas distintas do direito: a civil, a administrativa e, mais recentemente, a penal, podendo as sanções aplicáveis em cada esfera ser aplicadas alternativa ou cumulativamente, dependendo do caso concreto.

A responsabilidade civil da pessoa jurídica é objetiva, baseada na teoria do risco da atividade, o que significa que, o simples fato de a empresa existir e exercer determinada atividade que, por sua natureza, ponha em risco o meio ambiente já impõe à mesma o dever de ressarcimento caso



algun dano venha a se concretizar. Pouco importa a licitude dessa atividade, a responsabilidade objetiva despreza esse fato, bem como a culpa ou dolo no cometimento do crime. A indenização devida deverá ser proporcional à extensão do dano causado.

A reparação civil que se impõe ao infrator engloba a obrigatoriedade de restituir o bem ambiental afetado ao estado anterior (quando possível), bem como a reparação pecuniária, com pagamento de multas muitas vezes insuficientes para resgatar efetivamente a área lesada.

A seu turno, a responsabilidade administrativa, que também veio a ser mais fortemente regulamentada pela Lei 9.605/98, visa à aplicação de sanções disciplinares e /ou compensatórias às pessoas jurídicas, no intuito de desestimulá-las na reiteração das condutas reprovadas. As autoridades competentes para aplicação das referidas sanções são os funcionários dos Órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

Uma peculiaridade desse tipo de responsabilidade é o fato de ela estar configurada, independentemente da ocorrência de dano efetivo ao meio ambiente, bastando para a caracterização da infração ambiental a simples conduta contrária aos dispositivos legais.

Já a responsabilização penal, objeto do presente estudo, exige um pouco mais de requisitos para estar configurada. A própria natureza do direito penal, como *ultima ratio* do direito brasileiro, impõe essa maior cautela na sua aplicação. Quando as sanções civis e administrativas se mostrarem insuficientes para proteger o bem jurídico ameaçado ou já lesado, aí sim serão devidas as sanções penais, cujos maiores detalhes serão melhor explorados no tópico seguinte.

3 A LEI 9.605 E A CONCRETIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A Lei 9.605/98 veio materializar o preceito contido no §3º do artigo 225 da Constituição Federal. Em seu art. 3º a referida lei estabelece a responsabilidade penal da pessoa jurídica, nos seguintes termos:

“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu



representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Pela leitura do dispositivo supra, podemos destacar os dois requisitos exigidos para a configuração da responsabilidade penal da pessoa jurídica: o primeiro deles diz respeito à necessidade de o ato danoso ter sido praticado por decisão do representante legal ou contratual da empresa, ou mesmo por deliberação de seu órgão colegiado; o segundo requisito impõe que o ato tenha sido praticado em prol do ente corporativo.

Isso quer dizer que, não é em toda e qualquer situação que as pessoas jurídicas estarão sujeitas às sanções penais. Se o ato lesivo ao meio ambiente tiver sido praticado por qualquer pessoa integrante da empresa que, entretanto, não ocupe nenhuma das posições descritas no caput do art. 3º da Lei 9.605/98 ou se tal ato tiver atendido apenas a interesses pessoais dos empregados ou administradores da empresa, mas não os interesses desta, não há que se falar em responsabilidade penal da pessoa jurídica. Esta livrar-se-á das sanções penais, tendo em vista a ausência dos requisitos legais previstos para tanto.

Em decorrência desses requisitos podemos afirmar que a responsabilização do ente moral será sempre acompanhada da responsabilização de uma pessoa natural que age em seu nome e benefício. Tal conclusão é tirada da própria redação do artigo 3º da lei ora examinada, é o que a doutrina chama de sistema da dupla imputação.

Se a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada por ato praticado em decorrência de decisão de seu representante legal, contratual ou órgão colegiado, significa dizer que sem eles, não haverá crime, conseqüentemente, não haverá responsabilização. Por outro lado, se estiver comprovado que o ente moral praticou o crime contra o meio ambiente, conseqüentemente, comprovado estará que a pessoa física responsável pela decisão também o praticou e, portanto, será igualmente responsabilizada, posto que agiram em concurso de agentes. A denúncia a ser ofertada pelo Ministério Público deverá conter desde logo os detalhes da conduta da pessoa física a ser responsabi-



lizada conjuntamente com a pessoa jurídica, sob pena de inépcia da inicial¹.

Daí a lógica do disposto no parágrafo único do artigo 3º da Lei 9.605: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”. Tal preceito vem apenas declarar expressamente o que já está dito implicitamente no caput do artigo: a impossibilidade de se dissociar a pessoa física da pessoa jurídica nos crimes ambientais praticados por esta última.

Destaque-se ainda a responsabilização pela omissão de determinadas pessoas às quais a lei impõe o dever de agir para evitar a prática da conduta criminosa de outrem e assim não o fazem, são elas: o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica. Elas não precisam praticar conduta criminosa para serem punidas, basta que tenham conhecimento da intenção de alguém de praticá-la e que mesmo tendo condições não impeçam tal conduta. A punição só lhes é imputada porque todas têm o dever jurídico de agir para evitar o cometimento do crime, e a omissão lhes torna partícipe do mesmo. Essa regra é inspirada na chamada *relevância da omissão* estampada no art. 13, §2º do Código Penal.

1.1 Penas aplicáveis às Pessoas Jurídicas

As penas aplicáveis às pessoas jurídicas estão previstas nos artigos 21 a 24 da lei 9.605/98. O primeiro dispositivo prevê os tipos de penas cabíveis, quais sejam: multa, restritivas de direito e prestações de serviços à comunidade.

A aplicação da pena de multa não foi disciplinada de modo específico para a pessoa jurídica, ou seja, tanto ela quanto a pessoa física ficam sujeitas aos mesmos critérios de fixação da pena pecuniária, fato este que tem

¹ PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO EXCLUSIVA DA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FIGURAÇÃO DA PESSOA FÍSICA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. “Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 18/6/07). 2. Recurso especial conhecido e provido para anular o acórdão que determinou o recebimento da denúncia. (STJ, 5ª Turma. REsp 865864. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 13/10/2009).



sido bastante criticado por alguns doutrinadores. O art. 18 da lei em questão apenas estipula que essa aplicação de pena seguirá as regras do Código Penal.

Sendo assim, nos termos do art. 49, caput e §1º do CP, os infratores da lei ambiental, ao serem penalizados com multa, poderão pagar entre 10 e 360 dias-multa, sendo que o valor de cada dia multa oscilará entre 1/30 a 5 vezes o salário mínimo vigente à época do fato. Há ainda a possibilidade, segundo o art.18 da lei 9.605, de o juiz triplicar o valor máximo da pena fixada se perceber que este, apesar de ser o valor máximo, se mostra insuficiente a reprovação do crime, frente a vantagem econômica auferida com ele.

As penas restritivas de direito e de prestação de serviços à comunidade estão disciplinadas, respectivamente, nos artigos 22 e 23.

As primeiras podem ser: I - suspensão parcial ou total de atividades, estas aplicáveis quando as atividades desenvolvidas pela empresa não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do meio ambiente. Vale destacar que essa medida só deverá ser acionada quando a conduta de desrespeito à legislação ambiental for reiterada, isto é, se a pessoa jurídica infringiu alguma norma ambiental pela primeira vez a sanção de suspensão parcial ou total da atividade se mostra por demais exagerada para puni-la nesse primeiro momento; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade. O que enseja a aplicação dessa sanção é a ausência de autorização para o funcionamento do estabelecimento, obra ou atividade, ou até mesmo seu funcionamento fora dos padrões autorizados, além da violação à legislação ambiental; III - Proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Diferentemente dos outros incisos, a lei não explica exatamente em que situações este se aplicaria, fazendo referência apenas ao prazo máximo da sanção, que seria de 10 anos.

Quanto as segundas, podem ser: I – custeio de programas e de projetos ambientais; II – execução de obras de áreas degradadas; III – manutenção de espaços públicos; IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas. Pode-se perceber o caráter educativo e protetivo dessa modalidade de sanção. Educativo porque ensina aos causadores de danos ambientais como eles podem reparar seu erro perante a sociedade e perante o próprio meio ambiente e como é simples ajudar a preservá-lo. Protetivo porque o cumprimento da pena pelos infratores garante a proteção ao meio ambiente, objetivo maior da lei e de todas essas sanções cominadas.

Por fim, o artigo 24 prevê a sanção mais severa para os agentes de crimes ambientais: a liquidação forçada da pessoa jurídica. Por ser considerada uma verdadeira “pena de morte”, essa sanção deverá ser aplicada com bastante



cautela e só terá vez quando a empresa tiver como finalidade preponderante ou exclusiva permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental definido pela lei 9.605/98. A liquidação forçada significa a dissolução da pessoa jurídica, com perda de todo seu patrimônio que, considerado objeto de crime, será confiscado em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

4 TEORIAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Muitas são as discussões acerca da possibilidade de se atribuir responsabilidade penal às Pessoas jurídicas. Duas teorias se destacam na tentativa de justificar essa possibilidade ou impossibilidade: *Teoria da Ficção Jurídica* e *Teoria da Realidade* ou *da Personalidade Real* ou *Organicista*, ambas a serem individualmente analisadas a seguir.

1.1 Teoria da Ficção Jurídica

Criada por Savigny e Feuerbach, a teoria da ficção jurídica é o ponto forte da argumentação contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica. De acordo com tal teoria, as pessoas jurídicas têm existência fictícia, irreal ou de pura abstração. Sendo assim, seria lógico concluir que tais entes não teriam condições de praticar crimes, uma vez desprovidos de vontade própria e capacidade de agir. Nos dizeres de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (2009, P. 691): “... pela teoria da ficção jurídica as pessoas jurídicas são puras abstrações, entes fictícios, irreais. São desprovidas de consciência, vontade e finalidade e, portanto, não podem praticar condutas tipicamente humanas, como as condutas criminosas”.

Daí surgiu a famosa expressão latina “*societas delinquere non potest*”, cuja tradução informa que a sociedade não pode delinquir. Segundo a teoria ora estudada, não pode delinquir porque, em primeiro lugar, não teria capacidade de ação (conduta). Por serem entes abstratos, qualquer uma de suas ações dependem, na realidade, de uma ação humana para existirem, pois o homem sim possui vontade, consciência e finalidade, e à sua ação poderia se atribuir dolo ou culpa, algo inimaginável para as pessoas jurídicas.

Em segundo lugar, não podem delinquir porque não possuem culpabilidade, isto é, não são imputáveis, já que para isso precisariam ter capacidade mental de entender e querer, bem como não possuem potencial consciência da ilicitude, aliás, não possuem qualquer consciência, o que as



impede de entender o caráter ilícito do fato e se comportar de acordo com esse entendimento.

Por tais argumentos, os adeptos da teoria da ficção jurídica defendem que por não possuírem essa capacidade de ação, nem tão pouco a culpabilidade, não poderiam as pessoas jurídicas serem agentes de crimes ambientais, nem de qualquer outro crime, seja qual for sua natureza.

1.2 Teoria da Realidade ou da Personalidade Real ou Organicista

Criada por Otto Gierke, em 1868, a teoria da realidade contradiz a teoria da ficção ao afirmar que as pessoas jurídicas não são puras abstrações, mas ao contrário, são entes reais, com plena capacidade de agir e querer (vontade própria), razão pela qual, poderiam perfeitamente cometer crimes.

Ele equipara as corporações aos seres humanos, melhor explicando: seu presidente poderia ser comparado ao cérebro do corpo humano, já seus operários, subordinados aos comandos do presidente, seriam os membros desse organismo, e assim por diante. Daí porque a referida teoria também recebeu o nome de teoria organicista.

Raciocinando dessa maneira, poderia se enxergar mais claramente a possibilidade da pessoa jurídica praticar seus próprios atos de forma independente. As tantas pessoas físicas que dela participam estão apenas compondo um “todo” e esse “todo” pode praticar um ato delituoso sem que tal ato precise obrigatoriamente ser imputado a uma pessoa física específica, mas ao contrário, que ele possa ser imputado à pessoa jurídica agente do delito corporativo, entendendo-se este como o delito praticado no exclusivo interesse e benefício da corporação. Se, por outro lado, a pessoa física, integrante da pessoa jurídica, tiver agido isoladamente, sem que sua conduta tenha qualquer relação com a empresa, será ela a única a responder pelo dano causado ao meio ambiente.

A ocorrência dessas duas hipóteses é perfeitamente possível e pela peculiaridade de cada uma devem ser tratadas de forma distinta, logo quando a responsabilidade for sem dúvidas do ente coletivo, deverá e poderá ele arcar com as consequências jurídicas, assim defendem os adeptos dessa teoria.

Quanto ao famoso princípio *“societas delinquere non potest”*, de acordo com Nucci, foi substituído pelo *“societas delinquere potest”*, pela primeira vez após a II Guerra Mundial, com o julgamento da polícia política nazista, chamada *Gestapo* e das tropas nazistas chamadas SS. O Tribunal Militar de Nuremberg condenou as referidas corporações pelo crime de guerra contra a humanidade, atribuindo-lhes responsabilidade criminal por seus



atos. A partir de então a possibilidade de julgamentos nesse sentido passou a ser melhor analisada.

5 CONSTITUCIONALIDADE X INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º DA LEI 9.605/98

As teorias acima examinadas aliadas a alguns argumentos que serão expostos neste tópico nos ajudarão a construir um posicionamento acerca dessa questão ainda tão polêmica no cenário jurídico atual. Passemos primeiro à análise dos argumentos contrários à constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

1.1 Inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.605/98

A corrente doutrinária que rejeita a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem como um de seus argumentos a tese de que a atual Constituição Federal não previu tal possibilidade em seu art. 225, §3º, o que houve, na realidade, foi um erro de interpretação. De acordo com essa corrente, o referido dispositivo quis dizer que as *condutas*, típicas das *pessoas físicas*, lesivas ao meio ambiente, estariam sujeitas à *sanções penais*, enquanto que as *atividades* desenvolvidas pelas *pessoas jurídicas*, causadoras de danos ao meio ambiente, estariam sujeitas à *sanções administrativas*. A leitura de que tanto as pessoas físicas quanto jurídicas estariam igualmente sujeitas a sanções penais e administrativas seria equivocada.

Outro argumento por eles levantado diz respeito à impossibilidade de ação e culpabilidade dos entes coletivos, questão essa bastante explorada anteriormente no tópico da teoria da ficção. Como já dito, de acordo com a referida teoria, sendo a ação e o querer das pessoas jurídicas dependentes de uma pessoa física, aquelas seriam incapazes de cometer crimes.

Defendem ainda os adeptos da irresponsabilidade penal que o princípio da personalidade da pena, estampado no art. 5º, XLV, da nossa Carta Magna, impede seja imputada à pessoa jurídica qualquer tipo de sanção penal. Segundo esse princípio “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...” e estaria ele sendo quebrado a partir do momento em que a corporação assumisse o ônus de cumprir a pena. Se a pessoa física foi a verdadeira responsável pela prática do ilícito penal, então à ela deve-se aplicar as sanções cabíveis, sob pena de se estar desrespeitando o princípio da personalidade da pena.



Por fim, merece destaque o argumento de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica consagrada no art. 3º da lei de crimes ambientais seria incompatível com a teoria do crime adotada pelo direito penal brasileiro. Tal teoria passou por grandes avanços até chegar a configuração que se encontra atualmente, no entanto, ela é aplicável apenas as pessoas físicas. A tentativa de aplicá-la às pessoas jurídicas enfrentaria como primeiro óbice o preenchimento dos requisitos do fato típico, já que neste, há a análise da conduta do agente, seja ela dolosa, culposa, comissiva ou omissiva, conduta esta que, no entender dos defensores da teoria da ficção, não poderia jamais ser atribuída ao ente moral.

Em razão dessa incompatibilidade, acredita-se que a teoria do crime teria que ser amplamente reformulada para recepcionar de forma mais adequada o dispositivo supracitado. Assim ocorreu na França, por exemplo, quando a atribuição de responsabilidade penal da pessoa jurídica foi acompanhada de uma lei de adaptação, a qual tornou possível a consolidação desse tipo de responsabilidade. Nas palavras de Luiz Regis Prado (2001, p.37):

“A denominada Lei de Adaptação (Lei 92-1336/1992) alterou inúmeros textos legais para torná-los coerentes com o novo Código Penal, contendo inclusive disposições de processo penal, no intuito de uma harmonização processual particularmente necessária com a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.”

1.2 Constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.605/98

Antes de qualquer pronunciamento acerca da constitucionalidade do art. 3º da lei de crimes ambientais, necessário se faz transcrever, *in verbis*, o §3º do art. 225 da Constituição Federal: “*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”.

Alguns doutrinadores argumentam que o referido dispositivo atribuiu sanções penais às condutas lesivas ao meio ambiente, praticadas por pessoas físicas e sanções administrativas às atividades lesivas ao meio ambiente, desenvolvidas por pessoas jurídicas, como acima explanado. Ocorre que pela redação do §3º do art. 225 da CF/88 percebe-se claramente a intenção do constituinte em cumular as sanções penais e administrativas tanto para



as pessoas físicas quanto jurídicas. Não fosse assim, teria ele se manifestado expressamente no sentido de que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, *respectivamente*, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. A inserção desta simples palavra seria suficiente para evitar polêmicas sobre o assunto, além de não ser uma palavra tão esdrúxula a ser pensada pelo Constituinte, se fosse verdadeiramente essa sua intenção.

Ademais, se fosse acolhida a tese de que cada tipo de sanção seria aplicada diferentemente às pessoas físicas e jurídicas, logo surgiria uma indagação: por quê as pessoas físicas estariam excluídas de se sujeitar às sanções administrativas, tendo de se sujeitar diretamente às sanções penais, consideradas a *ultima ratio*? Tal interpretação afastaria o benefício das pessoas naturais de sofrerem sanções mais brandas e menos estigmatizantes sempre que possível. Estariam elas sendo “penalizadas” precipitadamente pelo simples fato de não serem pessoas jurídicas? Percebe-se desde já a impossibilidade lógica do argumento ora rebatido.

Quanto ao argumento de que os entes coletivos não possuem capacidade de ação nem culpabilidade, cabe aqui destacar que tal entendimento não é taxativo, pois os defensores da teoria da realidade ou organicista reconhecem justamente a capacidade desses entes de agir, posto que dotados de vontade própria, independente da vontade de seus sócios e de qualquer pessoa que os compõem. Tal tema já fora explanado em tópicos anteriores, porém clareando ainda mais esse posicionamento, vale as palavras de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (2009, p.694): “À culpabilidade penal individual clássica, deve-se somar, hoje, o conceito de culpabilidade social, baseada na idéia de empresa como centro de emanção de decisões”.

Atenção ainda deve ser dada ao argumento de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é possível devido ao princípio constitucional da personalidade da pena. Ora, se considerarmos que a pena não pode passar da pessoa do condenado, a responsabilização penal da pessoa jurídica vem justamente atender a tal preceito. Raciocinemos: se o crime é cometido pela corporação, em seu exclusivo interesse e benefício, deve por ela ser suportada as sanções penais, e jamais por qualquer outra pessoa, seja seu sócio, administrador ou mesmo um simples empregado. Se assim agisse o aplicador da lei, aí sim poderíamos considerar o desrespeito ao princípio da personalidade da pena.

Há também o argumento de que a atual teoria do crime adotada



pelo direito penal brasileiro é incompatível com o sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica. Nesse ponto específico cumpre-nos concordar com o argumento. É fato que, apesar do expresso mandamento constitucional de responsabilização criminal dos entes coletivos, tal regra merece regulamentação especial para que possa atender mais adequadamente aos fins a que se propõe. Nem mesmo a lei de crimes ambientais, criada com o objetivo de regulamentar o disposto no art. 225, §3º da Constituição Federal de 1988, previu a solução para essa questão.

No entanto, saliente-se que a falta de regulamentação específica sobre a teoria do crime para as pessoas jurídicas não torna inconstitucional o art. 3º da lei 9.605/98. Isto porque, o que determina a inconstitucionalidade de um determinado preceito jurídico é o desrespeito às regras estampadas na Lei Maior, hipótese esta não configurada no presente caso. A lei 9.605/98 veio justamente regulamentar o que já estava previsto, de forma não auto-executável, na Constituição.

Com isso, conclui-se que a falta de regulamentação específica acerca da teoria do crime para as pessoas jurídicas não torna a responsabilidade penal da pessoa jurídica inconstitucional, apenas chama atenção para que as autoridades competentes se apressem em preencher essa lacuna, na forma da lei, ao exemplo da França com sua Lei de Adaptação.

Por fim, merece destaque o fato de que boa parte dos tribunais pátrios já vem reconhecendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seus julgados e aplicando as sanções penais cabíveis de acordo com o caso concreto. Segue alguns exemplos de jurisprudência acerca do tema aqui abordado:

“EMENTA: PENAL. CRIME AMBIENTAL. CAUSAR POLUIÇÃO MEDIANTE LANÇAMENTO DE RESÍDUOS LÍQUIDOS EM DESACORDO COM AS EXIGÊNCIAS LEGAIS (LEI 9.605/98. ART. 54, § 2º, V). AUTORIA DA PESSOA FÍSICA CONFIGURADA ANTE O DEVER DE IMPEDIR A CONTINUIDADE DA PRÁTICA DELITIVA. MATERIALIDADE COMPROVADA ATRAVÉS DE LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE DE IMPUTAR RESPONSABILIDADE PENAL À PESSOA JURÍDICA POR FORÇA DA TEORIA DA REALIDADE. DOLO EVENTUAL CONFIGURADO. SANÇÃO PECUNIÁRIA FIXA-



DA EM VALOR ADEQUADO. CONDENAÇÃO MANTIDA.^{2º}
“EMENTA: A PESSOA JURÍDICA, ATRAVÉS DE SEU CENTRO DE DECISÃO FORMADO PELOS ADMINISTRADORES, É CAPAZ DE DESACATAR, CONSCIENTEMENTE, NORMAS PENAIS. RECEBE A PENA COMO PREVENÇÃO ESPECIAL, A FIM DE QUE NÃO VOLTE A DELINQUIR, PARA QUE ADAPTE O DESENVOLVIMENTO DAS ATIVIDADES AOS BENS SOCIAIS OBJETO DE TUTELA. COM EFEITO, A PENA VISA PREVENIR O CRIME, NÃO A CASTIGAR OU REMENDAR O DEFEITO PSICOLÓGICO OU MORAL. E, PORTANTO, PODE SER APLICADA TANTO A PESSOAS NATURAIS COMO A PESSOAS JURÍDICAS.”^{3º}

“EMENTA: CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.”^{4º}

6 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

A título de ilustração algumas matérias acerca do assunto foram pesquisadas na mídia. Uma das que chamou atenção foi a da Companhia Siderúrgica do Atlântico (CSA) de propriedade de uma empresa alemã chamada Thyssenkrupp. A siderúrgica foi instalada em 2007 na cidade de Santa Cruz, Zona Oeste do Rio de Janeiro e desde então vem trazendo sérios problemas de poluição atmosférica para os moradores da região, tanto que o número de doenças respiratórias, sinusites e dermatites aumentou consideravelmente

² TJSC, 4ª Câmara Criminal, ACR 710744 SC 2009.071074-4. Relator Min. Carlos Alberto Civinski. Julgamento: 21/07/2011

³ TRF 4ª Região, MS 2008.04.005931-5. Relator: Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E 27/03/2008

⁴ STJ, 5ª Turma, REsp. nº564.960/SC, Rel. Min. Gilson Dipp. Julgamento: 02/06/2005



desde que ocorreu o primeiro acidente no mês de agosto de 2010.

Em junho de 2011 o Ministério Público do Rio de Janeiro denunciou pela segunda vez a empresa alegando que a ligada do seu segundo alto-forno não contou com as precauções devidas, nem tão pouco com a comunicação às autoridades competentes sobre os danos causados. A Thyssenkrupp já havia sido denunciada no meio do ano de 2010 pelo mesmo motivo, o início da operação com o seu primeiro alto-forno e as consequências desastrosas para o meio ambiente.

Como sanção, a empresa já foi multada por duas vezes no intervalo de seis meses, sendo a primeira multa no valor de um milhão e duzentos mil reais e a segunda no valor de dois milhões e quatrocentos mil reais. Além das multas, a empresa teve de arcar com cerca de quatorze milhões de reais de investimento na área de saúde e infraestrutura da região.

Percebe-se nesse caso a inutilidade da aplicação de sanções de caráter administrativo. Para uma empresa bilionária, pouco importa ter que pagar alguns milhões para reparar eventuais danos ambientais. Certamente, a atividade desenvolvida naquela siderúrgica é mais rentável e se for preciso, para aumentar seus lucros, a empresa não poupará nosso meio ambiente.

Daí porque se ressalta a importância da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Graças a tal previsão constitucional foi possível ao Ministério Público denunciar a empresa e buscar uma condenação mais adequada ao infrator. Quem sabe a aplicação das penas restritivas de direito como, por exemplo, a suspensão parcial ou total da atividade ou até mesmo a interdição temporária da atividade, teriam maior eficácia tanto na reprovação do crime como na proteção do meio ambiente.

Outro caso interessante está intimamente ligado com o primeiro, é o da empresa brasileira de nome Usiminas. A decisão proferida pelo juiz da 27ª vara criminal do Rio de Janeiro, aceitando a denúncia ofertada pelo Ministério Público Estadual, tornou a empresa mineira ré pela prática de crimes ambientais.

A denúncia teria sido motivada por irregularidades na auditoria realizada pela Usiminas na Thyssenkrupp Companhia Siderúrgica. De acordo com a promotora responsável pelo caso, o relatório de auditoria foi apresentado com algumas disparidades, informações falsas e omissões. A Usiminas teria supostamente sido contratada pela TKCSA para elaborar o referido relatório.

Mais uma vez nesse caso percebe-se a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica e nada mais justo. Ora, se a Usiminas, conscientemente e intencionalmente, praticou o crime ambiental então que ela figure no pólo



passivo do processo e seja futuramente penalizada por sua atitude, não olvidando, é óbvio, da responsabilização das pessoas físicas que participaram da prática criminosa.

Por fim, deve ser dado destaque a outro caso de dano ambiental provocado por pessoa jurídica que não ocorreu no Brasil, no entanto teve repercussão mundial e serviu até de alerta às autoridades brasileiras: o vazamento de petróleo no Golfo do México no meio do ano de 2010. O acidente rendeu à empresa petrolífera britânica BP perdas no valor aproximadamente de US\$ 17 bilhões. O vazamento no Golfo do México correspondeu a uma verdadeira catástrofe ambiental e a legislação estrangeira soube punir a empresa responsável na mesma proporção dos danos ambientais causados, com a aplicação da multa no montante supracitado.

A partir de então chamou atenção a pena de multa prevista na lei de crimes ambientais brasileira, cujo valor máximo não pode exceder a R\$ 50 milhões de reais para empresas do setor petrolífero. Diante dessa punição na seara internacional surgiu a preocupação das autoridades brasileiras em tornar mais compatível a sanção prevista no ordenamento jurídico com a realidade dos fatos. Tal preocupação é válida, desde que possa impor às autoridades competentes o dever de fazer algo para mudar a situação.

O que deve ficar desse exemplo internacional é que a responsabilização penal da pessoa jurídica é não só possível nesse âmbito, mas principalmente, que é muito bem aplicada. É evidente que a cifra de US\$ 17 bilhões de reais não será arcada por algum sócio ou administrador da empresa, mas efetivamente por ela, fazendo cumprir assim a lei no tocando à responsabilidade penal da pessoa jurídica causadora do dano ambiental. Esse é um exemplo que pode e deve ser seguido pelo Brasil.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto a conclusão a que pode se chegar é pela constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, com base no art. 225, §3º da nossa atual Carta Magna.

Essa possibilidade já vem sendo aplicada por vários tribunais pátrios. Apesar de ser uma aplicação ainda tímida, aos poucos se tornará bastante significativa, isso porque, a situação atual do nosso meio ambiente exige essa atuação cada vez mais forte do direito penal na sua tutela.

As sanções penais previstas na lei ainda podem ser reformuladas,



nesse ponto, destaca-se a pena de multa que se mostrou irrisória, logo, inútil para os casos de multinacionais e outras empresas de grande porte. Mas de modo geral, as demais sanções têm se mostrado eficientes na prevenção e repressão de crimes ambientais.

Ademais, pelos exemplos de casos concretos supra analisados percebe-se que a responsabilização penal da pessoa jurídica é não só constitucional, mas principalmente, necessária à proteção de nosso meio ambiente, tendo em vista que as corporações são agentes constantes de crimes ambientais, e a responsabilização de pessoas físicas que a compõem nem sempre são capazes de inibir a prática desses ilícitos penais. Quanto mais instrumentos tivermos à nossa disposição para proteger esse bem natural, melhores resultados alcançaremos na busca de um meio ambiente equilibrado e sadio para as próximas gerações.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** - parte geral. vol. 01. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FEITOSA, Luiz Alves; MACIEL, Renato Jevson Nunes, PONTES, Loredano de Oliveira. **Crimes ambientais contra a floresta amazônica sob a ótica da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Gestão de Política de Segurança Pública) – Academia Nacional de Polícia. Brasília, 2008.

GLOBO NATUREZA, notícias em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/2011/07/justica-aceita-denuncia-contr-usiminas-por-crimes-ambientais.html>> e <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/06/mp-rj-denuncia-csa-pela-2-vez-por-crimes-ambientais.html>>, acesso em 25/10/2011.



GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Org.). **Legislação especial criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – parte geral. vol. 01. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**: A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Difusos e Coletivos**: direito ambiental. vol. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes Contra o Ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ENVIRONMENTAL CRIMES AND CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES

ABSTRACT

This article aims to address the degrading situation of our environment and the legal consequences for the precepts violation of the law 9.605/98, which was created specifically with the aim of protecting the environment. As an innovation, this law regulates on the legal scenario the possibility of criminal liability of legal entities. This is a very controversial issue that is being held and rejected at the same time by the great jurists of the country. Due to this



controversy, the question of the constitutionality of art. 3 of the law 9.605/98 will be extensively discussed in the analysis of the theories of criminal liability of legal entities. In addition to this central issue will be further explained the types of penalties for corporations and some individual cases where we can see now the application of the device studied.

Keywords: Environmental Crimes. Criminal liability of legal entities. Constitutionality.

DIREITO À VIDA EM CONFLITO COM TEMAS POLÊMICOS

Naylla Márcia Cavalcanti de Sá Leitão

Acadêmica do 3º período do Curso de Direito da UFPE
Membro do Projeto de Pesquisas Jurídicas

Rafaela Pinheiro Leite

Acadêmica do 3º período do
Curso de Direito da UFPE

Gudson Barbalho do Nascimento Leão

Professor-orientador

RESUMO

O presente trabalho apresenta considerações acerca do alcance do direito à vida face temas atuais e polêmicos. Para tanto, enfatiza o choque entre a proteção constitucional à vida e, simultaneamente, à liberdade e autonomia individuais, exaltando-se a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na ponderação entre os direitos e no tratamento dispensado à solução de controvérsias como o aborto, a eutanásia e o suicídio. Ressalta a importância dos avanços tecnológicos e científicos como influência no conceito de vida e seu limiar com a morte, bem como na análise e determinação do início e fim da vida, sem, entretanto, intenção de esgotar o assunto.

Palavras-chave: Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Colisão.

1 INTRODUÇÃO

O direito à vida, garantido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, faz referência a uma dupla acepção do que está inscrito no texto constitucional, ao passo que, o Estado deve, no seu papel de garantidor, assegurar o “manter-se vivo” do indivíduo e estabelecer as necessárias condições para sua subsistência digna.

Por tratar-se de um direito fundamental e inerente a todo ser humano, a vida, direito inviolável, nos termos do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, tem tido seu alcance questionado ao passo que emergem na sociedade clamores para que se faça prevalecer a autonomia do indivíduo. Tal situação desponta em questões polêmicas, cuja análise à luz da Constituição se faz necessária, a fim de conciliar ambos os interesses, evitando inibir prática deliberadas sem tornar a liberdade irrelevante ou inócua.

Nesse contexto, casos práticos em que se faz necessária a intromissão do Judiciário têm se tornado cada vez mais frequentes, o que exige uma tomada de posição por parte do Estado e da sociedade, sendo indispensável o repensar de dogmas e conceitos.

O objetivo do presente trabalho é promover o debate acerca de temas delicados, sem, entretanto, adotar um posicionamento como o correto. Foram, para isso, expostos dados, argumentos e fundamentos a fim de propiciar ao leitor uma releitura crítica dessas questões.

2 BREVE HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO DO DIREITO À VIDA

A partir da Segunda Grande Guerra, muitos países que nunca tinham vivenciado barbáries contra a humanidade, passaram, após sofrerem tamanha destruição, a praticá-las de maneira deliberada e sem garantias mínimas efetivas aos prisioneiros de guerra. Daí notou-se a importância de se assegurar a todos os indivíduos uma plêiade de direitos idôneos a possibilitar uma existência minimamente digna, calcada na proteção à vida como direito fundamental.

Apesar da existência de alguns tratados que versavam sobre a proteção da vida, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Francesa de 1789, estas apenas diziam respeito aos casos de invasões territoriais. Mas, era fato que, numa visão próspera do direito, e, principalmente, de um ordenamento jurídico galgado no princípio da dignidade humana, era imprescindível assegurar o direito à vida não só nos casos



excepcionais, mas em todos os casos de ameaça à vida, sendo, pois, todas as nações e povos, independente de nacionalidade, responsáveis pela tutela desse direito inerente à raça humana.

Essa ideia fez-se presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris em 10 de dezembro de 1948, que estabeleceu em seu art. 3º que “toda pessoa tem direito a vida, a liberdade e a segurança pessoal” e, em seu art. 5º que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”¹.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 dispôs no *caput* de seu art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

É importante ressaltar que não só a Constituição brasileira declara a inviolabilidade do direito à vida, como também diversos acordos internacionais sobre Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. O principal deles - haja vista seu conteúdo e a tentativa de convencionar direitos fundamentais entre os Estados americanos adotando um regime de liberdade pessoal e justiça social -, o Pacto de São José da Costa Rica, estabelece que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”².

O fato é que não há precisão ou mesmo consenso a respeito do que é e de quando começa a vida, o que contribui para tornar o tema ainda mais complexo.

Desde longa data, inúmeros filósofos, cientistas e estudiosos em geral buscam, incessantemente, definir a vida. Tal perquirição não dispensa uma resposta multifacetada, uma vez que, para um cientista, o último suspiro de um indivíduo afigura-se como o fim de sua vida, enquanto para um filósofo o mesmo indivíduo sem a esperança de felicidade, há tempos pôs fim a ela.

Na Antiguidade, os gregos não possuíam um termo único para expressar o que atualmente denominamos vida. Serviam-se, pois, de dois termos semântica e morfologicamente distintos, sendo um deles *zoe*, o qual exprimia

¹ Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm >. Acesso em: 26 set. 2011.

² Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> >. Acesso em: 25 set. 2011.



o simples fato de viver: a vida natural de todo ser sem qualquer predicado ou qualidade a atribuir-lhe, desconsiderando o fato de os seres humanos serem dotados de maior grau de possibilidade cognitiva; e o outro *biós*, o qual, por sua vez, indicava forma ou maneira de viver própria, qualificada, de um indivíduo ou grupo: a vida com um atributo, seja civil, político, nacional, cultural, social, jurídico ou econômico. (AGAMBEN, 2002, p. 9).

O sentido da vida na filosofia antiga, segundo Pierre Aundenque (2003) em sua obra “A Prudência em Aristóteles”, consiste principalmente na aquisição da *eudaimonia*³, comumente considerada a característica mais elevada e desejada, como a busca pela felicidade, estando essa, pautada numa qualidade imorredoura, a virtude, sobre o prisma aristotélico.

Nesse contexto, as diferenças entre as escolas filosóficas resultam das diferentes concepções sobre a plena felicidade e como cada uma acreditava que ela pudesse ser atingida. Para o cristianismo, por exemplo, baseia-se na comunhão com Deus durante a vida, bem como após a morte, enquanto para a Ciência e seus estudiosos, a vida também pode ser motivo de divergências.

Alguns estudiosos, a exemplo de Karl Ernest Von Baer⁴, acreditam que a vida humana começa na concepção, ou seja, no momento em que o espermatozoide entra em contato com o óvulo – fato que ocorre nas primeiras horas da relação sexual – e na fase do zigoto, em que toda a identidade genética do novo ser é definida; outros afirmam que se inicia com a pulsação cardíaca e o funcionamento cerebral, ou ainda que a vida é simplesmente o oposto da morte (BARRETO, LÍDIA, 2011).

Muitos autores tomam posição nesse debate, entre eles, De Cupis (1961, p. 101-110) ressalta que a concepção é o ato inicial da vida – tanto da física como na jurídica –; Orgaz (1947, p. 135-138) faz menção de que, mesmo antes de nascer, o embrião humano já tem proteção pública e privada, e, nas palavras de Antônio Chaves (1994, p. 13), é a fecundação que marca o início

³ Transliteração da palavra grega para prosperidade, boa fortuna, riqueza ou felicidade.

⁴ Também conhecido no antigo Império Russo como Karl Maksimovich Baer, nasceu na atual República da Estônia e foi um biólogo, geólogo, meteorologista, médico e membro da Academia Russa de Ciências. Fundador da embriologia moderna, embora evolucionista, foi crítico das ideias de Charles Darwin. Uma das suas afirmações que até hoje trazem discussão é de que “o embrião dos vertebrados é o início de um vertebrado”, ou seja, um feto humano se desenvolve por vários estágios nos quais ele toma a forma geral de um vertebrado, depois de um mamífero, depois de um primata e, finalmente, de um ser humano determinado. Disponível em: <[www.pt.hukol.net/themenreihe.p?c=Biólogos%20da%20Rússia](http://www.pt.hukol.net/themenreihe.p?c=Bi%C3%B3logos%20da%20R%C3%BAssia)>. Acesso em: 26 set. 2011.



da vida.

Na legislação brasileira, o Código Civil de 2002 afirma, em seu art. 2º que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Assim, parece óbvio que o mais importante desses direitos, que é o direito à vida, é resguardado.

Mantendo essa premissa, fazemos uso das palavras de João Ibaixe Júnior:

A vida humana baseia-se, assim, no seu ser cognitivamente autopoietico, variável de ser para ser, sem uma qualidade mensurável comum, salvo a passagem do tempo, a qual não possui a mesma duração para todos. [...] O ser humano realiza-se a si mesmo, tendo o maior grau de possibilidade cognitiva desta situação, o que também não é o mesmo comparativamente entre os seres, podendo existir aqueles, mesmo humanos, que não reúnem as condições biológicas para disto tomarem ciência, não se excluindo a responsabilidade cognitiva dos demais que as possuem.⁵

Nossa Constituição Federal, ao fazer menção à inviolabilidade do direito à vida, não deixou claro o que se entende pelo vocábulo “vida”. Não obstante, segundo [colocar doutrinador que defende o pensamento a seguir], entende-se que, ao garantir a inviolabilidade da vida, a Constituição almeja proteger toda e qualquer possibilidade de vida natural.

Reforça-se este entendimento ao passo que a própria redação do texto constitucional distingue o fenômeno vida como inviolável, no *caput* do artigo 5º, e, em seguida, no decorrer dos demais incisos e artigos, dispõem sobre a vida com suas qualificações individuais, sociais, políticas e, até mesmo, ecológicas, como assim o faz no artigo 225⁶.

Neste diapasão, o Estado brasileiro é guardião da vida desde sua singela potencialidade, alcançando seus níveis de complexidade mais desen-

⁵ JUNIOR, João Ibaixe. *Um Conceito de Vida Humana para o Direito Brasileiro*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2006-out-03/estudo_conceito_vida_protegido_constituicao?pagina=2>. Acesso em: 26 set. 2011.

⁶ “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”



volidos, até prescrever sobre a vida em sua ambiência ecossistêmica. Trata-se, de certo modo, de o bem protegido não ser apenas o direito de vida – a conservação da vida existente –, mas também o direito ao desdobramento e evolução da vida e até mesmo à consecução do nascimento com vida.

3 SUICÍDIO

Ato do ser humano de abdicar a própria vida, suicídio significa “matar a si próprio”. As legislações da antiguidade, em geral, incriminavam a conduta do suicida fundamentada no prejuízo que tal ato provocava ao Estado, pois, nas palavras de Beccaria (2011, p.87) “a fortaleza de uma nação consiste no número dos cidadãos”. Ainda nas suas palavras, “aquele que se mata, porém, produz menos mal à sociedade do que aquele que renuncia para sempre à sua pátria. O primeiro abandona tudo ao seu país, enquanto o outro lhe rouba a sua pessoa e uma parte de seus bens” (*idem*).

As penas cominadas por esse crime consistiam desde a exposição do corpo até o sepultamento em locais impróprios, a proibição de cerimônias fúnebres e o confisco dos bens do falecido. Nesse sentido, o clássico penalista (BECCARIA, 200, p. 87) supracitado afirma tratar-se de um delito ao qual nenhuma pena pode ser atribuída sem que recaia sobre o ser sem vida ou sobre sua família, inocente, a qual não teve qualquer responsabilidade ou influência na decisão do suicida.

O Direito Canônico sempre condenou o suicídio, exceto nas situações em que se sacrifica o bem da vida condicionado por acontecimentos extremos. Na Idade Média, portanto, essa prática foi extremamente combatida pela Igreja, declarada crime pelo Concílio de Arles (452) e considerada resultado de um “furor diabólico”.

A tentativa de suicídio constitui, na legislação criminal brasileira, um irrelevante penal, não constituindo crime previsto pelo Código Penal. O agente não sofre, pois, qualquer sanção e, em concordância com o art. 5º, XLV, da Constituição Federal, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Assim, mesmo que se aplicasse punição ao suicida, esta não poderia estender-se aos seus descendentes ou pessoas a ele ligadas.

No ordenamento jurídico brasileiro há, contudo, sanção prevista pelo art. 122 do Código Penal, para aquele que “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”, prevendo pena de reclusão, aumentada se o ato é consumado, e duplicada se o crime é praticado por motivo egoístico ou a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa,



a capacidade de resistência. Além de autorizar, em seu art. 146, parágrafo 3º, o constrangimento “mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda” direcionado a impedir o suicídio.

Tais disposições justificam-se pela importância atribuída à vida humana, considerada valor central do ordenamento jurídico e requisito de existência dos demais direitos fundamentais, além de base material do próprio conceito de dignidade humana, veementes para resguardá-la, inclusive com a tipificação penal, que se torna imprescindível.

Verifica-se a concepção do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado ponto nevralgico da Constituição, como “o fim supremo de todo direito; logo, expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação” (SILVA NETO, 2005, p. 21). Contudo, não pode sobrepor-se de modo indeclinável, apesar de toda sua importância, no plano fático, devendo ser sopesado em relação aos demais princípios.

Cogita-se, portanto, se o direito à liberdade pode ser sacrificado para a proteção da vida. Indaga-se possuir o Estado o condão de estender, por meio de tipo legal, sua “exclusividade do uso da força” e do “poder coativo” – nas palavras de Norberto Bobbio (2000, p. 164-165) – a terceiros, através da descriminalização do constrangimento quando direcionado a evitar a prática do suicídio, mesmo detendo o “monopólio das normas jurídicas, qualquer que seja a sua natureza”, segundo João Ubaldo Ribeiro (1986, p. 60).

Enrico Ferri entendia o suicídio como um fato atípico penalmente, em qualquer circunstância, por defender que o ser humano possui o direito de morrer. Esse posicionamento tornou-se inconsistente pela desse bem e por sua influência em um conjunto de existências e outras vidas.

Dentre seus estudos sobre sociologia, Émile Durkheim tentou provar que fatos como o suicídio e a criminalidade, por exemplo, tinham origem em acontecimentos sociais. Segundo ele, em sua obra “O suicídio” (DURKHEIM, 1897), as taxas só podem ser explicadas em função dos acontecimentos sociais, como os divórcios, as crises econômicas, entre outros. Constitui, pois, forma de coerção, exterior e independente do indivíduo, estabelecida na sociedade.

Na lição de Magalhães Noronha (1980, p. 32), o suicídio configura um indiferente penal, mas, a partir do momento em que há o auxílio ou induzimento a esse ato, transforma-se num fato imoral e socialmente danoso e, portanto, cessa tal irrelevância. Se for, porém, considerado como fruto de



pressões sociais externas, conforme defende Durkheim (1897) o ato de abdicar a própria vida deve ser tido não como um dano à sociedade, como afirma Noronha, mas, pelo contrário, como um prejuízo por ela ocasionado. São, como se pode notar, perceptíveis as divergências doutrinárias existentes acerca do assunto, principalmente no tocante ao tratamento dispensado àquele que presta auxílio ao suicídio.

4 ABORTO

A suspensão deliberada da gravidez, ocasionando a morte do feto ou embrião, é pauta de pesquisas no Brasil, em especial, nos últimos 20 anos, onde o número de abortos, apesar de ter decrescido, continua alto considerados os padrões mundiais de saúde pública.

Uma pesquisa realizada pela ONG Ipas Brasil, acerca da magnitude do aborto no país, apontou a cada três crianças nascidas vivas um registro de interrupção por práticas realizadas, em sua maioria, em condições precárias, responsáveis por sérios riscos à saúde da mulher e pela ocupação de 30% dos leitos hospitalares destinados à ginecologia e obstetrícia por pacientes sofrendo consequências de abortos clandestinos⁷.

Tais dados evidenciam a extrema importância do tema para a saúde pública do país e, para alguns, confirmam a tese de que a ilegalidade traz consequências negativas para a saúde da mulher, pouco coíbe sua prática, além de perpetuar a desigualdade social, uma vez que o risco advindo da não legalização atinge majoritariamente aquelas pertencentes às classes desfavorecidas que, em virtude de sua condição, não possuem acesso aos recursos médicos necessários à realização de um procedimento seguro.

Contudo, é possível observar, em nível mundial, uma uniformidade de entendimento no sentido da proteção à vida estender-se ao nascituro – aquele já concebido, mas ainda não nascido –, não estando, portanto, limitada ao ser humano formado. Tal compreensão encontra-se consolidada no ordenamento jurídico brasileiro conforme determina o art. 2º do Código Civil⁸,

⁷ Ipas Brasil. Magnitude do aborto no Brasil: uma análise dos resultados de pesquisa. Revista de Saúde Sexual e Reprodutiva, Rio de Janeiro, n. 30, jul. 2007. Disponível em: <<http://www.ipas.org.br/arquivos/pesquisas/factsh.PDF>>. Acesso em: 19 jun. 2011

⁸ “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.



que protege os direitos fundamentais do nascituro, dentre os quais, embora não esteja explicitado, pode ser destacado o direito à vida, bem jurídico assegurado constitucionalmente, e ratificada pelo Pacto de São José da Costa Rica em seu art. 4º.

Inúmeros casos já foram julgados confirmando esse entendimento, nos quais foram concedidas aos nascituros diversas espécies de direitos, como o direito à indenização por dano moral, à realização de exame de DNA destinado à investigação de paternidade, a alimentos, entre outros, a exemplo da aprovação da lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina os direitos e garantias da mulher gestante e, conseqüentemente, resguarda os direitos do nascituro.⁹ Fica, portanto, clara, conforme a interpretação daqueles contrários à exclusão de criminalidade relativa ao aborto, a constatação do seu direito inviolável à vida, maior bem de todos, que deve, por isso, receber proteção ainda maior por parte do Direito.

Em virtude de um intenso movimento a favor da legalização – com destaque para o feminista, primando pelo direito de autodeterminação da mulher sobre seu próprio corpo – e de todos os quesitos favoráveis advindos de leis penalmente permissivas, acirrados debates doutrinários são travados em relação à natureza jurídica do nascituro. Essa discordância precisa ser enfrentada na deliberação da constitucionalidade de qualquer medida a respeito.

Tal controvérsia, todavia, vai além da dificuldade na determinação do início da personalidade civil e, portanto, da capacidade para adquirir direitos e deveres na esfera jurídica, resultante da imprecisão conceitual do art. 2º do Código Civil. Outra divergência que colabora para tornar o tema extremamente polêmico é o debate acerca do conceito de dignidade da pessoa humana, o qual também compreende o direito à liberdade. Discute-se até que ponto pode-se limitar poder e autonomia individuais nas decisões e na maneira de conduzir a própria vida, desde que não haja interferência nos direitos de terceiros.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza legalmente apenas duas situações excludentes de criminalidade relativas ao aborto, punindo a mulher que o provoca em si mesma ou consente a prática por terceiros fora desses casos, de acordo com o art. 124 do Código Penal. A primeira diz respeito às circunstâncias em que não há outro meio de salvar a

⁹. AI 70042357194 –RS. Sétima Comarca Cível. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chavez. j. 08.07.2011. DJ 14.07.2011.



vida da gestante, denominado aborto necessário, e a segunda, aos casos de gravidez decorrente de estupro, conforme dispõe art. 128 desse Código. Se a suspensão ocorrer em decorrência de causas naturais, fala-se em aborto espontâneo e, portanto, impunível.

Há inúmeros projetos de lei no Congresso Nacional¹⁰ visando desde o aumento do leque de permissivos legais até a legalização completa dessa prática. Dentre eles, destaca-se a regulamentação da Interrupção Seletiva da Gravidez (ISG), por contar com maior simpatia dos congressistas, caracteriza-se por um procedimento de expulsão provocada do feto em virtude de suas limitações físicas e/ou mentais.

Na tentativa de fornecer suporte jurídico-moral à decisão legal, far-se-á imprescindível recorrer ao Projeto de Lei nº 1.956 de 1996¹¹, proposto por Marta Suplicy – PT/SP, no qual defende o aborto nos casos em que:

[...] o produto da concepção não apresenta condições de sobrevivência em decorrência de malformação incompatível com a vida ou de doença degenerativa incurável, precedida de indicação médica, ou quando, por meios científicos, se constata a impossibilidade de vida extrauterina.

Estima-se que existam mais de trezentos e cinquenta alvarás¹², resultados de um processo argumentativo por meio do qual o médico solicita ao juiz a autorização, a pedido da paciente, para dar início ao procedimento de interrupção da gravidez nas condições supracitadas, e essa tem sido concedida. Esse número demonstra a tendência jurisprudencial perceptível direcionada à legitimação da prática nos casos discriminados em lei.

Existem, contudo, vários condicionantes e graus de malformação fetal. É imprescindível o prognóstico indicativo da gravidade do caso, provando

¹⁰ Projeto de Lei nº 3280 de 1992, proposto por Luiz Moreira - PTB/BA. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19397> >. Acesso em: 30 set. 2011.

¹¹ Projeto de lei nº 1956/96. "Autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos na presente lei". Diário da Câmara dos Deputados 1996, Junho 6: 17850.

¹² DINIZ, Debora. Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/8205/1/ARTIGO_AbortoSeletivoBrasilAlvarasJudiciais.pdf>. Acesso em: 30 set. 2011.



a impossibilidade do nascimento com vida saudável, o que só é possível em virtude dos avanços no diagnóstico pré-natal, com a possibilidade de realização de novos exames, utilizando-se das descobertas de médicos e cientistas na área.

Dentre os casos em análise, destaca-se, no tangente ao denominado aborto eugênico – executado quando há suspeita de que a criança possa nascer com defeitos físicos, mentais ou anomalias –, o debate acerca da anencefalia, definida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como “uma anomalia congênita caracterizada pela malformação do tubo neural, na qual se verifica a ausência total ou parcial dos hemisférios cerebrais e dos tecidos cranianos que os encerram, com presença do tronco encefálico e de porções variáveis do diencefalo”¹³.

É necessário, pois, perscrutar os valores que a norma visa defender na proteção ao bem jurídico, situando-o como “um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica”¹⁴. A criminalização do aborto tem como propósito a proteção à vida do feto, o que não encontra objeto nos casos de anencefalia, não havendo tipicidade penal na conduta abortiva, por se tratar de um ser destituído de possibilidade de vida extra-uterina em decorrência da ausência de atividade cerebral que corresponde, juridicamente, ao conceito legal de morte.

Questiona-se, contudo, tal assertiva tendo em vista os casos de fetos portadores dessa anomalia que chegam a nascer, sobrevivendo por tempo superior ao previsto cientificamente. O caso da menina Marcela de Jesus¹⁵, que sobreviveu por um ano e oito meses após o parto, exemplifica essas situações, influenciando a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto e demonstrando a necessidade de cautela no tratamento dispensado ao tema.

¹³ SILVA, Anelise Crippa. **Análise Bioética da Jurisprudência do TJRS sobre interrupção da gestação de fetos anencéfalos**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2008_2/anelise_crippa.pdf>. Acesso em: 30 set. 2011.

¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito Penal – Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1995. p. 265.

¹⁵ Diagnosticada como anencéfala pela pediatra Márcia Barcella, o caso da menina Marcela ganhou repercussão nacional e foi adotado como símbolo da campanha contra a legalização do aborto em casos de anencefalia. Exames mais detalhados de ressonância magnética, realizados um ano depois, revelaram que a bebê tinha pequenas partes do cérebro, que mantinham suas funções vitais. UNISINOS, Instituto Humanistas. **Bebê 'anencéfalo' morre após 1 ano e 8 meses**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=15697>. Acesso em: 18 jun. 2011.



A rejeição pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Projeto de Lei 1.135/91, que propunha a supressão do art. 124¹⁶ do Código Penal, indica a tendência brasileira oposta aos movimentos internacionais dirigidos à legalização irrestrita aos casos resguardados em lei.

Indaga-se a legitimidade dessa decisão, pautada na inviolabilidade do direito à vida, considerando a proteção igualitária conferida pelo ordenamento jurídico à liberdade e à dignidade como direitos fundamentais.

Em concordância com o disposto por Roxin (2000), as causas de justificação encontram-se no “âmbito da solução social de conflitos, o campo no qual os interesses individuais conflitantes ou necessidades sociais globais entram em choque com as individuais”. Deve-se, portanto, sopesar a preponderância desses interesses no caso concreto, justificando e fundamentando o tratamento dispensado à eventual decisão judicial sobre a matéria.

5 EUTANÁSIA

Desde muito tempo, a eutanásia – embora assim não fosse denominada – pôde ser observada por diversos povos que, mesmo desprovidos de uma regulamentação e alienados por razões culturais, éticas e religiosas, tornaram habitual sua prática (GOLDIM, JOSÉ ROBERTO, 2004). O que pode parecer uma temática atual, por ainda não possuir previsão legal em muitos ordenamentos jurídicos e se tratar de uma polêmica latente em nosso contexto sócio-cultural, revela-se antiga e oriunda de diversas civilizações, que aparentemente possuíam as mesmas razões alegadas pelos defensores hodiernos dessa prática.

Como exemplo desse caso, recorremos às sucintas palavras de Flaminio Fávero (1980, p. 983-986) ao relatar que “na Índia antiga os doentes incuráveis eram atirados ao rio Ganges, “depois de receberem na boca e no nariz um pouco de lama sagrada”; também, em Esparta, os monstros, os deformados, os cacoplásticos de toda a sorte eram arremessados do alto do monte Taijeto”.

Especula-se que diversos povos, por muitos anos, tenham praticado a eutanásia. Ainda assim, acredita-se que a eutanásia passa a configurar matéria de debates já na Grécia Antiga, merecendo as pragmáticas opiniões dos grandes filósofos gregos Platão, Sócrates e Epicuro, os quais defendiam o

¹⁶ “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) ano”.



suicídio nos casos de extremo sofrimento físico e psíquico advindos de uma doença dolorosa que, muitas vezes, coincidia de ser incurável. Contraposta a essa ideia, Aristóteles, Pitágoras e Hipócrates, condenavam o suicídio, por defender a vida e considerá-la como um dom sagrado, sobre o qual o médico não pode ser juiz (GOLDIM, JOSÉ ROBERTO, 2004).

Nesse sentido, Hipócrates, em seu juramento, afirma: “A ninguém darei por prazer nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva”¹⁷. Ainda assim, conforme o juramento Hipocrático, cabe ao médico assistir o paciente, fornecendo-lhe todas as condições que se fizerem necessárias para sua subsistência, sem jamais desacreditar da sua vida, tendo em vista a possibilidade de a medicina descrever da vida de indivíduos que, posteriormente, alcançaram a cura, como alguns casos já demonstraram.

A palavra eutanásia deriva do grego *eu*, bom e *thanatos*, morte e, portanto, diz respeito a uma morte boa, suave e doce (FAVERO, FLAMÍNIO, 1980). Muitos autores, com base nisso, tentam conceituar o vocábulo, uns generalizando, outros restringindo o conceito apenas à forma ativa, correspondente àquela praticada por médicos em doentes já desacreditados pela medicina e cuja morte já é algo certo em curto prazo.

Nesse emaranhado de sinônimos e significações pode-se ainda, erroneamente, confundir a eutanásia com o suicídio assistido, daí a importância de distingui-los. Este último afigura-se quando uma pessoa, que não consegue concretizar sozinha sua intenção de morrer, pede a ajuda de outra pessoa para obter o resultado pretendido.

Essa distinção encontra-se, em parte, comprometida, porque o atual Código Penal, datado de 1940, não faz menção em parte alguma à eutanásia, e, desse modo, sua prática não possui correspondência direta com o suicídio assistido, mas mantém a essência de distinção quando nos valem de seus conceitos.

Dessa forma, quando ocorre um caso de eutanásia no Brasil, deve-se julgá-la baseando-se nos art. 121 e 122 do Código Penal, os quais discorrem acerca dos crimes de homicídio qualificado e suicídio assistido, respectivamente.

Já a distanásia compreende a tentativa de retardar a morte o máximo

¹⁷ CREMESP. “Juramento de Hipócrates”. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>>. Acesso em: 19 jun. 2011.



possível, empregando, para isso, todos os meios médicos ordinários e extraordinários necessários, proporcionais ou não; mesmo que essa vida seja dolorosa e o padecimento, inevitável e iminente (BARROSO, LUIZ ROBERTO, 2007). Esse modo de perpetuação da vida dá respaldo e fundamento, em síntese, à frase: “não se prolonga a vida, mas o processo de morrer” (PESSINI, 2001, p. 30).

Contrária à distanásia e distinta da eutanásia, tem-se ainda a ortotanásia, que trata da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por fatores externos intencionais, como na eutanásia (PESSINI, 2008). Firma-se como uma aceitação da morte, quando se vê que não há mais nada a ser feito pra tentar reverter o quadro daquele que está padecendo.

Tentando seguir o exemplo de muitos países europeus, que avançaram mais rapidamente na discussão, a exemplo da Bélgica e da Holanda – onde a prática já é legal –, em âmbito político, o Brasil já se pronunciou sobre o fato por meio de uma iniciativa parlamentar a favor da eutanásia. O Projeto de Lei 125/96¹⁸, proposto pelo senador Gilvam Borges, filiado ao partido PMDB-AP, dava ênfase à necessidade de liberar a prática da eutanásia em algumas situações.

Por ter sido considerado um projeto falho em muitas das suas entrelinhas, deixando imprecisas suas abordagens em algumas questões fundamentais – tais como o estabelecimento de prazos para que o paciente reflita sobre sua decisão, sobre quem será o médico que levará consigo a responsabilidade de realizar os procedimentos que colocará fim à vida do paciente, entre outros – o projeto foi arquivado três anos após sua proposição.

Em contrapartida, o deputado Osmânio Pereira (PTB-MG) partiu com outra iniciativa, mas dessa vez com elaboração de Projeto de Lei número 5.058/2005¹⁹, que proibia claramente a eutanásia no Brasil, definindo-a, assim como o aborto, como crime hediondo, mas que também não logrou êxito.

¹⁸ “Propõe que a eutanásia seja permitida desde que uma junta de cinco médicos ateste a inutilidade do sofrimento físico ou psíquico do doente. O próprio paciente teria que requisitar a eutanásia. Se não estiver consciente, a decisão caberia a seus parentes próximos”.

Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4217/a-legalizacao-da-eutanasia-no-brasil/2>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

¹⁹ Projeto de Lei nº 5.058/2005. “Regulamenta o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281681>>. Acesso em: 15 jun. 2011.



É imprescindível fazer menção sucinta a alguns pontos prós e contras acerca da temática. Alguns defensores da prática alegam que a vida, quando gravemente inibida física ou moralmente, perde seu valor e a pessoa tem direito à morte condigna. É essa a posição do ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, o qual afirma: “Não pode haver dignidade com uma vida vegetativa”, em declaração à Revista VEJA²⁰. Reduzir esse sofrimento seria um ato de sensibilidade ao sofrimento do próximo e compaixão por ele.

Uma pessoa em estado terminal acaba por representar ônus, injusto tanto para família, que sofre a dor do ente, quanto para a sociedade – ao ocuparem leitos hospitalares, por exemplo, que poderiam estar sendo usados para o tratamento de pessoas enfermas de doenças curáveis, pois, se fica claro que se a situação é irreversível, torna-se inútil lutar.

Aqueles que se posicionam contra a “boa morte”, por sua vez, alegam que o homem não pode tirar a própria vida, pois esta é um bem supremo dado por Deus que, portanto, somente a Ele cabe sua supressão, segundo o posicionamento da Igreja Católica.

Pelo exposto, já se deve ter notado a dimensão dessa polêmica. Ao passo que o art. 5º da nossa Constituição prevê a inviolabilidade da vida humana, que talvez seja o direito mais imperioso e preponderante previsto no texto constitucional, também se vê a necessidade de garantir o direito que cada indivíduo tem de livremente arbitrar quanto ao fim/término da sua vida, desde que não prejudique terceiros. É esse o caso da eutanásia, que já se encontra no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro²¹ no sentido de descriminalizá-la.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁰ PERIN, Kátia. **Eutanásia. Revista Veja, São Paulo, 11 fev. 2009. Disponível em: Eutanásia.** Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/eutanasia/morte-pacientes-etica-religiao-ortotanasia.shtml>. Acesso em: 15 jun. 2011.

²¹ Em estudo pela Comissão encarregada de introduzir mudanças na Parte Especial do Código em vigor. Ao tratar do homicídio no art. 121, dispõe no § 3º: “Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados: Pena - reclusão, de dois a cinco anos”. Já no § 4.º estabelece: “Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão”. Regula, assim, a eutanásia e a ortotanásia, respectivamente. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=130>>. Acesso em: 25 set. 2011.



O direito à vida, elencado constitucionalmente como inviolável, surge de uma necessidade de proteção a um bem maior em meio a Segunda Grande Guerra, quando a vida, de fato, era o bem mais afetado. Hoje, com o passar dos anos, pôde-se constatar que a vida, deixou de ser atacada, e passou a ser pensada à luz de outros interesses assegurados pelo Estado/Constituição/ordenamento jurídico, ao passo que o sofrimento – seja ele psíquico ou físico –, uma sanção, ou mesmo, motivos circunstanciais ganharam ênfase e geraram dúvidas sobre o “manter-se vivo” de um indivíduo.

A matéria que foi posta em debate no decorrer desse artigo deixa claro a necessidade de (re)pensar o alcance do direito à vida, destacando-se a mudança de perspectiva: antes o Estado era o principal violador desse direito; hoje, é o próprio cidadão que busca o “direito” de livre agir sobre a vida. O que se vê, hoje em dia, é o Estado pondo-se no papel de garantidor supremo da vida. Ressaltando-se, contudo, que nessa relação estão envolvidos mais sujeitos e considerando-se preponderante a livre vontade de escolha do ser humano, poderá haver respaldo para um texto constitucional conciso e adequado às necessidades do povo que a ele submetido.

Projetos de Lei que visavam descriminalizar os temas tratados no decorrer desse trabalho foram rejeitados fundamentando-se na inviolabilidade constitucional do direito à vida. O fato é que a Constituição Federal protege tanto a vida quanto a liberdade e a dignidade como direitos fundamentais sem qualquer hierarquia ou distinção, tendo em vista que todo direito fundamental deve ser visto sob a mesma valoração. Acredita-se que uma válvula de escape cabível de ser proposta é a consulta popular, através de referendo, fazendo-se valer da ideia de que se vive em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

BARRETO, Lídia Chaves Guedes. **Direito à Vida**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/direito-a-vida-4573560.html>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

BECCARIA, César. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Torrieri Guimarães. 4. ed.



São Paulo: Martin Claret, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Trad. de Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. **Legislação de direito internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. [Coleção Saraiva de Legislação]

BUSATO, Paulo César. **TIPICIDADE MATERIAL, ABORTO E ANENCEFALIA**. IN REVISTA ELETRÔNICA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - RECJ.01.04/04. Disponível em: <http://www.revista.ampem.org.br/2004/01.04_Anencefalia_e_%20aborto.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1993. p. 81.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transsexualidade, transplantes. 2 ed. São Paulo: RT, 1994.

DE CUPIS, Adriano. **Il Diritti della Personalità**. 2. ed. Milão: Dott A. Giuffrè, 1961.

FÁVERO, Flaminio. **Medicina Legal**. 11. ed. Itatiaia. São Paulo. 1980.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. vol. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOLDIM, José Roberto. **Breve histórico da eutanásia e eutanásia**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/euthist.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

MAGALHÃES, Edgard. **Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.



MARCÃO, Renato. Eutanásia e ortotanásia no anteprojeto de código penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=130>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

ORGAZ, Alfredo. **Personas Individuales**. Buenos Aires: Depalma, 1947

PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Loyola, 2001.

RAMOS, Luiz de Carvalho. **Eutanásia**: contra ou a favor? Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/30/2030/>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

RIBEIRO, João Ubaldo. **Política**: quem manda, por que manda, como manda. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema de Direito penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOUZA, Reindranath; V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995. p. 203-204.

SZKLARZ, Eduardo. **Quando começa a vida?**: Em que momento exato surge um novo ser humano e o que os cientistas sabem sobre o tema. Disponível em: <http://super.abril.com.br/revista/240a/materia_especial_261570.shtml?pagina=1>. Acesso em: 19 jun. 2011.

UNISINOS, Instituto Humanistas. **Bebê 'anencéfalo' morre após 1 ano e 8 meses**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=15697>. Acesso em: 18 jun. 2011.

VEJA. **Eutanásia**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/>>



perguntas_respostas/eutanasia/morte-pacientes-etica-religiao-ortotanasia.shtml>. Acesso em: 15 jun. 2011

RIGHT TO LIFE IN CONFLICT WITH CONTROVERSIAL ISSUES

ABSTRACT

This paper presents considerations in the matter of the right to life's range when dealing with current and controversial issues. Emphasizes the collision between the constitutional protection of life and, simultaneously, of both individual freedom and autonomy, when the human dignity principle assumes a relevance function when acting as a guideline for decisions on matters related to abortion, euthanasia, suicide and the death penalty. Brings out the importance of technologies and scientific developments as an influence on the concept of life and its closeness with death, as well as in the analysis and determination of the beginning and end of life, not having any intention of, however, cut short the subject approached.

Keywords: Right to life. Human Dignity Principle. Collision.



DIREITOS TRABALHISTAS: RELAÇÃO ENTRE TERCEIRIZAÇÃO E A ESCRAVIDÃO HODIERNA. ANÁLISE DE CASO

Claudio Barbosa Câmara de Souza

Acadêmico do 7º período do
Curso de Direito da UFRN

Daniel Euzébio Dantas Pinheiro

Acadêmico do 7º período do
Curso de Direito da UFRN

Yara Gurgel

Professora-orientadora

RESUMO

Partindo de uma análise histórica acerca da escravidão e da evolução da legislação protetora dos direitos dos trabalhadores, voltam-se os olhares para um caso de flagrante desrespeito a preceitos fundamentais, sendo, inclusive, tipificado como crime previsto no artigo 149 do Código Penal (redução à condição análoga à de escravo), ocorrido em uma oficina têxtil, sob a ingerência da Marisa Lojas S/A, sendo, aquela, a responsável pela primeira etapa de sua linha de produção. Destarte, visa-se a responsabilização jurídica dos prepostos e das empresas que incorreram em tais abusos, uma crítica sobre o fenômeno da terceirização como facilitador desta situação e uma reflexão sobre a existência da escravidão nos tempos atuais.

Palavras-chave: Escravidão. Direitos dos trabalhadores. Redução à condição análoga à de escravo. Terceirização. Marisa.

1 INTRODUÇÃO

Alvo de 43 autos de infração por utilizar-se de mão de obra reduzida à condição análoga à de escravo, a Marisa, grande empresa do setor têxtil, é uma amostra contemporânea da perpetuação daquilo que deveria ter sido extinto após o advento da Lei Áurea. A partir da decretação do fim da escravidão e a criação, no Código Penal, em seu artigo 149, posteriormente alterado pela lei nº 10.803 de 2003, do tipo penal denominado “redução à condição análoga à de escravo”, tornou-se crime incutir ao trabalhador condições degradantes de labor, de fato, bastante próximas daquelas existentes nos tempos dos cativeiros. Entretanto, os abolicionistas já analisavam tal situação do ponto de vista criminal. Joaquim Nabuco, quando estudante de direito, escreveu “*A Escravidão*”, onde expõe suas idéias sobre o tema, condenando o tratamento dado ao cativo, bem como o posicionamento da sociedade sobre o assunto, a usurpação dos direitos dos seres humanos ora escravizados, as contradições dos argumentos utilizados pelos senhores acerca do direito de propriedade e, imanado de uma forte ideologia naturalista, discorre sobre a prática, hoje incluída no Código Penal, que à época já causava indignação em parte da população (NABUCO, 1999, p. 12).

De fato, a Lei Áurea aboliu a escravidão, antes legalizada e que implicava sérias consequências jurídicas. Mas o crescimento desenfreado das atividades informais e da política de terceirização dos serviços, vinculado ao fenômeno da subcontratação, onde a empresa acaba “perdendo o controle” sobre o trabalhador situado na outra ponta da cadeia produtiva, afastam a aplicabilidade das garantias trabalhistas conquistadas com muito custo, gerando um ambiente propício à prática de abusos por parte do empregador.

Temos, pois, a situação vislumbrada. Uma grande empresa subcontrata outras pessoas jurídicas intermediárias com responsabilidades que se entrecortam, a ponto de não sabermos onde uma começa e a outra termina. Estas, por sua vez, terceirizam o serviço de confecção entregando-os a oficinas que não propiciam aos seus funcionários condições dignas de exercerem sua profissão. Deste modo, o objetivo do presente escrito é demonstrar mais minuciosamente a maneira como ocorre tal fenômeno a partir da análise do caso concreto e as possíveis consequências jurídicas (tanto trabalhistas quanto penais) do fato, partindo de uma análise histórico-legislativa do problema.



2 ANÁLISE HISTÓRICA DA ESCRAVIDÃO

Antes de analisar juridicamente o caso referido na introdução, é necessário traçar uma breve evolução da escravidão. Desta feita, ter-se-á um substrato histórico suficiente para justificar os posicionamentos conseguintes.

A escravidão datada da Antiguidade difere daquela presente no Brasil colônia e ainda mais da que se observa hodiernamente. Entretanto, guardam entre si traços comuns, caso contrário, não receberiam a mesma denominação (FINLEY, 1991, p. 44). Em Grécia e Roma a escravização do homem acontecia em razão de dívida contraída e, posteriormente, não adimplida ou em decorrência do aprisionamento de adversários em tempos de guerra. A distinção entre o sistema escravocrata grego e o romano consistia no fato de o escravo na Grécia possuir mais “liberdades”, principalmente no que tange ao aspecto cultural. Já em Roma, a partir da organização legislativa, a escravidão institucionalizou-se e, decerto, foi essencial para o desenvolvimento deste povo. Todo o sistema produtivo romano se baseava no escravismo. Entretanto essa estrutura entrou em colapso. Muitos afirmam, inflamados por discursos moralistas, ser o Cristianismo o principal responsável pelo fim da escravidão na Antiguidade. Contudo, a partir de uma análise institucionalizada, percebe-se que a decadência do sistema escravocrata em Roma se deu pela própria vontade dos senhores. Estes perceberam ser mais lucrativo optar pelo arrendamento das terras do que manter uma legião de cativos. Muito disso ocorreu devido a influência germânica e foi o marco para o início do regime de servidão, relação de trabalho própria do feudalismo. Nada obstante, não se deve confundir a não determinação do Cristianismo para tal com a aceitação deste em relação ao regime de cativo. Apesar de não ter sido o fator preponderante, a doutrina Cristã não aceitava, nem mesmo implicitamente, a escravidão. Ela mesma oferecia substrato moral e ético para o fim do regime escravocrata.

Já no período colonial brasileiro, os cativos derivavam de outra fonte: o tráfico de pessoas advindas da África. Instigados a guerrear entre si, os africanos capturados após as batalhas eram amontoados em navios em levados para o novo mundo. Muitos morriam no trajeto. Os que aqui chegavam se submetiam a todos os tipos de atrocidades e castigos. Joaquim Nabuco, em sua obra *supra* referida, lista alguns dos deletérios reservados aos negros durante suas vidas nas senzalas.

Muito se tentou combater o tráfico e, neste pórtico, a Inglaterra se sobressaiu como grande arauto da liberdade. Ao assinar, em 1817, um tratado com o governo português permitiu a ambos o direito de busca e



visita em seus navios a fim de coibir o tráfico. Entretanto, este direito que, de plano, pertencia a ambos, passou a ser uma justificativa para a ingerência do governo inglês na soberania do povo português. Outros tratados mais foram assinados objetivando erradicar o tráfico, e quantos mais se assinavam, mais a Inglaterra invadia a esfera de soberania alheia, até chegar ao ponto em que o Brasil passou a facilitar a entrada de negros em resposta à intransigência do governo inglês. Em contraponto, como bem afirma Nabuco, “no dia em que nosso governo tornou-se enérgico, e em que o governo inglês deixou de ser violento, nesse dia o tráfico extinguiu-se” (NABUCO, 1999, p. 86)

A presença do escravo negro no Brasil modificou o estilo de vida colonial. Benjamin Franklin tratou do enfraquecimento da população branca na América do Norte a partir da chegada dos africanos, e alguns de seus apontamentos adaptam-se perfeitamente ao estilo brasileiro. Agora, o branco vivia no ócio, enquanto o negro trabalhava, tornando-se pouco produtivo, alimentando luxos e repassando-os para seus descendentes. As crianças se tornavam orgulhosas e os escravos, mal tratados, começavam a morrer pelos cantos (FRANKLIN *apud* FINLEY, 1991, p. 32). Doravante a mortalidade dos cativos, os senhores perceberam que era menos pernicioso alimentá-los bem, visando seu maior rendimento, já aos moldes da teoria fordista-taylorista (FREYRE, 2002, p. 116).

Dando um salto histórico, finda-se o tráfico, finda-se a escravidão propriamente dita em razão da Lei Áurea e, assim como em Roma, por pressões internas dos próprios senhores que não continuaram a ver a escravidão como a maneira mais lucrativa de sustentar a produção.

O sistema escravista, nos moldes coloniais, de fato, não existe mais. Além disso, as leis brasileiras vedam este tipo de conduta. Mas a escravidão que se dá atualmente é mais sofisticada e, não seria muita audácia dizer, mais cruel. Para dar início aos apontamentos, primeiro retorna-se a um questionamento anterior: se não é a escravidão nos moldes coloniais, nem muito menos a romana, por que ainda é possível denominar tal prática desta mesma maneira?

Mudam-se os sujeitos e as fontes de se obter o cativo, mas o objeto permanece o mesmo: o homem e seu trabalho. E esse é o traço comum entre as três modalidades de escravidão. Em Grécia e Roma o escravo era obtido através da guerra ou da dívida, mas sua finalidade era sempre produzir para sustentar os luxos dos seus senhores. No Brasil colônia, proviam-se, os senhores, do tráfico de negros advindos da África. No caso apresentado na introdução deste trabalho, a fonte dos trabalhadores muito se assemelha àquela dos tempos da colônia, contudo, agora eles não são capturados por meio de guerras, mas,



sim, por promessas de emprego. Ademais, a escravidão moderna e a colonial guardam entre si uma característica comum, peculiar do capitalismo: além do trabalho e da produção, o aprisionamento do homem objetiva o lucro. A diferença essencial é que, antes, o trabalhador era propriedade. Agora, não mais sendo um bem, os abusos sofrem certas restrições.

Noutro pórtico, o crescimento da gama de atividades informais transforma o homem em seu próprio patrão, entretanto, o mercado exige dele um esforço em nada diferente daquele efetuado pelos negros nos canaviais. Ultrapassando jornadas de trabalho saudáveis, o profissional autônomo queda-se diante das garantias trabalhistas celetistas. É o homem escravo de seu próprio trabalho.

Outra maneira moderna de escravização é através da terceirização. Os contratos de prestação de serviço barateiam a produção para aquele que se localiza no topo da cadeia produtiva. Em contrapartida, ocorre a exclusão pela pobreza devido a diminuição da renda do trabalhador que procurar este tipo de atividade já por não ter formação ou ter sido vítima de proposta fraudulenta de emprego. Desta feita, a tensão gerada em torno dele se aproxima bastante do que foi no séc. XIX. O trabalhador tem de produzir, recebendo pouco, muitas vezes com suas garantias subtraídas em favor da diminuição dos custos de produção e o aumento da lucratividade, sob a ameaça de ser substituído em caso de ineficiência.

3 ANÁLISE LEGISLATIVA DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E IMPLICAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE A REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO

Com o desenvolver do século XX e a consequente industrialização do país mostrou-se necessário tutelar os direitos trabalhistas, tendo em vista o crescimento da população urbana operária, que modificou o cenário social, superando, em importância, o setor rural.

Entretanto, essa industrialização foi marcada pela ausência quase total de direitos trabalhistas, a jornada de trabalho chegava a 16 (dezesesseis) horas, a precariedade das condições fabris era flagrante, a violência era constante e os salários, baixos.

Diante deste cenário, começaram a surgir os primeiros movimentos de lutas por direitos trabalhistas, com os protestos operários e os movimentos grevistas. Tendo ocorrido em 1917 a primeira grande greve geral da história do Brasil, contando com a participação de mais de 50.000 (cinquenta mil)



operários, levando às primeiras negociações do governo com o movimento operário. Contudo, inicialmente, as concessões dadas eram provisórias não havendo uma séria melhoria das condições de trabalho.

3.1 Consolidação das Leis do Trabalho

Dentro do contexto de pressão social, impulsionado pelos ideais da revolução russa e das teorias Marxistas, instaurado no Brasil durante a primeira metade do Século XX, surgiu a necessidade de se consolidar as leis trabalhistas a fim retirar, destas, maior efetividade. Em 1º de Maio de 1943, foi criada pelo Decreto Lei 5.452 a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a mais importante norma legislativa nacional sobre Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, objetivando regulamentar as relações individuais e coletivas de trabalho, como está previsto em seu artigo 1º.

Dentre os principais direitos efetivados com a CLT estão: a obrigatoriedade da Carteira de Trabalho e Previdência Social assinada; a concessão de vales-transporte; o direito a férias remuneradas por trinta dias após doze meses de trabalho; a possibilidade de faltar sem prejuízo remuneratório em determinados casos como falecimento de familiar, casamento, licença-paternidade e doação voluntária de sangue; o adicional noturno, maior remuneração para quem trabalha das 22h às 5h do dia seguinte; o 13º salário; e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que oferece segurança ao trabalhador em caso de demissão ou aposentadoria.

Outra importante conquista dos trabalhadores, presente na Consolidação, é o direito ao meio-ambiente de trabalho saudável, com condições dignas de se exercer a atividade laboral. Os dispositivos presentes no Título II, Capítulo V, artigos 154 e seguintes tem o objetivo de preservar a qualidade do meio-ambiente profissional, através da prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, além de proporcionar a saúde física e psíquica do funcionário.

Dentre as normas que visam proteger o indivíduo e a prevenir acidente e doenças estão os dispositivos que regulamentam o uso de equipamentos de segurança, as condições das instalações de trabalho, como a ventilação e iluminação, o manuseio de máquinas e equipamentos, a obrigatoriedade de exames médicos e as penalidades impostas em caso de descumprimento.

3.2 Direitos trabalhistas na Constituição Federal de 1988

A importância da proteção ao trabalhador pode ser percebida com a



elevação do Direito Trabalhista e de normas do CLT à Constituição Brasileira, na qual estão presentes dispositivos de tutela aos trabalhadores, a sua dignidade e ao seu ambiente de trabalho.

O primeiro destes dispositivos está presente no artigo 1º da Constituição que define como fundamentos da República Federativa do Brasil a “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, uma vez que o trabalho garante a sobrevivência do homem e o desenvolvimento nacional, sendo, portanto, uma proteção, não apenas a pessoa do trabalhador, mas a toda a sociedade (MORAES, 2010, p. 22).

Outro aspecto de suma importância que contribuiu para a proteção ao proletariado é a inclusão do trabalho no rol dos direitos sociais, tornando o trabalhador titular de direitos, liberdades e garantias que visam a melhorar suas condições de vida e efetivação da igualdade social, concretizando o fundamento disposto no artigo 1º, inciso IV, já tratado.

Complementando o artigo 6º da Carta, o artigo 7º define alguns direitos de proteção aos trabalhadores, tais como o direito à segurança no emprego, salário-mínimo capaz de atender às necessidades vitais do trabalhador e de sua família, licença-maternidade, redução de riscos inerentes ao trabalho e proibição de diferença de salários ou de funções por qualquer motivo discriminatório.

Além destes dispostos no artigo 7º, outros direitos sociais tutelados pela Constituição são: a liberdade de associação profissional ou sindical, regulamentada pelo artigo 8º, e o Direito de Greve, no artigo 9º.

A defesa dos direitos trabalhistas também é elencada como um dos fundamentos da ordem econômica, além da valorização do trabalho humano; livre iniciativa; existência digna; e conformidade com os ditames da justiça social.

Por fim, no artigo 200, o constituinte atribui ao Sistema Único de Saúde a função de “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” (inciso II); e “colaborar na proteção ao do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (inciso VIII).

A importância da proteção ao local onde o trabalhador exerce suas atividades se dá pela direta ligação com o direito à vida plena, bem maior protegido pelo Estado, uma vez que este é responsável pela integridade e saúde do trabalhador.



3.3 Breve análise geral do artigo 149 do Código Penal

Objeto central de discussão do presente estudo, a “redução a condição análoga à de escravo” é crime previsto no artigo 149 do Código Penal, que visa a proteger a liberdade individual do homem, proibindo a exploração ilegal e abusiva do trabalho humano. Para se caracterizar o delito não é necessário haver a verdadeira escravidão nos moldes antigos. Basta à submissão completa do ofendido ao agente (DELMANTO; DELMANTO; DELMANTO JR., 1998, p. 281-282).

A conduta de explorar ilegalmente o trabalho de alguém, seja por violência ou qualquer outro meio é também reprovável em nível internacional, sendo normatizada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que proíbe a submissão, servidão e o tráfico de escravos e de mulheres em qualquer forma.

O tipo penal em tela pode se concretizar por três formas: pela submissão a “trabalhos forçados”, situação onde o trabalhador não tem liberdade de escolha, elemento fundamental para a caracterização da relação empregatícia. Inexistindo a liberalidade, há a redução a condição de escravo. A submissão pode ser por violência ou ameaça, e se caracteriza o crime mesmo que haja pagamento de algum valor; outro meio de reduzir alguém a condição análoga à de escravo é através de “jornadas exaustivas” ou “condições degradantes”, onde há o consentimento da vítima em realizar determinada função, entretanto, há abuso na quantidade ou nas condições em que essa função se realiza, na maioria das vezes humilhante (MIRABETE; FABRINNI, 2010. p. 158-159); por fim, caracteriza-se o crime quando há o enclausuramento e o confinamento da vítima, através da supressão da liberdade de locomoção em decorrência de dívidas adquiridas com o empregador ou preposto.

Em qualquer das formas está presente uma relação de submissão e sujeição, sendo necessária certa duração do fato, podendo também incorrer nas mesmas penas previstas quem impede o transporte do trabalhador, exerce vigilância constante ou se apodera de documentos e objetos das vítimas.

A partir de uma análise crítica, é possível estabelecer algumas constatações. Para o delito em tela, tratado na seção I do Capítulo IV do Código Penal - dotado de considerável relevância, pois, na sistemática do código, aparece no início da parte especial - é prevista a pena de reclusão de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Posteriormente, encontram-se os crimes contra o patrimônio, elencados no Título II do referido diploma legal, se estendendo do artigo 155 ao artigo 183. E, neste pórtico,



é possível observar que uma das espécies mais simples de crime contra o patrimônio, o furto qualificado, já possui pena abstrata em pé de igualdade com a redução à condição análoga a de escravo (dois a oito anos de reclusão e multa). Ademais, já no artigo 157, referente ao roubo, constata-se pena mais severa que o delito do artigo 149, punindo quem o pratique com reclusão de quatro a dez anos e multa.

O sistema penal brasileiro se sustenta sobre as bases da economia de mercado, fundada nos princípios da ordem capitalista e tem seus sentido e funções deturpados, consubstanciando, desta maneira, um controle social sobre as classes mais pobres. Ora, é inimaginável um furto ser mais grave do que reduzir outrem a uma condição subumana, retirar sua liberdade, fazer dela mero instrumento para a consecução do lucro. Ressalte-se que não se faz, aqui, uma defesa de penas mais duras. Crítica-se é o fato de uma conduta execrável, qual seja, a escravização do homem, poder ser punível com mais brandamente do que um furto ou um roubo. Ou seja, valoriza-se mais o objeto, o patrimônio de alguém do que sua própria liberdade.

Isto, pois as estruturas jurídicas brasileiras, ainda eivadas pelas teorias tradicionais da criminologia, servem a proteger a “normalidade”. Uma construção social do conceito de crime subverteria essa ordem. Ou seja, ao se colocar em primeiro plano os direitos fundamentais e, precipuamente, a dignidade humana, seria possível estabelecer um sistema de proteção àqueles direitos inerentes à própria condição de vida do homem, de maneira mais incisiva, valorizando, desta maneira, a liberdade individual, a segurança pessoal e a igualdade (SANTOS, 1981, p. 34-35).

Estranho notar que a prática do delito de redução à condição análoga à de escravo não é tão rara quanto se imagina. Notadamente, o fenômeno da terceirização e a necessidade de reduzir os custos de produção facilitam sua ocorrência, inclusive, no âmbito das grandes empresas.

3.4 Breves considerações acerca da terceirização e da subcontratação no âmbito da jurisprudência

Não obstante as tendências à terceirização de serviços não constantes da atividade fim da empresa, entendimento consolidado e sumulado no Tribunal Superior do Trabalho é o da ilegalidade da contratação interposta e da responsabilização subsidiária do tomador dos serviços no concernente às obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora.

Tal entendimento se encontra presente na súmula 331 do TST, a



qual enuncia, em seu inciso I, *in verbis*, que “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário” (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). Ademais, naquela mesma súmula, consta do seu inciso IV a seguinte redação: “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações...”

Portanto, não há que se furtar da responsabilidade do tomador do serviço quando caracterizada a contratação interposta.

4 ANÁLISE DO CASO CONCRETO¹

Em uma oficina de costura localizada no bairro Vila Nova Cachoeirinha, zona norte da capital paulista, constatou-se a presença de dezesseis pessoas de nacionalidade boliviana, sendo uma delas menor de idade e um peruano, trabalhando em condições análogas às de escravo. Registrou-se que nesta mesma oficina, denominada Indústria de Comércio e Roupas CSV Ltda., sob a responsabilidade de Valboa Febrero Gusmán (também boliviano), nenhum dos trabalhadores possuía carteira de trabalho assinada, além da presença de cadernos com anotações contábeis referentes a cobranças ilegais sobre o traslado da Bolívia para o Brasil, incluindo documentação e “taxa” para fronteira, apontando para indícios de tráfico de pessoas. Ademais, constatou-se o endividamento por meio de vales e pagamento de salários abaixo da metade do mínimo estipulado pelo Estado – à época, avaliado em R\$ 510,00 (quinhentos e dez reais).

No local, foram verificadas pela fiscalização diversas irregularidades no concernente a saúde e segurança do trabalho, tais como instalações elétricas irregulares, extintores de incêndio com carga vencida, cadeiras sem padrão mínimo de qualidade e a exposição de crianças, filhas dos operários, a acidentes com o maquinário. As jornadas de trabalho chegavam a durar 14 (quatorze) horas durante os dias da semana (das 7h às 21h) e 5 (cinco) horas aos sábados (das 7h às 12h). As refeições eram realizadas no próprio ambiente onde

¹ Todas as informações aqui apresentadas sobre a cadeia produtiva foram retiradas do site Repórter Brasil Agência de Notícias, acessíveis em <http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1714>



exerciam a atividade laboral, de modo improvisado. O irmão do proprietário acompanhava os trabalhadores em tempo integral, atuando como vigilante. O alojamento dos imigrantes não seguia padrões adequados de estrutura e higiene. Sete pessoas dormiam em apenas um cômodo com infiltrações, umidade excessiva, falta de circulação de ar, mau cheiro e banheiros precários. Ainda neste mesmo estabelecimento foi feita uma avaliação pela médica e auditora fiscal Terezinha Aparecida Dias Ramos. Nesta avaliação foi detectado que os funcionários da CSV estavam expostos a distúrbios respiratórios, problemas ergonômicos e dermatológicos, além de submetidos a condições psicossociais degradantes devido ao medo constante.

A partir dos dados apresentados, já é possível constatar vultosas agressões aos direitos dos trabalhadores. Além disso, a prática realizada no estabelecimento pode se caracterizar perfeitamente como o crime de redução à condição análoga à de escravo previsto no artigo 149 do Código Penal, já tratado anteriormente.

A Marisa, receptadora final do produto gerado na oficina, nega ingerência sobre a atividade. Isto se dá devido a um fenômeno atual derivado das relações de mercado existentes: a terceirização. Neste caso, em especial ocorre a seguinte situação: a cadeia produtiva se divide por diversas empresas subcontratadas. Em suma, uma empresa denominada Elle Sete Confecções Ltda subcontratava diversas oficinas, entre elas a CSV, responsáveis pela execução da parte substancial do processo produtivo; em seguida, as peças produzidas eram enviadas para outra empresa, denominada Gerson Cesar de Almeida Confecções ME, realizar as tarefas a ela incumbidas (controle de qualidade, serviços de acabamento, passadoria, revisão e arremate); por fim, as peças eram remetidas à Dranys Confecções Ltda e submetidas à avaliação da Marisa para, somente então, serem distribuídas por suas diversas lojas.

Apesar da intrincada rede de pessoas jurídicas intermediárias na cadeia produtiva, foram apreendidos, na Gerson de Almeida, desenhos de peças, mensagens eletrônicas e outros indícios que comprovam, segundo a fiscalização, a total ingerência da Marisa em todos os elos que compõem a relação produtiva, e não somente sobre a Dranys, sua fornecedora direta, sendo os contratos firmados entre as envolvidas apenas simulação de prestação de serviço, quando, na verdade, encobertam a relação de emprego estabelecida entre as oficinas subcontratadas, inclusive a CSV, e a própria Marisa, caracterizando-se, desta maneira, a possibilidade prevista na súmula 331 do TST.

Portanto, devido ao grau de ingerência exercido pela Marisa é possível concluir que ela é responsável também pelas condições encontradas na



CSV. Cabe, entretanto, avaliar até qual ponto esta responsabilidade se estende, visto que, penalmente, como pessoa jurídica, não há como caracterizá-la sujeito ativo do crime de redução à condição análoga à de escravo, contudo, deve ela, sim, responder pelas dívidas trabalhistas arcando com todas as consequências previstas para o caso, dentre elas, o registro imediato dos trabalhadores, efetivação da rescisão indireta dos contratos e pagamento das verbas rescisórias. Apesar disso, ela pode responder por tráfico de pessoas e sonegação de tributos, e, ademais, incorre em concorrência desleal, pois, ao infringir normas mínimas de condições de trabalho, opera com reduzido custo de produção obtido de forma ilícita (ARAÚJO JÚNIOR *apud* CAMARGO, 2003, p. da internet).

Cabe ressaltar, mais uma vez, o fenômeno da terceirização como potencial facilitador do afastamento da aplicação das normas trabalhistas. Temos, portanto, neste caso, um perfeito ajustamento aos pontos criticados em relação ao retrocesso nas conquistas trabalhistas. A isto se junta o crime do artigo 149 do Código Penal, dando retoques de crueldade no que tange à redução do homem a um simples instrumento utilizado para minimizar os custos de produção e potencializar o lucro, transformando o que deveria ser o elemento dignificante daquele, isto é, o seu trabalho, em uma atividade degradante e desumana, reafirmando a farsa da escravidão: quando pensamos ter sido extinta, ela retorna, sendo que, dessa vez, mascarada e acobertada por contratos de prestação de serviço de empresas terceirizadas e o crescimento dos empregos informais.

5 CONCLUSÕES

Já afirmava Marx que os grandes fatos da humanidade ocorrem duas vezes: a primeira como tragédia e a segunda como farsa. Assim é a escravidão (MARX *apud* PISTORI, 2009, p. 217).

Apesar de abolida há mais de um século, infelizmente ainda é possível verificar sua existência, como comprovado a partir da análise do caso apresentado. Destarte, mesmo apesar dos grandes avanços conseguidos em tão pouco tempo no que tange aos direitos dos trabalhadores, o crescimento do emprego informal, da subcontratação e do fenômeno da terceirização favorecem a prática de atitudes tão degradantes à condição humana. O trabalho deveria dignificar o homem e não ser objeto de seu aprisionamento.

O artigo 5º da Constituição Federal enuncia em seu *caput* a inviolabilidade do direito à vida e, ainda, no inciso III do mesmo, que “ninguém será



submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Entretanto, foi verificada a violação de tal preceito fundamental no trato com os trabalhadores da CSV, sendo uma das maiores redes varejistas de confecção feminina do país, a Marisa, a responsável por esta situação. E isso foi constatado a partir dos laudos da fiscalização.

Ademais, não se pode simplesmente abnegar-se um olhar crítico e incisivo sobre o caso. A Marisa, tendo o domínio sobre o produto que vende, deve ser responsabilizada em todos os âmbitos possíveis, pois ao permitir o recebimento de peças providas de mão de obra reduzida a condição análoga à de escravo, compactua com a situação observada: desrespeito aos direitos fundamentais dos bolivianos empregados da CSV e a toda a luta construída ao longo dos anos após o fim da escravidão.

Mas, já dizia naqueles tempos Joaquim Nabuco (1999), e hoje podemos repetir com muita propriedade que as leis, como mero encadeamento de princípios, foram esquecidas. Ou mais: foram subvertidas e manipuladas a fim de conferir substrato jurídico a interesses escusos. Em favor do capital e do lucro - fatores preponderantes nas sociedades capitalistas, visto que o próprio crime cometido pelos prepostos da CSV, previsto no artigo 149 do Código Penal, pode ser punido mais brandamente que um roubo (crime contra o patrimônio) - empresas como a Marisa e, mais diretamente, a CSV, infringem as normas que garantem ao trabalhador aquilo que lhe é mais precioso: sua vida e sua dignidade.

REFERÊNCIAS

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **A redução do custo do homem como exercício abusivo do poder econômico**. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v.3, n.9, p.23-30, jan./mar. 2003

FINLEY, Moses I. **Escravidão Antiga e Ideologia Moderna** p. 13-68 In: IDEM. Rio de Janeiro: Graal, 1991

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e Senzala**. 46. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002



LIMA, Maria Marta Rodovalho Moreira de. Acidentes do trabalho. **Responsabilidades relativas ao meio ambiente laboral**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 472, 22 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5815>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte especial. Arts. 121 a 234-B do CP**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

NABUCO, Joaquim. **A Escravidão**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

PISTORI, Gerson Lacerda. As Transformações no Mundo do Trabalho e seus Reflexos no Brasil. In: FILHO, Arnaldo Lemos; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luis Renato; FILHO, Oscar Mellim (Orgs.). **Sociologia Geral e do Direito**. Alínea, 2005. p. 217-232

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LABOR RIGHTS: RELATIONSHIP BETWEEN OUT-SOURCING AND CURRENT SLAVERY

ABSTRACT

From a historical analyzis of slavery and evolution of protective laws of workers rights, turns attention to a case of flagrant disrespect of fundamental precepts, being even, typified as a provided crime at 149 article at Brazilian Criminal Code (reduction to an analogous slavery condition), that occured in a textile factory under Marisa's Loja S/A mana-



gement, being that the charge of the first stage of its production line. Therefore, the purpose is the legal accountability of representatives and companies responsible for such abuses, a critique on the phenomenon of outsourcing as a facilitator of this situation and a reflection on the existence of slavery nowadays.

Keywords: Slavery. Workers rights. Reduction to an analogous slavery condition. Outsourcing. Marisa.



O CONCEITO DE ATIVIDADE JURÍDICA À LUZ DO CNJ E DO STF: CONFRONTO COM A TELEOLOGIA CONSTITUCIONAL

Richardy Videnov Alves dos Santos

Acadêmico do 6º período do Curso de Direito da UFRN

Monitor de Direito Eleitoral

Membro do Projetor Cine Legis

Morton Luiz Faria de Medeiros

Professor-orientador

RESUMO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu uma série de mudanças no Judiciário brasileiro. Dentre elas, a exigência de três anos de atividade jurídica para que o bacharel em direito possa concorrer à magistratura. O presente artigo tem por escopo investigar a evolução do alcance dado à expressão atividade jurídica, indagando de sua teleologia e das normas atinentes a sua aferição. Para tanto, lança mão das Resoluções n. 11/2006 e n. 75/2009 do CNJ, e, subsidiariamente, de julgados do STF. Por fim, indaga se as atividades atualmente reconhecidas proporcionam, de fato, uma melhor preparação para o exercício dos misteres da magistratura.

Palavras-chaves: EC nº 45/2004. Atividade jurídica. Teleologia. Resoluções do CNJ. Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Ao Judiciário é confiada a destacada função de dirimir conflitos, seja aplicando a lei, seja colmatando seus vazios. Exercendo o monopólio da jurisdição estatal, é o Poder que “diz o direito”, cabendo-lhe tomar decisões que, diuturnamente, influenciam a vida dos que dele se socorrem.

Nesse escólio, a entrega de um provimento jurisdicional adequado, justo e de duração razoável é uma preocupação constante no Estado Democrático de Direito, meta cujo sucesso depende de inúmeros fatores, não encontrando, portanto, uma solução isolada ou definitiva. Fazem-se necessários, por exemplo, leis processuais que possibilitem a simplificação dos ritos procedimentais, um aparato técnico-administrativo eficiente, moderno e aberto às novas tecnologias, assim como magistrados de sólida formação técnico-jurídica e humanística.

Diante desse contexto, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual acresceu ao texto constitucional o art. 93, inc. I, estabelecendo a exigência de três anos de atividade jurídica para que o bacharel em direito possa concorrer à magistratura¹, bem como que Lei Complementar, de iniciativa do STF, deve regulamentar tal dispositivo, o que ainda não ocorreu, dando azo a impasses acerca do alcance da expressão “atividade jurídica”.

Visando dirimir as discrepâncias regionais logo verificadas, o Conselho Nacional de Justiça (doravante CNJ) já tratou da matéria em duas resoluções, as quais dispuseram sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional: as resoluções nº 11/2006 e nº 75/2009.

Tais atos normativos têm sido alvo de constantes críticas doutrinárias. Sustenta-se que eles extrapolam a esfera de competência do CNJ e, assim, seriam inconstitucionais. Sendo a abrangência dada à expressão outro motivo de dissenso.

Uma vez que representa verdadeira restrição ao livre acesso a cargos públicos (art. 37, inciso I da CF), o cotejo entre os fins buscados e os resultados alcançáveis é de suma importância, pois, primeiro, as atividades devem ser coerentes com a teleologia da norma constitucional; e, segundo, como limitação de direito, deve atender ao critério da proporcionalidade.

¹ De modo semelhante, a Emenda previu a mesma exigência para os candidatos às carreiras do Ministério Público (art. 129, § 3º da CF).



Nesse sentido, o presente artigo perquire se as atividades atualmente reconhecidas no cômputo do aludido prazo são idôneas a propiciar um desempenho mais satisfatório da judicatura. Tal reflexão justifica-se por servir de lastro para a escoreita compreensão da *ratio essendi* da exigência ou mesmo fornecer diretrizes para a Lei Complementar que deverá regulamentá-la.

Para tanto, investiga, com base nos entendimentos perfilhados pelo CNJ e, subsidiariamente, pelo STF, a evolução do alcance da expressão atividade jurídica, desde previsões anteriores à promulgação da Emenda n. 45/2004 até a resolução n. 75/2009. Nesse intuito, lança mão das resoluções do Conselho e de posicionamentos do STF relativos à questão, majoritariamente mandados de segurança.

2 ESCOPOS DA EXIGÊNCIA

Com vistas à elucidação da coerência entre o entendimento dado à expressão “atividade jurídica” e a imposição, *in abstracto*, dos três anos, apresentam-se a seguir considerações a respeito dos escopos que deram azo a esse novo “pré-requisito”.

2.1 O contexto da Emenda n. 45/2004

Precedida por mais de uma década de discussões e estudos no Congresso Nacional, a Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe, no escólio de Áurea Pimentel Pereira (2006, p. 4-5), diversas alterações oportunas, algumas das quais a desafiar a edição de leis complementares para sua efetivação e outras merecedoras de críticas.

Tais mudanças, embora não tenham esgotado a matéria originalmente proposta, sinalizam, antes de tudo, a preocupação constate em promover o acesso à justiça e a melhoria do Poder Judiciário, constituindo, com efeito, verdadeira reforma.

A este Poder incumbe, desde as primeiras cartas políticas do país, a sensível missão de reparar as lesões a direitos consumadas, bem como surpreender eventuais ameaças, tal como se lê no inc. XXXV do art. 5º da CF, o que sempre se desejou pudesse ser feito com independência e presteza (PEREIRA, 2006, p. 13).

Nesse contexto, ressalva Áurea Pimentel Pereira (2006, p. 13-14) que a busca pela presteza na distribuição de justiça tem, no entanto, se mostrado



um objetivo difícil de alcançar, face ao imenso volume de trabalho e ao número de juízes ainda reduzido para supri-lo.

2.2 A busca por profissionais melhor preparados

Feitas essas considerações, sustenta-se que a imposição de um período mínimo de exercício de atividade jurídica promoveria um melhor preparo dos candidatos à magistratura, ao “compeli-los” a desempenhar uma atividade que revele o dia-a-dia do direito, em complemento à teoria vista na graduação, ou, nos dizeres de Áurea Pimentel Pereira (2006, p. 23), propiciando-lhes “intimidade com a aplicação da lei”.

Com efeito, técnica e *práxis* são indissociáveis para o desempenho satisfatório de qualquer mister, não havendo mais falar na sobreposição de uma sobre a outra. Isoladas, são como diamantes brutos, não alcançam seu máximo valor. Juntas, são uma para outra a lapidação que aperfeiçoa a prática e dá forma ao conteúdo. Não basta saber o quê e porquê fazer, mas também como fazer, e vice-versa.

Diante desse contexto, reforçar a *práxis*, por vezes olvidada devido à importância acentuada – quando não obsessiva – que se dá à formação teórica, desponta como o principal escopo do pré-requisito de três anos de atividade jurídica.

Buscam-se, assim, os candidatos melhor preparados não apenas do ponto de vista acadêmico/técnico-jurídico, mas que, além de satisfazerem a esse requisito, possuam alguma experiência prática numa das searas do Direito.

Essa preocupação acentuada justifica-se haja vista consistir o magistrado no órgão que, mesmo não tendo presenciado aos eventos alegados, analisará o substrato fático, conduzirá a produção das provas e interpretará o Direito, dele extraindo a solução singular que influenciará diretamente a vida daqueles que recorrem ao Poder Judiciário. Suas decisões repercutem em interesses alheios, quando não, nos de toda uma comunidade, tendo a razoabilidade de sua duração e adequação, ou de modo inverso, o retardo e a inadequação da tutela jurisdicional prestada o condão de interferir benéfica ou maleficamente nesses interesses e na pacificação social.

A Ministra do STF Carmen Lúcia, em voto proferido na ADI 3460²

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3460**. Pleno. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. 31/08/2006. DJ 15/06/2007. p. 33-69.



– julgada improcedente por maioria de votos –, em que se questionava a constitucionalidade da resolução nº 35/2002, com a redação dada pelo art. 1º da resolução nº 55/2004³, aduziu, em retrospecto das razões da Emenda n. 45/2004, que a exigência busca combater a falta de experiência para o desempenho de cargos públicos, especialmente face ao fenômeno dos “treineiros”, estudantes ainda não formados que realizavam concursos como uma espécie de treinamento, alguns dos quais chegando a lograr êxito, sem, no entanto, possuir experiência, nem habilitação para exercer o cargo, o que findava prejudicando o interesse público no preenchimento imediato da vaga.

2.3 A exigência como fomentadora de maturidade

Embora o escopo acima se configure como o principal, breve remissão à proposta original que culminaria na Emenda n. 45/2004 demonstra que a maturidade consiste noutro objetivo ensejador da exigência. Ocorre que a PEC n.º 96-A/1992⁴ intencionava estabelecer uma idade mínima para o ingresso na magistratura, a exemplo do que ocorre com os mandatos eletivos, buscando evitar, assim, a juvenilização da magistratura e promover a seleção de candidatos mais maduros⁵, não apenas sob os vieses cronológico e psicológico, como também social.

Embora tal previsão tenha sido excluída da redação final, estabelecendo-se apenas um período mínimo de exercício de atividade jurídica, ela demonstra que a maturidade dos candidatos consiste, sim, numa preocupação que circunda ou que, em algum momento, inspirou a exigência.

Cabe destacar que a maturidade do juiz representa elemento de suma importância para o funcionamento do Poder Judiciário, dela presumindo-se decorrerem maior imparcialidade, sensibilidade e comprometimento, tão necessários ao bom exercício da magistratura.

³ Esta resolução do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, atendendo ao objetivo da Emenda n. 45/2004, previu a necessidade de comprovação do exercício de atividade jurídica no momento da inscrição definitiva.

⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=14373>. Acesso em: 10 fev. 2011.

⁵ Para Dalmo de Abreu Dallari (1996, p. 25), a busca por profissionais mais preparados e maduros chegaria a justificar, inclusive, a fixação de uma idade mínima para o ingresso na magistratura, por ele sugerida em trinta e cinco (35) anos.



3 SIGNIFICADO DE ATIVIDADE JURÍDICA

Apontadas as principais finalidades da exigência, passemos à análise da questão mais controvertida: a abrangência da expressão atividade jurídica.

3.1 Da prática forense à atividade jurídica: mudança de perspectiva

É interessante observar que a celeuma que se avultou em torno da matéria pode, de certo modo, surpreender, haja vista que o requisito trazido em 2004 não constitui de um todo novidade, pois já era comum se exigir para o ingresso em carreiras jurídicas a comprovação do exercício de *prática forense*.

Nessa linha, a Lei n. 5.010/1966, a qual trata da organização da Justiça Federal de primeira instância, determinou que o candidato ao cargo de Juiz Federal Substituto deveria apresentar, com o pedido de inscrição, certidão que comprovasse o exercício de advocacia ou de cargo privativo de bacharel em direito por quatro anos (art. 21, inc. V).

A exigência de prática forense era, assim, mais rigorosa, sendo consideradas idôneas a satisfazer tal critério apenas as atividades privativas de bacharel em Direito.

Ocorre que, conforme passou a ser discutido, muitos bacharéis em Direito, são, devido os cargos que exercem, a exemplo de serventuários da Justiça (técnicos e analistas judiciários), impedidos de advogar. Tais atividades proporcionam, com efeito, experiências práticas que atendem à finalidade da exigência, sendo irrazoável se exigir do bacharel que as abandone – bem como sua estabilidade econômica – para se dedicar à advocacia⁶.

Desse modo, é possível afirmar que a atividade jurídica tem, de imediato, um alcance mais amplo que prática forense, restando evidenciada essa intenção do constituinte reformador quando se resgata o texto original da PEC 96-A/1992 – também alterado neste ponto –, o qual previa “três anos de *atividade privativa* de bacharel em direito” [grifos nossos].

⁶ Nesse sentido, a Min. Carmen Lúcia aduziu, em voto proferido no julgamento da ADI 3460, que a razão de ser da Emenda, neste ponto específico, foi, basicamente, dotar de condições de participação em concurso público pessoas que, não obstante exercessem atividades jurídicas, não podiam se inscrever porque trabalhavam em determinados setores que os impediam, inclusive, de se inscrever na Ordem dos Advogados. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3460**. Pleno. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. 31/08/2006. DJ 15/06/2007. p. 33-69.



3.2 Entendimento do Conselho Nacional de Justiça

3.2.1 Resolução n. 11/2006

O primeiro ato normativo emanado do CNJ acerca da matéria foi a Resolução n. 11/2006, a qual destacou, em sua exposição inicial, que referido ato foi editado considerando a necessidades de normas e critérios gerais e uniformes enquanto o Estatuto da Magistratura não for adotado, de modo a permitir aos Tribunais compatibilizar suas ações com os princípios implementados pela indigitada Emenda na tarefa de seleção de magistrados.

Assim, o art. 2º da Resolução contemplou uma delimitação à amplitude da expressão “atividade jurídica”, a saber:

Art. 2º Considera-se atividade jurídica aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, *que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico*, vedada a contagem de estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau. [grifos nossos]

Essa previsão teve o mérito de consagrar que outras atividades, além das privativas do bacharel atendem ao critério, salvaguardando o candidato de eventuais entendimentos casuísticos dos Tribunais, e até mesmo do STF, que ainda diverge sobre a exigência⁷.

⁷ É o que se noticiou no julgamento do MS 27158 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 21.02.2008. DJE 02.05.2008. p. 235-243.), cuja ementa é reproduzida a seguir: “Violação do princípio da igualdade: *decisões monocráticas divergentes no âmbito do STF*. Ato do Procurador-Geral da República que cancelou a inscrição preliminar do impetrante no 24º concurso público para provimento de cargos de Procurador da República. Não preenchimento da exigência de prática jurídica em cargo ocupado exclusivamente por bacharel em Direito. *Entendimento ainda não consolidado por esta Corte*. [...]” [grifos nossos] Verificar, por exemplo: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 4.906. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 17/12/2008. DJE 11/04/2008. p. 171-194. (“O CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público vieram a considerar que os cargos ocupados pelas referidas candidatas, de oficial de justiça e de escrivã de polícia, preencheriam o requisito previsto no edital, tendo em vista as atividades por elas desempenhadas”); e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 27609. Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. j. 19.02.2009. DJE 03.04.2009. p. 112-138. (“Cargo que não é exclusivo de bacharel em Direito não revela o



O dispositivo, atendendo à teleologia do mandamento constitucional, refutou o reconhecimento de quaisquer atividades anteriores à colação de grau, inclusive, a de estágio acadêmico, dando azo a algumas críticas, pois aparenta desmerecer a importância dessa atividade na formação do bacharel. Daniel Andreato (2006), defendendo o reconhecimento do estágio para fins do cômputo dos três anos, bem lembra que “o conhecimento jurídico de um profissional não surge no momento em que recebe o diploma universitário ou da sua colação de grau”, acumulando conhecimento e prática jurídica “de maneira contínua e dinâmica e não de modo estático”. Corroborando a importância dessa atividade, destaca, ainda, que o art. 3º, § 2º do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906, de 04/07/1994) permite ao estagiário de advocacia, regularmente inscrito, praticar, em conjunto e sob a responsabilidade de um advogado, as atividades privativas previstas no art. 1º desse diploma.

Embora a relevância dos estágios na formação do bacharel seja irrefutável, seu reconhecimento seria incompatível com as finalidades almejadas pela exigência em comento, ao driblar o escopo de aperfeiçoamento profissional pós-academia, daí o acerto do CNJ apesar das vozes em contrário.

Todavia, é questionável a imposição da colação de grau como marco inicial para a contagem da prática, pois o texto constitucional alude a “exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo [...]”, não havendo menção à colação como o momento inicial. A esse respeito, já se posicionou o STF, em sede de mandado de segurança – concedido por unanimidade – no sentido de que os três anos exigidos ao candidato contam-se da data de conclusão do curso de Direito, e não da colação de grau⁸. O relator do *writ*, o Min. Cezar Peluso, na fundamentação de seu voto, destacou que “a data da cerimônia de colação de grau, em regra, está sujeita a razões que fogem completamente à discrição dos alunos e mais atendem às conveniências da instituição de ensino”, o que justifica a cômputo a partir da conclusão, especialmente, naqueles casos em que o bacharel recém-formado já desempenhava atividade jurídica. Sob esse aspecto, a resolução foi mais restritiva que a exigência constitucional.

Ainda no tocante ao cômputo, sustentou o Min. Ayres Britto, no julgamento da ADI 3460⁹, que o prazo de três anos:

atendimento da exigência constitucional do art. 129, § 3º, da CF”).

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 26682**. Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 15/05/2008. DJE 27/06/2008. p. 89-90.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3460**. Pleno. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. 31/08/2006. DJ



[...] não quer dizer, necessariamente, o matemático perfazimento de 365 dias vezes 3, segundo o calendário que é próprio do ano civil. Bem pode ser interpretado à luz de um peculiar 'calendário forense', de sorte a comportar o exercício profissional que se der em pelo menos três destacadas unidades de tal calendário.

Dando continuidade à análise da resolução, tem-se que o art. 3º permitia o cômputo dos cursos de pós-graduação na área jurídica reconhecidos pelas Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelo Ministério da Educação. Todavia, essa previsão sofreu críticas incisivas, a exemplo das proferidas pelo Conselho Federal da OAB e pelo jurista José Afonso da Silva, cujas ponderações serão tratadas em lugar oportuno.

No que concerne ao reconhecimento ou não do caráter jurídico de determinada atividade não privativa de bacharel em Direito, o art. 4ª estatuiu que a comprovação, nesses casos, "será realizada mediante certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições exercidas e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico". Sendo provocado a pronunciar-se sobre a questão, o CNJ, no Pedido de Providências n. 1163, julgado em 20 de março de 2007, proferiu orientação no sentido de que tal aferição deve ser feita pela comissão examinadora à luz do caso concreto¹⁰.

Em suma, é possível considerar que a resolução n.11/2006 consignou as pontos cruciais para o prosseguimento da realização dos concursos de modo minimamente coerente com a teleologia da Emenda n. 45/2004: excluiu a contagem de atividades anteriores à obtenção do grau, estabeleceu um marco inicial – apesar da crítica mencionada –, e delineou a abrangência da expressão atividade jurídica. Todavia, à exceção da primeira parte do art. 2º, e do art. 3º, a resolução não dirimiu a questão mais problemática em torno da matéria, que consiste exatamente em estabelecer o que deve ser considerado como atividade que utilize preponderantemente de conhecimento jurídico.

Talvez essa tenha sido uma omissão intencional, haja vista não ter se

15/06/2007. p. 33-69.

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **PP 1163**. 8ª Sessão Extraordinária. Rel. Cos. Marcus Faver. j. 20/03/2007. DJU 30/03/2007.



afigurado aquele como o momento mais oportuno: o CNJ ainda se estruturava, e aprofundar o tema poderia ter sido visto como uma incursão maior ainda face à previsão de Lei Complementar.

3.2.2 Resolução n. 75/2009

Em 12 de maio de 2009, entrou em vigor a resolução n.75/2009, por meio da qual o CNJ buscou, considerando o imperativo de estabelecer normas gerais para o Poder Judiciário nacional, regulamentar e uniformizar o procedimento e os critérios relacionados ao concurso de ingresso na carreira da magistratura.

Revogando a resolução n. 11/2006 em sua quase inteireza, o art. 59 da resolução n. 75/2009 trouxe uma disciplina específica ao requisito dos três anos, cujo inteiro teor é transcrito a seguir:

Art. 59. Considera-se atividade jurídica, para os efeitos do art. 58, § 1, alínea "i" [trata de formulário em que o candidato, quando da inscrição definitiva, listará as atividades exercidas]:

I – aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito;

II – o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei nº 8.906, 4 de julho de 1994, art. 1º) em causas ou questões distintas;

III – o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico;

IV – o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo por 16 horas mensais e durante 1 (um) ano;

V – o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios.

§ 1º É vedada, para efeito de comprovação de atividade jurídica, a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à obtenção do grau de bacharel em Direito.

§ 2º A comprovação do tempo de atividade jurídica relativamente a cargos, empregos ou funções não pri-



vativos do bacharel em Direito será realizada mediante certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições exercidas e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico, cabendo à Comissão de Concurso, em decisão fundamentada, analisar a validade do documento.

No dispositivo em questão, o CNJ reafirmou a abrangência da expressão, consignando que, além daquelas exercidas com exclusividade por bacharel em Direito (inc. I) e pelo advogado (inc. II), abrange também as atividades que utilizam preponderantemente o conhecimento jurídico (inc. III); reiterando ainda que sua comprovação se dará por meio de certidão circunstanciada, prevendo, agora, a análise de sua validade (§ 2º).

Dentre as inovações mais importantes, consagrou desde logo duas atividades que, apesar de não serem privativas ao bacharel em Direito, foram reconhecidas no cômputo do prazo, em virtude da abertura proporcionada pela expressão “que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico” (art. 59, inc. III): as funções de conciliador e de mediador ou árbitro na composição de litígios. Cuidou-se de reconhecer atividades que guardam pertinência com a atividade judicial, especialmente a de conciliação, que tem se tornado uma prática cada vez mais presente e desejável nos fóruns brasileiros, seja em razão dos benefícios da autocomposição, seja por possibilitar a redução do número de processos que necessitam de instrução pelo magistrado.

Aperfeiçoando o regramento anterior, a resolução atual prevê que o exercício da advocacia deverá consubstanciar uma participação anual mínima em cinco atos privativos em questões distintas. A alteração buscou estabelecer condições para que o exercício da advocacia seja efetivo, numa atitude que, em tese – é o que se discutirá mais adiante –, homenageia a finalidade da exigência, a de selecionar candidatos com alguma experiência prática.

A resolução n. 11/2006 reiterou, como teria de ser, a vedação da contagem de qualquer atividade anterior. No entanto, ao invés de registrar “anterior à colação de grau” como fez outrora, referiu-se a “anterior à obtenção do grau de bacharel em Direito”. Embora tenha removido a criticável previsão da colação de grau como termo inicial, não deixou claro que o marco inicial da contagem deva ser a conclusão do curso, tendo em vista que a obtenção do grau se dá através do diploma, o qual somente é expedido após a cerimônia



de colação de grau. Todavia, deixou aberta a possibilidade, notadamente face a precedentes do STF, como o citado MS 26682.

Por fim, em seu artigo derradeiro, a resolução estabelece que ficou revogada a resolução n. 11/2006, assegurado, porém, o cômputo de atividade jurídica decorrente de conclusão de curso de pós-graduação comprovadamente iniciado antes da entrada em vigor da nova resolução. Tal previsão diz respeito à mudança no entendimento do CNJ quanto à admissibilidade da pós-graduação no cômputo do prazo.

Como mencionado anteriormente, essa atividade foi alvo de críticas tenazes, pois alguns juristas, a exemplo de José Afonso da Silva, consideravam que a pós-graduação não consiste em atividade capaz de fomentar experiência prática congruente com a finalidade da exigência.

Nesse escólio, é provável que a alteração tenha sido motivada pelo questionamento suscitado pelo Conselho Federal da OAB na ADI 4219¹¹, ajuizada em março de 2009. O Conselho da OAB sustentou que o art. 3º da resolução n. 11/2006 do CNJ, bem como o art. 1º da resolução n. 29/2008 da CNMP – os quais permitiam o cômputo de cursos de pós-graduação na área jurídica – eram incompatíveis com o propósito de garantir que magistrados tenham “um mínimo de experiência na seara jurídico-profissional, evitando que bacharéis ainda imaturos quanto à vida prática possam estar aptos a julgar os destinos alheios”.

Com efeito, esses cursos, apesar de importantes na formação teórica do candidato, não são capazes de propiciar alguma experiência prática tal como intencionado pela exigência, sendo possível, portanto, afirmar o acerto do CNJ em não reconhecê-las.

4 AS ATIVIDADES RECONHECIDAS SÃO IDÔNEAS A PROMOVER UM DESEMPENHO MAIS SATISFATÓRIO DA MAGISTRATURA?

Na presente seção, procede-se a um confronto necessário entre os objetivos visados pela exigência e as atividades atualmente reconhecidas no cômputo do prazo trienal, a fim de aferir sua proporcionalidade, ou seja, se o meio escolhido coaduna com a finalidade vislumbrada.

¹¹ Íntegra disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=352962&tipo=TP&descricao=ADI%2F4219>>. Acesso em: 15 abr. 2011.



De pronto, é imperioso ressaltar que a atividade jurídica, independente de ser privativa de bacharel em Direito, deve guardar alguma relação de pertinência com a atividade jurisdicional, pois, do contrário, a exigência não seria capaz de proporcionar uma experiência que possibilite uma tutela jurisdicional mais adequada e de duração razoável, por exemplo, uma vez que distanciada dessa espécie de atividade. Tal relação deve fazer-se indissociável, pois do contrário, a imposição da prática de atividade jurídica consistirá mais um período de carência que efetivo estímulo a uma melhor preparação profissional.

Nesse sentido, convém repisar as considerações tecidas a respeito dos cursos de pós-graduação. Embora sua importância para o aprimoramento teórico do bacharel seja incontestável e notório, é falível o argumento de que possa assegurar conhecimentos *práticos* que auxiliem no desempenho futuro da magistratura.

Dentre os que discordam do prazo trienal em si, Luciano Chaves de Farias (2005), buscando demonstrar a ineficácia de sua exigência, argumenta que ele não assegura a qualidade do trabalho, nem sensibilidade para o exercício da judicatura. Para tanto, sustenta sua tese aludindo ao que tem ocorrido com a advocacia.

A resolução n. 75/2009 estabelece que o advogado deve atuar em, pelo menos, cinco atos privativos de bacharel em Direito por ano (art. 59, inc. II). O estudioso combate a exigência remetendo à famigerada hipótese do candidato que, almejando se dedicar exclusivamente ao concurso, solicita a um amigo advogado de fato para assinar suas petições. Não sendo raro ainda o caso do advogado que atua estritamente em cinco atos num determinado período e, então, permanece sem atuar durante o restante do ano. Alega, nesses termos, que a exigência carece de eficácia social, sendo, assim, desproporcional.

Deve-se reconhecer que a troca de favores é uma prática de difícil controle. Entretanto, tal artifício poderia ser combatido vedando-se o cômputo dos atos realizados em conjunto, o que compeliaria à atuação individual da advocacia, uma vez que, permanecendo permitida a atuação em conjunto, a elevação da quantidade de atos a serem comprovados não teria o condão de conferir maior eficácia à exigência.

Outro ponto passível de crítica, cerne da problemática aqui discutida, é que atividade jurídica passou a ser considerada atividade que utiliza preponderantemente de conhecimento jurídico, o que pode, mediante manobras, levar à conclusão que todo mister que se valha do conhecimento de leis ou regras procedimentais deve, prontamente, ser considerado idôneo a atender



à exigência. Tal entendimento atende ao critério da razoabilidade, quando se considera o livre acesso aos cargos públicos. Todavia, faz do escopo central da exigência, que é a formação mais satisfatória do futuro magistrado para lidar com interesses e conflitos humanos, uma questão precária ou incidental.

Assim, o alcance do conceito de atividade jurídica nos casos não consagrados expressamente pelo CNJ, aferível à luz da disposição contida no 2º do art. 59 da Resolução n. 75/2009, deve encontrar, pois, limite no afã de aperfeiçoamento da magistratura. É preciso ter cuidado para não converter a exigência introduzida no art. 93, inc. I da CF em mera carência.

Nesse cenário, convém destacar que andaram conforme a teleologia aferível no art. 93, inc. I da CF: a vedação trazida pela Resolução n. 75/2009 do câmpulo de cursos de pós-graduação e de qualquer atividade anterior à obtenção do grau de bacharel; assim como o reconhecimento expreso das atividades de conciliador junto a Tribunais, juizados e varas especiais, e de mediação e arbitragem na composição de litígios.

A abertura terminológica conferida pelas Resoluções do CNJ deve ser encarada de modo crítico, devendo sempre buscar-se identificar a contribuição da atividade para o desempenho posterior da magistratura. De modo assemelhado, destacou o conselheiro do CNJ Cláudio Godoy, no Pedido de Providências 1.238¹², ao reiterar o entendimento do Conselho no sentido da idoneidade das atividades de escrivão e de agente de polícia federal no câmpulo do prazo trienal, que se faz necessário verificar o efetivo desempenho de funções que exijam o pressuposto técnico, isto é, o conhecimento jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As resoluções do CNJ consagraram a mudança de perspectiva em torno da exigência de prática profissional, cuja compreensão, após a Emenda n. 45/2004, deixou de restringir-se à prática forense para abarcar também atividades que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico. Merecem destaque porque têm possibilitado a continuidade da realização dos concursos públicos para o ingresso na magistratura com a aplicação da norma constante na nova redação do art. 93 de modo minimamente isonômico, aten-

¹² CNJ. **PP 1238**. Rel. Cons. Cláudio Godoy. 8ª Sessão Extraordinária. j. 20/03/2007. DJU 30/03/2007.



dendo a anseios de segurança jurídica, ao fixar critérios gerais a serem seguidos pelos Tribunais brasileiros, evitando entendimentos isolados e discrepantes.

Ocorre que a abertura terminológica da expressão inserta no art. 59, inc. III da Resolução n. 75/2009 pode levar a compreensões incongruentes com as finalidades almejadas com a nova exigência. O exercício de atividade jurídica deve, para ser considerado idôneo a satisfazer o requisito trienal, haja vista a necessidade de proporcionalidade e efetividade da norma prevista no art. 93, inc. I da CF, ensejar alguma experiência que guarde relação e contribua, de fato, para o desempenho posterior da atividade judicante.

Ao delegar à comissão examinadora a aferição da validade da certidão comprobatória do exercício de determinada atividade e, por conseguinte, se atende ou não ao requisito de três anos, sem fixar os critérios para essa aferição, o CNJ não dissipou por completo a insegurança jurídica que pode pairar sobre o requisito.

Nesse cenário, é imprescindível que a futura Lei Complementar enfrente cuidadosamente a matéria, para prever as atividades idôneas de modo abrangente, preciso e congruente com a *ratio essendi* da exigência, afinal, o escopo desta não é de mera carência – o que ficou afastado já na discussão do projeto que resultaria na Emenda nº 45/2004.

Aludida lei deverá rever, por exemplo, situações incongruentes, como a do advogado que necessita comprovar a prática de apenas cinco atos processuais, ainda que realizados em conjunto. Outro ponto a ser considerado, cotejando agora a restrição ao livre acesso aos cargos público, é o estabelecimento de um marco inicial para o cômputo do prazo: se a colação de grau ou a conclusão do curso.

Nesse afã, entendimentos perfilhados em alguns julgados do STF podem servir de diretriz, uma vez que os Ministros desse Egrégio Tribunal, sem descurar dos escopos da emenda, têm atentado ainda para a necessidade de salvaguardar o interesse daqueles que almejam ascender à magistratura – como os que, por lei, são impedidos de advogar –, e que o prazo trienal não deve, em casos específicos, ser contado segundo o perfazimento do calendário próprio do ano civil.

REFERÊNCIAS

ANDREATO, Daniel. **A ilegitimidade do CNJ para regulamentar a atividade jurídica e outras críticas**. 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/>



artigos/20114>. Acesso em: 3 fev. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. Saraiva: São Paulo, 1996.

FARIAS, Luciano Chaves de. Análise crítica da exigência de três anos de atividade jurídica para o ingresso nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 767, 10 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7143>>. Acesso em: 27 jan. 2011.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A reforma da Justiça na emenda constitucional 45/2004**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

THE CONCEPT OF “LEGAL ACTIVITY” ACCORDINGLY TO THE CNJ AND STF: A COMPARISON WITH THE CONSTITUCIONAL TELEOLOGY

ABSTRACT

The amendment nº 45/2004 introduced many changes in the Brazilian Judiciary. Among them, the requirement of three years of “legal activity” exercise in order to the bachelor in Law may apply for the magistracy. The present paper aims to investigate the evolution of the range of the mentioned expression and rescue its constitutional teleology, as well the rules related to its measurement. In this way, analyses the Resolutions nº 11/2006 and 75/2009 of CNJ, and secondarily some judgments of STF. At last, evaluate whether the currently recognized activities are really able



to provide a better formation to the exercise of magistracy.

Keywords: Amendment nº 45/2005. Legal activity. Constitutional teleology. CNJ's resolutions. Proportionality.



O PAPEL DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Julliane Pinto de Aquino

Acadêmica do 9º período
do Curso de Direito da UFRN

Paulo Renato Guedes Bezerra

Professor-orientador

RESUMO

As pessoas com deficiência enquadram-se no rol de grupos vulneráveis, necessitando de respaldo jurídico adequado às suas necessidades iminentes. Através do microsistema processual coletivo, a população de massa que faz parte desses grupos, encontrou a proteção que a legislação processual civil não lhes conferia. Neste prisma, entender as peculiaridades da tutela coletiva dos deficientes, à luz do princípio da isonomia, asseverando a importância da legislação constitucional e ordinária, e do próprio interesse da comunidade internacional, mostra-se imprescindível diante da atual conjuntura do ordenamento jurídico. Logo, o estudo em tela, abordará as principais questões atinentes às pessoas com deficiência, dando ênfase à legislação e doutrina pátria como fundamentos e instrumentos de proteção, com o objetivo de integrar todos os cidadãos e colocá-los em patamares iguais de dignidade.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Tutela coletiva. Princípio da isonomia. Grupos Vulneráveis. Microsistema processual coletivo.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, as pessoas com deficiência viveram conforme as concepções vigentes em cada sociedade e em cada tempo, ao passo que os ideais sociais, políticos e jurídicos revelaram mudanças significativas para esse grupo de pessoas, consideradas vulneráveis em meio aos demais na coletividade.

Nesse sentido, a ciência jurídica, acompanhando a evolução do corpo social, torna-se um pilar de grande expressividade na proteção dos cidadãos, atendendo à máxima preconizada pelo grande filósofo Aristóteles, o qual afirmava ser necessário tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

As constituições brasileiras trataram do tema de acordo com os valores vivenciados em cada época, denotando o contorno de relevância que gradativamente foi dado ao tema. Não obstante, com a constitucionalização do processo civil, sendo este um instrumento de concretização dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais para a efetiva harmonia social, a defesa do interesse público ganha significado real e em grandes proporções. A partir do advento da Lei 7853/89, as pessoas com deficiência passam a ter um amparo jurídico significativo, sendo objeto de tutela coletiva e caminhando para a isonomia além daquela da formal.

Sendo assim, a prestação legal e jurisdicional às necessidades iminentes de grupos vulneráveis, como as pessoas com deficiência, foco do presente trabalho, aponta um interesse coletivo primário, revelando a realidade fática da consecução de uma sociedade livre, justa e igualitária. Em consonância a tais preceitos, a exposição que se segue se pautará principalmente no princípio da igualdade como lastro constitucional, de forma que as normas advindas da Lei Maior corroborem para a concretização da sociedade que se almeja, correspondendo não somente à ordem jurídica nacional que vige, mas também àquela preconizada pela comunidade internacional.



2 IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA À LUZ DA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988

O ideal de igualdade entre os homens de fato proporciona melhores condições para a harmonização destes em sociedade. Porém, algumas indagações se fazem necessárias: o que seria a igualdade? Quais seriam as condições igualitárias? Como todos podem ser iguais mesmo existindo diferenças advindas da própria natureza? Bem, é possível ao menos do ponto de vista da ciência do direito, delinear o rol de abrangência das respostas a tais questionamentos, focando primordialmente na Constituição Federal.

A Carta de 1988 preconiza, no caput do art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Entretanto, a partir da leitura do dispositivo é possível aferir a igualdade em seu sentido formal, uma vez que aos homens está garantida a isonomia em meio aos seus iguais, diante da lei. Mas o princípio da igualdade abrange mais do que meras formalidades. Jose Afonso da Silva (2008, p. 214), citando Carmen Lucia Antunes Rocha, afirma, com a propriedade que lhe é inerente:

Igualdade constitucional é 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.

Nesse escopo, cabe salientar que o renomado jurista citado alhures, defende que além da isonomia formal, aplicada às situações que se mostram idênticas, é imprescindível que haja também em sua forma material, levando em conta a diferença entre os grupos diversos de pessoas, e não estas em sua individualidade (SILVA, 2008). Os grupos vulneráveis adentram nesse rol de indivíduos, agrupados por suas semelhanças e tendentes a serem segregados da convivência plena em sociedade. De acordo com o dicionário de direitos humanos (BASTOS, 2011), a definição seria:

É o conjunto de pessoas pertencentes a uma minoria que por motivação diversa, tem acesso, participação e/ou oportunidade igualitária dificultada ou vetada, a bens e serviços universais disponíveis para a população. São grupos que sofrem tanto materialmente como social e psicologicamente os efeitos da exclusão, seja por motivos



religiosos, de saúde, opção sexual, etnia, cor de pele, por incapacidade física ou mental, gênero, dentre outras.

Deficientes, assim como idosos, negros, homossexuais, mulheres e crianças, são grupos sujeitos a maior incidência de preconceito, discriminação e violência, necessitando de um cuidado especial, prioritário, a fim de que sua inserção em sociedade seja concretizada de maneira definitiva.

Evidentemente, para que essa relação de desigualdade real, imposta pela natureza ou simplesmente por fatores culturais e sociais, encontre um equilíbrio, deverá haver um incremento de políticas públicas e cumprimento da legislação ordinária, criada em prol do desenvolvimento e inserção dos grupos menos favorecidos em sociedade, afim de que esta constitua um espaço integrado entre os cidadãos. A doutrina pátria (PIOVESAN; IKAWA, SARMENTO, 2010, p.58) fundamenta neste sentido:

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

A Constituição Federal, além de prever a igualdade no caput do artigo 5º, dispõe no art. 3º os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre os quais estão construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem qualquer discriminação. Ora, a sociedade que almejou o legislador constituinte, é baseada primordialmente nos princípios da igualdade e liberdade, a justiça estaria fundamentada nestes e na legalidade. Liberdade, igualdade e fraternidade significam mais do que meras palavras que outrora engendraram revoluções. Na realidade, são lastros que norteiam o ordenamento jurídico, objetivando concretizar direitos fundamentais como a liberdade de locomoção, acesso aos espaços e vias públicas, ao trabalho, à justiça, à saúde e à previdência. É cediço as dificuldades enfrentadas pelo deficiente



no cotidiano, bem como que essas aumentam de acordo com a deficiência.

Com esta finalidade de inserir os deficientes no convívio básico de ser humano, o próprio constituinte, visando dar azo de norma basilar ao ordenamento, preocupou-se na criação de vários dispositivos que levam à proteção das pessoas com deficiência, o que relembra o fato de que não há hierarquia entre normas constitucionais, ou seja, está na Carta Magna com status de superioridade em relação à legislação infraconstitucional e em igual valor às demais que se encontram naquela.

2.1 Dispositivos constitucionais de proteção aos deficientes

A primeira menção que se faz aos deficientes na Constituição Federal de 1988 está no art. 7º, que dispõe sobre direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, no inciso XXXI, o qual dispõe sobre a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Nesse diapasão, afere-se que o trabalhador deficiente, apto a ocupar cargo condizente com sua capacidade física e intelectual, está em igualdade de condições no tocante a salários e admissão, sendo vedada a discriminação.

Em consonância com o dispositivo ora mencionado está o art. 37, VIII que assegura a reserva de percentual para a ocupação de cargos e empregos públicos por lei ordinária, logo, o legislador secundário não poderá se omitir de tal prerrogativa, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade na falta de tal regulamento. Os critérios de admissão em concurso público devem estar de acordo com a habilitação ao cargo e obedecer a uma nota mínima, fixada pelo edital do concurso (PIOVESAN; IKAWA; SARMENTO, 2010). No tocante à previdência social, esta também terá caráter diferenciado.

A saúde e assistência social encontram respaldo no art. 23, II, sendo de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como compete a estes entes legislar em prol da proteção e integração dessas pessoas (CF, art. 24, XIV). O atendimento educacional especializado está abarcado pelo art. 208, III, do mesmo modo que se assegura a criação de programas e atendimento especializado, facilitação de acesso aos bens e serviços coletivos, conforme o art. 227, § 1º, II, o que denota a necessidade de adequação das construções, transportes e vias urbanas a fim da livre locomoção e integração, de acordo também com o art. 244 da CF.



2.1.1 A Constituições anteriores e suas contribuições às pessoas com deficiência

A Constituição Federal de 1988, caracteristicamente dirigente, está de acordo com deliberações da sociedade moderna sobre o tema. As Constituições anteriores a esta, as quais também obedeciam aos critérios vigentes à época de sua edição, denotam o tratamento que era dispensado ao tema. Na Carta de 1934, por exemplo, apenas se fala em proteção à saúde no art. 10, II e em proteção aos desvalidos no art. 138, I, representando uma interpretação geral. Já na de 1946, no art. 157, XVI, há uma referência mais relevante quando se fala em previdência do trabalhador inválido.

Posteriormente, duas emendas constitucionais à Lei Maior de 1967 trataram mais especificamente da questão. A EC nº 1 de 1969 destina o art. 175 à educação de excepcionais, e na EC nº 12 de 1978 apresentava uma exclusividade sobre o tema, inovando no ordenamento, tratando, como define Luiz Alberto David Araújo (PIOVESAN; IKAWA; SARMENTO, 2010, p. 912), a deficiência como “uma questão constitucional, questão que deveria ser enfocada em sua peculiaridade e como se fosse um sistema próprio de proteção constitucional” conforme vemos abaixo:

Artigo único – É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I – educação especial e gratuita;

II – assistência, reabilitação e re inserção na vida econômica e social do país;

III – proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e salários;

IV – possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Destarte, é válido reiterar que a omissão do legislador ordinário em suprir a lacuna e as recomendações deixadas pelo constituinte, pode gerar inconformismos, que pautados na falta de regulamento pertinente e na necessidade deste para a concretização de direitos, servirão de fundamentação para a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão pelos devidos legitimados, tendo efeito *erga omnes* a sentença proferida. Ademais, também seria possível impetrar mandado de injunção, que como remédio constitucional, atuaria na garantia de direitos constitucionais que não estão sendo observados e regulamentados, ao passo que a sentença geraria



efeito *inter partes*.

3 A DEFESA DOS INTERESSES DOS DEFICIENTES COMO OBJETO DE TUTELA COLETIVA

Preliminarmente, é adequado que se faça uma abordagem breve do que seja o interesse protegido pelo microssistema processual coletivo brasileiro, afim de adentrar no tema proposto. Fredie Didier e Hermes Zaneti (2011), citando Rodrigo Mazzei, afirmam que o microssistema coletivo cuidará da tutela de massa que se encontra à margem da Legislação Processual Civil, tendo em vista que esta apresenta um caráter de individualidade.

Dentro desse pequeno sistema de normas, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública ocupam um *status* de exímia importância, tendo em vista que tais diplomas são os principais dentro do processo coletivo. “O Código de Defesa do Consumidor seria, conforme palavras de Capelletti, a concretização do devido processo social, mediante tamanha inovação” (DIDIER ; ZANETI, 2011, p. 50).

Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são objeto das ações que versam sobre a matéria protegida pelo microssistema supracitado. Nesse caso, as pessoas com deficiência, por serem indivíduos que fazem parte de um grupo de pessoas com uma característica em comum, qual seja, a deficiência (sendo que esta também pode ser diferente uma da outra), mas também por fazerem parte de toda coletividade que não pode ser determinada, estão aptas a pleitearem por um direito de massa, fazendo a coisa julgada um efeito *erga omnes*, uma vez que:

Os direitos difusos são aqueles transindividuais (pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível (só podem ser considerados em sua totalidade), cujos titulares são pessoas indeterminadas (não há como individualiza-los e não podemos determinar os sujeitos), os quais estão ligados entre si por uma situação fática e não jurídica. Os direitos coletivos *stricto sensu* também são classificados como transindividuais, de natureza indivisível, cuja titularidade é de pessoas indeterminadas, mas determináveis (...) os quais estão relacionados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. (...). Os Direitos individuais homogêneos surgem da própria lesão ou ameaça de lesão, a qual gera uma



relação jurídica entre as partes a partir do ato lesivo, são os únicos de natureza divisível e compreendem indivíduos determináveis (ALCOFORADO, 2011, n. 29, p. 222).

Ao que vemos, a proteção ao interesse coletivo trata-se de obediência à norma de ordem pública, visando benefício à totalidade de pessoas inseridas numa situação jurídica e fática. Apesar de ainda não haver legislação específica para a matéria, o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero América, aponta os interesses ou direitos difusos e os interesses e direitos individuais homogêneos como objeto de tutela coletiva de relevância social, inclusive, no art. 27, § 5º, dispõe sobre a coisa julgada *erga omnes*, sem que haja limitação imposta pela competência territorial do órgão julgador. Neste sentido também incorre o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, acrescentando os direitos e interesses coletivos e dando ênfase aos princípios que norteiam essa tutela jurisdicional, tais como o acesso à justiça e à ordem jurídica justa, tutela coletiva adequada, economia processual, extensão subjetiva da coisa julgada, proporcionalidade e razoabilidade.

3.1 A Lei 7853/89

A Lei 7853/89 consta de dispositivos que versam sobre a integração e apoio conferido às pessoas com deficiência, assim como sobre a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, instituindo também a tutela jurisdicional coletiva desses indivíduos, caracterizando-os, deste modo, como hipervulneráveis dentro do rol de grupos vulneráveis. A atuação do *Parquet* também é definida na norma em questão, sendo um dos legitimados para atuar na proteção dos interesses difusos e coletivos dos deficientes.

A referida lei visa garantir as ações governamentais necessárias para a integração do grupo ora mencionado, dispondo sobre educação, saúde, formação profissional, trabalho, recursos humanos e na área de edificações. Todas as medidas deverão ser tomadas em prol de um sistema educacional e de saúde adequados e especializados, que priorizam um atendimento qualificado, preventivo e prestativo para o deficiente mais debilitado; a assistência social, como forma de contribuir para a inserção no convívio com os demais cidadãos; a inserir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho, através da profissionalização; zelar pela qualidade e segurança do trabalho, assim como proporcionar o acesso à este; incentivo, formação e qualificação de profissio-



nais que se dediquem a trabalhar na área; e “a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte”, conforme disposto no art. 2º, V.

Ademais, elenca os legitimados a propor Ação Civil Pública e se mostra de acordo com os dispositivos da Lei 7347/85, além de definir, no art. 8º, os crimes puníveis com pena de 1 a 4 anos de reclusão e multa, tratando-se eles basicamente de discriminação contra os deficientes, descumprimento dos ditames da Lei 7853/89 sem justificativa plausível, não cumprir uma obrigação ou execução de ordem judicial que se referem a esta, ou ainda, dificultar a atuação do Ministério Público.

Outras normas também foram editadas a fim de conceder benefícios, tais como a Lei 10.098/2000, que trata da acessibilidade das pessoas deficientes às vias urbanas, edificações e logradouros, e a Lei 8.969/95, que concede isenção de IPI e IOF na compra de automóveis.

3.2 O papel do Ministério Público

A partir da leitura do art. 1º da Lei Orgânica do Ministério Público, é possível defini-lo como defensor da ordem jurídica, do regime democrático de direito, dos denominados interesses sociais e individuais indisponíveis. É um dos legitimados a propor Ação Civil Pública em obediência aos critérios da Lei 7347/85 e da Lei 7853/89, como forma de atender aos reclames sociais e a direitos que apesar de individuais, acarretam um significado de grande amplitude perante a coletividade, passando a integrar o próprio direito da sociedade considerada em si mesma, como um todo unitário, como uma estrutura molecular.

Uma vez que o *Parquet* é fundamental para ordem jurídica justa e que sua atuação eficaz na proteção de direitos é incontestável, torna-se relevante a leitura da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que, apesar de bastante densa, apresenta todos os argumentos pertinentes ao tema proposto, sem que haja necessidade de maiores delongas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL OU SENSORIAL. SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS. FORNECIMENTO DE PRÓTESE AUDITIVA.



MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. LEI 7.347/85 E LEI 7.853/89.

1. Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente.

2. Na Ação Civil Pública, em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário – Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex -, sobretudo se estiverem em jogo a dignidade humana, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte.

3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis, inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental.

4. É dever de todos salvaguardar, da forma mais completa e eficaz possível, os interesses e direitos das pessoas com deficiência, não sendo à toa que o legislador refere-se a uma “obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade” (Lei 7.853/89, art. 1º, § 2).

5. Na exegese da Lei 7.853, o juiz precisa ficar atento ao comando do legislador quanto à finalidade maior da lei-quadro, ou seja, assegurar “o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social” (art. 1º, caput).

6. No campo da proteção das pessoas com deficiência, ao Judiciário imputam-se duas ordens de responsabilidade: uma administrativa, outra judicial. A primeira, na estruturação de seus cargos e serviços, consiste na exigência de colaborar, diretamente, com o esforço nacional de inclusão social desses sujeitos. A segunda, na esfera hermenêutica, traduz-se no mandamento de atribuir à norma que requer interpretação ou integração o sentido que melhor e mais largamente ampare os direitos e interesses das pessoas com deficiência.

7. A própria Lei 7.853/89 se encarrega de dispor que, na sua “aplicação e interpretação”, devem ser considerados “os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito e dignidade da



pessoa humana, do bem-estar, e outros indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito” (art. 1º, § 1º).

8. Por força da norma de extensão (“outros interesses difusos e coletivos”, consoante o art. 129, III, da Constituição de 1988; “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, nos termos do art. 110 do Código de Defesa do Consumidor; e “outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”, na fórmula do art. 25, IV, alínea “a”, da Lei Orgânica do Ministério Público), cabe ao Judiciário, para fins de legitimação ad causam na Ação Civil Pública, incorporar ao rol legal – em numerus apertus, importa lembrar – novos direitos e interesses de atualização permanente da legislação.

9. A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta amparar uma única pessoa apenas. É que, nesses casos, a ação é pública, não por referência à quantidade dos sujeitos afetados ou beneficiados, em linha direta, pela providência judicial (critério quantitativo dos beneficiários imediatos), mas em decorrência da própria natureza da relação jurídica-base de inclusão social imperativa. Tal perspectiva – que se apóia no pacto jurídico-político da sociedade, apreendido em sua globalidade e nos bens e valores ético-políticos que o abrigam e legitimam – realça a necessidade e a indeclinabilidade de proteção jurídica especial a toda uma categoria de indivíduos (critério qualitativo dos beneficiários diretos), acomodando um feixe de obrigações vocalizadas como jus cogens.

10. Ao proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por



falta de voz de seus direitos ofendidos.

11. Maior razão ainda para garantir a legitimação do Parquet se o que está sob ameaça é a saúde do indivíduo com deficiência, pois aí se interpenetra, a ordem de superação da solidão judicial do hipervulnerável com a garantia da ordem pública de bens e valores fundamentais – in casu a existência digna, mas a própria vida e a integridade físico-psíquica em si mesmas, como fenômeno natural.

12. A possibilidade, retórica ou real, de gestão individualizada desses direitos (até o extremo dramático de o sujeito, in concreto, nada reclamar) não os transforma de indisponíveis (porque juridicamente irrenunciáveis in abstracto) em disponíveis e de indivisíveis em divisíveis, com nome e sobrenome. Será um equívoco pretender lê-los a partir da cartilha da autonomia privada ou do ius dispositivum, pois ninguém é dado abrir mão de sua dignidade como ser humano, o que equivaleria, por presunção absoluta, a maltratar a dignidade de todos, indistintamente.

13. O Ministério Público possui legitimidade para a defesa dos direitos indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedente do STJ.

14. Deve-se, concluir, por conseguinte, pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar, na hipótese dos autos, Ação Civil Pública com o intuito de garantir fornecimento de prótese auditiva a portador de deficiência.

15. Recurso Especial não provido¹.

Isto posto, resta claro que a atuação do Ministério Público faz-se adequada sempre que a tutela jurisdicional pleiteie um direito indisponível, tendo em vista que este é indivisível e inerente a todo e qualquer membro do corpo social. Diante disso, o objetivo é valorar, respeitar princípios inscritos na própria Carta Constitucional, quando esta fala de igualdade, dignidade

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 931513 / RS. S1 Primeira Seção. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região). Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin. j. 25/11/2009. DJe 27/09/2010.



humana e traz a justiça e solidariedade como uma finalidade a ser alcançada pela República Federativa do Brasil.

4 O DECRETO N º 6.949/2009 E A INCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Decreto nº 6.949/2009 promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, o que demonstra o interesse da comunidade jurídica internacional em proteger e integrar essas pessoas, as quais precisam de tratamento prioritário e políticas qualificadas.

Como trata-se de Convenção Internacional que versa sobre Direitos Humanos, aprovada em consonância com o art. 5º, § 3º da CF/88, ganha status de Emenda Constitucional. Logo, o grau hierárquico da norma está no mais alto patamar do ordenamento jurídico, sobrepondo-se à legislação ordinária.

A dita Convenção consta de cinquenta artigos que dispõe sobre a participação dos deficientes em sociedade, obrigando os Estados Partes que se comprometeram mediante a ratificação do Tratado, a adotarem todas as medidas administrativas, legislativas e de qualquer natureza para a efetivação das melhorias nas condições de vida. Dentre tais medidas encontram-se a conscientização da população em massa, desenvolvimento de pesquisas, tecnologias e serviços em diversas áreas de convivência. Além do mais, está fulcrada em princípios basilares, que norteiam todos os dispositivos e obrigações, conforme assevera o art. 3º :

Os princípios da presente Convenção são:

- a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana;
- e) Igualdade de oportunidade
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças



com deficiência de preservar sua identidade.

A Convenção citada alhures ainda prevê proteção especial às mulheres e crianças que tenham alguma deficiência, em virtude de serem alvos mais fáceis a discriminação e violência. A acessibilidade à tecnologias de informação e aos espaços e vias públicas, com incremento do planejamento urbano, das vias de tráfego e do transporte público, são priorizadas e correspondem ao ideal de independência que deve ser realizado e conferido a todos aqueles que vivem em sociedade. A liberdade, saúde, o direito à vida, segurança, o acesso à justiça, o respeito à privacidade, lar, família e uma série de medidas preventivas à tortura, tratamentos cruéis e degradantes também são levados em consideração e entendidos como metas a serem cumpridas pelos Países signatários. Já existem julgados nesse sentido, como vemos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS - ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INC. IV, 5º, INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA. 1. A Autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.9.2005. 2. Pertinência temática entre as finalidades da Autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. 3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades



e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente².

Não obstante, o sistema educacional deve oportunizar o desenvolvimento acadêmico e social, sendo feitas todas as adaptações razoáveis para que este direito seja garantido, assim como o mercado de trabalho de se abrir e os Estados garantirem a ascensão do deficiente ao setor público ou privado, a reabilitação do trabalhador deficiente e mesmas condições sindicais e trabalhistas de seus colegas de labuta. Deverá ser proporcionado ainda, um padrão de vida mínimo, correspondente à dignidade, para os deficientes e suas famílias e a participação na vida política de seu País.

Os Estados Parte da presente Convenção deverão apresentar relatórios a cada quatro anos sobre as medidas adotadas no ordenamento jurídico interno, sobre as políticas e decisões administrativas concernentes ao tema. O relatório é uma forma de cada país prestar esclarecimentos sobre as medidas adotadas, revelando os fatores de sucesso e os que dificultaram a implementação das políticas e das normas, podendo inclusive comparar com os relatórios dos demais signatários do tratado. Isto leva a crer que a cooperação da comunidade internacional, corrobora para que a atual conjuntura da sociedade moderna, globalizada, atinja um patamar elevado no que tange à vivência prática dos Direitos Humanos.

No Brasil, após a promulgação da Convenção e do Protocolo Facultativo pelo Decreto 6.949/2009, já surgiram algumas dissidências relativas aos dispositivos abarcados pelo ordenamento interno. Um dos casos diz respeito à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 182³, ajuizada pela Procuradoria da República, que sustenta ser incompatível o conceito de pessoa deficiente dado pelo tratado internacional, daquele do art. 20, § 2º da Lei Orgânica da Assistência Social, que denomina o deficiente como pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho. Ora, é notório que o deficiente está apto a uma vida independente e ao trabalho, sendo estas

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2649 /DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carmen Lúci. j. 08/05/2008. DJ 17/10/2008.**

³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=398078&tipo=TP&descricao=ADPF%2F182>>



possibilidades aprimoradas caso hajam medidas eficazes para tal. O que pretende a ADPF 182 é dar um conceito amplo de pessoa deficiente, de acordo com a norma recebida com *status* de emenda constitucional, o que poderá gerar interpretação abrangente na concessão de benefícios de assistência social. A ação está pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

O Estado brasileiro, tendo em vista o cumprimento dos acordos realizados internacionalmente, mas também a observância dos preceitos constitucionais, segue no caminho da adoção das medidas adequadas, mesmo que estas sejam passíveis de morosidade, demonstrando no âmbito dos seus Poderes a preocupação na execução das políticas e normas adequadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro está intrinsecamente voltado para a concretização dos objetivos emanados pela Constituição Federal e seus preceitos fundamentais, em prol da garantia de uma vida digna aos cidadãos. O cumprimento das normas previstas na Carta Magna são imprescindíveis para que se atinja o estado de bem estar social.

Neste âmbito de atuação, entra a instrumentalidade para a consecução do fim esperado. O processo civil, outrora tido como individual, atômico, passa a proporcionar uma tutela jurisdicional coletiva efetiva e literalmente para todos, avaliando as peculiaridades dos grupos e pautado na proteção de direitos indisponíveis.

Destarte, a deliberação da comunidade internacional sobre a temática das pessoas com deficiência significa um avanço ideológico, jurídico e político, um grande passo para a integração entre todos os seres humanos, que devem priorizar o tratamento adequado àqueles que precisam de maiores cuidados. Desta feita, será possível não apenas a igualdade perante a lei formal ou material, mas a igualdade nas condições de vida, liberdade e oportunidade.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Pedro Jorge Emiliano Guedes. Tutela Coletiva dos Idosos: um enfoque sobre o estatuto do idoso e atuação do Ministério Público. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, v. XVI, n. 29, p.215-234, Jan/jun 2011. ISSN: 1413-2605.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Coletivo**. 6. ed. Salvador, Bahia: Jus Podivm, 2011. 4 v.



MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. 5. ed. São Paulo: Damasio de Jesus, 2005.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

THE ROLE OF COLLECTIVE PROCEDURAL MICROSISTEM AS INSTRUMENT PROTECTION OF PEOPLE WITH DESABILITIES

ABSTRACT

People with disabilities fit into the list of vulnerable groups in need of adequate legal support to their imminent needs. Trough the collective procedural microsystem, the mass population that is part of these groups, found the protection of civil procedure law did not entitle them. In this perspective, to understand the peculiarities of the collective protection of the disabled, under the principle of equality, affirming the importance of constitutional law and ordinary, and in the interest of the international community, it is shown on the current juncture of the legal system. Therefore, the study in screen address the main issues related to persons with disabilities, with emphasis on law and doctrine as home bases and instruments of protection, aiming to integrate all citizens and put them at levels similar of dignity.

Keywords: People with disabilities. Collective protection. Principle of equality. Vulnerable Groups. Collective procedural microsystem.



O TERROR PSICOLÓGICO NO AMBIENTE LABORAL COMO AFRONTA AO DIREITO À SAÚDE E AO PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Amanda Rocha dos Santos

Acadêmica do 8º período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O terrorismo psicológico no ambiente de trabalho agride diretamente direitos fundamentais do homem, precipuamente direitos da personalidade do trabalhador. A crescente incidência desse fenômeno nas relações laborais decorre do contexto econômico-cultural em que a precarização do trabalho favorece o comprometimento da solidariedade entre os trabalhadores. Tendo em vista que se consubstancia em causa de diversas doenças e em exteriorização de formas de preconceito, o fenômeno fere diretamente o direito constitucional à saúde e o princípio da não-discriminação. A agressão moral no ambiente laboral, ou simplesmente assédio moral, corresponde a ataques violentos e reiterados à personalidade do trabalhador durante a execução do trabalho. Sendo assim, verifica-se a necessidade de prevenção e repressão do assédio moral, evitando o silêncio tão comum a esse tipo de violência. À empresa cabe prevenir a ocorrência do fenômeno. Ao Poder Judiciário cumpre garantir a responsabilização trabalhista e civil da empresa que procede ou se omite frente ao assédio moral. O Ministério Público do Trabalho, por sua vez, deve atuar na investigação desse tipo de violência, protegendo os direitos fundamentais do trabalhador.

Palavras-chave: Assédio Moral. Ambiente de Trabalho. Direito à saúde. Princípio da não-discriminação. Prevenção. Repressão.

1 INTRODUÇÃO

O assédio moral nas relações de emprego representa verdadeira ofensa à dignidade do empregado. Agredindo diretamente direitos fundamentais do homem, precipuamente direitos da personalidade do trabalhador, o fenômeno merece profunda atenção da comunidade jurídica, de modo que se verifique a proximidade que possui com o cotidiano brasileiro e se institua as penalizações corretas.

Partindo de uma explanação do modo como a violência moral se exterioriza no ambiente laboral, bem como da análise de suas raízes históricas, o presente trabalho buscará demonstrar de que forma o assédio moral fere o direito à saúde na perspectiva justralabalhista. Noutro giro, demonstrará que o terrorismo psicológico no trabalho ofende, também, o próprio princípio da não-discriminação.

Verificar-se-á, ademais, que a agressão moral no ambiente laboral corresponde a ataques violentos e reiterados à personalidade do trabalhador durante a execução do trabalho, sendo a causa de diversas doenças de trabalho e de saúde pública. Nesse contexto, o estudo adentrará no exame do direito previdenciário e do direito sanitário do trabalho para concluir se as normas das referidas disciplinas são aplicáveis ao fenômeno sob análise.

O ponto mais sobrelevado no presente estudo, outrossim, corresponde à constatação, ao final, da necessidade de prevenção e repressão do assédio moral, fazendo clara demonstração dos deveres preventivos da empresa e das penalidades que se devem ser aplicadas ao autor da violência moral como forma de repreensão.

2 O TERROR PSICOLÓGICO NO AMBIENTE DE TRABALHO

O assédio moral configura-se como fenômeno de ocorrência crescente nos mais diversos países, independentemente do nível de desenvolvimento. Aspectos econômicos e culturais determinaram seu surgimento nas sociedades atuais, conforme se verificará a seguir.



Apesar de o epíteto assédio moral ser recente, constatam-se registros de sua ocorrência nos moldes atuais desde o início do século XX¹. O próprio contexto de globalização – e conseqüente formação de estruturas de poder desiguais que desconsideram os elementos humanos – termina por aumentar a violência psíquica nas relações de trabalho. Diz-se isso, uma vez que o homem, nesta perspectiva, passa a ser considerado simples instrumento de realização do capital.

Prima, portanto, pela adequação metodológica do presente estudo, apresentar-se como vestíbulo a demonstração do contexto econômico e cultural que favoreceu a intensificação da ocorrência do assédio moral no âmbito do trabalho nos últimos anos.

Visualiza-se, nas sociedades modernas, a completa reprovação da violência física, enquanto violências de outras espécies são banalizadas. A grande rotatividade de mão-de-obra, aliada ao crescente desemprego e competitividade, faz com que pessoas vinculem-se ao trabalho desconsiderando estado de saúde física ou mental.

Nesse contexto, percebe-se que o assédio moral está intrinsecamente ligado a um problema de estrutura das relações de produção modernas, onde situações assimétricas de poder acabam por eliminar a barreira entre o profissional e o pessoal.

Noutro giro, o próprio contexto cultural incumbiu-se de, juntamente com fatores econômicos, favorecer o aparecimento do terrorismo psicológico no trabalho. Na sociedade brasileira, tal fator mostra-se ressaltado, uma vez que, seguindo uma tendência cultural de origem européia, criou-se, no país, uma cultura de abuso do poder e de permissividade de agressões nos locais de trabalho. Essa tendência surgiu, como se sabe, da cultura social do engenho, do coronelismo e, depois, da própria gerência empresarial (THOME, 2008, p. 26).

Em uma perspectiva mais ampla, Sérgio Buarque de Holanda (1996, 36) associa a cultura do excesso de autoridade trabalhista brasileira à própria falta de superação, por parte da burguesia da Idade Moderna, dos modelos de autoritarismo típicos da Idade Média. Para o respeitável estudioso, a sociedade burguesa, ao revés de superar e modificar o modo de agir da Idade Média, marcada pela intensa subordinação da classe trabalhadora, terminou

¹ Pode-se dizer, em verdade, que a violência moral no ambiente de trabalho remonta ao próprio surgimento do trabalho, apesar de o problema ter ganhado contornos mais delicados no mundo moderno em virtude da evolução, intensificação e dinamização das relações de trabalho.



por absorver sua escala de valores, associando-se à antiga classe dirigente.

Fazendo uso, sempre salutar, das palavras de Maurício Godinho Delgado (2011, p. 615):

No contexto empregatício manifesta-se uma das dimensões mais importantes do fenômeno do poder no mundo contemporâneo. Na verdade, essa dimensão específica do poder sofre os efeitos da configuração global do fenômeno no conjunto da sociedade (o contexto democrático e autoritário mais amplo da sociedade influi na estrutura e na dinâmica do poder internas ao estabelecimento e à empresa). Do mesmo modo, o tipo de configuração do poder empregatício também cumpre importante papel no avanço e solidificação do processo democrático (ou autoritário) no conjunto mais amplo da sociedade envolvida.

Pode-se dizer, então, que, juntamente com a impessoalidade do trabalho típica do capitalismo, a cultura de autoritarismo e hierarquização da força de produção acabou por fazer surgir, na maioria dos empregadores, sobretudo nas maiores organizações trabalhistas, um sentimento de irresponsabilidade na vida pessoal dos empregados. Esta situação, por sua vez, quedou por favorecer o surgimento de diversos tipos de manifestação de assédio moral no país.

Sendo assim, os aplicadores do direito devem ter a sensibilidade necessária para perceber que a perpetuação de uma forma arcaica de subordinação no ambiente de trabalho deve ser cabalmente corrigida através dos institutos disponíveis no ordenamento jurídico pátrio².

Dito isso, importante que se proceda, neste momento, à exata caracterização dessa figura jurídica, de forma a que se possa verificar, com clareza, em que situações a comunidade jurídica deve centrar suas atenções com o fito de aplicar corretamente as devidas e possíveis sanções.

² Mais amplamente, a própria ordem jurídica internacional pode ser invocada na defesa daqueles que são agredidos psicologicamente no ambiente de trabalho. Diz-se isso, uma vez que o assédio moral, por ferir direitos fundamentais da pessoa humana, mais especificamente direitos relacionados à dignidade, à não-discriminação e à saúde, recebe atenção especial tanto da Organização Mundial da Saúde como da Organização Internacional do Trabalho.



2.1 Caracterização do assédio moral no ambiente de trabalho

O terror psicológico no ambiente laboral, no Brasil usualmente chamado de assédio moral³, é espécie de violência praticada contra a moral, porém com algumas peculiaridades.

Diz-se que sua característica fundamental é a de agressão à saúde mental do empregado, sendo espécie de violência moral, em contraposição à violência física, na qual a agressão é dirigida ao próprio corpo físico da pessoa, e à violência sexual, a qual está prevista como crime no art. 216-A do Código Penal⁴. Em que pese as devidas diferenciações, nada impede que as violências morais, físicas e sexuais ocorram simultaneamente.

Dessa forma, verifica-se que o assédio moral é espécie de violência psicológica, com a especialidade de ser dirigido à pessoa específica, o trabalhador. Configura-se quando uma ou mais pessoas praticam conduta de abuso psicológico a determinado indivíduo, de forma reiterada e intencional, durante certo período de tempo, atingindo a sua dignidade psíquica e causando a sensação de exclusão do convívio social.

Na formidável concepção de Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 976), *in verbis*:

O assédio é o termo utilizado para designar toda conduta que cause constrangimento psicológico ou físico à pessoa. Já o assédio moral é caracterizado pelas condutas abusivas praticadas pelo empregador⁵ direta ou indiretamente, sob o plano vertical ou horizontal, ao empregado, que afetem seu estado psicológico. Normalmente, refere-se a um costume ou prática reiterada do empregador.

³ Outros epítetos também fazem referência ao assédio moral, tais como terrorismo psicológico, violência horizontal, usura mental, entre outros.

⁴ O referido artigo, ao tipificar o assédio sexual como “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes a exercício de emprego, cargo ou função”, difere-o expressamente do assédio moral, o qual ofende apenas direitos de personalidade da vítima.

⁵ Apesar de a autora não citar expressamente o empregado como possível autor de assédio moral, aferimos que tal informação está implícita, haja vista que o empregador é obrigado a responder civilmente pelos atos ilícitos cometidos por seus empregados ou prepostos, sendo, portanto, o causador indireto de toda espécie de constrangimento psicológico no trabalho.



Consoante se pode aferir dos ensinamentos da autora, o assédio moral é toda conduta – seja comportamento, palavra falada, gesto ou escrito, dentre outros – praticada tendo como pressuposto questões laborais, em que há violação da dignidade de trabalhador, criando um ambiente de trabalho hostil, humilhante e degradante.

Isto posto, existindo certa duração da violência moral praticada no trabalho, com ocorrência de determinado dano, o qual foi intencionado pelo agente que pratica a conduta agressora, e tornando-se a conduta recorrente, configurado⁶ está o terrorismo moral no trabalho, o qual deve ser devidamente punido pelo Poder Judiciário⁷.

2.2 Sujeito ativo e sujeito passivo do assédio moral no trabalho

Importante observar aquelas pessoas que se colocam como sujeito ativo e passivo do assédio moral praticado no ambiente de trabalho, uma vez que a forma como esses indivíduos se apresentam no mundo exterior determina a gravidade da agressão praticada.

Em regra, não existe um retrato padrão do assediador, uma vez que o indivíduo que pratica o assédio moral pode ou não apresentar personalidade perversa, bem como pode ou não praticar tais atos com frequência. De qualquer forma, diz-se que o sujeito ativo de uma agressão psicológica no trabalho pode ser coletivo ou individual, a depender se a conduta é praticada por várias ou uma única pessoa.

O assédio moral individual é aquele em que uma única pessoa, seja ou não de hierarquia superior no ambiente de trabalho, desfere atos no sentido de ofender a integridade moral de outrem.

Verifica-se, nessa hipótese, a disputa direta entre o prejudicado e o que tem interesse de prejudicar, diferentemente do que ocorre com o assédio moral praticado por mais de uma pessoa (assédio moral coletivo), no qual o assediador, aquele que possui real interesse no constrangimento moral, busca criar alianças – não se tratando, portanto, os colegas, de verdadeiros

⁶ Alguns autores informam que são requisitos conformadores do assédio moral no trabalho: o dano; a repetição; a duração; a intencionalidade; e a premeditação.

⁷ Dessa forma, são exemplos de assédio moral no trabalho a conduta de omitir da vítima informações úteis para a realização de determinada tarefa, a crítica ostensiva e injusta ao serviço realizado pelo trabalhador, assim como a privações das tarefas usuais do empregado.



adversários da vítima.

Noutro giro, também o terceiro pode se configurar como sujeito ativo do assédio moral⁸, bastando, para tanto, que agente exterior da relação de trabalho seja o causador da violência moral praticada ao trabalhador. Tal é o caso do assédio moral praticado contra vendedores e professores pelos respectivos compradores e alunos. Esses, apesar de não configurarem-se diretamente como trabalhadores e sujeitos da relação laboral, podem ser os instituidores de assédio moral, desde que pratiquem condutas que degradem a moral dos referidos profissionais.

Relacionados os sujeitos ativos do assédio moral no trabalho, temos que, como sujeitos passivos do fenômeno em estudo, podem configurar, também, tanto o indivíduo isoladamente considerado como o grupo de indivíduos que recebem determinada agressão psicológica⁹.

Quando se trata de agressão direcionada a um grupo, porém, a violência não pode atingir toda a massa de empregados, haja vista que, nesse caso, deixaria de existir o elemento discriminação dos trabalhadores, o que não ensejaria o terror psicológico-laboral dos mesmos.

2.3 Espécies de assédio moral no ambiente de trabalho

As espécies de assédio moral se relacionam, fundamentalmente, ao grau hierárquico do assediante e do assediado na estrutura da empresa. Quando se trata de sujeitos ativo e passivo pertencentes ao mesmo grau hierárquico na empresa, temos o caso de assédio moral horizontal; quando se trata de sujeitos ativo e passivo de hierarquias diferentes, temos o assédio moral vertical.

No assédio moral horizontal, tem-se que os próprios pares praticam o terrorismo moral no ambiente de trabalho. De forma geral, esse tipo de assédio decorre de intolerâncias de origens étnica, racial ou sexual, além da

⁸ Essa situação, em que terceiros são considerados sujeitos ativos do assédio moral no trabalho, está registrada em diversas legislações estrangeiras. A título de exemplo, cita-se o artigo L122-49, do Código de Trabalho Francês, bem como o art. 2º da Lei belga sobre violência e assédio moral no trabalho, a qual cita, dentre as pessoas que podem efetuar o assédio moral, qualquer pessoa que, estando no local de trabalho, entre em contato com o trabalhador quando da prestação dos serviços, agredindo-o moralmente.

⁹ Importante frisar que as legislações nacionais divergem quanto à necessidade de o sujeito passivo do assédio moral no âmbito do trabalho ter vínculo empregatício com a empresa.



comum rivalidade existente entre colegas de trabalho em busca de melhor posição na empresa empregadora.

O assédio moral vertical, por sua vez, caracteriza-se por ser ascendente ou descendente. No primeiro caso, as condutas agressivas são realizadas por uma ou mais pessoas de grau hierárquico inferior em relação à vítima, sendo menos freqüente. O segundo caso, destarte, caracteriza-se pela agressão realizada por agente de grau hierárquico superior ao da vítima, provocando, como sói acontecer, efeitos mais graves à saúde mental do assediado.

Em que pese a referência às espécies de assédio moral existentes no mundo laboral, todas elas devem ser severamente reprimidas por aqueles que têm o papel de aplicar o bom direito. Neste sentido, o presente trabalho almeja demonstrar como todas as espécies de assédio moral podem ser habilmente identificadas e, conseqüentemente, reprimidas pela ordem jurídica, conforme se verificará mais adiante.

3 O ASSÉDIO MORAL COMO AFRONTA AO DIREITO À SAÚDE E AO PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Conforme dito em linhas anteriores, o assédio moral está intrinsecamente relacionado à violação de direitos fundamentais do homem. Neste ínterim, é íntima a relação que a Constituição Federal brasileira mantém com o terror psicológico no trabalho, uma vez que constitui a principal base de fundamentação para a demonstração da ilegalidade de sua aplicação.

A importância dos dispositivos constitucionais que se relacionam com a proteção da saúde e da não-discriminação aumenta, no que diz respeito ao tema que interessa ao presente trabalho, na medida em que não existe no país legislação específica regulando o assédio moral¹⁰. A seguir, verificaremos as principais normas do ordenamento jurídico brasileiro aplicáveis aos casos de assédio moral, enfatizando como esse fenômeno afronta diretamente o direito à saúde e o princípio da não discriminação¹¹.

¹⁰ Nesse contexto, não se pode deixar de considerar que, apesar de a ausência de regulamentação compilada não prejudicar a punição e ressarcimento dos danos sofridos pelo empregado vítima de assédio moral, a sua existência facilitaria o combate ao fenômeno, evitando, inclusive, a discussão sobre a aplicabilidade ou não das normas esparsas.

¹¹ A ausência, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de dispositivos específicos regulamentando a proteção de fenômenos psicológicos como o assédio moral se justifica na medida em



Em seu art. 6º, a Carta Magna consagra o direito à saúde como um direito social, e, já no art. 196, o caracteriza como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, inserindo a saúde no contexto da seguridade social, consoante informa o seu art. 195.

Inobstante a importância que o legislador constituinte tenha dado à saúde nos dispositivos acima referidos, no âmbito do trabalho, sobretudo no tema que interessa o presente estudo, os dispositivos mais importantes são aqueles que estão dispostos nos arts. 200, inciso VIII, e 225, ambos da Constituição Federal.

Diz-se isso, pois o segundo dispositivo reconhece o direito a um meio ambiente equilibrado e o primeiro consagra a proteção ao meio ambiente, estabelecendo que entre suas espécies está o meio ambiente do trabalho. Nos termos do preclaro jurista brasileiro Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2011, p. 1048):

O chamado meio ambiente do trabalho insere-se no meio ambiente como um todo (art. 200, inciso VIII, CF/1988), o qual, por sua vez, integra o rol dos direitos humanos fundamentais, inclusive por ter como objetivo o respeito à “dignidade da pessoa humana”, valor supremo que revela o “caráter único e insubstituível de cada ser humano”, figurando, ainda, como verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inciso III, da CF/1998).

O art. 3º, alínea e, da Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) dispõe que “a saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene do trabalho”.

A Lei n. 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, em seu art. 3º, preceitua que um dos fatores determinantes e condicionantes da saúde é o trabalho,

que a referida compilação de normas trabalhistas foi discutida e promulgada no ano de 1943, época em que a preocupação do legislador estava voltada para a garantia dos direitos básicos do trabalhador, como salário e razoável jornada de trabalho.



juntamente com, dentre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Por todos os mandamentos legais acima aduzidos, pode-se perceber, desde já, que a saúde, como direito público subjetivo, é um direito intimamente ligado ao direito à vida, requerendo ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Como estabelecido pela própria OIT, a saúde, além do aspecto físico, envolve também elementos mentais, situação que coloca o assédio moral em confronto direto com o direito à saúde, devendo, portanto, ser coibido e evitado por aqueles que possuem poder para tal.

O terrorismo no ambiente de trabalho é o responsável pela violação do equilíbrio psíquico dos trabalhadores. Nas sábias palavras de Carlos Alberto Bittar (2000, p. 115):

O direito à integridade psíquica manifesta-se pelo respeito, a todos imposto, de não afetar a estrutura psíquica de outrem, seja por ações diretas, seja por ações indiretas, seja no ritmo comum da vida, seja em tratamentos naturais ou experimentais, ou, ainda repressivos [...]. À coletividade e a cada pessoa prescreve-se então a obrigação de não interferir no aspecto interno da personalidade de outrem, como conjunto individualizador do ser, com suas idéias, suas concepções e suas convicções. [grifos acrescentados]

Percebe-se, portanto, que além do dever, sobretudo dos magistrados, de reprimir condutas de violência moral no trabalho, existe o dever de toda a sociedade respeitar a estrutura psíquica de outrem. A violência moral ocorrida no trabalho, longe de se configurar apenas como desrespeito à índole do trabalhador, é causa e veículo de transmissão de diversas doenças que afetam a sua saúde física e mental.

Utilizando-nos dos ensinamentos de Candy Florencio Thomé (2008, p. 84), temos que o assédio moral pode evoluir para doenças do trabalho como



estresse pós-traumático, síndrome de *burn-out*¹², depressão, distúrbios cardíacos, endócrinos e digestivos, alcoolismo, dependência de drogas, tentativa ou consumação de suicídio.

O anexo II do Decreto n. 3.048/99, relaciona os transtornos mentais e comportamentos relacionados ao trabalho como agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho.

Outrossim, as próprias normas brasileiras referentes à segurança e medicina do trabalho protegem a saúde tanto em seu aspecto físico como psíquico, a exemplo do que estabelece a Norma Regulamentadora 17 (NR-17 - ergonomia no trabalho), a qual dispõe que as características psicofisiológicas dos trabalhadores devem ser levadas em conta a fim de proporcionar, no meio ambiente de trabalho, “o máximo de segurança, conforto e desempenho eficiente”.

Ademais, normas previdenciárias também devem ser aplicadas ao assédio moral, na medida em que as implicações de tal fenômeno devem ser consideradas doença do trabalho. Afirma-se isso a partir da interpretação do art. 19, caput, e art. 20, inciso II, da Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência social e dá outras providências, haja vista que doenças porventura ocasionadas pelo terrorismo psicológico no trabalho, tais como as mencionadas em linhas anteriores, decorrem diretamente das condições especiais em que o trabalho é realizado.

São os mencionados dispositivos, *verbis*:

Art. 19 Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Art. 20 Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: [...]

¹² A síndrome de *burn-out*, também conhecida por síndrome de esgotamento profissional ou estresse laboral assistencial, é doença que acomete pessoas que chegaram ao seu limite de desempenho físico ou mental por falta de energia. Seus sintomas são a fadiga física e mental, falta de entusiasmo pelo trabalho e pela vida, sentimento de impotência e inutilidade, baixa auto-estima, que podem acarretar até a depressão e o suicídio (THOME, 2008, p. 88).



II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Pelo exposto, verifica-se que as enfermidades decorrentes do assédio moral devem garantir ao trabalhador estabilidade pelo prazo mínimo de doze meses, conforme garante o art. 118 da Lei supramencionada para os empregados que forem acometidos de doença do trabalho. Este pensamento, apesar de ainda não amplamente difundido pela jurisprudência nacional, deve ser aceito pelos magistrados do país como forma de proteger e garantir ao empregado período de garantia no emprego até sua recuperação.

Noutro giro, importante que se esclareça, nesse momento, que o assédio moral também possui viés discriminatório, haja vista que os grupos tendem a rejeitar as diferenças, criando situações de aversão ao que é considerado defeito ou ao que pode suscitar inveja (THOME, 2008, p. 102), exteriorizando-se, dessa forma, o preconceito.

O princípio constitucional da não-discriminação, conforme é sabido, decorre do próprio princípio da igualdade, no sentido de não permitir a discriminação negativa entre os indivíduos. Vale salientar o comentário da insigne doutrinadora Alice Monteiro de Barros (2008, p. 1116) quando declara que “a não-discriminação é, provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto”.

Neste diapasão, tem-se que o indigitado princípio está consagrado em diversos dispositivos da Constituição de 1988, inclusive no art. 3º, inciso IV, que institui que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, o art. 5º da Carta Magna estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. O art. 7º, por sua vez, tratando dos direitos trabalhistas, estabelece em seus incisos XXX, XXXI e XXXII, *ipsi literis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo,



idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; [...]

No ordenamento jurídico internacional, o direito à não-discriminação está previsto em diversos tratados e convenções. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 7º, consagra o princípio da igualdade e o princípio da proibição da discriminação negativa. Já a Organização Internacional do Trabalho - OIT, através da sua Convenção n. 111, que versa sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão, estabelece uma política de promoção, pelos países ratificantes, da igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, como forma de eliminar toda forma de discriminação.

Em seu art. 1º, a Convenção n. 111 da OIT estabelece, *in verbis*:

Art. 1º Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão [...]

O estudo do princípio da não-discriminação interessa na medida em que condutas discriminatórias se mostram como as grandes causadoras do assédio moral nas relações de trabalho. Muitas vezes, o terrorismo no trabalho não se exterioriza apenas como forma do abuso do poder hierárquico (assédio moral vertical), mas também como forma de exteriorização de um preconceito existente na própria intimidade do assediador, o qual pode estar ou não, como visto alhures, no mesmo nível hierárquico da empresa em relação ao assediado.

A Lei nº 9.029/95¹³ mostra-se, nesse sentido, um instrumento hábil

¹³ Essa Lei, além de dar outras providências, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos de admissão ou de permanência.



para coibir a discriminação nos casos de assédio moral no trabalho. Em seu art. 4º, a referida Lei estabelece que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre sua readmissão, com pagamento integral de todo o período de afastamento, com juros e correção monetária, ou a percepção em dobro referente ao período em que permaneceu afastado, também com juros e correção monetária¹⁴.

Como verificado, a aplicação do melhor direito para os casos de assédio moral ocorridos no ambiente de trabalho requer a análise acurada de diversos dispositivos insertos no ordenamento jurídico.

Por este motivo, o trabalho, neste ponto, buscou sintetizar o regramento aplicável ao fenômeno, tudo com vistas a garantir a correta defesa dos direitos daqueles vitimizados pelo terrorismo psicológico. Cumpre agora, outrossim, adentrar à seara da responsabilização daqueles que praticam os aludidos atos atentatórios.

4 MEDIDAS PREVENTIVAS E REPRESSORAS NO COMBATE AO TERRORISMO PSICOLÓGICO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Visualizado o prejuízo provocado pelas consequências físicas e psíquicas do assédio moral no ambiente de trabalho, é mister evidenciarmos, nessas linhas, quais as formas mais eficientes de controle do crescimento da incidência do fenômeno das sociedades atuais.

Inicialmente, esclarece-se que, melhor do que remediar o problema posto, é prevenir a sua ocorrência. Desse modo, as medidas preventivas devem ser priorizadas e podem ser adotadas na circunscrição da própria empresa de modo a evitar a incidência de casos de assédio moral, sendo, assim, demasiadamente mais eficientes e baratas do que a assunção dos encargos oriundos desse fenômeno.

Como anota Sônia Mascaro Nascimento (2011, p. 129), *in verbis*:

¹⁴ Insta ressaltar que nada impede que o trabalhador faça *jus* tanto à estabilidade prevista no art. 118 da Lei 8.213/91 (nos casos de doenças de trabalho decorrentes de assédio moral) quanto à indenização ou readmissão estabelecida na Lei 9.029/95 (casos de assédio moral provocado por condutas discriminatórias).



Isso quer dizer que o tratamento em tempo de possíveis males advindos do trabalho e sua prevenção sempre serão mais eficientes e benéficos à organização empresarial, por meio do investimento na qualidade das condições laborais, do que suportar todos os encargos econômicos desses males, tais como queda na produtividade, desestímulo dos trabalhadores, maior número de faltas por motivos de saúde, pedidos de demissão (com o pagamento das respectivas verbas rescisórias), eventuais indenizações por dano moral, etc.

Nessa perspectiva, os próprios profissionais de recursos humanos podem promover programas de prevenção de riscos laborais, criando um ambiente saudável no âmbito da empresa. Cita-se, assim, como possibilidades de ações preventivas a criação de programas de seleção de profissionais, a instituição de mudança organizacional e a promoção de programas de incentivo e reconhecimento.

Sendo o assédio moral problema intimamente relacionado à saúde e segurança ocupacionais, devem os empregadores estar sempre atentos para as condutas inseguras e para as condições de trabalho que favorecem a ocorrência de violência moral. A empresa deve sugerir uma mudança dos comportamentos falíveis dos trabalhadores, bem como orientar os chefes de pessoal, diretores e outros executivos sobre a melhor forma de lidar com seus empregados, evitando qualquer tipo de agressão psicológica.

As próprias *Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho* podem servir de instrumento para a prevenção do terrorismo psicológico no trabalho. Dotados de efeitos normativos e obrigacionais, tais instrumentos podem estipular regras sobre medidas preventivas de assédio moral de modo a gerar eficácia e segurança jurídica aos empregados.

Nesse tom, percebe-se que diversas medidas podem ser tomadas tanto por parte da empresa como por parte do assediado do que tange ao assédio moral.

Com relação à empresa, temos que esta pode formar e informar seus trabalhadores e gerentes a respeito do assédio moral, treinando estes últimos com técnicas de administração; possibilitar a participação efetiva dos trabalhadores na vida da empresa de forma a garantir-lhes maior autonomia; definir tarefas, funções e condições de trabalho; declarar expressamente que a empresa não tolera condutas que constituam abuso de poder; planificar as relações sociais no quadro pessoal; incentivar as boas relações de trabalho;



entre outros (NASCIMENTO, 2011, p. 143-144).

No que diz respeito ao assediado, este deve nunca permanecer em silêncio diante de uma situação de assédio; deve socializar o tema, não buscando solucionar sozinho o problema, de forma a evitar problemas de saúde e desgastes mentais; deve afastar pensamentos de desvalorização; e, por último, diante da gravidade do assédio moral provocado, apresentar denúncia à Delegacia Regional do Trabalho ou ao Ministério Público do Trabalho, bem como ajuizar demanda perante a Justiça do Trabalho (NASCIMENTO, 2011, p. 144).

Partindo-se para a seara das medidas repressoras, cabe, inicialmente apontar a dificuldade de demonstração da violência psicológica sofrida pela vítima, uma vez que tanto o assediador costuma manipular a vítima a crer que a situação de assédio é fruto da sua imaginação quanto a vítima normalmente desenvolve mecanismos psicológicos de ocultação da realidade para evitar o sofrimento.

Desse modo, uma vez que a norma estatal pode não existir de modo expresso para proteger diretamente a vítima de assédio moral, assim como o formalismo do Judiciário pode acabar por não compreender a realidade posta, o instrumento de *Negociação Coletiva* com a empresa se mostra essencial na repressão ao terrorismo psicológico laboral. Este instrumento deve regulamentar, assim, aspectos concretos da saúde e segurança ocupacionais.

No plano da responsabilidade trabalhista, temos que as lesões sofridas pelo assediado são plenamente passíveis de indenização por danos morais, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, garante a todo cidadão a indenização por todo dano decorrente de violação à sua intimidade, vida privada, imagem e honra. Ressalta-se, aqui, a importância no Poder Judiciário na repressão ao assédio moral por meio dos institutos jurídicos disponíveis¹⁵.

Na seara infraconstitucional, o art. 4º da Lei 9.029/95 garante ao assediado, como visto anteriormente, a escolha entre a readmissão com ressarcimento do período de afastamento ou a percepção em dobro da remuneração devida no período de afastamento¹⁶.

¹⁵ A jurisprudência nacional aponta a Competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar pedido de indenização pro dano moral oriundo de imputação caluniosa.

¹⁶ Cumpre alertar que os Tribunais pátrios têm considerado o art. 1º da Lei 9.029/95, que caracteriza a discriminação, como um rol taxativo, não aceitando outros atos discriminatórios não compreendidos em seu texto como causadores do direito à readmissão ou indenização correspondente.



Com relação à responsabilidade civil da empresa, alguns detalhes merecem destaque. Como se sabe, responsabilidade civil corresponde à aplicação de medidas à determinada pessoa para reparação de dano moral ou patrimonial causado a terceiros, o qual pode decorrer de ato próprio, de ato praticado por pessoa por quem ela responde, do fato de alguma coisa ou da própria imposição legal. Essa responsabilidade divide-se em objetiva e subjetiva, sendo a última aquela em que prepondera o dano, sendo desnecessária a caracterização da culpa.

Acorde com a CLT, em seu art. 483, alíneas *d* e *e*, o assédio moral autoriza ao empregado a pleitear a rescisão indireta do contrato, uma vez que corresponde tanto a descumprimento de obrigação contratual como implica ato lesivo à honra e boa fama.

Tratando-se de assédio moral praticado por empregado da empresa, a conduta ilícita enseja a rescisão do contrato de trabalho do assediador por justa causa, na forma do art. 482, alínea *j*, da norma consolidada. No caso de o assediador ser o próprio empregador, deve-se aplicar a regra da responsabilidade civil subjetiva, uma vez presentes os elementos correspondentes, isto é, ato ilícito, dano e nexo causal.

Noutro giro, o ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes dos arts. 932, III, 933, 934 e 935 do Código Civil, combinados com os arts. 1.521, III, 1.522 e 1.523 do mesmo diploma, garante que o empregador deve responder pelos danos que causar a terceiros em decorrência de obrigação contraída pela empresa, por atos praticados por seus empregados ou prepostos, com fundamento nas culpas *in vigilando* e *in eligendo*, entendimento este ratificado pela súmula nº 341¹⁷ do Supremo Tribunal Federal (NASCIMENTO, 2011, P. 165).

Os empregadores, entretanto, poderão descontar eventuais prejuízos causados pelo empregado caso este tenha agido com dolo ou houver permissão de Contratos Individuais ou Coletivos de Trabalho, admitindo-se a propositura de ação regressiva contra o empregado (havendo dolo ou culpa do mesmo) ou denúncia da lide.

Por todo o exposto, verificadas as formas de composição dos danos sofridos em virtude de assédio moral, percebe-se o papel fundamental do Poder Judiciário na punição de empresas e empregados que praticam a violência psicológica no âmbito do trabalho.

¹⁷ Na redação da referida súmula encontramos a regra de que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.



Juntamente com esse Poder, o Ministério Público do Trabalho também possui extrema importância na repressão do fenômeno, na medida em que perseguir modelo de relação de trabalho reverente à dignidade da pessoa humana é tarefa que está entre suas atribuições permanentes.

Desse modo, tendo em vista que o assédio moral vulnera de forma robusta a dignidade dos trabalhadores, é dever do *parquet* adotar procedimentos judiciais ou extrajudiciais – tal como o termo de ajustamento de conduta – para a solução do problema na empresa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em remate ao que propugnado neste bosquejo, conclui-se que o assédio moral no ambiente laboral é fenômeno decorrente de contexto econômico-cultural que favorece a flexibilização e precarização das relações de trabalho, o qual cria um ambiente propício ao desenvolvimento de políticas perversas entre os trabalhadores.

Ex positis, procurou-se demonstrar neste trabalho de que forma o terrorismo psicológico no trabalho representa ofensa direta ao direito à saúde e ao princípio da não-discriminação, atingindo, portanto, direitos público-subjetivos fundamentais ao digno desenvolvimento físico e mental dos indivíduos. Por ofender direitos tão essenciais, o assédio moral requer, antes de qualquer coisa, a atuação preventiva dentro do âmbito da própria empresa.

Em face da análise e posicionamento adotado no presente estudo, insta ressaltar, à guisa de considerações finais, que a regulamentação legal do instituto não é o fator mais importante para a alteração da estrutura de desumanização do ambiente de trabalho. Apesar da importância dos regramentos jurídicos, foi possível verificar que apenas a conscientização da vítima e do agressor, assim como de toda a sociedade, poderá reverter o quadro de intensificação profunda dos casos de comportamentos abusivos no ambiente laboral.

Neste tom, reitera-se a necessidade de atuação preventiva e repressiva no controle da violência moral no trabalho. Apesar de importante, a atuação isolada do Judiciário na aplicação de indenizações e na responsabilização dos assediadores não é suficiente para coibir o contexto de acentuação da ocorrência de assédio moral ínsita às últimas décadas.

Avulta, portanto, reconhecer-se a necessidade de desmistificação do assédio moral, visualizando-o como fenômeno recorrente nas relações de



trabalho e que precisa ser amplamente debatido e prevenido no âmbito da empresa, fazendo-se uso, inclusive, de negociações coletivas.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russel, 2004.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THOME, Candy Florencio. **O assédio moral nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

PSYCHOLOGICAL TERROR IN LABOR ENVIRONMENT AS AN ULTRAGE TO HEALTH RIGHTS AND TO THE NON-DISCRIMINATION PRINCIPLE



ABSTRACT

Psychological terrorism in the labor environment directly violates people's fundamental rights, overall worker's personality rights. The growing incidence of such phenomenon in labor relations comes from the cultural and economic context where work, becoming precarious, commits the solidarity between workers. Having in mind that it is causes of various diseases and exteriorizes forms of prejudice, the phenomenon directly violates the constitutional right to health and the non-discrimination principle. Moral aggression in labor environment, or simply bullying, corresponds to violent and constant attacks to the worker personality during the execution of work. Therefore, it's necessary to prevent and repress moral aggression, avoiding the silence, so common at such type of violence. It is duty of the Company to prevent the occurrence of the phenomenon. The Judiciary must guarantee the labor and civil responsibility of the Company that proceeds or omits itself in face of moral aggression. The Public Ministry of Labor is up to investigate this kind of violence, protecting the workers fundamental rights.

Keywords: Moral aggression. Labor environment. Health rights. Non-discrimination principle. Prevention. Repression.



OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: DA PERSUASIVIDADE À VINCULATIVIDADE

Vagner Liger de Mello Monteiro

Acadêmica do 8º período do Curso de Direito da UFRN
Monitora de Direito Processual Civil III

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Professora-orientadora

RESUMO

O presente trabalho tem em vista destacar o crescimento do instituto dos precedentes judiciais no Brasil nos últimos anos, com o advento de diversos instrumentos legais que o fizeram, acrescentando ao repertório precedentalista pátrio algumas espécies pouco ou talvez nunca utilizadas em nosso país, como os precedentes com caráter obstativo de revisão de decisões e, até mesmo, com natureza vinculante. Propõe-se aqui, além de um retrospecto histórico do instituto, à tarefa de denotar os benefícios que o fortalecer dos precedentes pode trazer nesta onda precedentalista, como a celeridade na prestação jurisdicional, segurança jurídica, confiabilidade, acesso à justiça e economia. Por outro lado, os precedentes não estão imunes às críticas. A análise de algumas delas visa desvendar a viabilidade da importação de um instituto jurídico oriundo de países cuja cultura jurídica é deveras distinta da brasileira.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Crescimento. Onda precedentalista. Críticas. Viabilidade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito brasileiro vem experimentando, de pouco mais de dez anos para cá, com o advento da Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998¹, uma alteração substancial em sua essência. Trata-se do avigoramento dos precedentes judiciais, que vêm passando gradativamente a deter papel significativo como importante mecanismo de exteriorização do direito, figurando-se tal instituto como genuína fonte de direito em nosso sistema jurídico.

O precedente judicial trata-se, pois, de uma construção típica do Direito da *Common Law*, de origem anglo-saxã, a qual utiliza dos costumes e da tradição como primordial fonte de direito.

O Brasil, por ser, nesse aspecto, herdeiro da cultura jurídica romano-germânica - a qual tem a Lei como fonte de direito por excelência - em matéria de fontes de direito, costuma relegar os precedentes a segundo plano. Além do que, tende a enxergar o precedente como um instrumento meramente persuasivo (SOUZA, 2007).

Ocorre que, já há algum tempo, “há circulação de soluções e propostas entre a família romano-germânica, da qual faz parte o direito brasileiro, e a família da *common law*” (PORTO, 2011, p. 5), de maneira a se perceber uma “convergência” entre essas duas famílias jurídicas, que se tornou permitida pela globalização e se acentuou, com o passar do tempo, na medida em que a comunicação entre os países se tornou mais intensa (PORTO, 2011).

Contudo, atribuímos aos motivos da onda precedentalista aqui explicitada não apenas à globalização, mas também ao fato de o Brasil viver, hodiernamente sob o auge dos princípios.

É que há uma utilização indiscriminada dos princípios pelo magistrado brasileiro, o qual, sob o pretexto de um dos inúmeros princípios existentes no ordenamento jurídico pátrio, fundamenta qualquer tese jurídica, guiando as suas predileções pessoais, o que, concluímos, causa insegurança, desigualdade e desprestígio ao Judiciário (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009).

Percebe-se, portanto, que há um movimento precedentalista do direito brasileiro, resultante de dois fatores, a saber, (1) a *commonlawlização* do direito brasileiro, utilizando-se da arguta expressão forjada por Sérgio Gilberto Porto

¹ A Lei 9.756 de 1998 lançou o primeiro precedente obstativo de revisão de decisões no Código de Processo Civil, em seu art. 557. Além disso, depois deste diploma legal, vários precedentes foram surgindo gradativamente, caracterizando uma onda precedentalista no Brasil.



(2011); e (2) a crise pela qual vem atravessando o Poder Judiciário brasileiro.

2 COMPREENDENDO O PRECEDENTE JUDICIAL

Conforme ensina o jurista potiguar Marcelo Alves Dias de Souza (2007), ao contrário do que podem pensar os mais desavisados, o precedente judicial não é algo exclusivo aos países herdeiros do direito da *Commom Law*, mas uma realidade presente em todo sistema jurídico, vez que, explica Souza, *onde há atividade jurisdicional, há precedente*.

O que de fato diferenciaria o uso dos precedentes, nas duas espécies de sistemas, para este estudioso dos precedentes, seria a sua obrigatoriedade: em alguns países, o precedente é predominantemente vinculante, enquanto que, em outros, os precedentes costumam ter função meramente persuasiva. Percebe-se, no entanto, que esta se trata de uma ótica estática, sem levar em conta a mencionada troca de soluções entre os sistemas apontada por Sérgio Gilberto Porto (2011).

Mas toda e qualquer resultado do exercício da jurisdição produz precedente? Em outras palavras, quando uma decisão judicial tem o condão de servir como precedente a outras decisões? E mais: numa decisão judicial, o que forma um precedente: o seu inteiro teor ou apenas parte da decisão?

2.1 Espécies de pronunciamento judicial aptos a formar precedentes – conceituação do instituto – distinção entre precedente e jurisprudência

O precedente judicial, segundo o magistério de Henry Campbell Black (*Apud* SOUZA, 2007, p. 1), trata-se de “um caso sentenciado ou decisão de uma corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”. Como se vê, por este entendimento, o precedente é fruto de decisão resultante de cognição exauriente (sentença ou acórdão).

Para outros, o precedente seria “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 381). Por esta concepção, mais abrangente que a primeira, pode-se inferir que o precedente nasce não apenas de sentença ou acórdão, mas também de decisões interlocutórias. A definitividade, em nosso entender, não constitui requisito para a formação do precedente. Em função disso, entendemos mais



adequado esta conceituação do instituto sob análise.

Afinal, em decisões interlocutórias também se veiculam teses jurídicas, eis que, nelas, também há a exigência de fundamentação (art. 165, Código de Processo Civil²). Com efeito, eventual tema polêmico, suscitado em sede de liminar, demandaria uma decisão interlocutória. Para bem defender a tese que permitiria uma antecipação dos efeitos da tutela, a parte requerente, ao se utilizar de fundamento de decisão interlocutória de caso análogo no qual foi concedida a medida de urgência, utiliza-se de um precedente, ainda que apenas com caráter persuasivo, demonstrando a plausibilidade de sua tese. Portanto, independente da natureza do pronunciamento, se provisória ou definitiva, se decisão interlocutória ou sentença/acórdão, contanto que detentora de carga decisória, há potencialidade para formar precedente sobre determinada matéria de direito.

O estabelecimento da premissa acima se mostra bastante relevante para que se deixe lúcido que precedente e jurisprudência são institutos que não podem ser confundidos. O termo jurisprudência serve, pois, não raras vezes, para se referir, de maneira equívoca, a uma decisão judicial isolada, conforme menciona Marcelo Alves Dias de Souza (2007), citando os vários sentidos imputados ao termo jurisprudência. Some-se a isso o fato de que jurisprudência, na acepção mais comumente empregada, significa um conjunto de decisões *definitivas* apontando para um mesmo sentido, emanada não por um órgão jurisdicional qualquer, mas por um tribunal - ou por vários tribunais -, a respeito do mesmo caso sobre dada matéria (VIGLIAR, 2003).

Por conseguinte, não há que se confundir precedente e jurisprudência, assim como não há que se pensar que, tal qual a jurisprudência, o precedente teria como pressuposto a definitividade das decisões.

2.2 Os elementos do precedente

Questão de grande utilidade no manuseio do precedente diz respeito a quais elementos da decisão são levados em conta para os casos futuros semelhantes. Antes, necessário se faz uma breve análise dos elementos da decisão judicial em si.

A sentença, segundo exige o Código de Processo Civil, em seu art.

² Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.



458³, é composta de três elementos, quais sejam, o relatório fático, a fundamentação e o dispositivo.

Quanto às decisões interlocutórias, outra modalidade de pronunciamento judicial com caráter decisório, embora não haja previsão legal, acaba-se utilizando para elas analogicamente a mesma estrutura da sentença.

Para o precedente judicial, com base na literatura anglo-americana sobre o tema, importa apenas distinguir as questões de fato e de direito. Ensinam, neste sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, com base nas lições de José Rogério Cruz e Tucci, enfatizando a importância das razões da decisão:

De acordo com Cruz e Tucci, “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, deve-se entender que o que tem caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente. (2010, p.381)

Como se vê, a *ratio decidendi*, embora não seja o único elemento do precedente, é tido como o mais importante, eis que, a partir dele que é extraído o direito, levado a cabo para as decisões futuras semelhantes.

Além disso, faz-se relevante mencionar a figura do *obiter dictum*, ou, em vernáculo, dito de passagem. Tal elemento, recorrendo-se mais uma vez das lições de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

Consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (2010, p. 383).

³ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.



Depreende-se das lições acima que, da fundamentação, ainda há de se retirar eventuais elementos acessórios, ditos de passagem, para a extração da *ratio decidendi*. Não nos ateremos, contudo, à análise das técnicas de identificação da *ratio decidendi*, tarefa deveras arduosa, que conduziria o presente trabalho para objeto diverso do pretendido⁴.

Por último, insta relatar que não há que se confundir a difusão dos precedentes no Brasil com um espraiamento dos limites subjetivos da coisa julgada, já que esta apenas manuseia a parte dispositiva da sentença. Por cuidarem de elementos distintos da decisão judicial, trata-se de instituto que não podem ser confundidos.

2.3 Compreendendo melhor a onda precedentalista a partir da classificação dos precedentes

Dentre as inúmeras classificações possíveis, adotamos a proposta por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010), vez que leva em conta, como critério, os efeitos jurídicos produzidos pelos precedentes brasileiros concebidos na onda precedentalista em destaque neste estudo.

Para estes doutrinadores, o precedente judicial se classificaria em:

a) Precedente vinculante/obrigatório: quando dotado de autoridade vinculante em relação aos casos futuros semelhantes, como é o caso das Súmulas Vinculantes⁵, das Súmulas Persuasivas em relação ao próprio tribunal editor, das decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade, bem como da Repercussão Geral dos Recursos Especial e Extraordinário (arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil); b) Precedente obstativo da revisão de decisões: quando possui o dom de afastar a possibilidade de conhecimento de recursos pelo juízo de segundo grau, como é o caso dos dispositivos do Código de Processo Civil encartados nos artigos 475, §3º; 518, §1º; 544, §§3º e 4º e o precursor 557; c) Precedente persuasivo: quando serve apenas de “indício de uma solução socialmente racional e socialmente adequada” (TUCCI *apud* DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 390), destituída

⁴ Sobre a *ratio decidendi*, Marcelo Alves Dias de Souza (2007) dedica generosas 15 páginas na análise do instituto.

⁵ Assim como os ilustres autores a que fazemos menção, consideramos as súmulas vinculantes como espécie de precedente, embora este instituto comporte algumas peculiaridades.



de caráter obrigatório. Como exemplo de precedente persuasivo, temos as Súmulas editadas pelos tribunais superiores.

Fixadas as bases com tal classificação, fica cristalino o movimento precedentalista que ocorre no Brasil, como se verá nas linhas adiante, eis que, de um quadro predominantemente persuasivo, o precedente brasileiro ganhou, com esta onda precedentalista, espécies obstativas de revisão de decisões, bem como figuras vinculantes.

3 HISTÓRICO DOS PRECEDENTES NO BRASIL

Se onde há jurisdição há precedente (SOUZA, 2007), no Brasil, não poderia ser diferente. Desde o monopólio jurisdicional imposto pela colonização lusitana, a figura do precedente se faz presente. Aliás, durante toda a história do Direito brasileiro, verificam-se, inclusive, alguns lampejos de vinculatividade, como se verá nas linhas a seguir, inobstante a grande predominância do seu caráter persuasivo. Foi assim com os assentos expedidos pela Casa de Suplicação de Lisboa⁶, de observância obrigatória em terras tupiniquins; sem falar do Recurso de Ofício⁷, implantado na Era Vargas – mecanismo repressivo de controle político da atividade jurisdicional, típico do regime ditatorial da época, o qual determinava que a interpretação de Lei Federal pelas instâncias inferiores fosse, obrigatoriamente, tal quais os precedentes do Supremo Tribunal Federal⁸ (BEZERRA, 2009). Podem-se mencionar, ainda, os prejulgados Trabalhistas (antigo art. 902 da CLT, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 8.737/46) e Eleitoral (com previsão no art. 263 do Código Eleitoral), ambos com a vigência afastada ulteriormente⁹.

⁶ Vigeu durante o curto período entre 1875, com a edição do Decreto 2.684 – que determinou a obediência aos assentos expedidos em Lisboa –, e 1876, com a edição do Decreto 6.142 – que devolveu ao Supremo Tribunal de Justiça a competência para expedir os assentos (BEZERRA, 2009).

⁷ Lançado pelo Decreto 23.055/1933, mas ulteriormente não recepcionado pela Constituição de 1946.

⁸ Neste diapasão, interessante se faz mencionar a colocação do preclaro Paulo Renato Guedes Bezerra, quando aduz que “a função dos precedentes varia de acordo com o regime político dominante no país.” (2009, p. 42).

⁹ O art. 902 da CLT foi interpretado como não recepcionado pela Constituição de 1946. No entanto, tal afastamento apenas ocorreu em 1977, pelo STF, por haver, à época, quem interpretasse o referido dispositivo como uma afronta ao princípio da tripartição de poderes. O art. 263 do Código Eleitoral, por sua vez, teve sua aplicabilidade afastada pelo próprio Tribunal Superior



Afora esses efêmeros casos de vinculatividade, importante se faz registrar o contexto de surgimento da figura talvez mais difundida de precedente no Brasil: as Súmulas - de cunho persuasivo - as quais, inicialmente, eram de uso exclusivo do Supremo Tribunal Federal, mas que, posteriormente, os demais tribunais passaram a lançar mão deste mecanismo para consolidar os seus julgados. Com surgimento nos idos de 1963, pelo Ministro Victor Nunes Leal, as Súmulas tiveram como escopo sanar a grande situação de sobrecarga pela qual passava a Suprema Corte, diante das numerosas e reincidentes demandas análogas (BEZERRA, 2009).

Em 1998 - com a edição da Lei 9.756 -, o quadro de predominância dos precedentes persuasivos começou a mudar gradualmente. Iniciou-se, a partir daí, uma série de alterações ao ordenamento jurídico brasileiro, acrescentando ao repertório precedentalista pátrio algumas espécies pouco ou talvez nunca utilizadas em nosso país, alguns deles com caráter obstativo de revisão de decisões e outros de natureza vinculante. A referida lei, que alterou alguns dispositivos do Diploma Processual Civil, deu nova redação do art. 557, o qual passou a permitir que o relator negue prosseguimento a recurso contrário à súmula¹⁰ ou à jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Cuida-se, portanto, o *caput* do art. 557, de típico precedente obstativo de revisão de decisões.

Em 2001, foi a vez de a Lei 10.352 dar o seu contributo ao fortalecimento dos precedentes judiciais. Alterando o disposto no art. 555 do Código de Processo Civil, passou a prever, em seu § 1º, mecanismo incidente de uni-

Eleitoral, mediante acórdão de nº 12.501, DJ 10.03.1993, p. 3.478, pelo mesmo motivo que o art. 902 da CLT. A despeito de o Tribunal Superior Eleitoral não deter competência para fulminar texto de lei - e daí o motivo pelo qual o dispositivo em comento ainda não se encontra oficialmente revogado - o Tribunal de cúpula da Justiça Eleitoral abdicou da própria competência de editar o prejudgado. Curiosa e paradoxalmente, percebe-se que o uso do precedente vinculante pela Justiça Eleitoral foi afastado por uma decisão que produziu efeitos obrigatórios.

¹⁰ Neste momento, as súmulas, que até então tinham efeito meramente persuasivo, passaram a ter um maior poder de vinculação, especificamente na oportunidade de interposição de recursos. Observe que não se pode confundir tal vinculatividade que fora conferida nestas ocasiões às Súmulas Persuasivas com as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal, que passaram a existir por força de criação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Este é um típico exemplo de precedente obstativo da revisão de decisões, na classificação proposta por Didier Júnior, Braga e Oliveira (2010), dentre as outras espécies da classificação, a saber, o precedente vinculativo e o precedente persuasivo. Embora não esteja esta espécie de precedente situada dentre os vinculantes, não se pode negar a significativa carga de vinculatividade do precedente obstativo da revisão de decisões.



formização jurisprudencial pelos próprios tribunais de segundo grau, evitando que certos dissídios jurisprudenciais cheguem ao Superior Tribunal de Justiça.

O ano de 2004, no entanto, aparece como um marco no direito brasileiro para a evolução do precedente. Com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conhecida também como Reforma do Judiciário, que elegeu a duração razoável do processo como direito fundamental, passando a ter previsão no rol do art. 5º, foram instituídas as Súmulas Vinculantes (art. 103-A, CF), de competência do Supremo Tribunal Federal; afora o surgimento da preliminar de Repercussão Geral aos Recursos Extraordinários. Com isso, passou a haver uma mobilização ainda maior do Legislativo, por determinação da própria Emenda, encartada no art. 7º do seu texto original, para a concretização da reforma. Impôs o aludido dispositivo:

Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

Plantadas as sementes, surgiram os frutos com o advento de mais inúmeros diplomas legais engajados na efetividade da Emenda Constitucional. Dentre os de maior relevo¹¹, encontram-se a Lei 11.417/2006, que disciplina as Súmulas Vinculantes; a Lei 11.418/2006, a qual institui no Código de Processo Civil a preliminar de Repercussão Geral, trazendo a possibilidade de tomar uma causa como paradigma para as demais que sejam idênticas, sobrestando o curso do processamento destas enquanto não julgada a causa eleita como paradigma¹²; além da Lei 11.672/2008, que instituiu também ao Recurso Es-

¹¹ Necessário se mostra fazer menção também à Lei 11.276/2006, que instituiu, no art. 518, § 1º, do CPC, a proibição ao juízo *a quo* de dar prosseguimento a recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou STF (precedente obstativo da revisão de decisões); bem como à Lei 11.277/2006, que lançou o art. 285-A do Código de Processo Civil, criando a possibilidade de improcedência da ação antes mesmo da citação, caso se trate de matéria de direito já apreciada pelo juízo competente (mais conhecida como julgamento de improcedência *prima facie*).

¹² Instituto que cria critério de admissibilidade preliminar aos Recursos Extraordinários e atribui, destarte, ao Pretório Excelso a competência para julgar Recurso Extraordinário tão-só às causas



pecial o critério de admissibilidade preliminar da Repercussão Geral.

A evolução realçada neste estudo, contudo, não se encerra por aqui. O Projeto de Lei nº 166 de 2010, que se encontra atualmente em trâmite no Congresso Nacional para instituir um novo Código de Processo Civil, pretende dar prosseguimento às inovações tendentes ao fortalecimento dos precedentes, ensejando, destarte, que sejam vislumbrados os próximos passos da *evolução* que se encontra em curso. A inovação que se propõe a lançar o referido projeto de lei traz a possibilidade de os próprios tribunais de segundo grau adotarem casos paradigmáticos para as questões recorrentes, sobrestando o curso dos processos idênticos enquanto não julgado o caso conferido como paradigma, mediante o denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas¹³ (Capítulo VII do Livro IV, arts. 894 a 906, PL 166/2010).

4 ASPECTOS POSITIVOS NUMA AMPLA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

De início, entenda-se por ampla utilização dos precedentes como o uso pelos Tribunais de não apenas precedentes de caráter persuasivo, mas também de figuras de cunho *obstativo da revisão de decisões* e *vinculativo*.

O Poder Judiciário brasileiro, já há algum tempo, sofre inúmeras críticas acerca da morosidade na entrega da prestação jurisdicional, bem como da contradição entre pronunciamentos proferidos pelos órgãos jurisdicionais. Tal fato não constitui nenhuma novidade.

Não obstante algumas dessas críticas serem um tanto severas e injustas, em vista da infundável demanda que chega ao Judiciário - consequência da cultura contenciosa brasileira -, há motivos que concorrem para essa crise e que são merecedores da atenção do jurista brasileiro, como é o caso dos problemas de lentidão e contradição, supramencionados.

A questão da morosidade, exemplificativamente, não fica adstrita, como consequência, à frustração do jurisdicionado com o sistema, mas diz

que atinjam uma generalidade de pessoas, transformando o STF num tribunal que se ocupa, razoavelmente, não com causas adstritas às partes, e sim com causas que abarcam uma coletividade de pessoas.

¹³ Algo bastante semelhante com o que fazem o STF e o STJ com os recursos Extraordinário e Especial, respectivamente, após o surgimento da Repercussão Geral.



respeito ao próprio direito de acesso à justiça, encartado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal¹⁴. Endossa essa tese o célebre processualista italiano Mauro Cappelletti, referência internacional no tema do acesso à justiça, quando prelecionou, à época em que escreveu *Acesso à Justiça*, que, para o efetivo acesso, é necessária uma reforma dos procedimentos judiciais em geral visando um processo civil simples, rápido, barato e acessível aos pobres (1988). Parece que a pretendida reforma de Mauro Cappelletti já se encontra num avançado caminhar em relação aos óbices econômicos de acesso a justiça¹⁵. A reforma com vista à rapidez, de seu turno, mostra-se ainda carente de consolidação.

A questão da igualdade, por sua vez, diz respeito a um velho ideal político, que ainda não se encontra plenamente traduzido para o plano jurídico-prático, a saber, a igualdade perante a lei. Refere-se, na seara prática, à flagrante injustiça que se comete quando se proferem duas decisões judiciais distintas a casos idênticos, sem que algum dos casos detenha justa causa fática que autorize a discriminação¹⁶, dando azo, destarte, a uma grande insegurança jurídica. Essa lamentável realidade é levada ao que Cândido Rangel Dinamarco (*Apud* VIGLIAR, 2003) denomina de “jurisprudência lotérica”, segundo o qual, levaria esta situação ao pensamento pelo jurisdicionado de que, se tiver sorte, sua causa será distribuída para um julgador defensor de tal ou qual posicionamento¹⁷.

Ocorre que lentidão e contradição são apenas alguns dos sintomas de uma chaga maior, qual seja, a desuniformização na resolução de causas similares reiteradas. Assim como, com um enfermo, o profissional da saúde necessita investigar os sintomas para descobrir a patologia, real causadora dos sintomas – a fim de evitar que se prescrevam soluções paliativas aos sintomas –,

¹⁴ Embora o acesso à justiça não seja expressamente consagrado neste dispositivo, pode-se fazer menção indireta a este inciso, por uma interpretação teleológica e histórica, sobretudo quando se tem em vista o texto original da Emenda Constitucional nº 45 – que acresceu ao rol do art. 5º o inciso LXXVIII –, no trecho do art. 7º que diz: “[...] bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional” [grifo acrescido]

¹⁵ Haja vista a instalação das Defensorias Públicas e dos demais meios de assistência jurídica gratuita ao necessitado.

¹⁶ Utilizando-se, aqui, por analogia à igualdade perante a lei, o critério proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra ímpar sobre o princípio da igualdade (2010).

¹⁷ Há que se fazer menção, ainda, a um jargão bastante utilizado no meio jurídico que reflete essa deplorável realidade, expressa na frase debochável: “de cabeça de juiz e fralda de neném, ninguém sabe o que pode sair”. Seria cômica a referida frase, se não fosse trágica tal realidade.



com os sintomas que vêm atacando o Poder Judiciário brasileiro (morosidade, desigualdade, descrédito), exsurge a necessidade de uma detida análise para desvendar a chaga causadora de tais sintomas. Não à toa, o precedente judicial, no Brasil, tem-se difundido, transformando-se num importante instrumento na tentativa de solucionar os referidos problemas.

Sobre as benesses que a atribuição de efeitos vinculantes trazem às decisões judiciais, o jurista americano Farnsworth (*Apud* SOUZA, 2009), em análise ao sistema do *stare decisis*¹⁸ – instituto americano de precedentes vinculantes –, aduz que o benefício do uso dos precedentes com efeitos obrigatórios revelam-se no quadrimônio *igualdade, segurança, economia e respeitabilidade*.

Além da *igualdade* e da *segurança jurídica*, já analisados em momento oportuno, a *economia* realça-se no que o Judiciário há de poupar com trabalho, tempo e energia, quando deixa de apreciar determinada matéria a fundo para seguir o entendimento já consolidado. A *respeitabilidade*, por sua vez, refere-se a uma consequência da própria segurança jurídica: uma vez que não haja decisões divergentes para casos de grande similitude, existirá respeitabilidade pela sociedade para com o Judiciário.

As causas acima apontadas não esgotam os benefícios que o uso do precedente judicial pode trazer – e já está trazendo – ao direito brasileiro¹⁹. Contudo, não se pretende, com esse trabalho, ficar restrito aos aspectos benéficos do instituto sob análise, já que nenhum instituto jurídico está livre de seus aspectos negativos, e não seria diferente com os precedentes judiciais.

5 AS CRÍTICAS À AMPLA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Inobstante as facetas benéficas da ampla adoção dos precedentes judiciais, que se tentou denotar nas linhas pretéritas, há quem critique duramente os precedentes, pelos mais diversos motivos. Dentre eles, serão analisados os dois principais, sem a pretensão de esgotar as críticas, nem mesmo de advogar pela perfeição do instituto²⁰.

¹⁸ Derivado da máxima latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso”.

¹⁹ Marcelo Alves Dias de Souza (2007), por exemplo, traz ainda as vantagens da previsibilidade, precisão e aprimoramento do trabalho decisório do juiz.

²⁰ Além das críticas apresentadas nesse estudo, relevante se faz mencionar demais outros argumentos contrários à obrigatoriedade dos precedentes vinculantes, como a rigidez do sistema,



Levando-se em consideração que (1) afora o precedente persuasivo, na classificação proposta por Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010), existem os precedentes obstativos da revisão de decisões e os precedentes vinculantes; (2) segundo estes mesmos autores, os precedentes obstativos da revisão de decisões “não deixam de ser, em última análise, um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes” (2010, p. 390); e que (3) as críticas analisadas a seguir são mais comumente dirigidas aos precedentes de natureza obrigatória, como as súmulas vinculantes; tomaremos as críticas a seguir como válidas para a ampla utilização dos precedentes, entendendo-se por ela o manuseio dos precedentes não apenas no seu restrito caráter persuasivo.

5.1 A violação ao princípio constitucional da separação dos poderes

Talvez a mais difundida crítica ao precedente judicial vinculante seja a de que a qualidade de obrigatório de que é dotado tal ou qual precedente seria uma afronta ao princípio da separação das atribuições de Poder. Enxergam os que defendem essa tese uma ofensa da observância compulsória dos precedentes aos limites de atribuição do Poder Judiciário, que não detém competência para emanar normas, sobretudo por não deter legitimidade democrática para tal. Por fruto dessa interpretação, os prejudgados trabalhista e eleitoral tiveram a sua aplicabilidade afastada, como já mencionado outrora.

Entende-se, no entanto, que a referida violação é apenas aparente, vez que o Judiciário, quando emana precedentes vinculantes, não atua no exercício de função legislativa, adotando-se a concepção das funções estatais propostas por Celso Antônio Bandeira de Mello²¹ (2010). O Poder Judiciário, pois, tem a atribuição, prevista constitucionalmente, de legislar sobre determi-

complexidade, o uso de distinções ilógicas, a morosidade no aperfeiçoamento (SOUZA, 2009), além da violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da recorribilidade.

²¹ O ilustríssimo professor Celso Antônio Bandeira de Mello leciona, em seu Curso de Direito Administrativo, que a função legislativa é aquela que “o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.” (2010, p.35). Por outro lado, a função jurisdicional é “a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso” (2010, p.36).



nados assuntos, a fim de preservar a autonomia e independência dos Poderes, a exemplo do art. 96, I, alínea “a”, da Constituição Federal. Ocorre que, nesta hipótese, o Judiciário, de fato, legisla, e o faz em conformidade com as atribuições constitucionais a ele outorgadas. No caso dos precedentes, entretanto, o Judiciário claramente atua no uso da sua função jurisdicional – vez que opera na resolução de conflitos -. O que ocorre é que, da fundamentação da decisão – fruto do exercício da jurisdição -, retira-se a sua essência para se elaborar um enunciado, que ganha maior abstração e generalidade - atributos da norma legislada - daí a confusão.

O direito é dinâmico, devendo adequar-se à realidade social da época. Em razão disso, os princípios de direito devem ser interpretados sob a ótica das necessidades sociais do momento. Não há, destarte, que se vislumbrar o princípio da separação dos poderes com a mesma concepção da época das revoluções do século XVIII, eis que os motivos que levaram a sua criação não se fazem mais presentes da mesma maneira como eram. Embora o abuso de poder ainda exista e, aliás, de forma abundante no Brasil, não se pode compará-lo com o da época absolutista.

Além disso, uma ampla adoção dos precedentes não teria o condão de retroceder a sociedade à época revolucionária.

Ao que parece, o pensamento de violação à separação dos poderes do Estado por uma ampla adoção dos precedentes judiciais se refere apenas a um temor infundado.

5.2 A violação ao princípio da livre convicção do magistrado

Outra crítica bastante comum aos precedentes vinculantes é a de que a sua vigência traria a conseqüência da mecanização do ofício do magistrado, que passaria a não exercer mais o seu livre convencimento para realizar um trabalho maquinal, livre de qualquer intelecção.

Percebe-se, todavia, que esta se trata de mais uma visão radical. Afinal, pugnar pela livre convicção do magistrado a qualquer custo, expurgando os precedentes judiciais e seus benefícios, seria enxergar o sistema, novamente, com a visão de outrora. O princípio da livre convicção do magistrado, pois, surgiu como uma resposta ao apego demasiado à lei. Aqui, assim como ocorre com o princípio da separação dos poderes, clama-se também pela mitigação



do princípio dentro da sua razoabilidade²², enxergando-se o princípio da livre convicção do magistrado de acordo com a realidade dos dias atuais, o qual deve ser amenizado ante a promoção de valores como a igualdade, segurança jurídica e celeridade, acesso à justiça.

Compartilha deste mesmo entendimento José Marcelo Menezes Vigliar, lavrando com pena de ouro:

Privilegiar as garantias do magistrado em detrimento da segurança que o jurisdicionado necessita representaria uma espécie de sanção ao jurisdicionado, que deve ir ao Judiciário e, ainda, sob o pretexto de contar com um juiz independente, receber a insegurança que essa independência pode revelar na prática, pela adoção ilimitada de teses jurídicas antagônicas para eventos idênticos. (2003, p.34)

Ainda sobre a liberdade de convicção do magistrado, completa magistralmente Vigliar, aduzindo motivos bastante convincentes:

Há que se perceber que a liberdade de atuação – essencial, reconheço – que se concede ao magistrado, ao membro do Ministério Público e aos advogados não é concedida para que protejam as suas convicções pessoais, suas preferências e predileções doutrinárias em relação a um determinado ponto-de-vista puramente técnico do direito. Menos ainda, suas convicções sociais (como a política e a religiosa). Absolutamente, não. (2003, p. 42)

[...]

Outras – e tão importantes quanto – são também as aspirações dos jurisdicionados que outorgaram aquelas garantias ao magistrado. Dentre elas, destaco a da certeza do direito material que será aplicado, ao menos enquanto tese. Ainda, de uma forma secundária para este texto, celeridade possível na solução do conflito que se apresenta à solução. (2003, p. 43)

²² É inimaginável, pois, que a vinculatividade dos precedentes teria o condão de retornar ao *status quo* anterior ao advento da persuasão racional do juiz.



Como se vê, além de ser desarrazoado evocar o princípio da liberdade de convicção do magistrado a qualquer custo, percebe-se que, neste caso, esta seria uma medida de pisotear as expectativas dos jurisdicionados.

Além de tudo já aqui exposto, por fim, merece menção o fato de que, ainda que se cheguem casos idênticos ao magistrado, terá ele, sim, o dever de analisá-lo minuciosamente, exercendo destarte uma função intelectual, para apreciar se o caso adéqua-se ao precedente, ou se é merecedor de alguma distinção para que não se enquadre no julgado-padrão. É o que, na doutrina americana dos precedentes, chama-se de *distinguishing*. Aliás, a realidade dos precedentes em terras americanas é absolutamente estranho à idéia de mecanização e rigidez, desenvolvendo-se o precedente de maneira flexível, detendo, para tal, alguns mecanismos como o citado *distinguishing* (PORTO, 2011).

Com isso, fica claro que é um tanto forçoso dizer que o ofício da magistratura ficaria mecanizado e livre de intelecção, vez que um mínimo de análise há de ser realizada para saber se determinado caso é ou não merecedor de distinção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crítica da violação ao princípio do livre convencimento do juiz, juntamente com a violação da separação dos poderes são apenas dois dos principais argumentos contrários à observância compulsória dos precedentes judiciais. Tarefa árdua e inoportuna para este trabalho seria a contra-argumentação de cada uma delas, até pelo fato de que, assim como todo instituto jurídico, o precedente não está livre de imperfeições.

A realidade do precedente judicial no Brasil é que fora implantado artificialmente, por força de lei, e não nasceu de maneira natural, pelo exercício da jurisdição. Some-se a isso o fato de que as súmulas, tanto a de caráter persuasivo, tanto a de natureza vinculante, são concebidas da elaboração de enunciados, e não extraídas da *ratio decidendi*, o que revela igualmente um caráter um tanto artificial, fruto da cultura jurídica brasileira, que ainda não se encontra acostumada à idéia de que uma decisão judicial pode surtir efeitos para outros casos semelhantes.

Inobstante as críticas apresentadas, percebe-se que na implantação do efeito vinculante ao precedente brasileiro, acreditamos que a balança pen-derá para o lado vantajoso do que para o lado desvantajoso. E o que permite



expende essa afirmação é que tal instituto, importado do direito alienígena, não está sendo implantado acriticamente, mas de acordo com as necessidades do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, tendo em vista todo o histórico dos precedentes judiciais no Brasil, difícil é crer que a *evolução* ocorrida nos últimos anos venha a desfalecer, como ocorreu com algumas isoladas tentativas de vinculatividade do precedente em outros tempos. Uma pelo fato de que estas se constituem substancialmente mais robustas do que aquelas. Além disso, como já se tentou explanar anteriormente, o terreno das mudanças recentes encontrava-se previamente arado pela superação do pensamento fundamentalista de que apenas um dos sistemas jurídicos pode vigor num ordenamento jurídico.

O direito brasileiro, contudo, carece da atenção do jurista para o tema, a fim de que uma maior produção doutrinária permita que se aperfeiçoem e se delimitem os confins do instituto ora estudado, tão instigante e tão repleto de nuances, adequando-o à realidade e às necessidades deste país que acaba de adotá-lo.

Aqui segue uma singela contribuição.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEZERRA, Paulo Renato Guedes. **A Força do Precedente na Jurisdição Constitucional Brasileira**. Natal: UFRN, 2009. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 2006.



CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5 ed. v. 2. Salvador: Jus Podium, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Processos Coletivos, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processos-coletivos.net/ve_artigo.asp?id=62>. Acesso em: 03 out. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Sumula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.

THE JUDICIARY PRECEDING IN BRAZIL: FROM PERSUADING TO ENTAILED

ABSTRACT

The target of this briefing is to detach the increasing of the entailed authority judiciary preceding in Brazil occurred in the last few years, because of the great number of legal instruments, adding to the paternal repertory preceding some kind of few or never used in our country, such as the preceding



with obstat character of review of decisions and even binding nature. It is proposed that, besides a historic retrospect, the task of denoting the benefits that these effects are bringing at this preceding wave, like the celerity of jurisdictional services, juridical reliability, justice accession and economy. Otherwise the precedings are not immune to criticism. The analysis of such precedings aims to unveil the feasibility of importing a juridical institute from countries which legal culture is indeed distinct to the Brazilian one.

Keywords: Judiciary preceding. Increasing. Preceding wave. Criticism. Feasibility.



PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA: DA SUBLIMINARIEDADE À REALIDADE

Abraão Luiz Filgueira Lopes

Especialização em Direito Tributário

RESUMO

Analisa a noção de propaganda eleitoral antecipada, mormente a publicidade eleitoral realizada sob a forma subliminar. Avocando conceitos da psicologia, filosofia e medicina, desenvolve o conceito de propaganda subliminar, demonstrando que assim podem ser definidas todas as propagandas que são recebidas pelo sistema nervoso central de maneira inconsciente. Através de mínimos estímulos, o interlocutor da mensagem publicitária é conduzido a agir de certo modo, possibilitando, então, a difusão de marcas, produtos e candidatos. Faz conhecido o fato de que a propaganda eleitoral tão-somente se pode realizar lícitamente a partir de 5 de julho de cada ano, sendo caracterizada como antecipada e ilegal as que lhe forem anteriores. Demonstra, em seguida, pelo método analítico, que alguns tribunais pátrios acabaram por confundir o conceito de propaganda subliminar. Com isso, chegou-se a entender que qualquer propaganda eleitoral sem pedido expresso de votos poderia ser considerada antecipada. Conclui, no entanto, que a caracterização da subliminarietà na publicidade eleitoral dependeria da presença de alguns caracteres, sobretudo aqueles relacionados à exposição de algum estímulo visual ou sonoro capaz de remeter

às eleições. Expõe, por fim, que a jurisprudência mais recente do Tribunal Superior Eleitoral tem se mostrado favorável à tese em questão. É da coletânea de julgados do TSE, desse modo, que a caracterização da propaganda eleitoral antecipada estaria a depender da presença de algum elemento objetivo relacionado ao pleito eleitoral.

Palavras-chave: Propaganda eleitoral antecipada. Propaganda subliminar. Elemento objetivo.

1 INTRODUÇÃO

Hábitos e comportamentos são motivados e, mais que isso, determinados pelo conjunto de percepções sensoriais a que cada um está exposto diariamente. O mundo contemporâneo é o palco perfeito para exposição de marcas, produtos, formas de agir, de ser e de pensar.

De forma perceptível ou imperceptível a propaganda está no cotidiano das sociedades neocapitalistas e, por que não dizer, da sociedade global - se é que os abismos culturais permitem a construção de tal conceito.

Em todas as áreas de atuação humana a propaganda dita comportamentos e no direito, por estranho que à primeira vista possa parecer, não é diferente.

O processo eleitoral, enquanto fenômeno social, político e jurídico não apenas é o ápice do que se chama democracia, mas também é o cenário, a cada dia mais, de uma disputa propagandística, cotejo que, nalguns momentos, chega a ofuscar a discussão de projetos e plataformas políticas.

O objetivo do presente estudo, contudo, não é erigir críticas aos contornos do processo eleitoral brasileiro atual; antes, quer-se entender os limites, propósitos e deslindes da propaganda no processo eleitoral.

Com efeito, cumpre estudar, já num primeiro momento, o conceito de propaganda, evocando, porquanto necessário, conceitos da publicidade e da psicologia.

Num segundo instante, mister é trespassar os conceitos da publicidade e da psicologia para o direito, realizando um diálogo multidisciplinar que



permitirá, ao fim, erigir conceitos mais técnicos, precisos e conformes com a realidade das ciências que lhe deram origem.

E a precisão conceitual será especialmente relevante no estudo da propaganda eleitoral antecipada, isto é, aquela publicidade realizada antes do período permitido por lei. Isso porque a casuística do processo eleitoral tem reservado algumas impropriedades, de tal sorte que, sem maiores razões, têm sido retiradas do ar, sob a alegação de subliminarietà, propagandas que, em verdade, não tinham conotação eleitoral, mas tão-somente política.

Urge, pois, seja a questão tratada com o necessário rigor, fazendo exsurgir, outrossim, o entendimento que tem prevalecido no Tribunal Superior Eleitoral e nos demais tribunais pátrios, de modo a, no final, construir um entendimento mais justo e capaz de se amoldar às vicissitudes do fenômeno eleitoral.

2 O PODER SUGESTIVO DA PROPAGANDA

A propaganda é, por definição, a divulgação de princípios e teorias, comunicação de ideias com objetivos ideológicos e comerciais (BARBOSA e RABAÇA, 2001, p. 598). Através dela, portanto, não apenas produtos e marcas são difundidos, mas sobretudo princípios, modos de pensar o mundo.

A rigor, propaganda e publicidade são conceitos que não se confundem. A propaganda possui objetivos um pouco mais pretensiosos, não se satisfazendo com a divulgação, mas desejando, mesmo, incutir a idéia no consciente (ou subconsciente) do interlocutor. Não por acaso, a palavra tem origem no latim *propagare*, que, por sua vez, deriva de *pangere*, que quer dizer plantar, enterrar. Já a publicidade é um conceito um pouco mais genérico, que remete ao ato de tornar público um fato, uma ideia.

De todo modo, apesar dos pontos que os distanciam, os conceitos são, não raramente, tratados como sinônimos, o que decorre principalmente dos caracteres informativo, sugestivo e imperativo compartilhados pelas noções.

Buscando simplificar esse estudo, e forte no entendimento de que a diferenciação conceitual não repercutirá na qualificação jurídica dos fatos em análise, publicidade e propaganda serão tratadas como sinônimos, o que repercutirá, ao fim, na sobrelevação das características retrodestacadas, em especial a sugestão, ínsita tanto à publicidade quanto à propaganda.

A relevar o poder sugestivo da propaganda/publicidade, J. B. Pinho



(1999, p. 22) define propaganda como “o conjunto de técnicas e atividades de informação e persuasão destinadas a influenciar, num determinado sentido, as opiniões, os sentimentos e as atitudes do público receptor”.

Levando o conceito de J. B. Pinho a uma outra dimensão, há que se dizer que a propaganda não apenas se destina a influenciar e convencer, como, efetivamente, influencia o comportamento e convence o interlocutor a respeito de ideias.

E o fato é que, para lograr êxito em seu intento de suggestionar e convencer, a propaganda se valerá de um elemento indispensável: o signo.

É o manejo do elemento signo que diferenciará uma propaganda eficiente e bem sucedida, de uma propaganda ineficaz, esquecível após a primeira hora. Mas como identificar a utilização eficiente do signo enquanto elemento de comunicação?

A utilização eficiente do signo, entende-se, passa pelo congraçamento dos três aspectos da semiótica – estudo da linguagem e do signo.

De um lado, a comunicação através dos signos deve ser capaz de utilizar, na mesma mensagem, os vários e diferentes tipos de signos. É o que se chama gramática especulativa, primeiro ramo da semiótica destacado por Lucia Santaella (2002, p. 31).

De outro, é mister que a comunicação seja capaz de, utilizando-se dos diversos signos, transformá-los em modos de condução do pensamento, valendo-se de deduções, induções e abduções para atingir o interlocutor – o que foi sistematizado na lógica crítica, segundo ramo da semiótica.

Por fim, e já tocando o terceiro ramo da semiótica, a retórica especulativa ou metodêutica, indispensável à mensagem propagandística bem sucedida que os diversos tipos de raciocínio – ou modos de condução do pensamento – sejam transformados em métodos. A partir dos métodos, a difusão daqueles signos, isto é, a disseminação da propaganda, poderá ser massificada, de modo a atingir cada vez mais pessoas com cada vez menos recursos.

É o desafio da propaganda também na seara eleitoral: atingir o eleitor sem que a publicidade caia no lugar comum de simplesmente divulgar propostas e mais propostas, o que cansa o eleitor e, em alguns casos, tem o efeito contrário.

Voltando ao conceito de propaganda, a Lei n.º 4.860, de 18 de julho de 1965, ao regulamentar o exercício da profissão de publicitário, define juridicamente alguns conceitos, a partir dos quais se pode concluir que a propaganda, ou publicidade, é um meio de tornar conhecido um produto, serviço



ou firma, tendo por objetivo suggestionar o consumo. Faz isso, em arremate, de maneira aberta, isto é, sem encobrir o nome e intenções do anunciante.

A propaganda encontra a sua crise, porém, ao tempo em que técnicas ao mesmo tempo avançadas e desonestas passam a ser inseridas nas mensagens publicitárias. E a mais impressionante dessas é a técnica subliminar, que se vale das possibilidades abertas pelo avanço tecnológico para, sub-repticiamente, sugerir um comportamento ou atitude ao interlocutor.

3 A PROPAGANDA SUBLIMINAR

Em 1955, quando entrou em cartaz o filme *Picnic*, foi iniciada uma revolução na propaganda através de grandes mídias. Na película, o publicitário James Vicary inseriu, numa velocidade taquioscópica, mensagens gráficas com os textos “Beba Coca-Cola” e “Coma Pipoca”. Era o primeiro ensaio subliminar em grande escala.

A experiência de Vicary veio a encerrar o que Mucchielli (1978, p. 21) definiu como marco da descoberta dos efeitos subliminares, de forma que, desde então, os estudos e discussões a respeito do fenômeno subliminar ganharam cada vez mais adeptos e curiosos.

Bem antes disso, porém, a filosofia grega já fazia as primeiras referências à subliminarietà enquanto percepção inconsciente. Ensina o Ph. D. Wilson Bryan Key (1974, p. 27), nesse sentido, que coube a Demócrito, em 400 a. C., anunciar que “nem tudo que é perceptível pode ser claramente percebido”¹. Anos mais tarde, e ainda no seio da filosofia grega, a teoria dos umbrais da consciência de Aristóteles aprofundaria a temática.

Dando um salto na história contada por Key, chega-se a 1698, quando afirmou ele existirem inúmeras percepções praticamente inadvertidas, mas que se tornam óbvias por meio de suas consequências (1974, p. 28).

Parece forçoso concluir, então, que as “consequências” a que alude o estudioso americano dizem respeito, justamente, aos efeitos que podem ser determinados pela subliminarietà no comportamento do receptor da mensagem. Quer dizer, conquanto ininteligível e imperceptível quando da recepção, a mensagem subliminar poderá ser conhecida a partir da concretização da ação por ela potencializada, sugerida.

¹ Tradução nossa.



É assim, pois, que, em poucas e simples palavras, a propaganda subliminar é definida por Ferrés (1998, p. 14) como todo e qualquer estímulo não percebido conscientemente pelo receptor. A não percepção, aliás, pode decorrer de dissimulação pelo emissor, grande excitação por parte do receptor, desconhecimento dos códigos expressivos por parte do receptor ou ainda pelo excesso de informações na mensagem.

Do ponto de vista psicológico e orgânico, a subliminarietà se explica a partir de dois elementos que se correlacionam: percepção e estímulo. Ora, o sistema nervoso central é, por definição, sistema receptor e interpretador de estímulos sensoriais. É o que explica a literatura médica de Guyton e Hall:

O sistema nervoso é único em relação à vasta complexidade dos processos cognitivos e das ações de controle que pode executar. Ele recebe, a cada minuto, literalmente milhões de *bits* de informações provenientes de diferentes órgãos e nervos sensoriais e, então, integra-os, com o intuito de determinar as respostas a serem executadas pelo corpo. (GUYTON, A. C. HALL, J. E., 2006, p. 555).

(...) quando uma importante informação sensorial excita a nossa mente, esta é imediatamente canalizada para regiões integrativas e motoras apropriadas do cérebro com o intuito de provocar as respostas desejadas. (GUYTON, A. C. HALL, J. E., 2006, p. 557).

Com efeito, e já avocando a psicologia das formas de Gestalt², interessante é destacar que, quando exposto a estímulos, o cérebro não percebe a todos da mesma maneira. Em verdade, inconscientemente e mesmo por limitações orgânicas, um padrão ou grupo de estímulos será relevado à posição de figura da exposição, ao passo que outros estímulos não passarão de fundo, cenário da exibição (KOHLE, 1980, p. 90. ENGELMANN, 1978, p. 33).

Desse modo, quanto mais o foco de atenção estiver centrado em

² Para a Psicologia da Gestalt, há duas características da forma – as sensíveis, inerentes ao objeto, e a formais, que incluem as nossas impressões sobre a matéria, que se impregna de nossos ideais e de nossas visões de mundo. A união destas sensações gera a percepção.



determinado estímulo, maior será a sua percepção e consequente interpretação. *Pari passu*, outros estímulos serão igualmente recebidos, porém não diretamente percebidos, ou seja, estarão abaixo do limiar de consciência. Esses estímulos intrusos – ou, como quis Jacob Bazarian (1986, p. 58), “de contrabando” – irão constituir as chamadas mensagens subliminares, que nada mais são, portanto, que estímulos depositados no subconsciente, mas não submetidos ao crivo interpretativo (e crítico) do cérebro.

Tal conceito em muito se aproxima do anunciado pelo Prof. Flávio Mario de Alcântara Calazans, o mais notório estudioso brasileiro acerca do tema, para quem “por definição, subliminares são as mensagens que nos são enviadas dissimuladamente ocultas, abaixo dos limites da nossa percepção consciente e que vão influenciar nossas escolhas” (2006, p. 1192).

Em acréscimo, e especificamente no que toca à subliminarietàade visual – que dará ensejo a manifestações propagandísticas realizadas através da sobreposição de textos, imagens e vídeos -, oportuna é a lição de Enoque Lima:

Os nossos olhos sempre focam o objeto principal das imagens, seja na TV, nos quadros, paisagens etc. As células responsáveis são chamadas de cones, responsáveis por um ângulo de aproximadamente 20° de visão central, enquanto que a maior parte de nosso mundo visual está na área que chamamos de visão periférica, realizada por células do tipo bastonete. Geralmente, são essas imagens que são captadas a nível subliminar, ou seja, são remetidas automaticamente ao nosso cérebro, em nível inconsciente, involuntário. (LIMA, 2006, p. 15).

É assim, pois, que se uma dada peça publicitária apresenta como figura central um pretenso candidato fazendo conhecidas as suas realizações anteriores e, perifericamente, insere rápidas referências às eleições, como a palavra “voto” piscando intermitentemente, restará caracterizada a propaganda eleitoral subliminar, ainda que não haja pedido explícito de votos.

Igualmente, se na mesma propaganda, fora do ângulo de visão do espectador, é exposto o número do partido a que filiado o locutor da mensagem, dúvidas não há, estará caracterizada a propaganda eleitoral subliminar, uma vez que aquela referência ao pleito eleitoral (ou ao voto), conquanto não percebida, se alojará no subconsciente do eleitor.

Diferentemente, porém, não se definem como subliminares aquelas mensagens cuja intenção argumentativo-sugestiva está baseada em operações



conscientes, intelectuais.

Assim, se uma dada peça publicitária simplesmente exalta as qualidades do produto vendido – seja um bem material, imaterial, ou mesmo um candidato –, criando no interlocutor a expectativa de consumi-lo ou escolhê-lo, tal não significa dizer, absolutamente, que aquela é uma propaganda subliminar.

Ora, a subliminarietà está no recebimento irrefletido de estímulos e consequente depósito no subconsciente, não na formação da vontade através da interpretação de estímulos. Com efeito, se o eleitor cria uma noção positiva a respeito do agente político cujas qualidades estão sendo exaltadas, o faz dentro do limiar de consciência – quer dizer, recebeu o estímulo “qualidades pessoais” e o transformou em “político responsável/trabalhador”. Não há, portanto, pelo menos nesse aspecto, propaganda subliminar.

4 OS VÁRIOS TIPOS DE PROPAGANDA POLÍTICA. A PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA

A propaganda política destina-se à divulgação das ações institucionais dos órgãos públicos, dos ideais partidários e à captação do voto do eleitor. Pode, assim, de acordo com a sua finalidade, ser caracterizada como partidária, intrapartidária e eleitoral.

A primeira espécie de propaganda política, a partidária, se volta à divulgação dos ideais partidários, dos programas e das ações partidárias. Dirige-se, nesse sentido, “aos cidadãos para conquistar sua simpatia para o programa partidário, para o estatuto do partido, para as bandeiras que tal partido defende” (CONEGLIAN, 2010, p. 21).

Ao seu turno, a propaganda intrapartidária “objetiva tornar o filiado conhecido no âmbito do partido, a fim de que seja escolhido candidato em convenção” (ROLLO, 2010, p. 138). Por ser restrita ao seio partidário, essa espécie de propaganda política não pode se realizar através do rádio, televisão ou qualquer meio de grande exposição.

A terceira espécie de propaganda política é a que efetivamente interessa a esse estudo. A propaganda eleitoral tem por objetivo captar o voto do eleitor, seja para o próprio partido, seja para o candidato ou coligação. Instrumentaliza-se, com efeito, através da “divulgação dos seus méritos e qualidades, das ações políticas que pretendem desenvolver, bem como os cargos que almejam” (ROLLO, 2010, p. 138).



A propaganda eleitoral pode ser explícita ou subliminar. Na explícita, o pedido de voto é expresso, ao passo que a subliminar se faz com o objetivo de burlar a legislação eleitoral, que proíbe a sua realização antes do dia 5 de julho de cada ano eleitoral.

Inadvertidamente, alguns tribunais³ têm definido como subliminar toda propaganda eleitoral que, mesmo sem pedido expresso de voto, revele a intenção de divulgar qualidades e realizações, a ponto de, eventualmente, vir a convencer o eleitor.

Ocorre que, como anteriormente versado, a propaganda subliminar é aquela que se constrói, unicamente, a partir da percepção de estímulos inconscientes, que, por não passarem pelo crivo interpretativo do sistema nervoso central, vão se depositar no subconsciente do eleitor.

Quando a propaganda explora a divulgação de fatos e acontecimentos positivos a respeito de um partido, coligação ou pretenso candidato, diferentemente, a mensagem será construída no espectro consciente do interlocutor. Assim, se ele vier a formar uma convicção também positiva em relação ao objeto de divulgação, o fará de forma absolutamente consciente, não havendo falar em propaganda subliminar.

Dito isto, é mister ressaltar que a propaganda eleitoral não se pode realizar senão depois do dia 5 de julho de cada ano eleitoral (art. 36, *caput*, da Lei n.º 9.504/97). Antes disso, a publicidade que os agentes políticos podem realizar é a propaganda partidária ou intrapartidária.

Define-se como propaganda eleitoral antecipada, portanto, toda aquela que é realizada antes do chamado período eleitoral. A justificativa para a vedação está no fato de que esse tipo de propaganda, “além de criar desigualdades entre os candidatos, viola regras de arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e pode camuflar o abuso do poder econômico e político” (AGRA e CAVALCANTI, 2010, p. 59).

O Tribunal Superior Eleitoral tem entendido que há propaganda eleitoral antecipada quando a peça publicitária leva ao conhecimento do público em geral, ainda que de forma dissimulada, uma candidatura, uma ação política ou as razões pelas quais se pode inferir que o beneficiário é o mais apto para assumir uma função público-eletiva⁴. É justamente a partir desse

³ Nesse sentido, TRE-AL, Recurso Eleitoral-866; TRE/PR, Recurso Eleitoral-5762.

⁴ Recurso em Representação nº 203745, Rel. Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, DJE 12/04/2011, Página 29; Recurso em Representação nº 1406, Rel. Min. JOELSON COSTA DIAS,



conceito que é feita a confusão alhures aventada a respeito do conceito de propaganda eleitoral subliminar.

Isso porque, como se verá, referido entendimento do TSE não pode ignorar (e não ignora) a necessidade de exteriorização, na peça publicitária, de algum elemento objetivo que remeta às eleições, sem o qual a associação ao pleito eleitoral poderá ser, no máximo, presumida, o que não é suficiente para atrair a vedação à propaganda eleitoral antecipada.

Realizada de maneira explícita, ou por meios sub-reptícios, o certo é que a propaganda eleitoral antecipada sujeitará o responsável e o beneficiário – este quando caracterizado o seu conhecimento prévio – à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou no equivalente ao custo da propaganda, se este for maior (art. 36, § 3º, da Lei n.º 9.504/97).

Fica claro, por tudo isso, que a dificuldade não reside na definição de propaganda eleitoral antecipada, mas sim em determinar, no caso concreto, se a peça publicitária pode ou não ser caracterizada como eleitoral. É nesse contexto que se insere a seção seguinte

5 PROPAGANDA ELEITORAL SUBLIMINAR

Partindo do conceito de propaganda subliminar, não há como se aprofundar a sua aplicabilidade indiscriminada na seara eleitoral, como, em alguns momentos, tem ocorrido.

Ora, enquanto unidade sugestiva imperceptível, a propaganda subliminar tem dado lugar, no processo eleitoral, a interpretações absurdamente extensivas, interpretações essas que, se distanciando do conceito advindo sobretudo da psicologia, acabam por conduzir a injustiças e desarrazoadas conclusões.

Com efeito, não é porque a subliminariedade parte do “imperceptível”, daquilo que tão-somente o subconsciente pode captar, que o conceito pode ser utilizado de maneira genérica ou totalmente subjetiva. Deve-se evitar, então, colocar numa vala comum propagandas legítimas e propagandas verdadeiramente eleitorais, as quais, a depender da época em que exteriorizadas, poderão ser tidas como antecipadas e, por conseguinte, ilícitas.



Nesse sentido, não se faz possível inferir a sublimariedade eleitoral de uma propaganda sem que nela se vislumbre qualquer elemento gráfico, sonoro ou de outra natureza que, de alguma forma, remeta ao pleito eleitoral.

Quer dizer, se mesmo às portas do período eleitoral (5 de julho de cada ano eleitoral, pelo art. 36 da Lei n.º 9.504/97) um pretendo candidato se utiliza de espaço partidário na televisão para divulgar as ações de seu mandato anterior, exteriorizando ações que já desenvolveu em prol da comunidade, mas, nesse ato, não faz qualquer referência às eleições, lícito não será concluir a ocorrência de publicidade eleitoral subliminar.

Ao que parece, pois, o traço distintivo da propaganda legítima da ilegítima está na divulgação de elementos como o cargo a que pretende concorrer, o número partidário ou até mesmo a exteriorização da intenção de permanecer no mandato.

Sem tais elementos, é certo, não há como se incutir na mente do destinatário da mensagem, o eleitor, a intenção de votar nesse ou naquele pré-candidato.

E não se diga que, estando o agente político a divulgar atributos e realizações suas, e a mercê da constatação de que ele muito possivelmente será candidato no pleito que se avizinha, exsurge evidente a sua intenção de angariar votos.

Isso porque, apesar da tentativa incessante de moralizar o processo eleitoral, afastando-o das amarras do poder econômico, político e, acrescente-se, midiático – aquele relacionado ao controle dos meios de comunicação de massa – ainda não é ilícito, por decorrência do próprio princípio constitucional da liberdade de informação, emitir juízos positivos a respeito de uma dada pessoa, elogiando seus trabalhos e realizações, seja ela pleiteante a cargo eletivo ou não.

Diante desse quadro, pode-se dizer que é perfeitamente lícito, no período pré-eleitoral, divulgar o nome de um agente político, exteriorizando suas qualidades e realizações, desde que, por evidente, não se coligue o seu nome ou imagem a qualquer elemento alusivo às eleições.

Assim, a sublimariedade na publicidade eleitoral tão-somente pode ser aferida se, de algum modo, a verdadeira intenção do locutor da mensagem é ao menos sugestionada ao interlocutor, isto é, ao eleitor.

Acaso a indigitada “sugestão” não seja feita, a conotação eleitoral daquela publicidade não poderá ser afirmada, mas apenas inferida dedutivamente, o que não se reputa suficiente para levar a um juízo desabonador sobre aquela publicidade anterior a 5 de julho do ano eleitoral.



Desse modo, e sem temer ser repetitivo, a construção do conceito de propaganda eleitoral subliminar não pode dispensar a efetiva análise dos elementos objetivos que compõem a publicidade. Tais elementos objetivos não são outros senão as circunstâncias que cercam a mensagem, como a presença de números da agremiação, a citação de sinônimos da palavra “eleição”, a apresentação de fotos do candidato acompanhado por eleitores, enfim, qualquer elemento que, fazendo menção ao pleito eleitoral, poderá permitir que o eleitor faça a associação “candidato+voto (ou eleições)”.

5.1 A propaganda eleitoral subliminar na jurisprudência

A jurisprudência tem se mostrado reticente na definição da propaganda eleitoral subliminar. Nesse sentido, a subjetividade ínsita à temática tem conduzido à caracterização como propaganda eleitoral antecipada de peças publicitárias que sequer sugestionam a realização futura de um pleito eleitoral, o que redundaria, invariavelmente, em injustiças.

Felizmente, contudo, o Tribunal Superior Eleitoral tem asseverado que a análise do eventual caráter subliminar na propaganda eleitoral deve ter em vista a conjuntura da conduta, se limitando, portanto, a aspectos objetivos e cuja prova tenha sido feita nos autos. Vejamos:

Representação. Recurso inominado. Cabimento. Propaganda eleitoral extemporânea. Candidatura. Objetivo. Propaganda subliminar. Critério objetivo. Promoção pessoal. Abuso de poder. Descaracterização. (...) Para concluir pelo caráter subliminar da propaganda, faz-se necessária a análise conjuntural da conduta de acordo com os elementos constantes do processo, segundo critérios objetivos, portanto, e não conforme a intenção oculta do responsável pela prática do ato, não havendo cogitar do exame de circunstâncias alheias ao contexto da manifestação objeto da demanda. Se não verificada a presença de nenhum desses elementos objetivos, exigidos pela jurisprudência do TSE, não



configura propaganda eleitoral antecipada o pronunciamento de governante durante cerimônia oficial de inauguração de obra pública, ainda que feita menção às realizações de seu governo.⁵

Por esse entendimento, portanto, afasta-se do espectro punitivo do artigo 36, § 3º da Lei n.º 9.504/97, qualquer propaganda que, apesar de emitir juízos positivos sobre uma dada figura política, se exime de trazer à tona elementos objetivos que sugestionem o pleito eleitoral.

Nada mais adequado. A publicidade subliminar está no poder inconsciente da sugestão. E a sugestão, no que nos interessa, está justamente na emissão de estímulos, os quais, por sua vez, construirão no subconsciente a intenção de sufragar o voto em favor desse ou daquele candidato.

Com efeito, é a partir desses estímulos – aqui identificados como elementos e circunstâncias objetivos relacionados às eleições – que se fundamenta o conceito de publicidade eleitoral subliminar, sendo tal noção importantíssima para que mordanças não sejam erigidas em face do direito constitucional à informação e à liberdade de comunicação.

Todavia, apesar da clareza do raciocínio, e mais, conquanto caminhe a jurisprudência do TSE nesse sentido, alguns tribunais pátrios têm acabado por estender indevidamente o conceito de propaganda eleitoral subliminar.

Foi assim, por exemplo, que nas eleições 2010, por seguidas vezes, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte considerou propaganda eleitoral antecipada peças publicitárias que, mesmo sem fazer qualquer alusão às eleições, exteriorizavam as realizações de partido político ou de seus líderes partidários.

Todavia, diante do conceito que ora se está a construir, não há, absolutamente, como afiançar referido entendimento.

No julgamento do Recurso Eleitoral n.º 166541.2010., i.e., caso que, por envolver o Deputado Federal João da Silva Maia, ganhou bastante destaque na imprensa local, o TRE-RN reputou eleitoral antecipada uma propaganda que não fazia qualquer referência ao pleito eleitoral, mas apenas divulgava as realizações do Partido da República e de seu Presidente Estadual, o Deputado João Maia.

⁵ TSE, Agravo Regimental na Representação no 183-16/DF, rel. Min. Joelson Dias, em 18.3.2010. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em 05 ago 2011.



Para a Corte Regional, ao tecer comentários positivos a respeito do pretenso candidato e, além disso, ao expor realizações do mandato do Deputado João Maia, a publicidade havia extrapolado a propaganda partidária, descambiando, então, para a propaganda eleitoral subliminar, o que atrairia a aplicação da multa por propaganda antecipada.

Ocorre que, a rigor, não pode ser considerada propaganda eleitoral subliminar uma inserção propagandística que não insere em seu conteúdo uma referência, por menor que seja, ao pleito eleitoral.

E tal se explica na medida em que, como dito anteriormente, o sistema nervoso central não pode captar uma mensagem, transferindo-a para o subconsciente, sem que antes tenha recebido um único estímulo visual, sonoro ou de qualquer outra natureza que sugira a futura realização das eleições.

Sem esse estímulo subliminar, praticamente toda a mensagem será transferida não para o subconsciente do interlocutor, mas para o seu espectro consciente.

Com isso, o consciente do eleitor poderá até construir a ideia de que o agente político cujas realizações foram exteriorizadas – no caso em análise, o Deputado João Maia – tem qualidades ou exerceu um bom mandato. Todavia, essa publicidade não poderá ser definida como subliminar, já que terá passado pelo crivo interpretativo do cérebro e não entrado como estímulo “de contrabando”.

Aliás, a propaganda multicitada não poderá ser sancionada com antecipada, até porque, se não pode ser definida como subliminar, restaria a sua caracterização como propaganda explícita. Mas o certo é que não há falar em propaganda explícita sem pedido de votos, daí a licitude da inserção objeto do Recuso Eleitoral n.º 166541.2010.

Em verdade, a propaganda em questão se enquadraria justamente em uma das exceções à caracterização da publicidade antecipada, exceções essas delineadas no art. 36-A da Lei das Eleições, inserido pela Lei n.º 12.034/09. Pelo dispositivo, precisamente em seu inciso IV, não será considerada propaganda eleitoral antecipada “a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral”.

Já no Recurso Eleitoral n.º 419518.2010, que tinha como insurgente o Vereador do Município de Natal/RN Adão Eridan de Andrade, então candidato a Deputado Estadual, o entendimento do TRE-RN parece ter evoluído, aproximando-se, ao fim, da ideia ora referendada e endossada pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral.



Em inserção publicitária absolutamente semelhante àquela que envolveu o Sr. João da Silva Maia e que, apenas para lembrar, expunha realizações do Partido da República e, em última instância, do próprio agente político, o Vereador Adão Eridan de Andrade exsurgia, no final da inserção, como um político compromissado com o Rio Grande do Norte. Como não havia referência ao pleito eleitoral, contudo, o TRE-RN acabou construindo o entendimento de que não havia publicidade eleitoral subliminar. E mais: por não haver pedido de voto, sequer haveria propaganda eleitoral explícita, de tal forma que o caso não atraía a incidência do art. 36, § 6º, que pune a propaganda eleitoral antecipada.

Consciente do acerto do entendimento, inclusive, o Ministério Público Eleitoral não interpôs recurso especial dessa decisão, o que evidencia, por completo, o amadurecimento da temática em todas as esferas.

Noutra toada, apenas para demonstrar que a hipótese de propaganda aqui exemplificada não será (ou não seria) considerada eleitoral antecipada pelo Tribunal Superior Eleitoral, traz-se à tona decisão monocrática do Min. Arnaldo Versiani, publicada em 22 de novembro de 2010, que, apreciando o Recurso Especial Eleitoral n.º 4079-12.2010.6.20.0000, caso totalmente semelhante aos anteriormente descritos, assentou:

Tenho que, para reconhecimento da infração ao art. 36, § 3º, da Lei das Eleições na hipótese dos autos, deve ficar evidenciado um nítido propósito eleitoral no que se refere ao destaque do filiado no programa partidário. Nessa linha, esta Corte Superior já decidiu que “é admissível durante a veiculação de programa partidário a participação de filiados com destaque político, desde que não exceda ao limite da discussão de temas de interesse político-comunitário” (Agravio Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 27.288, rel. Min. Gerardo Grossi, de 18.12.2007).

Portanto, é plausível que a agremiação partidária, em seu programa, dê realce a notórios filiados e a sua atuação e vida política, o que, na verdade, expressa a representatividade do próprio partido e suas conquistas. Ao revés, o que não se permite é que essa exposição se afigure excessiva, de modo a realizar propaganda elei-



toral antecipada em prol de determinada candidatura.⁶

Por derradeiro, pontue-se que a jurisprudência dos tribunais eleitorais pátrios é historicamente volúvel, passando quase sempre por fortes mudanças. Tal fenômeno, acredita-se, mais que simplesmente resultado da rotatividade de sua formação – que conduz a mudanças substanciais nos membros a cada biênio –, decorre da novidade de seus institutos, pouco trabalhados que foram pela doutrina, a qual, por sinal, somente agora tem passado por uma especialização.

Na seara da propaganda eleitoral subliminar, essa inconstância tende a ser ainda mais evidente, mormente em razão da imprecisão conceitual e da pequena disponibilidade para estudar a questão com a profundidade necessária. Espera-se, contudo, que o próximo ciclo jurisprudencial dos tribunais pátrios revele o prestígio a um conceito mais próximo do ora defendido, o que finalmente permitirá a harmonização do direito com a psicologia, medicina e publicidade.

6 CONCLUSÕES

O diálogo multidisciplinar permite ao direito existir enquanto ciência humana. Sem qualquer desprezo ao direito natural, o homem cria o direito para servi-lo na resolução dos conflitos sociais, de modo que é recomendável – para não dizer necessário – que as normas jurídicas sejam interpretadas em harmonia com o conhecimento produzido em outras áreas do conhecimento.

O resultado desse processo, não há dúvidas, será um direito mais vivo e capaz de compreender a complexidade das relações humanas, o que conduzirá a um salto de eficácia e concreção às normas jurídicas.

“Um próspero ano novo para todos”. Assinada por um conhecido político e apregoada em vários *outdoors* espalhados pela cidade, a mensagem propagandística em questão poderia ser, perfeitamente, investigada como eleitoral subliminar antecipada se realizada às vésperas de ano eleitoral. Aliás, a depender do Tribunal Eleitoral, poderia até conduzir à imposição de multa.

O diálogo multidisciplinar sugerido neste trabalho, todavia, faria exsurgir o entendimento de que não há como plantar uma ideia no subcons-

⁶ Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em 05 ago 2011.



ciente do interlocutor se a mensagem não induz, ainda que sub-repticiamente, o comportamento que dele se espera. Quer dizer, sem estímulo, não há subliminarietà.

A interpretação da norma jurídico-eleitoral, então, restou enriquecida e a filiação ao entendimento, com toda a certeza, evitaria uma injustiça.

Em arremate, vê-se que o mesmo contexto, a depender dos signos usados na exposição do pensamento, poderia conduzir à afirmação da subliminarietà eleitoral. É o que ocorreria acaso a mensagem pontuasse: “felicidade para todos em 2012”. Aqui sim, existindo um estímulo alusivo à abertura de um ano eleitoral, poder-se-ia concluir a existência de propaganda subliminar, ainda mais se relevado o fato de que assinava a mensagem um conhecido agente político da localidade.

Sobreleva em importância, dessarte, a aproximação conceitual entre o direito e as demais ciências, permitindo tal operação, ao fim, que o direito efetivamente cumpra o seu intento: a pacificação justa dos conflitos sociais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. CAVALCANTI, Francisco Queiroz. **Comentários à nova lei eleitoral: lei 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA, Gustavo Guimarães; RABAÇA, Carlos Alberto. **Dicionário de comunicação**. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

BAZARIAN, Jacob. **Intuição heurística**. São Paulo: Alfa-Omega, 1986.

CALAZANS, Flávio. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 2006.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2010.

ENGELMANN (Org.) **Psicologia (coleção grandes cientistas sociais)**. São Paulo: Ática, 1978.



FERRÉS, J. **Televisão Subliminar: socializando através de comunicações despercebidas**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

GUYTON, A. C. HALL, J. E.. **Tratado de fisiologia médica**. Rio de Janeiro: Elsevier-Saunders, 2006.

KEY, Wilson Bryan. **Subliminal seduction**. New York: New American Library, 1974.

KOHLER, W. **Psicologia da Gestalt**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1980.

LIMA, E. **A invasão oculta**. São Paulo: Naós, 2006.

MUCCHIELLI, R. **Psicologia da publicidade e da propaganda**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1978.

PINHO, J. B. **Propaganda institucional: usos e funções da propaganda em relações públicas**. São Paulo: Summus, 1990.

RAMAYANA, Marcos. **Comentários sobre a reforma eleitoral**. Niterói: Impe-tus, 2010.

ROLLO, Alberto (org). **Eleições no direito brasileiro: atualizado com a lei n.º 12.034/09**. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTAELLA, Lucia. **Semiótica aplicada**. São Paulo: Cengage Learning, 2002.



EARLY ELECTION PROPAGANDA: THE REALITY OF SUBLIMINARIEDADE.

ABSTRACT

This study examines the concept of advance electoral advertisement, particularly the election held under the advertising subliminally. Arrogating concepts of psychology, philosophy and medicine, developed the concept of subliminal advertising, thereby demonstrating that you can set all the advertisements that are received by the central nervous system unconsciously. Through minimal stimuli, the speaker of the advertising message is led to act in certain ways, allowing then the diffusion of brands, products and candidates. Makes known the fact that the canvass merely one can lawfully perform from July 5 each year is characterized as the illegal and early fall before him. Demonstrates, then, that some courts patriotic eventually confuse the concept of subliminal advertising. Thus, it was suggested that any electioneering without the express request of votes could be considered early. It concludes, however, that the characterization of subliminarietà in election advertising would depend on the presence of some characters, especially those related to exposure to any auditory or visual stimuli capable of referring to the elections. Exposes, finally, that the most recent jurisprudence of the Tribunal Superior Eleitoral has been shown to favor the idea in question. It is the collection of the TSE judged thereby that the characterization of electioneering would be anticipated to depend on the presence of some objective element related to elections.

Keywords: Advance electoral propaganda. Subliminal advertising. objective element.



Artigo Convidado

A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO: ATÉ QUANDO CONVIVER COM ESSA INDEFINIÇÃO?

Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da Rocha

Bacharela e Mestre em Direito Constitucional em Direito pela UFRN
Vice-coordenadora do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

A questão da quantificação do dano moral no direito brasileiro continua gerando debates que estão longe de uma uniformização acerca do tema. O que temos visto é uma insegurança muito grande e absurdos evidenciados pela disparidade quando da aplicação da verba compensatória do dano moral, chegando mesmo a ocasionar preconceitos por parte dos juristas que hodiernamente propagam a existência de uma chamada “indústria do dano moral”. Alguns passos no sentido de transpor essas barreiras foram dados, ressaltando-se a importância do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil nesse diapasão, bem como a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que aplicou o método bifásico para a quantificação do dano moral, e também uma leitura coerente e adequada ao nosso ordenamento jurídico da teoria dos chamados “*punitive damages*”.

Palavras-chaves: Quantificação do Dano Moral. Constitucionalização do Direito Civil. Método Bifásico. “Punitive Damages”.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo consiste em uma reflexão no intuito de lançar uma semente que nos permita aclarar o conceito do ressarcimento do dano material, bem como de caracterizá-lo e determinar seu *quantum*.

A responsabilidade, na concepção contemporânea, “é resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face do dever ou obrigação”.¹

Tem-se por fundamentos da reparação por danos morais, segundo ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira, que, “...a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos”.²

Pois bem, o que nos leva a escrever este artigo é justamente a discrepância de opiniões e conceitos acerca da aplicabilidade prática do dano moral, o que gera insegurança e até mesmo um certo desconforto dentro da Magistratura no momento de condenar alguém por dano moral.

O que se observa no cenário jurídico da atualidade é que o receio de se estimular a chamada “indústria do dano moral” e contribuir com o enriquecimento ilícito de alguém, tem, diariamente, dado azo às mais variadas injustiças.

Esse trabalho, portanto, procura esclarecer que é fundamental estabelecer critérios claros no tocante à quantificação do dano moral, especialmente como forma de fugir das armadilhas armadas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro e buscando uma efetiva compensação pelos danos imateriais sofridos por alguém.

2 DA NECESSÁRIA ADEQUADA CONCEITUAÇÃO DO DANO MORAL

Definir o que é dano moral mostrou-se um penoso trabalho dentro dos estudos da responsabilidade civil no Brasil. Justamente na dificuldade de conceituação reside o maior problema na tratativa do dano moral pelo

¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev.e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, P.2.

² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, não paginado.



judiciário Brasileiro.

Concebido o dano como conceito único com correspondência à lesão de determinado direito ³, poder-se-ia julgar possível a definição de dano moral como qualquer lesão a direito desprovido de cunho patrimonial.

É, porém, uma definição imprecisa. Não pela existência de erros conceituais relacionados à citada noção, mas porque e devido à grande mudança observada em nosso ordenamento jurídico com o advento do texto constitucional de 1988 forçosamente deve se reconhecer que qualquer temática relacionada ao dano moral está muito distante da unanimidade ⁴, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Esta divergência em torno do tema vai desde sua aplicabilidade até sua conceituação, exigindo debate e detido exame da matéria.

Uma correta definição do que seja Dano Moral deixaria o aplicador do instituto completamente à vontade para quantificá-lo, sem qualquer temor acerca do malfadado enriquecimento ilícito. Nesse diapasão, veremos como a doutrina vem tratando o assunto.

O Ballentine's Law Dictionary conceitua o termo dano como: "The loss, hurt or harm which results from the injury consequente upon the illegal invasion of a legal right"; em português, "a perda, lesão ou prejuízo resultante de injúria conseqüente da invasão ilegal de um direito"¹. A conhecimento de J. M. Carvalho Santos e demais colaboradores em seu "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", como Arnaldo Medeiros da Fonseca, releva a transcrição *in verbis* da conceituação deste de dano moral, que ainda se faz atual:

"Dano moral, na esfera do direito, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Assim, por exemplo, envolvem danos morais as lesões a direitos políticos, a direitos personalíssimos ou inerentes à personalidade humana (como o direito à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou de palavra), a direitos de família (resultantes da qualidade de esposo, de pai ou de parente), causadoras de sofrimento moral

³ DIAS, José de Aguiar. Obra citada. v. 2. p.737.

⁴ VIOLA, Rafael. **O Papel da Responsabilidade Civil na Tutela Coletiva**. In. FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo. p.393.



ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico.” (sic).

Nas palavras do Professor Arnoldo Wald:

Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral. (Curso de Direito Civil Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 407).

Verifica-se que a conceituação traz um espectro bastante abrangente da qual se excluem apenas as lesões materiais. O caráter subjetivo do dano moral se evidenciada, visto mesmo que o referido dano não pode ser observado por aqueles sujeitos que se relacionam com o lesado.

Para Carlos Alberto Bittar, “são morais os danos e atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade (como, v.g., a honra, a reputação e as manifestações do intelecto).” (Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, Revista dos Tribunais, SP, 1993, p. 24).

Buscando harmonizar a conceituação de dano moral, a doutrina e a jurisprudência modernas vêm contribuindo sobremaneira, quando o restringe apenas àquelas situações em que realmente houve um ataque à dignidade da pessoa humana. No mesmo diapasão, afastou-se o grande erro de considerar as consequências do dano como elementos para sua configuração e não sua causa.

É comum os aspirantes de reparação por dano moral levantarem a dor, a angústia, enfim, o sofrimento que passaram em decorrência do ato ilícito. No entanto, todos esses sentimentos comuns à pessoa humana, na verdade, são consequências e não causa do abalo moral.

A propósito, o magistério de Maria Celina Bodin de Moraes (Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131 destacado) deixa bem claro esse novo momento de evolução na conceituação do instituto ora estudado:



Além disso, ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos 'dor', 'espanto', 'emoção', 'vergonha', 'aflição espiritual', 'desgosto', 'injúria física ou moral', em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confundem-se o dano com a sua (eventual) consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas.

Ainda complementa a citada Jurista:

Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana, dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. (op cit, p 327)

É preciso recordar que a dignidade humana foi elevada a um dos princípios estruturantes do Estado brasileiro. Veja-se que na Constituição Federal de 1988 o legislador constituinte fez insculpir, já no artigo primeiro, dentre os fundamentos sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, a dignidade humana.

Destarte, se configura hodiernamente o direito subjetivo constitucional à dignidade, com representações indissociáveis na conceituação de dano moral, justamente porque os valores que compõem a dignidade humana são precisamente aqueles que se referem aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana que, em sendo violados, merecerão a compensação pela via da indenização por danos morais.

Em suma, em que pese o princípio que fundamenta o dever de indenizar se fundamentar no fato de que a todo o dano injusto deve corresponder um dever de reparação, quando a vítima reclama a reparação pecuniária de dano moral, não pretende que se estipule uma cotação para sua dor, mas, tão



somente, que se lhe assegure um meio de atenuar, mesmo que parcialmente, as sequelas da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro tem o condão de equivalência, como, ordinariamente, nos danos materiais, porém, simultaneamente, a função satisfatória e a de pena.

3 A CONTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E SUA INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Debatida por Pietro Perlingieri décadas antes da vigência de nosso atual ordenamento constitucional⁵, esta releitura dos institutos de direito privado pautada pelos ditames constitucionais acaba por engendrar verdadeiras metamorfoses em todo o campo civilista. Não mais, se mostra acertado fazer recair sobre a autonomia da vontade (ou autonomia privada) o atributo de parâmetro de validade ou a qualificação de dogma a ser seguido⁶. Abre-se margem para alterações nas mais diversas esferas relacionadas à área do direito civil, tanto no que tange ao prisma de observação do intérprete quanto em relação à definição do ponto a ser primordialmente relevado. Invertem-se as prioridades.

Com o fenômeno da constitucionalização, entre nós incontestavelmente, após a legislação constitucional de 1988, não mais se encontra respaldo à valorização do “ter” ante o “ser”. Estando o ordenamento jurídico brasileiro obrigatoriamente vinculado ao princípio republicano, ontológico, que possui como desdobramento mais lógico a dignidade da pessoa humana, é no sentido desta última que as decisões devem ser tomadas.

É a tomando como baliza que devem se dar as interpretações. Constitucionalizado o direito civil por seus intérpretes, este acaba, inafastavelmente, despatrimonializando-se e repersonificando-se⁷. Eleva-se o indivíduo à posição de destaque. À “pessoa humana” é dada a essencialidade do sistema,

⁵ É o exposto em NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.30.

⁶ FACHIN, Melina Girardi. PAULINI, Umberto. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil**. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo (org.). *Diálogos sobre direito civil*. v.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33-34.



restando ao patrimônio, devidamente posto em plano inferior, atuar de modo instrumental á efetiva proteção do “ser”.

Exposta a relevância assumida pelo processo de constitucionalização, e pelo próprio texto constitucional de 1988, no direito civil, parece nítido que tal fenômeno veio a influir de modo determinante na temática da responsabilidade civil. Aqui, a variação decorrente da adoção dos preceitos constitucionais como premissas maiores acaba por se relacionar à própria natureza da matéria.

Tomados os institutos do campo da responsabilidade civil sob a luz das diretivas contidas na Constituição, altera-se a disciplina no que toca seus mais diversos aspectos, até mesmo, e porque, trata-se a responsabilização por danos em assunto composto em seu cerne por elementos de cunho vago e dotadas de indeterminação, o que proporciona dilatada margem criadora ao aplicador legal, o magistrado, permitindo que a inspiração constitucional se dê facilmente⁸.

Interpretada sob as demarcas do texto constitucional, e considerada a superioridade hierárquica deste último, tem-se como primeira e essencial consequência da constitucionalização do direito privado observada na esfera da responsabilidade civil, a modificação do próprio foco metodológico da temática, que passou por um processo evolutivo iniciado com a vingança privada até o momento atual em que nos é proibida a autotutela, deixando ao encargo do Estado essa função de perquirição judicial e definição da devida reparação⁹.

A luz de uma Carta Constitucional que coloca em posição de absoluto relevo a proteção do “ser”, a preservação do indivíduo, consequência lógica é que este mesmo indivíduo centralize os desígnios na responsabilidade civil. A par de se preocupar com a identificação daquele que ocasionou o dano, e sua penalização, qualquer teoria e aplicação da responsabilização civil estão voltadas para a figura da vítima¹⁰.

Diferentemente do que segue ocorrendo nas ciências penais, e do que por um período ocorreu na própria seara da responsabilidade civil, analisa-

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito. Julho – dezembro 2006, nº 29. p. 239

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. ver. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. p.5

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Rio de Janeiro: Padma, vol.22, abril/junho 2005. p. 56-57.



da a matéria sob o influência da Constituição Federal de 1988, a vítima passa a ser o elemento central da relação. O texto constitucional, destarte, trouxe o eixo da responsabilidade civil para um parâmetro diametralmente oposto: punir o ofensor não é mais o foco principal, mas a satisfação dos danos do ofendido¹¹.

Modifica-se a perspectiva e, conseqüentemente, a própria função da responsabilidade civil dentro do mundo jurídico. O ressarcimento, reequilibrar o cenário econômico-jurídico afetado pelo dano, passa ser a sua função principal e não o caráter punitivo¹². Some-se a isso a tutela do indivíduo consagrada pela legislação constitucional, e é de se compreender que a vítima de um dano não deve ter embaraçado o seu ressarcimento.

Elegendo-se um sistema de responsabilidade civil concentrado não na figura do ofensor, mas do indivíduo ofendido pelo dano, aproxima-se de uma tentativa de não usar o Direito como meio de controle social, mas sim efetivamente de componente estruturante de uma sociedade verdadeiramente harmônica.

Esse novo modelo que se afigura tem como condão evitar que quaisquer lesões a aspectos da dignidade da pessoa humana deixem de ensejar ressarcimento por falta de previsão legal. Gustavo Tepedino deixa isso bem evidenciado ao dizer que “As previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações”¹³.

Nesse diapasão é fundamental a capacidade de identificar tantos tipos de dano quanto necessário se fizesse para garantir que a vítima do dano injusto lograsse a devida reparação¹⁴.

Em outra vertente, e também consequência da direção constitucional de reparação com base na cláusula geral de dignidade da pessoa humana, aperfeiçoa-se nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial debate sobre quais danos são de fatos inerentes à dignidade da pessoa humana e, portanto, merecedores da devida reparação.

Não se desconsidera aqui o fato de que, não raro, nos deparamos nos tribunais com demandas cujo objeto beira o ridículo, evidenciando-se

¹¹ VIOLA, Rafael. Obra Citada. p.384.

¹² DIAS, José de Aguiar. Obra citada. p.55

¹³ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional. In. *Temas de Direito Civil*. p.37.

¹⁴ Idem. p.17.



que algumas são propostas com uma finalidade meramente pecuniária, o que entope nossos Tribunais de demandas sem nexo prejudicando ainda mais a já combatida celeridade processual, ainda atribuem ao princípio da dignidade da pessoa humana um sentido que, em vez de engrandecê-lo, é capaz de banalizá-lo.

Colocar na vala comum a proteção à tutela do indivíduo, buscando com isso um enriquecimento sem causa, é negar que sua utilização sirva de modo acertado àqueles que efetivamente vêem sua dignidade lesada.

Evidente que, dada a análise particular que é inseparável da indenização por dano moral, seria equivocado partir para um caminho que restringisse as possibilidades do magistrado ponderar as conjunturas e nuances do caso concreto. Entretanto, isto não pode ser obstáculo para que se considere, todavia, a necessidade premente de critérios mínimos a ajustarem a matéria. Apenas dessa forma o princípio normativo da dignidade da pessoa humana deixará de ser tratado com esta flexibilidade que apenas exaure seu verdadeiro conteúdo e acaba por macular sua função de cláusula geral de tutela da personalidade.

4 TENTATIVAS DE SOLUCIONAR O PROBLEMA

Um passo que deve servir ao julgador é entender a função compensatória do Dano Moral, cuja diretriz é a correta leitura do caput do artigo 944 do Código Civil.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Assim, como já mencionado, é a amplitude do dano moral, a lesão que atinge a dignidade da pessoa humana, ou seja, o dano que acomete os direitos decorrentes dessa ideia maior que dificulta a conceituação. Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.

Ora, a sociedade tem uma pauta de valores em que sabemos quais desses entes morais quando atingidos, a extensão do dano é maior. A vida, lesão corporal, liberdade, intimidade, privacidade, honra, negatização de cadastro de crédito, e assim por diante.



O importante é ter isso definido, no sentido de evitarmos absurdo como numa história mítica, até que ponto é verdade não se sabe, o que importa é que virou lenda, de que na mesma sessão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a atribuição do mesmo valor de indenização para o caso de um cachorro que morreu no compartimento de bagagem por despressurização e para mãe que perdeu um filho em virtude de um racha, ambos danos mesurados em cinquenta salários mínimos.

Outra coisa que deve ser observada são as condições pessoais da vítima, deve ser observado como era sua vida e o espectro de atuação do dano. O antes e o depois, na tentativa, evidentemente impossível, de se chegar ao *restituto in integro*. Ou seja, dentro de singularidade de cada ser humano, cada um de nós recebe uma agressão de forma diferenciada e o Magistrado precisa observar isso no momento da liquidação do Dano Moral.

Por exemplo, uma mãe que entregou seu filho à responsabilidade do Estado desde o nascimento não pode receber o mesmo valor indenizatório de uma mãe que educou e criou seu filho e ele morre em um incidente em um Centro de Reabilitação Estatal. Na França em casos como o primeiro se dá uma indenização simbólica de um franco.

O Superior Tribunal de Justiça parece estar seguindo assentado naquilo que foi acima delineado ao determinar, no Recurso Especial 9959780 - ES, pagamento de 500 (quinhentos) salários mínimos, o equivalente a R\$ 272.500,00 (duzentos e setenta e dois mil e quinhentos reais), como compensação por danos morais à família de uma mulher morta em atropelamento. A decisão da Terceira Turma, unânime, adotou os critérios para arbitramento de valor propostos pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do caso.

Ao analisar recurso apresentado pela família ao STJ, o ministro observou a desconformidade entre o valor indenizatório concedido pelo Tribunal de Justiça e aqueles montantes praticados pelo próprio STJ. Para o citado ministro o estabelecimento de critérios objetivos para o arbitramento do valor da reparação por danos extrapatrimoniais é “um dos problemas mais delicados da prática forense na atualidade”.

Paulo de Tarso Sanseverino baseou seu voto no chamado método bifásico, em que se coloca dois pilares fundamentais: o bem jurídico lesado e as circunstâncias relatadas no processo. Em concordância com a média dos valores estabelecidos em precedentes análogos, ponderando a morte da vítima após o atropelamento, o relator fixou a base da indenização em 400 (quatrocentos) salários mínimos. Após, ele adicionou 100 (cem) salários mínimos ao valor definitivo, sopesando os traços distintivos do caso em julgamento.



De acordo com o processo, o motorista estaria dirigindo em velocidade incompatível com a via. Ele teria atravessado a barreira eletrônica a 66 (sessenta e seis) km/h, velocidade acima da permitida para o local, de 40 (quarenta) km/h, e teria deixado de prestar socorro à vítima após o atropelamento. Ela tinha 43 (quarenta e três) anos e deixou o esposo e quatro filhos, sendo um deles judicialmente interdito.

Em suas explicações o Ministro deixou evidenciado que o objetivo do método bifásico é buscar um fio condutor entre o interesse jurídico lesado e as particularidades do caso, trazendo equidade ao arbitramento. Conforme o citado Ministro ele não duvida que este seria o método mais apropriado para a quantificação da compensação por danos morais em casos de morte: “Esse método bifásico é o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais”

Pelo método bifásico, estabelece-se inicialmente o valor básico da indenização, em conformidade com a jurisprudência sobre casos de lesão ao mesmo interesse jurídico. Garantindo-se, dessa forma, nas palavras do ministro “uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes”. O passo seguinte é analisar as particularidades do caso concreto, para se chegar ao montante definitivo da indenização, acertando o valor básico para mais ou para menos, tudo segundo as circunstâncias atenuantes ou agravantes notadas na situação em concreto.

Conforme o multicitado Ministro, “cada caso apresenta particularidades próprias e variáveis importantes, como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento das vítimas por ricochete (dano moral reflexo ou indireto), o número de autores e a situação sócio-econômica do responsável”. Devendo esses elementos ser considerados na definição do valor da indenização.

Sobre a busca de um critério mais ou menos equivalente de compensação do bem ou interesse jurídico lesado, ele afirmou que “é um critério importante, mas deve-se ter cuidado para que não conduza a um engessamento excessivo das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais, caracterizando um indesejado tarifamento judicial com rigidez semelhante ao tarifamento legal”.

Em outra linha de pensamento, se estabelece outra controvérsia em torno do tema em estudo, que reside em se saber se, na fixação do dano moral, deve ser levada em consideração apenas o aspecto compensatório do dano causado à vítima ou se, além da verba compensatória, o magistrado deverá também arbitrar um *plus*, a título de punição a ser paga pelo ofensor, quando do arbitramento da condenação.



O debate a respeito da indenização civil punitiva não é novo no meio acadêmico e também não é ponto pacífico nos Tribunais. Ao contrário, a sua aplicação aos casos concretos tem se dado de forma bastante divergente, sendo, portanto, questão tormentosa para os aplicadores do direito.

Existe, não se pode deixar de considerar, resistência da grande parte da doutrina e jurisprudência brasileira quanto à aquiescência da teoria dos *punitive damages* ou ainda *exemplary damages*, originária do direito norte-americano sob o argumento de que se trataria de enriquecimento sem causa, principalmente. Contudo, ainda que de forma contida, tem-se observado certo avanço da teoria dos *punitive damages* na doutrina hodierna, e os Tribunais também seguirão por este caminho.

Isso porque a sociedade atual valoriza um comportamento ético e por isso, é interesse geral limitar atitudes que colidam com esse interesse geral. Importante lembrar, que esse processo evolutivo de separação entre as funções ressarcitória e punitiva da responsabilidade civil, concretizou-se com o advento do Código Civil Francês, o qual, paradigma para inúmeras codificações modernas, definiu o ilícito civil separando-o por completo do ilícito penal.

Nesse contexto seria impensável vislumbrar uma função punitiva da responsabilidade civil, pois isto representaria um retrocesso aos estados mais primitivos da civilização, com contornos de vingança pessoal, na busca em infligir no ofensor sofrimento semelhante ao experimentado pela vítima, ressaltaram os irmãos MAZEUD¹⁵:

Ce bénéfice vient apaise l'antique besoin de vengeance qui sommeille au fond du coeur de chaque victime. L'homme qui a souffert, n'est pas au fond du coeur de chaque victime. L'homme qui a souffert n'est pas satisfait par cela seul que disparaît sa souffrance; l'instinct le pousse à désirer que l'auteur de la faute souffre à son tour le même mal. L'idée est barbare; elle tient à tout ce qu'il y a de mauvais dans la nature humaine.

Acontece, entretanto, que o processo de despenalização da res-

¹⁵ MAZEUD, Henri; MAZEUD, Leon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil:** delictual y contractual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961. p. 378.



ponsabilidade civil, apontado na reserva da obrigação de indenizar ao mero ressarcimento dos danos causados pelo ofensor, não foi recebido em todos os ordenamentos jurídicos de forma harmônica, tendo os ordenamentos de tradição romano-germânica e anglo-saxônica concepções completamente distintas do assunto, o que, inevitavelmente, deu origem a inúmeras diferenças, especialmente no que diz respeito ao alcance da aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil.

O ordenamento jurídico anglo-saxão, congenitamente, já atribuía ao instituto da responsabilidade civil inegável natureza punitiva, ao considerar a possibilidade de que o ofensor fosse condenado ao pagamento de quantia superior àquela representativa do prejuízo experimentado pelo ofendido. Começava, assim, o desenvolvimento da doutrina dos *punitive damages* ou *exemplary damages*, demonstrada na condenação do ofensor ao pagamento de determinada quantia em favor da vítima com a dupla finalidade: punir e desestimular a prática de determinada conduta social considerada indesejável, o que não se verificava no ordenamento romano-germânico.

Desde então, a utilização da figura da responsabilidade civil punitiva difundiu-se largamente por diversos ordenamentos jurídicos, sendo mais facilmente visualizada nos precedentes da Corte norte-americana e em alguns países filiados ao sistema do *common law*. Sucede, porém, que ao mesmo tempo em que encontrou partidários, a doutrina da indenização civil punitiva tem sido alvejada inúmeras e consideráveis críticas, tanto por parte da doutrina estrangeira, norte-americana e européia, quanto por parte da doutrina brasileira, sempre se demonstrando os riscos de cometer arbitrariedades com a aplicação acrítica da referida teoria.

Ao mesmo tempo em que se está ciente da necessidade de cautela a sociedade não pode mais conviver com condutas que acabam violando todos os seus ideais éticos e acabam por trazer um verdadeiro prejuízo coletivo ao seio social.

O que dizer da conduta da grande maioria de fornecedores de serviços essenciais, como telefonia celular, internet e seguros de saúde no Brasil? O prejuízo aos consumidores são perpetrados aos milhões e eles fazem uma conta simples.

Ora se fizeram uma propaganda enganosa que fez milhões de usuários aderirem a um novo plano de telefonia celular, que na realidade em nada corresponde àquilo que foi propagandeado, e apenas 10% (dez por cento) deles buscam a tutela jurisdicional estatal, e recebem indenizações ínfimas, evidente que matematicamente valeu a pena para a empresa e, indubitavel-



mente, o comportamento será repetido.

No intento de ilustrar alguns desses critérios de fixação do valor do danos morais, André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁶ menciona alguns critérios tratados pela doutrina, quais sejam: “a separação dos montantes fixados a título de compensação e punição; o grau de culpa ou a intensidade do dolo do agente; condições pessoais do ofensor e da vítima; a gravidade do dano; a obtenção de lucro com o ato ilícito e a existência de outros valores indenizatórios”.

O intuito da separação dos valores de compensação e de punição é de que se possa saber exatamente quanto foi arbitrado a que título e, portanto, se possa medir o grau de punição aplicada ao apenado.

5 CONCLUSÃO

Não há como eliminar uma certa dose de subjetivismo na liquidação do dano moral. De fato, não há um parâmetro próprio para estimar-se o valor a ser ressarcido. Há o Juiz de recorrer aos princípios de equidade, ao bom senso, ao *arbitrium boni viri*.

A soma, como ressalta o Prof. Caio Mário, não deve ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (ob. citada, pág. 60). Segundo Maria Helena Diniz:

Na reparação do dano moral o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo e justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões da parte, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. Portanto, ao fixar o quantum da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação. (Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º vol., 4ª ed. pág. 77)

¹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 319-331.



Claro está que qualquer excesso ou radicalização importará no enfraquecimento e desmoralização do instituto.

A par de tudo isso o que não se pode permitir é o sujeito já vítima de lesão em valores imateriais tão profundos de cada ser humano, sinta-se aviltado no momento da quantificação dos danos morais e torne a tarefa de buscar a compensação no judiciário nada mais um prolongamento de seu sofrimento e não um atenuante.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do *comon law* e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª Ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Melina Girardi. PAULINI, Umberto. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil**. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo (org.). *Diálogos sobre direito civil*. v.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil: delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito. Julho – dezembro 2006, nº 29.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua for-**



mulação na perspectiva civil-constitucional. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 25ª Ed., 2010, p. 61.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira.** Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Rio de Janeiro: Padma, vol.22, abril/junho 2005

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional.** In. Temas de Direito Civil.

THE QUALIFICATION OF THE MORAL DAMAGE IN BRASILIAN LAW: EVEN WHEN LIVING WITH THIS UNCERTAINTY?

ABSTRACT

Quantifying moral damage under Brazilian laws is an issue that continues to generate debates that are far from giving a uniform shape to the subject. What we have seen is great uncertainty and nonsense evinced by the disparity in the application of the compensatory amount for moral damages, which, at times, lead to misconception on the part of lawyers who in nowadays spread the idea that there is a so-called "industry of moral damage." Some steps towards crossing over such barriers have been taken, with emphasis given to the importance of the phenomenon of constitutionalization of civil law, in this scenario, given to a recent decision by the Superior Court of Justice in



applying the biphasic method for moral damage quantification, and also to an interpretation that is consistent with, and appropriate to, our legal system as far as the theory of the so-called punitive damages is concerned.

Keywords: Quantification of damage. Constitutionalization of civil law. Biphasic Method. Punitive damages.



Regras de Publicação para a Próxima Edição

Todas as normas que regem a publicação de artigos na trigésima segunda edição da Revista Jurídica In Verbis encontram-se disponíveis para download no site oficial do periódico – www.inverbis.com.br -, na seção “Normas”. As referidas normas consistem em Edital e Guia de Normas, este anexo àquele. Na supradita seção, há também um artigo modelo elaborado, a convite, pelo Professor Igor Alexandre Felipe de Macêdo.

