

# ANAIS DA XIII SEMANA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

RESUMOS DOS GRUPOS DE TRABALHO



NÚCLEO DE PESQUISA  
E PRODUÇÃO ACADÊMICA



FAPEMIG



# **ANAIS DA XIII SEMANA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**

**RESUMOS DOS GRUPOS DE TRABALHO**



Luciana Cristina de Souza

Mariana Alves Lara

Organizadoras

**ANAIS DA XIII SEMANA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**  
**RESUMOS DOS GRUPOS DE TRABALHO**

Realização em Nova Lima, 21 a 23 de novembro de 2016  
na Faculdade de Direito Milton Campos.

Nova Lima – MG  
FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS  
2017

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons (CC) - 2017

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, copiada e distribuída, desde que citada a fonte, bem como a autoria dos artigos, sendo vedado o seu uso para fins comerciais ou a criação de obras derivadas.

## **FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

Diretora – Profa. Lucia Massara

Vice-Diretora – Profa. Tereza Cristina Monteiro Mafra

Coordenação Pedagógica – Prof. Jean Carlos Fernandes

Coordenação do Núcleo de Pesquisa e Produção Acadêmica – Profa. Luciana Cristina de Souza

### **Comitê Científico:**

Prof. André Rubião Resende

Profa. Christiana Noronha Renault

Profa. Daniela Recchioni Barroso

Prof. Davi França Carvalho

Prof. Felipe Quintella Machado de Carvalho

Profa. Fernanda Aparecida Mendes e Silva Garcia e Assumpção

Prof. Jean Carlos Fernandes

Prof. José Luiz Singi Albuquerque

Prof. Lucas de Alvarenga Gontijo

Prof. Luciano Santos Lopes

Profa. Mônica Aragão Martiniano Ferreira e Costa

Prof. Thiago Lopes Decat

Profa. Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida

---

Anais da XIII Semana de Iniciação Científica: Resumos dos Grupos de Trabalho [livro eletrônico]. / Luciana Cristina de Souza; Mariana Alves Lara (Organizadoras). – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2017.

214 p; 21 cm x 29,7 cm

ISBN 978-85-93564-12-3 (e-book)

Evento realizado em Nova Lima, 21 a 23 de novembro de 2016.

1. Direito – Estudo e ensino. 2. Pesquisa - Iniciação científica – Brasil. 3. Encontro – 13ª Semana de Iniciação Científica – XIII SIC. I. Souza, Luciana Cristina de. II. Lara, Mariana Alves. III. Faculdade de Direito Milton Campos - Núcleo de Pesquisa e Produção Acadêmica (NPPA). IV. Título.

CDU 340



**NÚCLEO DE PESQUISA E PRODUÇÃO ACADÊMICA**

**NOVA LIMA – MINAS GERAIS**

[www.mcampos.br](http://www.mcampos.br)



## SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	7
A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA <i>CIVIL LAW</i> .....	9
Marcela Nagy Prado Gonçalves	
Marina Fonseca Drumond Souza	
NOVO CPC: A DEFESA DO SÓCIO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....	14
Fernanda de Ávila Sbampato	
PROCESSUALISMO DEMOCRÁTICO, O CONTRADITÓRIO NA FORMAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E O DEVER JUDICIAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	19
Fabrício Manoel Oliveira	
GÊMEOS XIFÓPAGOS: PERSONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO À VIDA .....	27
Gregory Lauer e Souza	
Nicole Meireles Sacco	
CONVENÇÕES PROCESSUAIS: PROGNÓSTICO DO ART. 190 DO CPC EM MEIO À CULTURA DA HIPERJUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO .....	33
André Câmara e Castro	
A CAPACIDADE ECONÔMICA DA VÍTIMA COMO CRITÉRIO PARA REPARAÇÃO DO DANO MORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA .....	39
Ana Luiza Moraes Braga	
Mariana Alves Lara	
Fabio Queiroz Pereira	
ESCORÇO HISTÓRICO DO PROCESSO DE CODIFICAÇÃO BRASILEIRA .....	46
Adriano Arruda Teixeira	
Àlyda Caroline Vieira Carvalho de Jesus	
SERVIDÃO AMBIENTAL: UMA EFICIENTE ALTERNATIVA ÀS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO .....	52
Pedro Abrão Marques Júnior	

REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO À FELICIDADE NA NORMA JURÍDICA BRASILEIRA.....	58
Romeu Scarioli Junior	
Felipe Quintella Machado de Carvalho	
PROCESSO LEGISLATIVO E INTERVENÇÕES JURISDICIONAIS: A DECISÃO LIMINAR PROFERIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 34.448/DF .....	65
Victor Bicalho Cruz Amaral Quirino	
A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL E A TRANSGENERIDADE .....	70
Fernanda Abras Ribeiro	
Laura Letícia Martins Freitas Pimentel	
A AÇÃO POPULAR NO ENFRENTAMENTO JURISDICIONAL DO MÉRITO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....	78
Rafael dos Reis Aguiar	
ANÁLISE DA DESTITUIÇÃO DE FERNANDO LUGO: GOLPE PARLAMENTAR OU IMPEACHMENT CONFORME A LEI? .....	84
Rafael Inácio da Silva Caldas	
UBER, CARROS AUTÔNOMOS E O FUTURO DOS EMPREGOS.....	90
Rômulo Inácio da Silva Caldas	
EDUCAÇÃO, TRABALHO E A INCLUSÃO SOCIAL DO TRABALHADOR .....	98
Marcella Pagani	
Eriane Santos Silva	
O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL: COMBATE POR MEIO DA SUA CRIMINALIZAÇÃO.....	107
Taissa Pereira Silva da Costa	
TRABALHO DO PRESO: UM ESTUDO SOBRE AS FORMAS DE LABOR DESENVOLVIDAS NA UNIDADE I DO COMPLEXO PENAL DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA DE RIBEIRÃO DAS NEVES/MG.....	113
Isabela Ribeiro Cortes	
Michelle Vieira da Silva	
COMBATE AO DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO .....	119
Isabela de Oliveira Souza Alves	
Wania Guimarães Rabello de Almeida	

O TRABALHO FEMININO SOB A PERSPECTIVA DA ORGANIZAÇÃO EM GRUPOS DE GERAÇÃO DE RENDA .....	125
Aysla Sabine Rocha Teixeira	
Livia Mendes Moreira Miraglia	
O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA DOS EMPREGADOS DE SE AUTODETERMINAREM AFETIVAMENTE NO PLANO DAS RELAÇÕES JUSLABORAIS.....	133
Ana Leticia Campos Valamiel	
Ariete Pontes de Oliveira	
O ATIVISMO JUDICIAL NAS AÇÕES ENVOLVENDO PLANOS DE SAÚDE: A PERSPECTIVA DO EMPRESÁRIO .....	137
Luciana Teixeira da Cunha	
O CASO PEDRINHAS E O DESEMPENHO DO BRASIL FRENTE ÀS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS PELO TRIBUNAL INTERNACIONAL .....	143
Stephannie de Souza Fernandes	
Gláucia Cândida Pereira de Faria	
DIREITO PENAL ECONÔMICO: NORMA PENAL EM BRANCO, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A CRIAÇÃO DA AMBEV .....	149
Giuliana Alves Ferreira de Rezende	
Júlio Cezar Faria Zini	
BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA COMO OBJETO DE PROTEÇÃO DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO .....	157
Guilherme Henrique Peixoto de Azevedo	
Lucas de Freitas Pereira	
UMA NOVA LEITURA DA IMPUTABILIDADE PENAL E DA MEDIDA DE SEGURANÇA.....	163
Débora Santos Tavares	
Julio César Faria Zini	
ICMS: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MAJORAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALIQUOTASEM MINAS GERAIS PELO DECRETO Nº 46.930/2015.....	170
Luiza Faria Neves	

DIREITO TRIBUTÁRIO: LIMITAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO FAP .....	175
Arthur Wendling Villela	
Matheus Campos Pessoa Duarte	
CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - A DESCONSTRUÇÃO DE SUCESSIVOS SILÊNCIOS CONSTITUCIONAIS .....	182
Henrique Perlatto Moura	
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SUPRESSÃO DE DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS .....	186
Bruno Santos Arantes Vieira	
A INTERNET DAS COISAS NA SOCIEDADE: UMA ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS E MALEFÍCIOS DE UMA SOCIEDADE UBÍQUA.....	193
Alberto Mateus Sábato e Sousa	
Luciana Cristina de Souza	
PROGRAMA ESCOLA SEM PARTIDO: A NEUTRALIDADE POLÍTICA DA EDUCAÇÃO, O DIREITO À MEMÓRIA E A CONSTRUÇÃO DE NARRATIVAS DE DIREITOS HUMANOS .....	198
Bruno Henrique Silva Pontes	
Jamilly Souza Oliveira	
FALTA DE INTERESSE POLÍTICO E O PAPEL DA JUVENTUDE EM PROCESSOS DECISÓRIOS GOVERNAMENTAIS: ESTUDO DE CASO BELO HORIZONTINO NAS ELEIÇÕES DE 2016 .....	203
Luena Abigail Pimenta Ricardo	
Thailon Ribeiro Oliveira	
A DEMOCRATIZAÇÃO DA INDICAÇÃO DOS MINISTROS DO STF: PARA UMA NOVA “SOCIEDADE ABERTA” .....	209
Victor Henrique de Filippis Gonçalves	
André Rubião Resende	

## PREFÁCIO

A Semana de Iniciação Científica (SIC) foi criada como um importante evento das Faculdades Milton Campos no qual os pesquisadores docentes e discentes pudessem compartilhar suas investigações científicas visando propiciar um ambiente interativo cujo conhecimento adquirido possa ser aplicado no exercício de suas vidas profissionais. Em sua décima terceira edição, a SIC lança os Anais do evento, publicação na qual se pretende divulgar a produção científica da comunidade interna e dos colegas pesquisadores de outras instituições que participem dela para trocar experiências e debater sobre os rumos da pesquisa universitária local.

Esse é um passo muito significativo na trajetória das Faculdades Milton Campos, cujo histórico de comprometimento com a pesquisa científica data de longa data. Um exemplo de sua qualidade é a longa parceria com a Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), que já dura mais de dez anos. Desde 2014 foi assinado convênio, também, com o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e o Mestrado em Direito, representado por sua Pró-reitora, Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra, possui apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Ensino Superior (CAPES). Na história institucional, dezenas de alunos e professores passaram pelo Núcleo de Pesquisa e Produção Acadêmica (NPPA) e por meio de suas investigações científicas produziram rico acervo para as Faculdades Milton Campos e, ainda, para a comunidade externa.

É importante ressaltar o apoio constante que o NPPA tem recebido da Diretoria Acadêmica, por meio da Profa. Lucia Massara, e da mantenedora, CEFOS, por seu Presidente Prof. Pedro José de Paula Gelape. A publicação dos Anais, portanto, vem fortalecer o empenho da faculdade em acolher pesquisadores internos e externos para promover a divulgação das pesquisas, o enriquecimento do saber mútuo, a formação de redes de apoio que possam converter, cada dia mais, a pesquisa acadêmica em um produto de qualidade e de retorno socialmente desejável, uma vez que deve atender, na medida do possível, as demandas da sociedade, especialmente a comunidade local, Nova Lima, Minas Gerais.

Com o objetivo de continuar esse percurso de engajamento institucional em atividades científicas, a XIII SIC foi organizada por meio de um trabalho conjunto entre a Graduação e a Pós-graduação. Pela primeira vez o espaço de apresentação de estudos científicos foi aberto a alunos e professores externos à nossa instituição e essa interação foi, certamente, muito enriquecedora. A seleção dos textos foi realizada pela utilização do “sistema cego” de avaliação dos resumos, que foram submetidos à apreciação dos pareceristas e avaliados por meio de um barema objetivo, o qual foi devolvido aos autores para seu conhecimento. Feitas as apresentações em diferentes grupos temáticos de trabalho, os autores tiveram um prazo para a redação final. Todos os que cumpriram os requisitos estabelecidos tiveram seus resumos aqui divulgados para que a comunidade científica possa conhecê-los.

Somos muito gratos a cada um dos alunos e professores que nos horaram com a partilha de suas pesquisas e esperamos que na próxima edição da SIC contemos novamente com sua importante participação. As Faculdades Milton Campos estão sempre abertas à interação acadêmica e à formação de redes com outras IES e pesquisadores. Estes Anais representam um de muitos passos que ainda serão concretizados nesse sentido. Que por meio dessa leitura todos os leitores possam apreciar os resumos e as contribuições de seus autores à pesquisa!

Agradecemos, também, à Fundação de Amparo do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) e ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) por apoiarem as atividades de pesquisa desenvolvidas pela Faculdade de Direito Milton Campos. Os fomentos federal e estadual têm contribuído muito para que nossos pesquisadores-discentes possam se dedicar ao conhecimento científico que será aplicado em suas áreas de atuação.

Profa. Dra. Luciana Cristina de Souza

Coordenadora do Núcleo de Pesquisa e Produção Acadêmica

## A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA *CIVIL LAW*

**Marcela Nagy Prado Gonçalves<sup>1</sup>**

**Marina Fonseca Drumond Souza<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

O estudo em tela tem como objetivo trazer uma reflexão sobre a aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, com foco na nova legislação processual civil vigente e suas principais implicações, visto que o Brasil, tradicionalmente, adota o paradigma da *Civil Law* e, com essa nova tendência, se aproxima cada vez mais da *Common Law*.

### 2 Resultados e discussão

O presente resumo científico foi elaborado com base em uma pesquisa teórico-comparativa dos sistemas jurídicos da *Civil* e *Common Law*, bem como uma análise dos reflexos desta última no vigente Código de Processo Civil Brasileiro (CPC/2015) utilizando, para tanto, de artigos, doutrinas e documentos eletrônicos que abordam a temática.

A principal dificuldade encontrada para a elaboração deste estudo foi no sentido de que, ao nos defrontarmos com uma nova legislação processual, percebemos que ainda não existe no campo doutrinário, posicionamento consolidado sobre o assunto, nos deparando, certas vezes, com opiniões divergentes fruto de uma análise subjetiva de autores sobre o tema. Diante dessa multiplicidade de ideias, se fez necessário adotarmos um posicionamento para a fixação do marco teórico que norteou o presente trabalho, o que pode ser constatado frente a

---

<sup>1</sup> Bacharelada em Direito pela Faculdade Milton Campos

<sup>2</sup> Bacharelada em Direito pela Faculdade Milton Campos

nossa opção pela utilização de um conceito ampliativo de precedentes, cuja aplicação não se limita à vigência do CPC/2015, retroagindo àqueles formados anteriormente.

Mediante tais considerações, devemos inicialmente destacar que o direito brasileiro adota como sistema jurídico a *Civil Law*, o que pode ser inclusive notado em nossa Constituição da República de 1988, mais especificamente em seu art. 5º, inciso II, que preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. O modelo romano-germânico adotado por nosso ordenamento pátrio traz como principal fonte do Direito a lei e preza pelo positivismo, de modo que considera que algo é juridicamente seguro quando está devidamente normatizado. Esse modelo legalista é utilizado principalmente nos países da Europa Ocidental e América do Sul.

Por outro lado, a *Common Law* se manifesta mais amplamente nos países anglo-saxões. Para esses Estados, a principal fonte do Direito é a jurisprudência, construída a partir de reiteradas decisões proferidas pelos juízes em relação ao mesmo tema, que julgam o caso concreto com a aplicação do direito consuetudinário. A esse conjunto de decisões reiteradas sobre uma temática em comum formadoras de jurisprudência, damos o nome de precedente.

O ilustre professor Elpídio Donizetti define precedente como:

a norma obtida em um julgamento de um caso concreto que se define como a regra universal passível de ser observada em outras situações. O termo jurisprudência é utilizado para definir as decisões reiteradas dos tribunais, que podem se fundamentar, ou não em precedentes judiciais. A jurisprudência é formada em razão da aplicação reiterada de um precedente. (DONIZETTI, 2014).

Tendo em vista que a doutrina atribui à jurisprudência status de fonte e, como dito anteriormente, por considerarmos que a jurisprudência pode ser um conjunto de precedentes, estes também podem ser classificados como fontes do direito brasileiro, ainda que não primárias.

A aplicação dos precedentes como fonte do direito, não possui, contudo, caráter absoluto, vez que o caso concreto deve ser analisado com suas particularidades. Existem hipóteses em que não é possível enquadrar perfeitamente o caso sub judice nos moldes do precedente dito como parâmetro e, nesses casos, os operadores do direito deverão se utilizar de um método importado do direito estrangeiro, nomeado *distinguishing*. O *distinguishing*, como a própria tradução revela, trata-se de um método comparativo entre o caso paradigma e

o caso em tela, de modo a revelar a distinção entre eles e poderá ser utilizado tanto pelo juiz ao julgar uma questão concreta quanto pelos procuradores, de modo a demonstrar que a aplicação de tal parâmetro não é condizente com a controvérsia trazida.

O novo Código de Processo Civil inova ao orientar o juiz na aplicação do *distinguishing*, o que pode ser notado em seu art. 489, § 1º, VI:

Art. 489: § 1º: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Pelo exposto acima, demonstra-se imprescindível que o magistrado, ao afastar precedente invocado pela parte deverá fundamentar sua decisão. Por meio desse artigo, podemos chegar a duas conclusões. A primeira delas diz respeito à necessidade da fundamentação do juiz, visto que a ausência desta impossibilita que as partes e os órgãos recursais do Poder Judiciário tenham conhecimento das razões que motivaram o *decisium*, violando assim o direito de defesa ou contraditório e os princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação das decisões judiciais, presumindo-se a arbitrariedade do juiz. Em segundo lugar, nota-se a importância do precedente no sistema jurídico atual visto ser este o pilar da jurisprudência que, por sua vez, se traduz em um conjunto de decisões de um mesmo Tribunal, com idêntica interpretação sobre o mesmo tema, concebendo assim, a Súmula.

Podemos dizer que a aplicação dos precedentes confere maior segurança jurídica ao jurisdicionado. Isso porque, ao tomar conhecimento do julgamento de questões análogas, o autor ou réu do caso concreto já sabe o que pretender da tutela jurisdicional, já que o esperado é um enquadramento da controvérsia com o paradigma e, no caso da decisão ser distinta deste, deverá ser devidamente justificada. Em sendo assim, a observação dos precedentes confere respeito aos princípios da não surpresa e do devido processo legal. Outrossim, a aplicação deste instituto, norteia os magistrados em uma decisão mais acertada, uma vez que o caminho do julgamento já encontra-se trilhado.

Por fim, mister ressaltar que a Resolução nº. 235 de 13/07/2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou a criação do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes

(Nugep) na estrutura organizacional dos Tribunais, responsável por gerir a elaboração dos precedentes, consolidar jurisprudência e decidir sobre o direito aplicável ao caso concreto. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais editou recentemente a portaria que instala o Nugep em terras mineiras, dando um passo a mais rumo à modernização do Judiciário, valorizando o diálogo e cooperação entre a *Civil Law* e *Common Law*.

### 3 Conclusão

Com base nas considerações feitas acima, que demonstram a tendência do sistema processual civil moderno na utilização de precedentes, bem como a possibilidade da não aplicação deste nas hipóteses em que não se enquadram com o caso paradigma, desde que devidamente fundamentada pelo magistrado, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente constituído nos parâmetros do modelo da *Civil Law*, caminha, cada vez mais, ao encontro da *Common Law*. Essa simbiose reflete a criação de um sistema jurídico único, *sui generis*, que comporta elementos dos dois modelos tradicionais, que se harmonizam e complementam entre si.

### Referências

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no Novo Código de Processo Civil: a valorização da Stare Decisis e o modelo de Corte Suprema Brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 253, ano 41, p.347-385, São Paulo: Ed. RT, mar. 2016

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 2015.

BRASIL. Resolução nº 235 de 13 de julho de 2016. Institui o dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos

repetitivos e de incidente de assunção de competência. **Diário da Justiça**, Brasília, 14 jul. 2016

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tribunal atende CNJ e instala núcleo de gestão de precedentes em MG**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83705-tribunal-atende-cnj-e-instala-nucleo-de-gestao-de-precedentes-em-mg> > Acessado em: 31 out. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, v. 1, p. 31-59.

DINAMARCO JÚNIOR, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2016, vol.1, p. 156-159

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, a. 65, v. 211, p. 36-46, out./dez.2014

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil- Demandas repetitivas. **Revista de Processo**. vol. 255, ano 41, p.359-372. São Paulo: Ed. RT, mai. 2016

## NOVO CPC: A DEFESA DO SÓCIO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

**Fernanda de Ávila Sbampato**<sup>1</sup>

### 1 Introdução

O presente trabalho visa a discorrer acerca da inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 no que tange à desconsideração da personalidade jurídica.

Como é sabido, a pessoa jurídica não se confunde com seus sócios, possuindo personalidade, patrimônio, direitos e deveres próprios. No entanto, em determinadas hipóteses a lei material determina que sua personalidade jurídica seja desconsiderada, permitindo que o patrimônio dos sócios responda pelas dívidas contraídas pela pessoa jurídica.

A lei 13.105/2015 cria o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e, em verdadeira inovação, finalmente dita o seu procedimento.

O novo instituto surge como forma de assegurar o exercício dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa por parte daqueles que terão sua esfera patrimonial afetada, ou seja, os sócios da sociedade empresária cuja personalidade se pretende desconsiderar.

O problema abordado neste estudo surge da constatação de que o instituto, previsto nos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, insere-se no título destinado às modalidades de intervenção de terceiros.

Somado a isso, verifica-se que, apesar da louvável iniciativa de regulação processual da *disregard doctrine*, o novo CPC é silente no que tange à defesa dos sócios na fase de execução após decretada a desconsideração.

---

<sup>1</sup> Aluna de graduação do 8º período da Faculdade de Direito Milton Campos e bolsista de Iniciação Científica pelo CEFOS.

Das premissas acima mencionadas surgem debates relevantes, como, por exemplo, sobre a forma de defesa do sócio face ao ato construtivo judicial após julgada procedente a desconsideração.

Antes da elaboração do novo diploma processual, o Superior Tribunal de Justiça já havia se posicionado no sentido de que a defesa dos sócios aos atos construtivos seria exercida por meio de Embargos à Execução, sendo esta, portanto, a hipótese do presente estudo.

No entanto, após a criação do Incidente de Desconsideração, a doutrina diverge entre o cabimento de Embargos à Execução ou Embargos de Terceiro, a depender do entendimento acerca da condição assumida pelo sócio nos autos da ação principal.

Cumprе esclarecer que embora a discussão pretendida seja afeta ao instituto do direito material, não se pretende abordar seus aspectos, os quais, como antes, continuam sendo regidos pela legislação esparsa, como Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código Tributário Nacional e etc.

Neste contexto, o presente estudo pauta-se na vertente jurídico-teórica, tendo por base análises e previsões legislativas e posicionamentos doutrinários, com o objetivo de realizar uma abordagem acerca da posição jurídico-processual do interveniente. O presente trabalho também analisa as formas pelas quais o sócio pode exercer seu direito de defesa após a desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, na fase de cumprimento de sentença ou em processo de execução.

## **2 Resultados e discussão**

Inicialmente, importante ressaltar que, mesmo antes da criação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, a doutrina já havia firmado entendimento no sentido da necessidade de se garantir ao sócio a possibilidade de defesa de seu patrimônio.

No entanto, na prática, o entendimento não era unânime. O contraditório e a ampla defesa eram muitas vezes desconsiderados, de modo que o sócio corria o risco de ter seu patrimônio atingido por decisão judicial, sem que a ele tivesse sido conferida a oportunidade de defesa.

Neste contexto, o Novo CPC sedimenta o entendimento doutrinário anterior e, em seu artigo 135, assim dispõe: “instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

Verifica-se que todo o exercício do direito de defesa do sócio será exercido nos autos da demanda incidental, conforme preceitua o artigo 136 do mesmo diploma.

Da análise de tais dispositivos não resta dúvida de que o sócio, após citado, passará a integrar como réu o polo passivo do incidente.

No entanto, o Código não menciona a posição assumida nos autos da demanda principal, caso julgado procedente o pleito de descon sideração formulado incidentalmente.

Há quem entenda que o sócio passará a integrar também a relação jurídica principal, uma vez que seus bens responderão pela dívida discutida em juízo, sendo ele o maior interessado.

Por outro lado, há quem discorde de tal entendimento, defendendo que o sócio não será réu da ação principal. Neste sentido, processualistas como Eduardo Talamini argumentam que julgado procedente o pleito formulado no incidente a existência do sócio será ignorada e sua esfera jurídica atingida como se da pessoa jurídica fosse, de modo que este não será citado para a ação principal (TALAMINI, 2016). Ademais, não há qualquer menção acerca da necessidade de citação do sócio após resolvido o incidente, o que leva a crer que este não será chamado a integrar a relação jurídica processual principal.

A importância prática da questão reside na forma de defesa do sócio na execução. Se o entendimento for o de que, após citado para integrar o polo passivo da demanda incidental, o sócio se torna parte do processo principal, este poderá se valer dos Embargos à Execução.

Se, por outro lado, o entendimento for o de que sócio é terceiro na demanda principal, como a própria disposição legislativa sugere, deverá se valer tão somente de Embargos de Terceiro.

Como mencionado anteriormente, em situações anteriores à vigência do NCPC, antes mesmo que se falasse em Incidente de Descon sideração, o STJ<sup>2</sup> formulou entendimento no

---

<sup>2</sup> STJ, 4.ª Turma, REsp 1.096.604/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.08.2012, *DJe* 16.10.2012.

STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 1.378.143/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 13.05.2014, *DJe* 06.06.2014

sentindo de que o sócio que teve seus bens atingidos após a desconsideração pode se valer de Embargos à Execução na fase executiva. Senão vejamos:

Nos termos da jurisprudência iterativa desta Corte, os embargos do devedor são o meio adequado para defender interesse patrimonial do ex-sócio incluído no polo passivo da execução por força da desconsideração da personalidade jurídica da empresa.” (AgRg no Ag 1378143/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 06/06/2014)

No entanto, no cenário atual, não parece ser este o entendimento adequado.

Entende-se que, ao atribuir ao sócio a possibilidade de se valer dos Embargos de Execução, o Poder Judiciário visava respaldar o direito ao contraditório e à ampla defesa, direitos antes negligenciados na ausência de um incidente próprio e apto para tanto.

No entanto, em face da nova sistemática processual, não merece tal entendimento prosperar.

Não há disposição legal que preveja o sócio como integrante da relação jurídica principal na condição de réu, mas apenas de terceiro.

Portanto, como terceiro que é, deverá se valer do instrumento processual adequado à sua condição para evitar a constrição indevida de seus bens, qual seja, o Embargo de Terceiro, até porque, inexistindo falhas judiciais graves, não se pode imaginar tese defensiva alegável na estreita linha de defesa dos Embargos que não deveriam ter sido alegadas no momento pertinente na instrução incidental.

### **3 Conclusão**

Ao instituir o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, o Novo CPC conferiu especial atenção aos princípios processuais constitucionais. No entanto, em que pese serem louváveis as inovações trazidas, perdeu-se a oportunidade de evidenciar as formas de defesa cabíveis ao sócio após a desconsideração.

Uma vez mais, caberá ao poder judiciário firmar entendimento acerca do tema. Como exposto no presente estudo, acreditamos que as novas decisões deverão ir em sentido contrário ao entendimento anterior, firmado na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

## Referências

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; DANTAS, Bruno; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Apresentação WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Novo Código de Processo Civil: Impactos na legislação extravagante e interdisciplinas**, vol. 2 – São Paulo: Saraiva, 2016.

KUMPEL, Vitor Frederico. **A desconsideração da personalidade Jurídica no novo CPC**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI218182,81042-A+desconsideracao+da+personalidade+Juridica+no+novo+CPC>. Acesso em: 27 out. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Vol. único. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Incidente de desconsideração de personalidade jurídica**. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049-incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049-incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica). Acesso em: 27 out. 2016.

## **PROCESSUALISMO DEMOCRÁTICO, O CONTRADITÓRIO NA FORMAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E O DEVER JUDICIAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Fabício Manoel Oliveira<sup>1</sup>**

### **1 Introdução**

O presente trabalho tem como propósito examinar o paradigma do processo civil democrático instaurado com o advento do Novo Código de Processo Civil, partindo da aferição da importância do contraditório como garantia de influência e não surpresa na formação e legitimação das decisões jurisdicionais (BAHIA et al., 2015, p. 93). Neste ponto, irá elucidar, de forma breve, a nova roupagem que ganhou o contraditório, deixando de ser apenas mera formalidade e bilateralidade de instância (MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, 2016, p. 447) para passar a ser considerado como um direito real de participação na construção do provimento jurisdicional. E, levando em consideração que é a partir do contraditório que surge o caráter dialético do processo, o trabalho tentará demonstrar como ele infunde no magistrado o dever de debater todas as questões postas nos autos, trazendo a necessidade de fundamentar as decisões e/ou escolhas que tomar no processo a fim de proporcionar decisões legítimas, porquanto construídas em conjunto com as partes.

### **2 Resultados e discussão**

#### **2.1 Processo Democrático, Legitimidade e Contraditório na Formação das Decisões Judiciais**

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos

Para que o exercício da jurisdição tenha legitimidade é premente que haja a participação do jurisdicionado durante todo seu percurso, com o escopo de se assegurar o contraditório, a ampla defesa e o diálogo processual na formação da tutela a ser prestada (MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, 2016, p. 447).

Ou seja, a efetiva participação e o contraditório (entendidos como possibilidade de manifestação e debate amplo) na construção das decisões é que garante a legitimidade da jurisdição e, por conseguinte, da prestação jurisdicional futura. Ele está presente no art. 5º, inciso LV da Constituição.

Segundo Didier (2016, p. 81),

o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.

Atualmente, está alicerçado nos arts. 7º, 9º e 10º do novo diploma processual. Além de possuir um viés de garantia de participação efetiva no processo, o contraditório também congrega o sentido de possibilidade de influência nas decisões. Nesta esfera, nota-se que não basta que seja propiciada a participação no processo, mas sim que seja possibilitada à parte o direito de ser ouvida em condições que possam de alguma forma influenciar a decisão (DIDIER, 2016, p. 81).

Em outros termos, hoje em dia o contraditório é entendido como “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões.” (BAHIA et al., 2015, p. 93)

Nesta senda, ao contrário do que ocorria no processo liberal, em que não era necessário ouvir as partes sobre todos os rumos a serem tomados, sendo que o destino do processo ficava em muito à mercê da atuação e da verificação, pelo magistrado, quando do julgamento solitário, do resultado do embate jurídico, em que decidia baseado apenas em um elemento que escolhesse, sem necessidade de se manifestar sobre os outros pontos, no processo democrático a participação efetiva dos sujeitos durante todo o curso processual ganha espaço e é imprescindível para a construção de decisões democráticas, eis que passará a haver maior diálogo processual, influência nas decisões e controle da atuação jurisdicional – que se dará a partir da fundamentação pormenorizada (BAHIA et al., 2015, p. 71-73).

A partir de uma leitura contemporânea do contraditório, é perceptível que ele passou a ser considerado “condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada e, com isso, liga-se internamente à fundamentação da decisão jurisdicional participada – exercício de poder participada [...]” (BAHIA et al., 2015, p. 94).

Como consectário, temos que:

tal premissa otimiza o funcionamento processual na medida em que, de um lado, cria ferramentas de fiscalidade para o comportamento de todos os sujeitos, e, de outro, induz que o processo oferte o máximo de aproveitamento de sua atividade (com a prevalência do julgamento de mérito), sem idas e vindas decorrentes [...] (BAHIA et al., 2015, p. 72).

Portanto, verifica-se que a presença do contraditório na formação das decisões acarreta uma prestação jurisdicional de maior qualidade, isto é, haverá maior aproveitamento jurisdicional, eis que com o diálogo processual proficiente durante a vida do processo teremos decisões mais completas, das quais não precisaremos interpor intermináveis recursos.

## **2.2 Processo Democrático e o Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais**

Entende-se que fundamentar, no âmbito jurídico, “é apresentar, racionalmente, as bases fáticas e jurídicas da decisão” (MEDINA, 2016, p. 747).

A fundamentação é obtida através de um ato de inteligência, em que haverá a demonstração de como foi possível subsumir o fato à norma, ou seja, como se deu a solução legal da questão a partir do exame da lei e das particularidades da hipótese; de um ato de declaração, em que é apresentado o sentido da norma jurídica, bem como a estrutura e organização aplicada; e de um ato de resposta, quando haverá a resposta jurisdicional a ser realizada a partir do que fora trazido no processo, isto é, do que fora construído (MEDINA, 2016, p. 747).

Para dar efetividade ao processo democrático é essencial a fundamentação das decisões por parte do magistrado, a fim de que o jurisdicionado possa, além da ciência do ato, ter sobre ele controle e eventualmente impugná-lo.

Isso acontece, pois

o processo é percebido como uma garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo e legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões (BAHIA et al., 2015, p. 100).

Destarte, as regras de funcionamento do processo (dentre as quais se enquadra a necessidade de fundamentação) devem ser preservadas e interpretadas de feito que se possa alcançar tal finalidade, que deve se dar através da melhor maneira possível (MEDINA, 2016, p. 735).

O Novo Código de Processo Civil, no fito de melhor satisfazer o interesse dos jurisdicionados e criar um processo democrático realmente efetivo, traz a necessidade de fundamentação das sentenças e decisões como um de seus maiores paradigmas. Em verdade, a lex processual apenas passou a obedecer o que já estava previsto desde 1988 na Constituição (e era de certo modo renegado), mais especificamente no art. 93, inciso IX, efetivando o processo democrático brasileiro.

Nos dizeres de Wambier e Talamini (2016, p. 212), “o juiz tem o poder de decidir a causa. Tem também, como já se disse, o dever de fazê-lo. Mas, mais do que isso, tem o dever de fazê-lo fundamentadamente (arts. 11º e 489º, § 1.º, do CPC/2015) [...]”

Quer dizer, o mínimo que se espera de uma correta prestação jurisdicional é a individualização do caso, quando de seu julgamento, observando todas as suas singularidades e particularidades e a edificação da decisão com base nos fatos e fundamentos trazidos ao longo do curso processual, fundamentando-a consoante as especificidades existentes.

Deste modo,

fundamentações padronizadas, sem que sejam enfrentados os argumentos e as teses trazidas pelas partes, não são aceitas, tanto quanto meras reproduções de texto de lei ou de enunciados de súmula da jurisprudência dos Tribunais, sem explicar por que se aplicam ou deixam de se aplicar ao caso, sem que se proceda, quando for o caso, portanto, a chamada distinção. O que o dispositivo exige do magistrado, em suma, é a esmerada e suficiente – mas sempre completa – discussão da tese jurídica a incidir sobre as especificidade do caso em julgamento (BUENO, 2015, p. 522).

De mais a mais, o magistrado, ao decidir, tem o dever de debater todos os argumentos trazidos pelas partes que são capazes de influenciar no processo e no julgamento da causa, observando sempre todos os elementos do último artigo aludido (489, do CPC), pois “caso

falte algum daqueles requisitos será viciada, o que implicaria evidente desperdício da atividade jurisdicional realizada.” (MEDINA, 2016, p. 735)

A partir disso, percebe-se que foi extinta de nosso ordenamento jurídico a visão que considerava o ato decisório uma incumbência solipsista do juiz, que não precisava discutir todos os fundamentos trazidos aos autos mas tão somente aqueles que supostamente motivariam a decisão (princípio do livre convencimento motivado), de sorte que agora passou a vigorar a obrigação de fundamentação das decisões e de responder todas as questões trazidas pelas partes, isto pois “a fundamentação substancial é resposta (e não empecilho) a esse momento no qual há que se enfrentar julgamentos em massa e formação de precedentes [...].” (BAHIA et al., 2015, p. 307)

Acompanhando o raciocínio, Medina (2016, p. 749) palestra no sentido de que a prestação jurisdicional só poderá ser efetiva quando devidamente fundamentada e justificada, observando a forma legal do art. 489 do Código de Processo Civil. Nas suas palavras,

espera-se que, ao momento da prolação da decisão sobre a causa, se chegue ao fim de um ciclo: o necessário diálogo que deve ter havido ao longo do processo só será considerado íntegro se sua conclusão manifestar-se através de uma resposta jurisdicional fundamentada. Um verdadeiro diálogo só existe se entre seus interlocutores há compreensão, no sentido de que aqueles que dizem e aqueles que ouvem (ou aquele que escreve e aquele que lê) tenham a idéia clara de como o outro pensa. Ao observar o quanto se dispõe no art. 489 do CPC/2015, o juiz dará uma resposta conclusiva ao diálogo que sucedeu. Assim, uma decisão incompleta [...] viola não apenas o dever constitucional de fundamentação, como também o princípio constitucional do contraditório.

Todavia, há quem entenda de forma contrária. Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 124), mantendo um ponto de vista mais conservador, salienta que o art. 489 não retira das decisões judiciais o caráter de atos a serem praticados de forma solipsista pelo juiz, em que pese reconhecer que o magistrado passa a ser mais controlado/vigiado pelos atos que pratica e tem sua atuação sob supervisionamento constante com a entrada em vigor do novo código.

Coadunando com este pensamento, Elpídio Donizetti (2016, p. 622) também ressalta que tal artigo tão somente “estabelece uma espécie de roteiro para o magistrado [...], mas que não precisa ser seguido ‘a ferro e fogo’”.

Apesar disso, cremos que é mais adequada ao padrão que o novo diploma almeja erigir - qual seja o processualismo democrático constitucional - a corrente que julga estar extinta a possibilidade de construção de decisões solitárias (sem o exercício do contraditório pleno) e sem o dever de fundamentar detalhadamente todos os pontos ventilados pelas partes - mas apenas aqueles que motivariam a decisão.

Em verdade, a partir da análise conjunta do artigo 11 e do 489 percebe-se que o novo Código de Processo Civil supera qualquer possibilidade de decisionismo não vinculado ao que fora apresentado nos autos e que não seja escoreito em sua fundamentação, ou seja, que não concatene todos os pontos debatidos e enfrente as minúcias de cada tese ponderada.

Assim, mais corretos, no nosso sentir, estão aqueles que acreditam que a fundamentação é o principal elemento das decisões, já que ela

tem como objetivo fixar a decisão juridicamente correta e, portanto, prescinde das posições pessoais dos magistrados. Da mesma forma, a partir da constitucionalização do Direito fundamental à fundamentação, não se pode mais falar em livre convicção motivada ou em decidir conforme a própria consciência, como muitos juízes ainda teimam em fazer (FREIRE et al., 2014, p. 109).

Portanto, partindo dessa premissa, inescandível é a necessidade da fundamentação plena e irrestrita para que possamos ter um processo democrático, em que às partes é possibilitado realmente influenciar o julgador e supervisionar seus atos, tentando coibir e eventualmente corrigir, caso seja necessário, decisão inesperada e em descompasso com o debatido, eis que a decisão só pode fazer sentido e ser legítima quando elaborada a partir das questões levantadas pelas partes e calcada em todos elementos (seja de fato ou de direito) trazidos pelos próprios jurisdicionados.

### **3 Conclusão**

Ao final do trabalho, foi possível constatar que a inovação trazida pela nova legislação processual civil, mais especificamente no que cinge ao entendimento do contraditório como garantia de influência, participação e não surpresa nas decisões judiciais, além de legitimar a atuação jurisdicional (já que a parte passa a atuar materialmente no processo e em suas

diretrizes), acarreta uma prestação jurisdicional mais eficiente e tende a diminuir a vida útil do processo, aproveitando-o de modo mais condizente com a nossa realidade.

De igual sorte, demonstrou-se que o dever de fundamentação das decisões, intimamente ligado ao contraditório pleno, corroborando a necessidade de se ter um processo democrático, também acarreta a utilização deste de forma mais racional, já que além da possibilidade das partes de influenciarem verdadeiramente o julgador, passa a ser possível o controle minucioso de seus atos, tendo em vista que somente poderão ser realizados fundamentadamente após a alteração sobre todos os pontos ventilados e só com base no que fora construído no processo.

## Referências

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil** [livro eletrônico]: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Parte de Conhecimento**. 18. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FREIRE, Alexandre (org.); et al. **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, volume III**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil, volume I. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, volume único. 8. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil** [livro eletrônico]: Teoria Geral do Processo Civil, volume I. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

## **GÊMEOS XIFÓPAGOS: PERSONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO À VIDA**

**Gregory Lauar e Souza<sup>1</sup>**

**Nicole Meireles Sacco<sup>2</sup>**

### **1 Introdução**

Gêmeos xifópagos, também conhecidos como gêmeos “siameses”, termo que remete aos notórios irmãos xifópagos tailandeses Eng e Cheng Bunker, são uma anomalia decorrente da dupla fecundação do óvulo que, após fertilizado, não sofre uma divisão apropriada do gameta, dando origem a gêmeos com partes do corpo ou órgãos em comum.

Dentre os casos de xifopagia, existe a possibilidade de os indivíduos compartilharem o mesmo coração (toracópagos), o que torna praticamente impossível uma separação cirúrgica dos corpos com sobrevivência de ambos os gêmeos, tendo em vista que, na maioria dos casos, o mais vulnerável tende a sucumbir após a cirurgia. Ainda, em 33% dos casos, os indivíduos nascem unidos da clavícula até a cintura. Nesta hipótese, os gêmeos geralmente compartilham um fígado, as funções gastrointestinais ou urinárias, entretanto, dificilmente compartilham um mesmo coração (UNIVERSITY OF MARYLAND MEDICAL CENTER; 2016).

A separação cirúrgica dos portadores dessa anomalia, seja qual for a condição em que os irmãos se encontram unidos, é extremamente arriscada. A mortalidade varia de acordo com o tipo da conexão e os órgãos compartilhados. E.g., gêmeos unidos pela base da coluna vertebral (sacro) possuem chance de 68% de êxito (UNIVERSITY OF MARYLAND MEDICAL CENTER; 2016).

Com o presente estudo almeja-se discutir o direito à integridade física de um dos gêmeos xifópagos em detrimento ao direito à vida do outro, quando submetidos a uma separação cirúrgica de alto risco, na qual a probabilidade de óbito do gêmeo mais vulnerável é expressivamente maior do que a do outro gêmeo.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

## 2 Resultados e discussão

Este estudo foi construído a partir da revisão literária de doutrinas, estudo de caso, artigos científicos, jurídicos e outros pertinentes à área médica.

Realizada a pesquisa verificou-se que, em determinados casos, o gêmeo mais vulnerável atua de forma “parasitária” no gêmeo mais forte, de tal sorte que as toxinas do corpo daquele afetam este. Não sendo realizada uma separação cirúrgica, há grandes chances de óbito de ambos os irmãos.

Este foi o caso das gêmeas Mary e Jodie, nascidas em Malta, no ano 2000. Ambas possuíam seu próprio coração e pulmões, bem como os demais órgãos. Entretanto, os pulmões de Mary não se desenvolveram de forma completa e seu coração não conseguia bombear o próprio sangue, o que a tornava dependente dos órgãos da outra irmã. Isso acontecia porque eram unidas pela aorta e, dessa forma, o sangue arterial de Jodie oxigenava os órgãos de ambas as gêmeas. Os médicos constataram que a cirurgia de separação, caso não realizada, causaria complicações cardíacas em Jodie, que eventualmente viria a óbito (PEARNS, JOHN; 2001).

O caso foi levado até a Court of Appeal da Inglaterra, país onde as irmãs seriam submetidas à cirurgia. Após deliberações, os juízes decidiram favoravelmente à separação, com fulcro no princípio do melhor interesse do menor (*best interest of the child*), o qual decorreria do “welfare principle”, e na legítima defesa de Jodie, tendo em vista que a sua própria existência estava sendo ameaçada pela de sua irmã (DUNCAN, N D; 2006).

O fato das gêmeas possuírem composições biopsicológicas distintas, tornava cada uma delas detentora de seus próprios direitos de personalidade. Além disso, à época do fato, as irmãs eram menores, o que tornava ainda mais complexa a solução do caso, vez que, a priori, a decisão pela separação caberia aos responsáveis legais pelas gêmeas.

A personalidade constituiu a aptidão natural de um indivíduo contrair direitos e obrigações, praticar ou exercer atos da vida civil. O artigo 1 do Código Civil Brasileiro preceitua que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Dispõe, ainda, através de seu artigo 2, que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida. Dessa forma, segundo entendimento de Arnaldo Rizzardo, a personalidade constitui um

conjunto de poderes, direitos, faculdades e prerrogativas, consagrados pela ordem jurídica nacional (RIZZARDO, 2015, p. 199).

O Capítulo II do Código Civil de 2002 dedica-se inteiramente a tratar dos direitos da personalidade, sendo estes considerados inerentes à pessoa humana, e de caráter intransmissível, irrenunciável, imprescritível e indisponível, não podendo seu exercício sofrer qualquer limitação voluntária. Constituem, nas palavras de Alcino Pinto Falcão (1959), “aqueles direitos subjetivos cuja função, respeito à personalidade, se especializa, constituindo o mínimo necessário e imprescindível do seu conteúdo. São estes os direitos essenciais para a personalidade, sem os quais os demais direitos subjetivos perderiam todo o interesse para a pessoa”.

São direitos irradiados do direito à personalidade o direito à vida, liberdade, saúde honra, dentre outros (PONTES DE MIRANDA, 1983, tomo I, p. 162).

A Constituição Federal, no rol de direitos individuais fundamentais, proclama o direito à vida como o mais fundamental e mais primário dos direitos, servindo como pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos, e garantindo a sua inviolabilidade.

Dentre as manifestações do direito à vida, decorre o direito a integridade física, que tutela a incolumidade física e intelectual da pessoa, e atribui penas àqueles que causam delituosamente lesões corporais e atentados a saúde de outrem.

O art. 13 do Código Civil de 2002 preceitua que, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. O art. 15 deste mesmo diploma legal garante liberdade ao paciente para submeter-se a intervenção cirúrgica que importe em risco de vida, salvo se constrangido a praticar tal ato.

Desviando do viés legal do ordenamento jurídico pátrio para uma dogmática filosófica, sob a angulação da Teoria do Duplo Efeito, de Tomás de Aquino, a separação das gêmeas poderia ser moralmente justificada, ainda que represente uma violação dos direitos de personalidade de Mary. Isso porque a ação coaduna com algumas das condições estipuladas pelo filósofo para que um ato seja moralmente válido, quais sejam: o efeito negativo – morte de Mary – não foi diretamente desejado, mas fora previsto e tolerado; e o efeito positivo – manutenção da vida de Jodie – foi mais forte que o negativo.

O caso das irmãs Jodie e Mary representa, portanto, uma complexa celeuma jurídica e moral, tendo em vista o conflito existente entre o direito à vida de uma das irmãs em detrimento ao direito à inviolabilidade física da outra. Levando-se em conta a repercussão geral, bem como a necessidade de um posicionamento jurídico sobre a matéria, torna-se pertinente esta discussão. Tal caso reforça a imprescindibilidade de se repensar conceitos e padrões já estabelecidos no ordenamento pátrio, afim de que se adequem à realidade fática das sociedades modernas e tragam soluções mais justas e adequadas para os dilemas que venham a surgir.

### **3 Conclusão**

Sopesar valores de vultuosa relevância para o direito, como o direito a vida e os demais direitos da personalidade, especialmente no caso estudado, é uma tarefa muito difícil, dada a existência de argumentos diametralmente opostos, embora racionalmente válidos.

Desse modo, a intervenção cirúrgica realizada pode ser justificada, segundo entendimento da corte inglesa, levando-se em conta, como bases racionais e legalmente significativas, o direito à vida, o Princípio do Melhor Interesse do Menor e a legítima defesa de Jodie. Em contrapartida, vale ressaltar que Mary também é detentora de direitos de personalidade e, portanto, parte legítima para impugnar intervenções cirúrgicas que venham a ocorrer, de maneira arbitrária, em seu corpo e atentem contra sua integridade física, dispondo até mesmo de seu direito à vida.

Trata-se, portanto, de uma discussão envolvendo direitos igualmente válidos e que merecem total tutela e proteção. A determinação de uma hierarquia entre eles, ou entre seus titulares, certamente não coaduna com os princípios, normas e parâmetros morais do ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, devido à sua complexidade, a decisão sobre uma eventual separação cirúrgica não comporta conclusões taxativas ou arbitrárias, motivo pelo qual a decisão da Court of Appeals não deve vincular casos semelhantes. Inobstante, os juízes da própria Corte entenderam que, devido às circunstâncias únicas do caso, a decisão proferida no caso das

irmãs não deveria servir como precedente no direito Inglês para casos análogos. (DUNCAN, N D; 2006).

A decisão pela separação de gêmeos xifópagos, especificamente em casos similares ao das irmãs Jodie e Mary, deveria, portanto, ser tomada por um grupo multidisciplinar composto por membros da comunidade médica, jurídica e da sociedade civil. Dessa forma, o crivo de tais deliberações levaria ao resultado mais adequado possível, visto que, inevitavelmente, a decisão final implica na lesão de direitos pertencentes a algum dos gêmeos.

## Referências

DUNCAN, N D et al. ConjoinedTwins: Bioethics, Medicine andthe Law. **West Indian Medical Journal**. Kingston, p. 123-124. mar. 2006.

PEARN, John. Bioethicalissues in caring for conjoinedtwinsandtheirparents. **The Lancet**. Londres, p. 1968-1971. 16 jun. 2001.

UNIVERSITY OF MARYLAND MEDICAL CENTER (Estados Unidos). **Bioethicalissues in caring for conjoinedtwinsandtheirparents**. Disponível em: <<http://umm.edu/programs/conjoined-twins/facts-about-the-twins>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHYLOSOPHY (California). **Doctrineof Double Effect**. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/double-effect/#Formulations>>. Acesso em: 29 out. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do Código Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 935 p.

FALCÃO, Alcino Pinto. **Parte Geral do Código Civil**, Rio de Janeiro, José Konfino, 1959.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Parte Geral**, Rio de Janeiro, 4ª ed, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, tomo I, 4ªed., Revista dos Tribunais, 1974, volume II.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal; Centro Gráfico, 1988, 292 p.

SARAIVA, Editora (Org.). **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 2038 p.

## CONVENÇÕES PROCESSUAIS: PROGNÓSTICO DO ART. 190 DO CPC EM MEIO À CULTURA DA HIPERJUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO

André Câmara e Castro<sup>1</sup>

### 1 Introdução

Entre as tantas inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016, merecem destaque as convenções ou negócios jurídicos processuais, que buscam restabelecer o protagonismo do processo às partes.

Atualmente, ser parte de um processo judicial não é vantagem alguma, seja como autor, seja como réu. Mesmo quando a probabilidade de obtenção de uma decisão favorável é grande, o titular do direito terá que lidar com a demora descomunal do nosso Judiciário em decorrência da hiperjudicialização dos conflitos (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; e PEDRON, 2015) e enfrentará inúmeros obstáculos até chegar à efetiva satisfação da demanda que o levou ao litígio, o que friso, não é tarefa fácil.

As convenções ou negócios jurídicos processuais visam moldar o processo judicial aos interesses das partes. Da mesma forma que um contrato é feito para estabelecer direitos e deveres entre sócios, condôminos, compradores e vendedores, locadores e locatários, também é possível firmar termos que disponham sobre eventual desacordo que leve os contratantes ao Judiciário. Exemplo disso é a cláusula de eleição de foro, que determina onde será a comarca onde os contratantes deverão pleitear os direitos decorrentes do contrato.

Nota-se, portanto, que as convenções sobre o processo já eram praticadas mesmo antes do CPC/15, mas restritas e pouco disseminadas.

O artigo 190 do Código de Processo Civil torna expresso que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

---

<sup>1</sup>Graduando em Direito da Faculdade Milton Campos

A norma supracitada prestigia a autonomia e liberdade das partes para criarem regras jurídicas que lhes sirvam e sejam interessantes, antes ou durante o litígio. É o denominado poder, ou princípio, do autorregramento da vontade (CABRAL, 2016).

Acontece que o incipiente artigo 190 ainda é dotado de certas obscuridades, já que ainda não há uma definição exata do quais são os direitos que admitam a autocomposição, tampouco do que seria contrário à ordem pública do processo. Ainda há muita discussão sobre quais cláusulas poderão ser pactuadas e se terão validade em juízo. O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis já aprovou diversos Enunciados para elucidar o tema, a destacar os Enunciados 19, 20 e 21<sup>2</sup>.

Diante desse quadro das convenções processuais, cujo limite ainda se desconhece, nada impede que juízes anulem cláusulas que regulem procedimentos sob o argumento de violação à ordem pública, até pelo fato de que a tradição teórica do processo civil brasileiro nos remete a uma forte tendência publicista, onde as regras procedimentais são, via de regra, impostas às partes. Com isso, ausente delimitação clara do que é válido e inválido, abre-se um espaço para que a tendência ideológica predominante, qual seja, a publicista, atue no sentido de controlar excessivamente aquilo que for convencionado no âmbito do processo comum.

Genericamente, o controle judicial dos negócios jurídicos processuais pode incidir tanto na formação quanto no conteúdo desses, sendo que o primeiro leva-se em consideração a formação do consentimento do contratante sem qualquer vício, e o segundo analisa se o negócio jurídico se concretizou em conformidade à noção de equilíbrio contratual. Esse estudo parte, portanto, da premissa de que o negócio jurídico processual foi avençado sem qualquer anomalia ou vício, sendo objeto da pesquisa a análise crítico-reflexiva da postura

---

<sup>2</sup>Enunciado 19: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.

Enunciado 20: Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância.

Enunciado 21: São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

possivelmente negativa que terão os magistrados diante das convenções processuais, evidenciando a excessiva ingerência que detêm na condução do processo comum.

Da mesma forma, levar-se-á em consideração o momento de formação das convenções processuais, que pode se dar de forma pré-processual ou incidental. Essa distinção é relevante no sentido de mensurar a participação do magistrado nas avenças que alterem procedimentos. Se firmados em momento pré-processual, obviamente o magistrado nada influenciará na constituição do negócio jurídico, mas caso convençione-se durante o processo, incidentalmente, o magistrado poderá participar e influenciar para que o procedimento seja alterado de modo a abranger também seu ponto de vista. Consequentemente, a primeira hipótese estaria mais sujeita a ter sua nulidade posteriormente declarada, já que se firmou negócio jurídico processual sem se consultar o magistrado, o que é plenamente viável, mas em primeiro momento dotado de maior imprevisibilidade e insegurança jurídica se comparado ao negócio firmado incidentalmente.

Outrossim, é importante mencionar que o Novo Código de Processo Civil tornou obrigatória a motivação de toda e qualquer decisão judicial. Isso implica que, caso o juiz vislumbre a necessidade de se declarar nula uma cláusula que altere algum procedimento, esse terá que fundamentar sua decisão, sob pena de incorrer nas hipóteses de nulidade previstas no art. 489, §1º do CPC. Ocorre que dispõe o art. 190 sobre a coibição de se formar negócios jurídicos processuais em contrariedade à ordem pública, sendo tal suficiente para fundamentar uma decisão que declare a nulidade de uma cláusula. O que se pretende concluir, então, é que o problema maior a ser enfrentado é o de se impedir a interpretação arbitrária do art. 190 do CPC.

A delimitação desse conceito jurídico indeterminado do que seria contrário à ordem pública é igualmente incerta. A hipótese mais factível é a de que se interpretará esse conceito sob o viés publicista, que predomina na escola processualista brasileira, o que acarretará em uma excessiva limitação às convenções processuais. Sendo assim, para se ter confirmação da hipótese e observar com maior clareza os limites que serão postos aos negócios jurídicos processuais, há que se realizar um prognóstico sobre como os próprios magistrados pensam sobre a amplitude de seus poderes no processo judicial e o que pensam sobre a possibilidade de terem seus poderes alterados ou extinguidos pelas partes. Nesse diapasão, a metodologia deste estudo, com ênfase na pesquisa empírica, é medida que se impõe para o andamento da

pesquisa. Uma vez identificadas as linhas de pensamento da magistratura sobre o art. 190, será possível tecer algumas considerações sobre os limites subjetivamente definidos pelos magistrados e a necessidade ou não de readequá-los, e de que forma fazê-lo, para que o instituto das convenções não se torne inócuo ou dotado de insegurança.

Portanto, o instituto das convenções processuais, por mais estima que mereça, deve ser tratado com a devida cautela, sobretudo pela patente necessidade de torná-lo mais seguro mediante estudos que esclareçam seus limites, para não surpreender as partes que firmarem convenções que, quando confrontadas ao magistrado, serão declaradas nulas.

## 2 Resultados e discussão

A essência da pesquisa científica ora apresentada é a realização de um estudo crítico-reflexivo sobre o tema das convenções processuais. Para tanto, é de suma importância a utilização de métodos de estudos compreensivos e propositivos, de modo a esclarecer quais os principais pontos a serem analisados para a consecução dos objetivos gerais e específicos do tema.

A revisão de literatura será realizada em fase inicial da pesquisa, e será uma constante ao longo de todo o processo da pesquisa científica, primando pela leitura das obras já indicadas em tópico próprio.

De início, serão utilizados dados primários referentes à legislação pertinente, a qual se restringe ao estudo do art. 190 do CPC. A partir daí o estudo procederá à obtenção de dados secundários referentes ao posicionamento da doutrina frente às omissões do art. 190 do CPC, oportunidade em que possivelmente já será passível distinguir os limites objetivos à aplicação do instituto das convenções sob a ótica privatista e publicista.

Para chegar aos resultados pretendidos no presente estudo, que é traçar limites objetivos à aplicação do art. 190 do CPC, será realizada uma pesquisa de opinião, ou *survey*, visando coletar informações mediante questionário apresentado aos magistrados de 1ª instância desta Capital. Adiante, proceder-se-á para a fase de codificação, tabulação e análise dos resultados obtidos.

Importante ressaltar que o autor é também estagiário de uma juíza de Vara Cível desta

Capital, que já lhe adiantou alguns posicionamentos sobre o tema e garantiu ser plenamente viável a realização de pesquisa empírica nas dependências do Fórum Lafayette.

O estudo ambiciona apresentar uma reflexão crítica sobre os limites das convenções processuais. Dessa forma, acredita-se que a obra “Convenções Processuais” do professor Antônio do Passo Cabral será suficientemente capaz de auxiliar na definição de conceitos básicos sobre o tema, que eventualmente serão necessários no desenrolar do estudo. Ademais, a tendência publicista do direito processual brasileiro também será objeto de análise pela obra de Cabral, bem como serão observados especialmente os capítulos de sua obra, cujos títulos são: “*A Compatibilidade das Convenções Processuais com o Publicismo Processual*” e “*O Juiz e as Convenções Processuais*”, para tratar, respectivamente, da relação do publicismo com o art. 190 e da atuação do magistrado no campo teórico e prático.

Além da obra de Cabral, outro norte de pesquisa será a tese aprovada de Marco Paulo Denucci Di Spirito, denominada “*Controle de Formação e Controle de Conteúdo do Negócio Jurídico Processual*”, uma vez que é um dos poucos, senão único, estudo que aborda as formas de controle do negócio jurídico processual, de forma a ajudar na elucidação desta pesquisa quanto à análise de como se dará a relação do magistrado, que exerce o controle judicial, com os negócios jurídicos que forem tão somente contrários à ordem pública.

Residualmente, serão analisados tratados de direito processual civil de autores como Fredie Didier Jr., Humberto Theodoro Jr., Daniel Amorim Assumpção Neves, Teresa Arruda Alvim Wambier, dentre outros.

O marco teórico deste estudo será o livro “Convenções Processuais” do professor Antônio do Passo Cabral, maior especialista do tema em solo brasileiro e cujas palestras são ao mesmo tempo instigantes e entusiasmantes.

### **3 Conclusão**

Partindo da premissa de que vivemos num Estado Democrático de Direito, é essencial que se busque incessantemente o cumprimento da Constituição.

O art. 5º, inc. XXXV da Lei Maior trata da garantia ao acesso à Justiça, o que está longe de ser a realidade dos jurisdicionados, que estão sempre à mercê das adversidades do

processo comum.

A solução que muitos encontraram foi a inserção da cláusula compromissória arbitral nos contratos, o que permitiria a fuga do ineficaz processo comum e resolveria o litígio de forma célere e mais democrática, visto que as partes teriam um grau maior de atuação na escolha das situações processuais.

Ocorre que a arbitragem é extremamente cara e foge do alcance financeiro de praticamente todos os brasileiros, de modo que sua utilidade acabou se restringindo às grandes empresas (CABRAL, 2016).

Sendo assim, a democratização do processo é medida que se impõe para beneficiar a prestação jurisdicional comum, mas há que se observar se os operadores do direito, responsáveis pelos conflitos alheios, atuarão com profissionalismo para aplicarem a lei conforme se pensou, reiterando que será imprescindível a contribuição da doutrina para esclarecer temas como a inexistência de limites claros para a aplicação do art. 190 do CPC.

Por derradeiro, cresce a expectativa sobre as convenções processuais, com certo otimismo de que talvez represente uma nova era do processo comum, em consonância com a garantia do acesso à Justiça.

## Referências

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. **Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 20. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle et AL. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

## **A CAPACIDADE ECONÔMICA DA VÍTIMA COMO CRITÉRIO PARA REPARAÇÃO DO DANO MORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA**

**Ana Luiza Moraes Braga<sup>1</sup>**

**Daniel de Pádua Andrade<sup>2</sup>**

**Gabriel Araújo Marques Ferreira<sup>3</sup>**

**Laís Cristine de Melo Bernardes<sup>4</sup>**

**Pedro Henrique de Oliveira Severo<sup>5</sup>**

**Rafael Pimenta Firmo<sup>6</sup>**

**Orientadores:**

**Mariana Alves Lara<sup>7</sup>**

**Fabio Queiroz Pereira<sup>8</sup>**

### **1 Introdução**

A ofensa a um direito de personalidade causa lesão à esfera jurídica extrapatrimonial da vítima, gerando dano moral e, conseqüentemente, o dever de reparação por ato ilícito. De acordo com o art. 944 do Código Civil de 2002, o valor das indenizações deve ser determinado pela extensão do dano. Desse modo, a tarefa do julgador é apurar as vicissitudes do prejuízo sofrido para, em seguida, ponderar um valor apropriado para o seu ressarcimento. Trata-se da consagração do princípio da reparação integral que, de acordo com Paulo de Tarso

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito na Faculdade Milton Campos.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais e bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos.

<sup>3</sup> Graduando em Direito na Faculdade Milton Campos.

<sup>4</sup> Graduanda em Direito na Faculdade Milton Campos.

<sup>5</sup> Graduando em Direito na Faculdade Milton Campos.

<sup>6</sup> Graduando em Direito na Faculdade Milton Campos.

<sup>7</sup> Doutoranda em Direito na Universidade de São Paulo; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e professora da Faculdade Milton Campos.

<sup>8</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e professor da Universidade Federal de Minas Gerais.

Sanseverino (2010, p. 19), “busca colocar o lesado em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito”. Observa-se que a fixação de valores indenizatórios para os danos materiais revela-se como tarefa mais fácil, pelo fato de normalmente verificarse uma mais clara delimitação da extensão do dano. Por outro lado, a reparação dos danos morais apresenta-se como árdua tarefa, uma vez que, pela própria natureza do bem jurídico tutelado – um direito de personalidade – atinge a esfera de subjetividade do ofendido.

Para a fixação da reparação do dano moral, o Superior Tribunal de Justiça utiliza, de modo geral, os critérios de extensão do dano, culpabilidade do ofensor, eventual culpa concorrente da vítima, capacidade econômica do ofensor e da vítima, o caráter pedagógico-punitivo das indenizações e também o princípio da razoabilidade (COUTO; SILVA, 2013, p. 16). Os referidos critérios são usualmente mencionados na fundamentação das decisões, sem, entretanto, serem efetivamente desenvolvidos e pormenorizados. Assim, acaba por não haver uma ligação lógica entre o valor arbitrado e a justificativa do juízo no caso concreto.

Como asseverado, entre os critérios comumente mencionados nas decisões judiciais, encontra-se o da capacidade econômica da vítima. Muito embora seja normalmente aceito por juristas e julgadores sem maiores questionamentos, o presente trabalho busca efetuar uma análise crítica desse critério, com vistas a confirmar a hipótese de que a capacidade econômica da vítima não deve ser usada como critério de ponderação de dano moral. Trata-se de uma pesquisa teórica, com adoção prioritária do processo de estudo compreensivo, pelo qual se buscou analisar o problema e decompô-lo em seus diversos aspectos, relações e níveis de modo a ser possível, ao final, chegar a uma síntese conclusiva. Foram usados dados primários, extraídos diretamente da legislação e da jurisprudência, bem como dados secundários, como a literatura jurídica que aborda as questões pertinentes ao tema, para um melhor entendimento do objeto em estudo.

## **2 Resultados e discussão**

A conceituação do dano moral não é pacífica no direito brasileiro. As compreensões variam de uma identificação com as consequências da lesão (vexame, trauma ou humilhação) até uma associação genérica a ofensas à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, adota-

se o entendimento de dano moral como lesão a direito da personalidade como marco teórico do presente trabalho (GOMES, 2014).

Amparado por esta premissa, o julgador, após identificar o direito da personalidade lesado, depara-se com a igualmente controversa tarefa da quantificação do dano moral. Nesse desiderato, os juízes se valem de critérios de arbitramentos “preestabelecidos na lei, na doutrina ou na própria jurisprudência” (MORAES, 2009, p. 270). A falta de uniformidade prática quanto a tais critérios, contudo, acarreta uma grave incoerência dos tribunais na fixação do *quantum* indenizatório.

A título ilustrativo, veja-se a discrepância do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento de dois casos extremamente semelhantes. Tanto na apelação n. 1.0713.11.008995-8/001, de relatoria da Des. Juliana Campos Horta, como na apelação n. 1.0145.14.026947-6/001, de relatoria do Des. José de Carvalho Barbosa, discutiu-se a lesão moral em atraso de voos internacionais que resultaram na perda da conexão para o destino final. Em ambos os casos, os consumidores perderam um dia de suas férias. Não obstante a similitude, no primeiro caso a indenização concedida foi de R\$ 4.000,00 e no segundo os danos morais foram arbitrados em R\$ 12.000,00.

Diante das corriqueiras distorções, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem atuado na tentativa de conceder mais segurança jurídica na seara das indenizações por danos morais. Recentemente, por exemplo, destaca-se o denominado critério bifásico<sup>9</sup>, defendido pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que passou a ser utilizado por ambas as Turmas do Tribunal que tratam de Direito Privado, uniformizando o tratamento metodológico do arbitramento. Contudo, a adoção do critério bifásico não afasta a necessidade de se utilizar critérios de arbitramento na segunda fase, no momento de ajustar a indenização ao caso concreto.

Correlato ao problema da padronização, figura o problema da justeza dos critérios utilizados na quantificação do dano moral. A utilização de parâmetros preconceituosos e desvinculados da lesão moral implica na concessão de reparações diferentes em casos iguais.

---

<sup>9</sup> “O “critério bifásico” sustentado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino consiste em estabelecer uma indenização básica conforme a média dos arbitramentos feitos nos precedentes jurisprudenciais em casos semelhantes (primeira fase) e, em seguida, ajustar a indenização básica para mais ou para menos de acordo com as particularidades do caso concreto (segunda fase). Com esse método, seriam considerados tanto os precedentes jurisprudenciais quanto as particularidades do caso concreto, evitando assim um tabelamento jurisprudencial rígido, contrário ao princípio da reparação integral.” (COUTO; SILVA, 2013, 9)

Nessa linha, o presente trabalho cinge-se a ressaltar a insustentabilidade do critério da capacidade econômica da vítima, amplamente considerado pela jurisprudência brasileira.

Ao argumento de evitar o enriquecimento sem causa, a jurisprudência se vale do critério do poder econômico da vítima para conceder aos mais humildes uma indenização menor, condizente com a sua realidade socioeconômica. Uma indenização de grande valor, dessa forma, possibilitaria ao lesado enriquecer-se sem causa, transformando o Judiciário em uma “máquina de distribuição de renda”. Trata-se, portanto, de critério embasado na premissa de que a condição financeira do indivíduo é estática e não deve ser alterada pela reparação por dano moral. Lado outro, para as vítimas com maior poder aquisitivo, as indenizações são fixadas em valores mais elevados, de modo a não serem insignificantes à parte lesada. As razões do critério da capacidade econômica da vítima, contudo, são incompatíveis com o ordenamento jurídico pátrio, apresentando especial contradição com o princípio da igualdade.

Em primeiro lugar, como bem defende Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 302), “a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado”. Em outras palavras, a causa seria justamente a obrigação de compensar o dano moral relativo à lesão a direito da personalidade, situação jurídica essa a ser apurada e judicialmente reconhecida. Ocorre enriquecimento sem causa, isso sim, quando o ofensor deixa de compensar em sua plenitude o dano moral sofrido por uma vítima patrimonialmente humilde. Mais além, a compreensão do dano moral como lesão a direito da personalidade contribui para a percepção da injustiça do critério do poderio econômico da vítima. Ora, os direitos da personalidade de todas as pessoas devem ser igualmente tutelados, nos termos do art. 5º, *caput* da Constituição. Como sustenta Héctor Valverde Santana (2005, p. 35):

a considerar o padrão econômico das vítimas como critério específico para a fixação do dano moral, chegar-se-ia à conclusão de que o direito da personalidade do ‘rico’ teria mais valor do que a do ‘não rico’, fato que atenta contra o princípio da igualdade.

Não se trata, portanto, de utilização da responsabilidade civil como instrumento de distribuição direta de renda, como afirma parte dos operadores do direito. A rejeição do critério da capacidade econômica da vítima como critério de quantificação do dano moral não se pauta em imperativos de justiça distributiva, mas na necessidade jurídica de compensação

igualitária a direitos da personalidade semelhantemente lesados. Nesse mesmo sentido, aponta o Enunciado 588, aprovado na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial”<sup>10</sup>.

### 3 Conclusão

A jurisprudência dominante adota como um dos critérios para a ponderação do dano moral a capacidade econômica da vítima. Porém, com a análise crítica realizada, pode-se concluir que tal parâmetro está em desconformidade com o Código Civil e, principalmente, com a Constituição da República. A violação ao Código Civil dá-se na medida em que desrespeita o seu art. 944, que estabelece que o adequado critério para a reparação é a extensão do dano sofrido pela vítima. Considerar que uma vítima com lesão idêntica a outra deve receber menos, tendo por única justificativa a sua condição financeira, seria o mesmo que dizer que a vítima pobre tem a extensão do dano menor e isso, obviamente, não pode prosperar.

Ademais, ocorre violação à Constituição pelo desrespeito ao direito fundamental de igualdade, previsto em seu art. 5º, *caput*. Arbitrar um valor indenizatório inferior para a vítima que possui menor poder aquisitivo é tratar os direitos da personalidade, e consequentemente pessoas, de forma desigual. Diante do exposto neste trabalho, conclui-se que a aplicação do critério da capacidade econômica do ofendido pode gerar injustiça em casos nos quais se encontram situações semelhantes. Assim, o julgador deve balizar sua mensuração do dano moral em outros critérios, buscando atingir o princípio da reparação integral de forma justa e equânime.

---

<sup>10</sup> Embora o enunciado deva ser festejado, a utilização da expressão "preponderante" acarreta um posicionamento aquém do desejável. Melhor seria deixar expresso que o critério socioeconômico da vítima não deve ser utilizado nesse desiderato.

## Referências

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 11/1/2002, Página 1 (Republicação Atualizada).

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Comarca de Juiz de Fora. Apelação cível no. 1.0145.14.026947-6/001. Apelante: TAP AIR Portugal – Transportes Aéreos Portugueses S.A. Apelado: Felipe Ferreira da Costa. Relator: Des. José de Carvalho Barbosa.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Comarca de Viçosa. Apelação cível no. 1.0713.11.008995-8/001. Apelante: Oceanair Linhas Aereas S/A. Apelado: Jose Luis Gomes Larrasa e outros. Des. Juliana Campos Horta.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados Aprovados na VII Jornada de Direito Civil**. Brasília/DF, 28 e 29 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017, às 17:54 hrs.

COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado. A quantificação do dano moral segundo o Superior Tribunal de Justiça. *Civilistica.com*, a. 2, n. 1, p. 1- 17, 2013.

GOMES, Jordhana M. V. V. C. C. **Em Busca do Conceito de Dano Moral**. Dissertação. Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 175, p. 21-40, jul./set. 2007.

## ESCORÇO HISTÓRICO DO PROCESSO DE CODIFICAÇÃO BRASILEIRA

**Adriano Arruda Teixeira<sup>1</sup>**

**Àyda Caroline Vieira Carvalho de Jesus<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

O século XIX foi repleto de codificações pelo mundo, muito se deve ao momento histórico, à consolidação dos Estados Nacionais e ao surgimento da filosofia positivista. Carlos Francesco Gabba, jurista italiano, crítico do culto à lei escrita, por receio da esterilização do direito e da decadência de seu estudo, reconheceu a necessidade da codificação para a educação da vida civil. Após a Independência, foi promulgada a Lei de 20 de outubro de 1823, que visava a criação dos cursos de Direito no território brasileiro, Mosteiro de São Bento em Olinda e Convento de São Francisco em São Paulo, além de validar o direito utilizado desde então no Brasil, as Ordenações dos reis de Portugal, Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, incluindo o Direito Comum, Romano e o Canônico. Aspirava-se e percebia-se uma maior organização e sistematização para compreensão do Ordenamento que abrangia o território. Em 1850, entrou em vigor o Código Comercial, válido no que se refere ao comércio marítimo até os dias de hoje, tendo sido os demais assuntos revogados pelo Código Civil de 2002. Entrou-se, então, em discussão o futuro do Código Civil, ocasião em que Eusébio de Queiroz propôs a adoção do Digesto Português. Em consonância à síntese exposta, uma indagação faz-se necessária: se desde a Independência havia uma preocupação com a sistematização e codificação de nossas leis civis, por que somente em 1916 houve sua promulgação?

A abordagem que se seguirá foi motivada pela necessidade de problematizar e, sobretudo, entender as razões impeditivas à formulação de um Código Civil brasileiro. Ademais, é sabido que a história do nosso Direito Civil goza de uma riqueza excepcional.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito da Faculdade IBMEC

<sup>2</sup> Graduando em Direito da Faculdade IBMEC

Assim, a fundamental contribuição deste estudo é a de se compreender o presente contexto no qual vivemos, além da inteligibilidade das formas, discursos e instituições jurídicas do presente. Para tanto, foi utilizada a doutrina histórica, dando ênfase, é claro, aos grandes representantes dessa vertente.

## 2 Resultados e Discussão

Sobre influência das então vigentes no Brasil, Ordenações Filipinas, o grande mestre e, decerto, maior juriconsulto do Direito Civil brasileiro, Augusto Teixeira de Freitas é, em 1855, designado para organizar e sistematizar todas as leis correntes, visto que a nossa legislação encontrava-se completamente esparsa e desordenada. Essa incumbência foi proposta pelo Ministro da Justiça, José Thomaz Nabuco de Araújo. Este, assim como Freitas, fora formado nas primeiras turmas do curso de Olinda. O trabalho, enfim, é concluído com louvável êxito em 1857. Imperativo é salientar a relevância deste projeto como alicerce que fundamenta o sistema normativo pátrio, uma vez que o mesmo foi respeitado como o grande monumento jurídico nacional à sua época. A *Consolidação das Leis Cíveis*, assim a obra foi nomeada, vigorou até 1916 e na prática atuava como o primeiro Código Civil brasileiro.

Tendo por finalizada a *Consolidação*, o Governo Imperial satisfeito com os resultados alcançados, entende que a pessoa apta à elaboração de um projeto de Código Civil seria, por óbvio, o Teixeira de Freitas. Inicia-se nesse contexto, o período de maior produção jurídica já tida do Brasil. A partir de 1859, então, Freitas começa a fazer uma série de pesquisas que compreendiam os aspectos reais da sociedade, estabelecendo, assim, quais eram as necessidades por ela demandadas. Vê-se, pois, nisso, que havia uma preocupação absolutamente salutar em adequar as regras e princípios do país às características dos seus indivíduos. Durante os cinco anos que se seguiram, o juriconsulto empenhou-se em esquematizar o seu Código. Assim, surge o *Esboço*. Crítico que era, Freitas decide refazer o seu trabalho, objetivando a criação de outros dois projetos: um Código Civil mais direcionado à centralização do Direito Privado e, paralelamente, um Código Geral que nas palavras do próprio Freitas trataria “das leis que ensinam”, pois, segundo ele era “para os homens da ciência, já que pretende ser muito mais que um código de definições.” Para tal feito, não

houve incentivo, porquanto havia um anseio grande da sociedade em ter o quanto antes um Código Civil de fato.

Em função da ausência de apoio, Teixeira de Freitas decide, em 1864, abandonar o seu idealizado projeto, o qual a este estágio já contava com 4.908 artigos escritos e publicados. A despeito de não receber a merecida importância dos legisladores brasileiros, o *Esboço* exerceu forte influência na construção do direito de diversos países, não só pela técnica usada, mas, sobretudo, pela produção doutrinária nele contida, especialmente na Argentina, onde o célebre jurista Dalmacio Vélez Sarsfield claramente extraiu desta obra o direcionamento pelo qual o Código Civil da Argentina seguiria.

Nabuco de Araújo, em 1872, após rescindir o contrato com Teixeira de Freitas, incumbiu-se de concluir o Código. Chegou a elaborar mais de 200 artigos, mas devido à carreira política que muito lhe ocupava não conseguiu terminar. Quando, em 1878, fora colhido pela morte.

Vivo ainda estava o intento por uma codificação. Após o fracasso da tentativa de Nabuco de Araújo, o jurista mineiro Joaquim Felício dos Santos se oferece para terminar o trabalho. Inicia-se, em 1878, outro ensaio de legislação, que é findado em 1881, por meio dos *Apontamentos para o Código Civil*. Notadamente, é possível identificar nesta obra uma linha de abordagem próxima daquela que o Freitas já propunha há alguns anos precedentes, haja vista o conceito freitiano de capacidade de fato. Constava de 2.692 artigos o projeto. O mesmo fora submetido a uma comissão composta por nomes de relevância no cenário tanto jurídico quanto político da época, tais como: Lafayette Rodrigues Pereira, Antônio Joaquim Ribas, Justino de Andrade, Ferreira Viana e Coelho Rodrigues. Considerou-se o projeto prolixo em alguns pontos, além de assistemático. Em virtude disso, foram feitas as alterações necessárias, a fim de aprimorá-lo. Neste ínterim, perde, contudo, a comissão dois de seus integrantes, Justino e Ribas. Posteriormente, Lafayette também afasta-se e há, então, uma dissolução desta junta. Felício dos Santos, frustrado, entrega à Câmara dos Deputados o projeto e a mesma, por conseguinte, o abandona. O tão aguardado Código Civil mais uma vez não se concretiza tal como anseia a sociedade.

Em 1889, foi nomeada outra comissão, constituída por José da Silva Costa, Olegário de Aquino e Castro, Afonso Moreira Pena, Souza Dantas, Cândido de Oliveira e Coelho Rodrigues. Devido à Proclamação da República, a comissão foi dissolvida. O governo

republicano que voltou ao trabalho individual contratou Coelho Rodrigues para o cargo. A fim de redigir seu projeto do Código Civil brasileiro, mudou-se para a Suíça, visando manter-se focado, sem distrações políticas e pessoais. Tal atitude não foi recebida de forma positiva no Brasil, principalmente questionado sobre a distância que ele tomou do país e da sociedade para os quais desenvolvia um projeto de codificação do Direito Privado. Os movimentos intelectuais e filosóficos europeus poderiam influenciar sua obra retirando seu aspecto de nacionalidade brasileira. No entanto, Coelho Rodrigues continuou a escrever na Europa e entregou seu *Projeto do Código Civil Brasileiro* à apreciação da comissão em 1893, dentro do prazo que lhe havia sido dado. O *Projeto*, entretanto, foi recusado pela comissão e o jurista argumentou e defendeu veementemente seu trabalho, chegando até a alegar inidoneidade da comissão, supostamente formada por desafetos particulares. Mesmo com todos os esforços, sua obra foi recusada, “por possuir defeitos capitais”, como afirmou, na época, o relator Torres Neto.

Em 1899, Campos Sales, presidente da República, decide, em um sentido preexistente, convencionar-se com o civilista cearense Clóvis Beviláqua acerca do encargo de produzir o expectável Código Civil. Conta, para tanto, com o irrestrito apoio de Epiácio Pessoa, então Ministro da Justiça. Sobre Beviláqua, Epiácio justificou: “ele estava naturalmente indicado para a grandiosa empresa, não apenas por se tratar de um dos nossos maiores jurisconsultos, mas também por já ter desenvolvido eminentes obras de doutrina” (ESPÍNOLA, 1977, p. 16). Beviláqua inicia o seu laborioso ofício em abril de 1899 e, surpreendentemente, o encerra sete meses depois, em novembro do mesmo ano. O projeto foi analisado, revisto e aprovado pelas comissões pertinentes. Enviado à Câmara, a proposta foi devidamente admitida e remetida ao Senado, no qual viver-se-ia uma verdadeira Odisseia, é que lá estava um dos mais contundentes opositores à escolha do jurista cearense para conceber o projeto de Código, o eminente senador, Ruy Barbosa de Oliveira. O parlamentar já havia pontuado sua opinião sobre a escolha por Beviláqua. Na qual constava:

A pressa dada à empresa da codificação civil, forçosamente haveria de produzir uma obra tosca, indigesta, aleijada. O escolhido é um noviço ainda não amadurecido para empresa de tal porte. A sua escolha para codificar as nossas leis civis fora um rasgo do coração, não da cabeça. Sobretudo, faltava-lhe um requisito primário, essencial, soberano para tais obras: a ciência da sua língua, a vernaculidade, a casta correção do escrever. E o teor de um código há de ser irrepreensível. Qualquer falha na sua estrutura idiomática assume proporções de deformidade (BARBOSA, 1899, p. 18).

Ruy Barbosa elaborou, em uma exímia demonstração de capacidade de trabalho, um *Parecer*, em que revisava todos os artigos feitos por Clóvis, criticando-os. A escrita dos mesmos era, sobretudo, o alvo principal da desaprovação. Eis o estopim para o confronto. Carneiro Ribeiro, ex-professor de Ruy, defendia o projeto. Para asseverar ainda mais as críticas, a *Réplica* é divulgada, nesta continham-se afrontas muito mais drásticas e evidentes. Em consequência, Ribeiro publica sua *Tréplica*, respondendo os argumentos por Ruy usados. Observa-se com essa descrição, que perdeu-se muito tempo com discussões circulares e, com isso, não dando ao projeto o andamento devido. Havia nele ideias atuais e progressistas, todavia não permaneceram na redação aprovada em virtude das várias modificações que foram feitas pelas emendas às quais o texto foi submetido.

### 3 Conclusão

Na forma da Lei 3.701, de 1º de janeiro de 1916, o Código Civil é aprovado e promulgado. Infere-se, notadamente, que o Código padece de um infortúnio: nasceu velho, já que do seu nascimento à sua efetivação prática passaram-se quase vinte anos, período de grandes e complexas transformações na estrutura social no País. Positivamente, tem-se que depois de três séculos de predominância romano-lusitana, o Brasil tem, enfim, uma legislação genuinamente brasileira.

### Referências

BARBOSA, Ruy. **Projeto de Código Civil Brasileiro: Comissão Especial do Senado. Parecer do Senador Ruy Barbosa.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. V.I.

CONSOLIDAÇÃO das Leis Cíveis. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 17ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MEIRA, Sílvio. Projeção internacional de Obra do Jurisconsulto Teixeira de Freitas. **Revista do IAB**, nº61, p.16.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1- Parte Geral. 45ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 23ª edição. Editora Forense.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 4º ed., 1977, Saraiva, p.65.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 110p.

## SERVIDÃO AMBIENTAL: UMA EFICIENTE ALTERNATIVA ÀS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Pedro Abrão Marques Júnior<sup>1</sup>

### 1 Introdução

A Constituição da República estabelece que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito difuso e o dever de defendê-lo e preservá-lo é tanto do Poder Público como da própria sociedade. Nesse panorama, o legislador infra-constitucional instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente que define objetivos a serem alcançados na defesa do bem ambiental e os instrumentos utilizados para a consecução destes. Um dos objetos da Política ora instituída é a implementação de medidas que possibilitem aos poluidores reparar ou indenizar – caso irreparável - a degradação ambiental promovida por este. Nesse sentido, entre os instrumentos previstos na legislação citada, estão os mecanismos econômicos, hoje conhecidos como Pagamento por Serviço Ambiental – PSA. Atualmente, há modalidades muito conhecidas, como os créditos carbono e os incentivos tributários, tais quais o IPTU Verde e o ICMS Ecológico. Entretanto, há na Lei, também, a servidão ambiental, que é instituto previsto, porém pouco utilizado. No arrazoado, pretender-se-á fazer uma breve exposição sobre o conceito de servidão ambiental, as suas características e as suas vantagens, principalmente no tocante à implementação de unidades de conservação pelo Poder Público.

### 2 Resultados e discussão

Com o fim do Regime Militar e a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, o direito ao meio-ambiente equilibrado assume caráter constitucional e recebe tratamento privilegiado do Constituinte, tendo um capítulo no título da Ordem Social dedicado

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito da Faculdade Milton Campos.

exclusivamente ao tema. Nesta senda, o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio é previsto no art. 225 da Carta Magna, a saber: “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”.

Conforme se extrai da leitura do texto constitucional, o meio-ambiente ecologicamente equilibrado é direito difuso, isso é, possui um caráter transindividual, sendo impossível a determinação do seu destinatário. Na verdade, toda a sociedade passa a ser titular deste direito, assim como, nos termos do dispositivo retrotranscrito, do dever de defender e proteger o bem ambiental. Outrossim, frisa-se que há uma corresponsabilidade entre Poder Público e coletividade em proteger o bem ambiental. O legislador infra-constitucional foi o responsável por instituir políticas públicas de proteção ao meio ambiente. A Lei Federal n. 6.938 estabeleceu a Política Nacional de Meio Ambiente. O art. 9º deste diploma é o dispositivo que apresenta os instrumentos para a consecução deste objetivo:

Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

(...)

XIII - instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros.

Denota-se que a servidão ambiental encontra-se no inciso XIII como exemplo de instrumento econômico. Atualmente, os instrumentos econômicos de proteção ambiental são denominados pelo Direito Ambiental como PSA – Pagamento por Serviço Ambiental. O “serviço ambiental” é uma atividade prestada por indivíduos protetores do meio ambiente que são responsáveis pela manutenção do bem ambiental, por este ser essencial à vida humana. De forma diametralmente oposta, há o poluidor, que é o ser humano que exerce atividade econômica cujas externalidades atingem o meio ambiente.

Pois bem. Se de um lado há o fornecedor do serviço ambiental, do outro há o poluidor. Os instrumentos econômicos visam exatamente a possibilitar que o poluidor possa, mediante o pagamento pelo serviço ambiental, instituir medidas compensatórias às externalidades originadas pelo exercício de sua atividade poluente. Trata-se, portanto, de um exemplo de dois princípios do Direito Ambiental: o princípio do poluidor-pagador e do protetor-recebedor. Desse modo, a legislação dispõe sobre o mecanismo da utilização de instrumentos

econômicos como forma de possibilitar a reparação da degradação por parte do poluidor e a remuneração ao protetor. Dentre esses instrumentos, há alguns mais conhecidos, como a comercialização de créditos de carbono e os incentivos fiscais, tais quais o IPTU Verde e o ICMS Ecológico.

A servidão ambiental, no entanto, ainda é pouco conhecida e aplicada no país. A primeira experiência nacional surgiu com a introdução da servidão florestal no Código Florestal de 1965 promovida pela Medida Provisória de n. 2166-67 de 2001. Por essa alteração, ao proprietário de terras lhe era lícito destinar a proteção ambiental outras parcelas da propriedade além da reserva mínima legal. Com isso, o proprietário renuncia à exploração e/ou supressão da vegetação nativa da área gravada com a servidão florestal.

Com efeito, com o advento da Lei n. 11.284 de 2006, a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente é alterada para incluir outro instrumento de preservação do meio ambiente: a servidão ambiental. A servidão ambiental é muito semelhante ao instituto da servidão florestal. Porém, enquanto esta preserva apenas a vegetação nativa da intervenção do homem, aquela impossibilita a intervenção em qualquer recurso natural. A servidão ambiental é, portanto, mais abrangente que a florestal. Para que se entenda o conceito deste instrumento, cita-se o art. 9-A da Lei 6.938:

O proprietário ou possuidor de imóvel, pessoa natural ou jurídica, pode, por instrumento público ou particular ou por termo administrativo firmado perante órgão integrante do SISNAMA, limitar o uso de toda a sua propriedade ou de parte dela para preservar, conservar ou recuperar os recursos ambientais existentes, instituindo servidão ambiental.

Nesse sentido, frisa-se que a servidão ambiental pode ser gratuita ou onerosa e temporária ou perpétua. Porém, o período mínimo de servidão é de 15 (quinze) anos, nos termos do art. 9-B, §1º da Lei 6.938. Além disso, salienta-se que a servidão ambiental em sua modalidade perpétua equivale, para fins creditícios, tributários e para fins de acesso a recursos públicos, à Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN), um tipo de unidade do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC). Ao proprietário não é permitido estabelecer a servidão ambiental sobre áreas que já são área de preservação permanente (APA) ou reserva legal (RL). Trata-se sempre, portanto, de uma área de proteção complementar. Além disso, cumpre registrar que as exigências mínimas na preservação ambiental devem ser equivalentes,

ao menos, a da reserva legal. Outrossim, no contrato de servidão ambiental, documento que deve ser averbado junto à matrícula do imóvel, deve constar uma série de itens, sendo estes elencados pelo art. 9-C da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Objeto da servidão, direitos e deveres das partes, benefícios econômicos auferidos pelo proprietário e meios judiciais e extrajudiciais de garantir o cumprimento da servidão).

A Lei estabelece, também, uma série de deveres tanto do proprietário do imóvel como do detentor da servidão visando à preservação da fauna e flora da área objeto da servidão, como a obrigação de prestar contas, a fiscalização e a inspeção, a documentação das características da propriedade, o monitoramento periódico, dentre outros deveres mencionados pela Lei (art. 9-C, §2º da Lei 6938). Menciona-se que, neste ponto, a servidão ambiental é extremamente vantajosa em relação à unidade de conservação. Isso se explica porque a implementação e a manutenção de unidades de conservação pelo Poder Público torna-se extremamente dispendiosa do ponto de vista financeiro e operacional. Muitas vezes o ente federado carece de recursos financeiros e de pessoal para que possa implementar uma unidade de conservação. Como exemplo, cita-se a Auditoria Operacional de n. TC 034.496/2012-2 realizada pelo Tribunal de Contas da União nas Unidades de Conservação do bioma Amazônia em 2014.

Na oportunidade, a Corte de Contas criou um sistema georreferenciado denominado Indimapa - Índice de Implementação e de Gestão de Áreas Protegidas. Esta ferramenta constatou que, na Amazônia, apenas 4% (quatro por cento) das Unidades de Conservação estavam suficientemente implementadas pelo Poder Público (Classificação verde). Então, o que se conclui é que há uma carência por parte do Estado em lograr êxito na implementação e na gestão das unidades de conservação. Por outro lado, a servidão ambiental estabelece uma alternativa pela via privada que preserva igualmente o meio ambiente com padrões de fiscalização mais elevados que o das Unidades de Conservação e sem o ingresso de recursos públicos. Logo, em tempos de escassez no orçamento público, a servidão ambiental é uma vantajosa opção.

Ademais, é necessário salientar também que ao detentor, nos termos do art. 9-B, §3º da Lei 6.938, lhe é lícito alienar, ceder e transferir a servidão ambiental que este possui. Então, por meio desta autorização, poderá surgir verdadeira cultura de comercialização de créditos verdes embasados no instituto da servidão ambiental. De todo modo, urge registrar

que, independentemente da titularidade da servidão, a área que é objeto desta não poderá ter sua destinação alterada no período em que durar o contrato ora celebrado.

Ao criar este negócio de servidão ambiental e possibilitar a remuneração do proprietário do imóvel, o legislador cria uma solução tanto para o poluidor, como para o protetor e, também, para a sociedade em que está inserida a área protegida. O poluidor terá outra alternativa para o estabelecimento de medida compensatória. O protetor poderá ser remunerado pelo serviço ambiental prestado, dando, portanto, uma destinação econômica aos recursos naturais localizados no interior de sua propriedade. À sociedade, por sua vez, impende frisar que esta também é beneficiada na medida em que ao criar este negócio, as economias locais recebem mais recursos que podem ser aplicados em outras atividades. Isto é um grande avanço, visto que a realidade atual é que se comete uma grande injustiça social nas regiões onde as terras são baratas, pois os poluidores que necessitam de implementar medidas compensatórias adquirem as áreas verdes ao redor desses municípios e as deixam imobilizadas, impossibilitando, assim, o desenvolvimento da economia local. Com a servidão ambiental, não haverá a imobilização, mas sim a remuneração pelo serviço ambiental.

### **3 Conclusão**

O pagamento por serviço ambiental é, por excelência, o instrumento que permite a conexão entre indivíduos que poluem e aqueles que optam pela proteção ao meio ambiente. Com efeito, o estabelecimento de mecanismos tais quais a servidão ambiental possibilitarão que o Estado Brasileiro faça uma melhor gestão do bem ambiental e ao mesmo tempo economize recursos públicos que seriam utilizados na implementação de unidades de conservação. Tal como os créditos de carbono, o mercado da servidão ambiental, com a devida regulamentação, poderá fomentar economias e possibilitar o desenvolvimento sustentável. Trata-se, portanto, de excelente alternativa construída pelo legislador tanto para poluentes, como para protetores e para a sociedade em geral.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 02 de novembro de 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm). Acesso em: 2 de novembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 034.496/2012-2. **Relatório de Auditoria**. Interessados: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; Ministério do Meio Ambiente; Serviço Florestal Brasileiro. Relator Ministro Weder de Oliveira. Sessão de 20 de novembro de 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Servidão ambiental e servidão florestal**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/125144.html>. Acesso em 02 de novembro de 2016.

## **REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO À FELICIDADE NA NORMA JURÍDICA BRASILEIRA**

**Romeu Scarioli Junior<sup>1</sup>**

**Orientação: Felipe Quintella Machado de Carvalho<sup>2</sup>**

### **1 Introdução**

Não há menção explícita referente à garantia da felicidade no ordenamento jurídico brasileiro. Este direito é entendido por vários doutrinadores, tais como Leal e Lima (apud MATIELLO, 2013) como implícito na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. Apesar da ausência expressa do direito, o Supremo Tribunal Federal vem adotando o fundamento do direito à felicidade em suas decisões, como se verifica, por exemplo, nos autos RE 477.554/MG, RE 328.232/AM e ADPF 132/RJ. O Senador Cristóvão Buarque criou a PEC nº 19, de 2010, conhecida como PEC da Felicidade, cujo objetivo era incluir o direito à busca da felicidade pelos indivíduos e pela sociedade, cabendo ao Estado e a própria sociedade a dotação de medidas adequadas, tendo sido arquivada em 2014.

Este artigo questiona o caminho trilhado pelo Brasil na busca de uma população mais feliz, não aparentando ser o mais apropriado, dado que a felicidade, como é tratada em diversos países, não é conquistada por garantias explícitas na normativa jurídica, que normalmente têm resultados inócuos, mas sim como consequência de toda essa normativa e do adequado funcionamento do Estado de Direito, nos termos do World Justice Project.

### **2 Resultados e Discussão**

A Carta Magna de 1215 trouxe, dentre suas diversas inovações, garantias à dignidade humana e aos direitos individuais, assegurando o direito ao devido processo legal, sujeitando

---

<sup>1</sup> Graduando da Faculdade de Direito IBMEC

<sup>2</sup> Professor de Direito das Faculdades IBMEC e Milton Campos

até mesmo o rei às regras do direito (GRIFFITH-JONES E HILL, 2015). Em seguida, a Declaração da Virgínia, a Declaração de Independência Americana, a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos Humanos trazem à baila garantias universais preservadoras de direitos individuais, por consequências, direitos à felicidade individual.

A normativa brasileira assegura indiretamente, mesmo sem nenhuma menção explícita, o direito à felicidade. Em 2002 o Supremo Tribunal Federal, ao fundamentar uma decisão, declarou “o direito à busca da felicidade”. O então Ministro, Carlos Ayres Britto, afirmou que em todas as suas decisões verifica a busca da felicidade como fundamento, destacando que a ideia foi invocada na análise de casos como união estável entre casais homossexuais, destacando por fim que essa é e será um tendência da corte, (MAGRO E BASILE, 2012). Em 2010 o Senador Cristóvão Buarque apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 19, conhecida como PEC da Felicidade. Em sua Ementa, o artigo 6º da Constituição Federal passaria a incluir o direito à busca da felicidade por cada indivíduo e pela sociedade. Essa PEC foi arquivada em 26 de dezembro de 2014. Nota-se, até aqui, que o caminho buscado pelo legislador e pelos julgadores é considerar felicidade em casos concretos específicos, como se ao torna-la objeto da normativa positiva brasileira seu objetivo pudesse ser alcançado.

Os críticos argumentam que jurisdicionarizar a “busca da felicidade” poder-se-ia levar a decisões assistencialistas, inconsistentes e até mesmo contrárias a lei, (MAGRO E BASILE, 2012). Para Schulze (2012), juiz de direito, é impossível fundamentar uma decisão com base apenas na busca da felicidade, mas nada impede sua invocação.

Quintella (2016), talvez alinhado com Schulze (2012), reconhece que a aplicação do direito à busca da felicidade como solução de controvérsia é polêmico e exige do jurista um difícil trabalho hermenêutico. Contudo, enxerga que o STF ao dispensar a “via crucis argumentativa” traz á tona um importante atalho ao direito com a busca da felicidade. Jeremy Bentham (apud Layard, 2006), advogado e filósofo iluminista inglês, defendia que as melhores sociedades são aquelas nas quais seus cidadãos são felizes. Portanto, as melhores políticas públicas são aquelas que têm maior impacto na felicidade. Aparece aqui a importância da felicidade como resultante de políticas públicas e não da normativa.

Layard (2006) defende que para se promover a felicidade faz-se necessário identificar as condições ideais que a afeta. Nota-se, inicialmente, que felicidade depende de condições

intrínsecas, de seus sentimentos e sensações, e extrínsecas, do meio, às pessoas. O autor mostra que o aumento da renda de uma sociedade desenvolvida não gera aumento na felicidade. Nos Estados Unidos, desde 1950, apesar do padrão de vida ter dobrado, o nível de felicidade permanece o mesmo. Similar efeito acontece no Reino Unido e Japão. Tem-se, então, que a riqueza, a partir de um determinado nível, não aumenta a felicidade.

Layard (2006) destaca sete fatores que impactam na felicidade, sendo eles: 1) relações familiares; 2) situação financeira; 3) trabalho; 4) comunidade e amizades; 5) saúde, 6) liberdade individual e qualidade do governo; 7) valores pessoais. Não há qualquer referência na garantia da felicidade no sistema normativo como fator impactante. Bentham (apud Layard, 2006), destaca que toda decisão pública ou privada, deveria ser julgada pelo impacto na felicidade dos envolvidos, tendo esse princípio dois pontos importantes: i) a justiça, todos sendo igualmente importantes; ii) a felicidade, como bem último e maior. Ainda em Layard (2006) encontra-se que a qualidade do governo impacta significativamente a felicidade de sua população. Nos países comunistas a população encontrava-se em estado de miséria no que se refere a felicidade. Fatores como Estado de Direito, violência, liberdade, qualidade dos serviços públicos, ausência de corrupção e sistema regulatório, determinam a qualidade do governo.

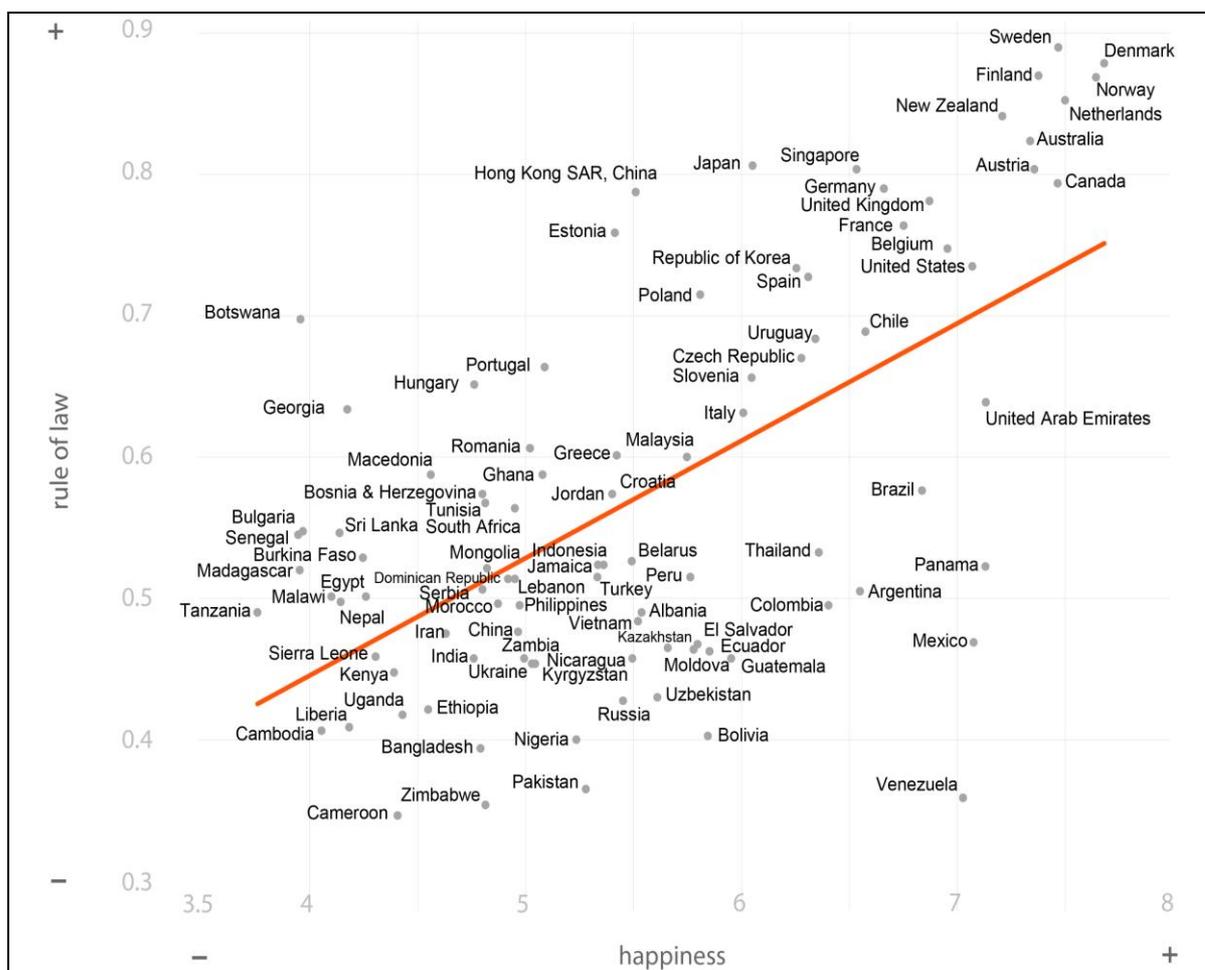
Segundo Foa (2008) os estudos das Universidades de Jacobs Bremen e da Universidade de Michigan, realizados entre 1981 e 2008 com 90 países, detectou que dentre 52 países cujos os dados estavam disponíveis, 40 mostraram aumento no nível de felicidade. O que está por trás destes resultados, além do aumento da renda, é o aumento da liberdade. Grande parte destes países são hoje democracias oriundas de regimes ditatoriais. Ainda para Foa (2008), basta olhar como os países do Leste Europeu, que hoje pertencem a Comunidade Europeia, tiveram aumento da felicidade ao adquirirem melhores condições econômicas, liberdade de viajar, trabalhar e viverem de forma antes inimagináveis.

O World Justice Project destaca 4 princípios universais do Estado de Direito, sendo eles; i) tanto o governo quanto os indivíduos e entidades privadas são responsáveis pelas leis; ii) as leis devem ser claras, públicas, estáveis e justas, sendo aplicadas de forma imparcial, protegendo os direitos fundamentais como segurança e propriedade; iii) o processo de elaboração, administração e aplicação das leis é justo e eficiente; iv) a justiça é realizada em

tempo adequado por pessoas isentas, competentes, éticas, independentes, neutras, em número suficiente, com recursos adequados e refletem as demandas das comunidades que servem.

Desses 4 princípios o World Justice Project, para elaborar o Rule of Law Index, deriva os seguintes 9 fatores: 1) limitações dos poderes governamentais; 2) ausência de corrupção; 3) transparência governamental; 4) direitos fundamentais; 5) ordem e segurança; 6) sistema regulatório; 7) justiça civil; 8) justiça criminal; 9) justiça informal. O World Justice Project Report (2013) mostra uma forte correlação entre felicidade (utilizando-se de dados do World Happiness Report) e o índice do Estado de Direito (Rule of Law Index), conforme **Gráfico I**.

Gráfico I – Correlação Entre Estado de Direito e Felicidade



Fonte: World Justice Project

Ou seja, países como Dinamarca, Noruega e Suécia apresentam maiores índices de felicidades e menores índices de corrupção, maior eficiência jurídica, maior transparência e demais fatores que compõem o índice.

Tais afirmações provam-se verdadeira no estudo de Frey e Stutzer (2000) realizado em todos os cantões da Suíça. Os resultados mostraram que nas regiões onde é maioria democracia direta, as instituições são mais desenvolvidas e a autonomia local é maior e as pessoas são mais felizes. Bronstenn et all (2015) defendem que o objetivo das leis é melhorar a qualidade de vida das pessoas. Sendo essencial que as leis e os direitos lhes tragam felicidade. Ponto importante para os autores é medir o impacto das leis na felicidade das pessoas, tendo inclusive criado um índice “well-being analysis” visando possibilitar tal medição.

### **3 Conclusão**

Medidas como PEC da felicidade e embasamento do direito à busca da felicidade em decisões judiciais podem ser importantes garantias específicas, mas como projeto de país que vise aumentar a felicidade percebida geral mostra-se mais como um “jeitinho brasileiro”.

A felicidade, como demonstrada aqui, é uma consequência da eficácia das leis, dos sistema jurídico e normativo como um todo, de políticas governamentais, não podendo ter seu resultado garantido simplesmente pela sua determinação na normativa jurídica.

Mais relevante que uma PEC da felicidade seria talvez a criação de um índice que medisse a felicidade do país. Esse índice refletiria a eficácia das políticas governamentais, a redução da corrupção, o aumento da transparência governamental, da segurança jurídica, do devido processo legal, dentro outros fatores já mencionados, enfim, refletiria a qualidade do governo. Poder-se-ia considerar o nível de crescimento de felicidade interna como indicação de avanço do país, tanto econômico, quanto social e legal.

Nesse contexto, aparenta ser pouco pertinente incluir o direito à felicidade na normativa brasileira. Como demonstra o World Justice Project Report, a felicidade depende do bom funcionamento governamental e legal, bem ilustrado pelo Historiador da Grécia

Antiga Tucídides (apud FOA, 2008) “o segredo da felicidade está na liberdade”. Cabe ao Estado de Direito propiciar a felicidade como resultante de sua própria eficácia.

## Referências

BORNSTEEN, John, BUCCAFUSCO, Christopher, MASUR, Jonathan S. **Happiness and the Law**. Chicago, The University of Chicago Press, 2015.

FOA, Roberto. **The secret to happiness is freedom not income**. Financial Times. August 18, 2008. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/6e077d00-6d25-11dd-857b-0000779fd18c>>. Acesso em 20 out. 2016.

FREY, Bruno S. e STUTZER, Alois. **Happiness, economy and institutions**. The Economic Journal, 110 (466, October), 2000, pp. 918-938.

GRIFFITH-JONES, Robin e HILL, Marc. **Magna Carta, Religion and the Rule of Law**. Londres, Cambridge University Press, 2015.

HELLIWELL, John, LAYARD, Richard e SACHS, Jeffrey. **Rule of Law Index**. World Justice Project, 2015. Disponível em: <<http://worldjusticeproject.org/blog/does-rule-law-make-you-happy>>. Acesso em 16 out. 2016.

LAYARD, Richard. **Happiness: Lessons From a New Science**. Londres, Penguin Books, 2006.

MAGRO, Maíra e BASILE, Juliano. **Direito à felicidade**. Jornal Valor Econômico, 23 de março de 2012.

MATIELLO, Carla. **Breves anotações sobre o princípio da busca da felicidade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3669, 18 jul. 2013. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/24959/breves-anotacoes-sobre-o-principio-da-busca-da-felicidade/2>>. Acesso em: 30 out. 2016.

QUINTELLA, Felipe. **Repensando o Direito Civil Brasileiro (4): O direito à busca da felicidade.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/10/14/repensando-o-direito-civil-brasileiro-4-o-direito-a-busca-da-felicidade/>>. Acesso em: 30 de out. 2016.

SENADO FEDERAL. **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO nº 19**, de 2010 - (PEC DA FELICIDADE). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>>. Acesso em: 12 out. 2016.

SCHULZE, Clenio Jair. **Direito e felicidade.** Revista Jus Navigandi, ano 17, n. 3201, 6 de abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21464>>. Acesso em 27 out. 2016.

ZALCMAN, Vivian Gerstler. **O direito e a felicidade**, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=764c47f97ee545d0>>. Acesso em: 20 out. 2016.

## PROCESSO LEGISLATIVO E INTERVENÇÕES JURISDICIONAIS: A DECISÃO LIMINAR PROFERIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 34.448/DF

Victor Bicalho Cruz Amaral Quirino<sup>1</sup>

### 1 Introdução

O processo legislativo é uma cadeia procedimental de atos que se desenvolve discursivamente para o alcance de um provimento legislativo (CATTONI, 2006, p. 40). É um procedimento em contraditório, institucionalizado e comprometido com a formação da vontade e opinião públicas, que deve sempre possibilitar a participação no debate de todos os potencialmente afetados pelo provimento final.

Entre outros atos legislativos primários, conforme disposto no artigo 59 da Constituição da República de 1988, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à própria Constituição. Isso significa que as reformas pontuais ao texto constitucional, de competência do constituinte derivado, devem estrita observância ao procedimento previsto *a priori*, sob pena de padecer de vício formal.

Como bem observado por Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, "nenhuma prática social, e aí incluímos o processo legislativo, está livre de apropriações indevidas e abusivas" (BARBOSA, 2010, p. 3), razão pela qual a "regularidade do processo de produção de lei" (CATTONI, 2006, p. 40), e também de emendas à Constituição, está sujeita à análise jurisdicional.

À luz do paradigma discursivo do Estado Democrático de Direito, longe de ser uma afronta ao princípio da separação dos poderes, "o controle judicial do processo legislativo representa a possibilidade de impor à atividade institucional do Poder Legislativo as regras que ele próprio consagrou para seu funcionamento" (BARBOSA, 2010, p. 170). Nessa linha de raciocínio, no caso das propostas de emenda à Constituição, a jurisdição constitucional

---

<sup>1</sup> Graduando do 9º período da Faculdade de Direito Milton Campos, pesquisador bolsista financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG).

atua "como contraponto à política majoritária, em um marcado processo de interlocução interinstitucional" (DILLY PATRUS, 2013, p. 129).

Sob o Estado Democrático de Direito, a Jurisdição Constitucional, no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, deve voltar sua atuação para a garantia das condições procedimentais do exercício da autonomia por parte dos cidadãos e, com isso, garantir as condições para a realização do processo democrático (CATTONI, 2006, p. 177).

Entretanto, até que ponto a intervenção jurisdicional corrobora o modelo de Estado Democrático de Direito, contribuindo para a formação da opinião e vontade públicas, e a partir de qual momento essa intervenção se torna um risco à democracia, alijando o debate público do âmbito do parlamento?

No dia 07 de outubro de 2016, um grupo de parlamentares pertencentes aos partidos PCdoB e PT impetrou mandado de segurança em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados com vistas a impedir, por meio de medida liminar, a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional 241/2016<sup>2</sup>, conhecida como a "PEC dos gastos públicos". Os impetrantes alegaram que a proposta possui disposições tendentes a abolir cláusulas pétreas, ou seja, os limites materiais impostos pela própria Constituição para sua reforma. Listaram as seguintes: a separação dos Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, além de direitos e garantias individuais.

O *writ* foi distribuído ao Ministro Luis Roberto Barroso que, em decisão monocrática publicada do Diário da Justiça Eletrônico do dia 13/10/2016, indeferiu o pleito liminar por não vislumbrar afronta ao núcleo essencial de nenhuma cláusula pétrea invocada. Na visão do relator, como o controle judicial do processo legislativo é medida excepcional, os limites materiais para a alteração da Constituição devem ser interpretados restritivamente, sob pena de se promover um "engessamento da deliberação democrática por parte do Congresso Nacional".

É nessa perspectiva que o presente trabalho se assenta, em analisar criticamente a posição adotada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, acima relatada, para uma tentativa de classificação da intervenção jurisdicional levada a cabo no caso concreto.

---

<sup>2</sup> A proposta, apresentada pelo Poder Executivo, altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir novo regime fiscal.

## 2 Resultados e Discussão

Para Rafael Dilly Patrus (2013, p. 132-135), a análise judicial dos atos que compõem o devido processo legislativo pode culminar tanto em intervenções jurisdicionais construtivas, quanto em intervenções destrutivas. Para o autor, estas últimas ocorrem quando o Judiciário prejudica, esvazia ou interrompe o debate no seio parlamentar, sendo um verdadeiro óbice ao "alargamento do espaço público deliberativo". Ao invés de contribuir argumentativamente para o debate, a intervenção nesses casos inviabilizaria a própria discussão.

Diametralmente opostas, as intervenções jurisdicionais construtivas são aquelas que contribuem "para o desenrolar hígido e regular do debate no seio do fórum legislativo". Nesses casos, a intervenção não somente se faz necessária para a garantia das regras procedimentais, como contribui para o amadurecimento do debate, potencializando as chances de um provimento democrático.

Importante perceber que os conceitos acima apresentados se preocupam com o caráter da interferência judicial na higidez do debate no espaço legislativo, o que não está necessariamente relacionado com a discussão entre forma e conteúdo (DILLY PATRUS, 2013, p. 132). Nessa perspectiva, enquanto a garantia de que o processo legislativo seja conduzido em conformidade com as regras do jogo tenda a ser uma intervenção construtiva, autorizar intervenções judiciais para impedir a discussão de determinada matéria no âmbito do parlamento não nos soa democrático. Pesquisas desenvolvidas no mesmo campo de estudo parecem corroborar esse entendimento:

Uma jurisdição constitucional que se pretende democrática está preocupada, em primeira linha, com a *proteção das condições procedimentais* da formação livre da opinião pública e da vontade política (BARBOSA, 2010, p. 192). (destacamos)

Levando em conta esses conceitos de intervenções jurisdicionais, é possível fazer uma leitura crítica da posição adotada pelo Ministro Luis Roberto Barroso quando do indeferimento do pleito liminar no mandado de segurança n. 34.448. Ao deixar de suspender a tramitação da PEC, o relator parece ter afastado a possibilidade de uma intervenção

jurisdicional destrutiva, que, caso concretizada, esvaziaria o debate na Câmara dos Deputados antes mesmo de ser submetido ao plenário.

Nesse sentido, a decisão prolatada, independentemente da análise ideológica do conteúdo da proposição, mostra-se adequada e compatível com o ideal democrático consagrado na Constituição de 1998. Interromper uma discussão sobre uma proposta em trâmite no Legislativo em razão da matéria é impedir a formação da opinião e da vontade públicas e o intercâmbio de ideias e argumentos. E essa afirmativa não é distante da realidade: suponha-se, a título exemplificativo, que durante a tramitação da PEC 241, os parlamentares cheguem a um resultado que atenda minimamente aos anseios dos autores do mandado de segurança impetrado. Isso só seria possível por meio do debate, com atenção às regras do procedimento.

O próprio Ministro se mostra alerta sobre o risco de interferir no processo legislativo de modo a impedir a discussão. Ele expressamente salienta que a Constituição da República atribuiu competência ao Congresso para servir como "o espaço público de vocalização de ideias, opiniões e interesses de todos os segmentos da sociedade".

É essencial destacar que a decisão da maioria, por si só, não realiza os ideais da Constituição de 1988, de modo que eventuais violações a direitos individuais perpetrados pelo provimento poderão sempre passar pelo controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

### **3 Conclusão**

Existe uma grande diferença prática entre se controlar as condições procedimentais para que o processo legislativo ocorra de maneira hígida e fazer o controle jurisdicional do conteúdo a ser debatido no âmbito do Legislativo. Ao passo que a atenção às regras do procedimento é imprescindível para a formação democrática da vontade pública, a determinação, pelo Judiciário, do que pode ou não ser debatido não nos parece compatível com o viés democrático.

Nessa esteira, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luis Roberto Barroso no mandado de segurança n. 34.448, que negou o pedido liminar formulado mantendo a

tramitação da respectiva PEC, contribuiu para o debate e, por conseguinte, para a manutenção da ordem democrática. Afinal, “é debatendo que se acertam as opiniões, aprimorando-se os argumentos para que se chegue à melhor resposta possível, ainda que o desacordo persista.” (DILLY PATRUS, 2013, p. 134).

## Referências

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo legislativo e democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão no MS 34.448**. Impetrante: Jandira Feghali e outros. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Brasília/DF: 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34448%2ENUME%2E%29+N AO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jgzoe3t>>. Acesso em 23 out. 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

DILLY PATRUS, Rafael. Controle preventivo de constitucionalidade e democracia: a Constituição de 1988 e as intervenções jurisdicionais destrutivas. In: XIMENES, Julia Maurmann; BARROS, Janete Ricken Lopes de (org.). **25 anos da Constituição: influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico**. Brasília: IDP, p. 113-137, 2013.

## A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL E A TRANSGENERIDADE

**Fernanda Abras Ribeiro<sup>1</sup>**

**Laura Letícia Martins Freitas Pimentel<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

O presente resumo trata das consequências jurídicas na vida de um indivíduo transgênero, focado na mudança do registro civil, na impropriedade do poder público ao tratar de questões que envolvem esses indivíduos e ainda, aborda o viés judicial, uma vez que ausentes precedentes norteadores para que a conduta dos magistrados esteja eivada de segurança jurídica.

Para melhor compreensão do tema, inicialmente faz-se necessária a conceituação das palavras-chave, sendo imprescindível tratar aqui da diferença entre as palavras: transexual e transgênero. Segundo a autora Jaqueline Gomes de Jesus<sup>3</sup>, transexual é a pessoa que busca ser reconhecida como do sexo oposto ao de nascimento, de maneira que se veste e comporta como se do sexo oposto fosse. O transgênero por sua vez, não precisa necessariamente se identificar como sendo do sexo oposto, mas de alguma maneira não se identifica com o sexo que nasceu, por vezes, não se identificando nem como homem e nem como mulher. Em resumo, transexual é uma das espécies de transgênero.

Importante também a distinção entre as palavras: sexo e gênero. A Ilustre doutrinadora, anteriormente mencionada, Jaqueline Gomes de Jesus, define sexo como: “Classificação biológica das pessoas como machos ou fêmeas, baseada em características

---

<sup>1</sup> Bolsista FAPEMIG. Estudante de graduação em Direito na Faculdade de Direito Milton Campos, oitavo período. Estagiária no Ministério Público do Estado de Minas Gerais. E-mail: fabrasribeiro@gmail.com;

<sup>2</sup> Bolsista FAPEMIG. Estudante de graduação em Direito na Faculdade de Direito Milton Campos, nono período. E-mail: laura.m.f.pimentel@gmail.com.

<sup>3</sup>JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos, 2012.

orgânicas como cromossomos, níveis hormonais, órgãos reprodutivos e genitais”. Já o gênero, segundo ela, se refere à: “Classificação pessoal e social das pessoas como homens ou mulheres. Orienta papéis e expressões de gênero. Independe do sexo.”.

Os conceitos supramencionados são comumente confundidos por leigos do assunto, como por exemplo, quando é dito que alguém fez uma cirurgia para mudar de gênero, na realidade a pessoa mudou de sexo, o gênero sempre foi o mesmo, pois o indivíduo sempre se reconheceu como sendo daquele gênero, tanto que, resolveu passar pela cirurgia de modo a adquirir as características do gênero com o qual sempre se identificou.

Abre-se espaço para uma crítica à utilização da palavra “gênero” no Judiciário, que é usada, tecnicamente, de forma errada. Vê-se em diversas peças, tanto de advogados, como de juízes e membros do Ministério Público, as expressões “Retificação de gênero do registro civil”, quando, em verdade, seria a retificação de sexo, que se dá pela identificação de gênero diferente do que foi imposto à pessoa.

Para a claridade da conceituação, indica-se associar a palavra gênero com identidade, e sexo com o órgão genital.

Entretanto, não é só de conceitos do tema que o Judiciário – e o Estado como um todo – se equivoca. Após profunda análise, foi possível concluir que o comportamento do Estado acerca da questão contribui com o preconceito e os problemas enfrentados pela população transgênero do país. Isso porque os três poderes (executivo, legislativo e judiciário) têm deveres perante a sociedade, deveres estes que não vem sendo cumpridos de forma satisfatória.

Cabe ao poder executivo buscar meios de paz e harmonia social, seja no sentido de conceder proteção ou de criar mecanismos de aceitação social, que poderiam ser feitos por meio de projetos inclusivos e até mesmo campanhas de conscientização, o que não ocorre de fato.

Não bastasse a ausência estatal no que tange a proteção, segurança e inclusão social, ainda nos deparamos com o descaso dos órgãos judiciais em prestar uma tutela pautada em segurança jurídica. Ao analisar as jurisprudências dos tribunais acerca da permissão de mudança de nome e de sexo, fica nítido que não há uma preocupação com a segurança jurídica, pois são demonstradas decisões com resultados opostos ao tratar temas semelhantes – e esse é um dos principais pontos do presente resumo, tendo em vista que a disparidade de

decisões fere a ordem jurídica e preceitos constitucionais de suma importância no ordenamento vigente.

Por fim, tem-se o legislativo, que atua com ausência tal que até o presente momento não trouxe uma lei efetiva para tutelar o transgênero. É verdade que projetos de leis têm sido criados, todavia, sem sanção ou pior, sem que seja dado o impulso ao trâmite legislativo de forma que as leis se tornem eficazes e não meras letras mortas em um papel.

Dentre as falhas do Estado, conforme supramencionado, esse resumo aborda, em especial, a dificuldade de o indivíduo transgênero conseguir a mudança de seu registro civil, seja a retificação do nome ou do sexo no documento de nascimento/identidade.

A despeito de, para alguns, parecer insignificante ou mera formalidade, a discrepância do registro com a realidade fática é um dos maiores problemas que os transgêneros enfrentam, tanto internos (não ter um registro que condiz com o que se identifica) quanto externos (contribuindo para o famigerado preconceito, uma vez que a pessoa se comporta como de determinado sexo, mas apresenta uma carteira que o denuncia como de outro sexo), além do extremo constrangimento.

## **2 Resultados e discussão**

Conforme anteriormente mencionado, tem-se uma atuação negativa do Estado frente aos direitos dos transgêneros. Destaca-se, inicialmente, o poder Executivo, que administra os interesses públicos e deve, em conformidade com a constituição, exercer atos que possibilitem à pessoa viver com dignidade e usufruir de suas garantias fundamentais.

Nesse sentido, insta trazer à baila o pensamento da ilustre Flávia Teixeira<sup>4</sup> que afirma que mais do que ser reconhecido como transgênero, esses indivíduos querem ser vistos como pessoas integrantes e ativas da sociedade como quaisquer outras.

Todavia, para que isso ocorra é necessária à manifestação ativa do executivo estabelecendo meios de inclusão social de maneira que não haja discriminação com as tentativas de inserção social do transgênero.

---

<sup>4</sup> TEIXEIRA, Flávia do Bonsucesso. Dispositivos de dor: poderes que conformam as transexualidades. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2013.

Não obstante, analisa-se o Judiciário. Primeiro, insta salientar que o princípio da proibição ao *non liquet* (que consagra a obrigatoriedade de apreciar o pedido posto em juízo, não se podendo alegar lacuna ou obscuridade da lei) e o princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF/88) garantem o acesso à tutela jurisdicional a todos que tiverem seu direito violado ou ameaçado. Nesse contexto, o indivíduo transgênero que pleiteia na Justiça a retificação de sexo ou nome no registro civil não pode ter seu pedido negado sem resolução de mérito por ausência de lei.

Entretanto, a regra geral, trazida pela Lei n. 6.015/73, é da imutabilidade do registro, com previsão de alteração do nome apenas em casos excepcionais. No que tange à retificação de sexo, faz-se ainda mais conturbada, por não haver previsão alguma de mudança. Com a lacuna deixada pela lei, certo é que ocorreram e continuam ocorrendo divergências preocupantes no campo jurisprudencial.

A partir da leitura do livro *Teoria pura do direito*, de Hans Kelsen<sup>5</sup>, é possível verificar que o princípio da segurança jurídica depende da criação e da interpretação do direito. Kelsen afirma que há dois sistemas jurídicos, sendo o primeiro de livre interpretação do Judiciário - por ausência de órgão legislador central - e o segundo aquele em que há um direito vinculado a leis dispostas por uma produção legislativa centralizada. Sustenta ainda que a decisão judicial é continuidade e não início do processo de criação do direito.

Hans Kelsen, ainda no livro supracitado, assegura que sempre haverá diversas percepções de uma mesma norma, todavia, as interpretações variadas devem ser reduzidas ao mínimo possível, de modo que se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica. Nesse sentido aponta o presente projeto, pois o Poder Judiciário não pode por conta própria criar decisões arbitrárias e sem nexos com as demais decisões do ordenamento pelo entendimento do juiz. É inaceitável deixar o futuro e o bem estar de um indivíduo depender da subjetividade de outrem.

O intuito de se estabelecer um ordenamento jurídico é justamente evitar a autotutela, de maneira que haja isonomia entre todos os cidadãos e, via de consequência, a segurança

---

<sup>5</sup>KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

jurídica. No momento em que foi realizado o pacto social o cidadão se eximiu do seu poder em confiança de que o Estado cuidaria de seus interesses, mas não é isso que vem ocorrendo.

Conforme julgados analisados, é possível perceber a disparidade de um judiciário que ora decide pela permissão da mudança do registro civil e ora decide por não permitir, utilizando de fundamentações diversas para decidir sobre um mesmo tema, pois o que muda é o indivíduo, mas a vontade de ser aceito e se inserir na sociedade é a mesma. Dentre os julgados analisados, ressaltasse dois, porquanto absurda a fundamentação ser igual e levar a resultados diferentes, uma vez que um diz que os órgãos genitais não estão ligados ao gênero e o outro afirma que sem mudar o sexo não a que se falar em mudança de gênero. Senão vejamos:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. MUDANÇA DE SEXO. TRANSGÊNERO.**

Quando está comprovado que a retificação do registro de nascimento não trará qualquer prejuízo à sociedade e, sobretudo, garante a dignidade da pessoa humana daquele que a pleiteia, **cumpra a procedência do pedido. A identificação de gênero não está vinculada aos órgãos genitais, mas, sim, à identificação psíquica do ser humano.** Precedentes desta Câmara. PEDIDO DO MP PARA INDICAÇÃO DE INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PEDIDO INDEFERIDO. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº70065099772, Oitava Câmara Cível, **Tribunal de Justiça do RS**, Relator: AlzirFelippeSchmitz, **Julgado em 16/07/2015**).

EMENTA: APELAÇÃO - TRANSEXUAL - ALTERAÇÃO DE SEXO NO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO - **CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO NÃO REALIZADA - PREVALÊNCIA DA CONDIÇÃO REGISTRAL NATURAL ATÉ QUE HAJA MODIFICAÇÃO SEXUAL.** A só condição de transexual individual, conquanto imponha o respeito de todos pelo gênero de opção explicitado, permitindo inclusive a modificação do nome, e o dever de tratamento respeitoso da sociedade pela própria opção, não autoriza a modificação da condição registral do gênero sexual contida nos assentos de nascimento, que só é admissível àqueles que se submeterem ao procedimento de redesignação sexual, porque a excepcionalidade afasta o interesse público no conhecimento da condição de gênero sexual originalmente designado. Não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.395561-7/001, Relator(a): Des.(a) JudimarBiber , 3ª CÂMARA CÍVEL, **julgamento em 28/01/2016**, publicação da súmula em 11/02/2016) – Destaques nossos.

Ante os julgados apresentados, fica claro que não há uma preocupação com decisões coerentes, pois a fundamentação é a mesma com sentidos contrários. Então se faz a indagação, qual a diferença dos dois casos concretos? Não se trata ambos de indivíduos que

buscam sua aceitação frente a uma sociedade conservadora e preconceituosa? E ainda vamos além aos questionamentos ao judiciário, seria o caso de buscar meios de interpor ação em outro Estado, que não o de domicílio, para conseguir o que desejo? Não é crível que a liberdade de uma pessoa esteja relacionada com o Estado em que vive, sendo os Estados entes de uma mesma Federação, com uma constituição em comum que prevê a todos a segurança e a liberdade.

Tal disparidade coaduna com o próximo equívoco de um poder (não) atuante do Estado, o Legislativo. Esse é o ponto central, porquanto é ele quem deveria nortear o Judiciário, através da criação de leis que orientassem os magistrados, de forma que as decisões não seriam pautadas em princípios genéricos, mas normas específicas que tutelassem essas pessoas da forma que merecem.

É certo que foram desenvolvidos alguns projetos de lei interessantes, sendo o mais recente proposto pelo deputado Jean Wyllys e Erika Kokay, visando a mudança no registro civil de forma administrativa, não necessitando do uso da máquina judiciária para o pleito em questão. Todavia, talvez pela atualidade do tema, que ainda é considerado um tabu, o projeto está parado, assim como todos os outros que versam sobre.

### **3 Conclusão**

Ante o exposto e as vivências realizadas ao longo da pesquisa fica claro que o Estado atua de maneira mínima no que tange a proteção do transgênero e que essa atuação não alcança as necessidades da atualidade, pois essa parcela da sociedade ainda se encontra marginalizada e discriminada.

Analisando a atuação Estatal em todos os seus âmbitos é possível concluir pela necessidade de autofiscalização dos poderes, sistema denominado por Montesquieu como “freios e contrapesos”, no sentido de que o Estado para um bom funcionamento precisa da harmonia dos poderes e que estes se fiscalizem para evitar arbitrariedades e inseguranças.

Nesse contexto, conforme fora mencionado ao longo do resumo, percebe-se a importância do legislativo, notadamente com a criação de leis norteadoras acerca do presente tema, pois a ausência de atuação deste influi diretamente na atuação do judiciário, que ante a

ausência de parâmetro legal, acaba em uma completa disparidade de decisões. Sendo certo que, a lei, ainda que não interpretada na sua literalidade, facilita o direcionamento das decisões, para que estas tenham a paridade intrínseca à segurança jurídica.

Vale registrar, que a segurança jurídica é princípio basilar em todo o direito, pois, se assim não fosse, seria desnecessário a existência deste como norteador, pois cada um seguiria os seus próprios valores e crenças.

Conclui-se ainda que eventual lei não pode ir contra a realidade vivenciada no Brasil, tendo em mente que negar aos transgêneros o direito de se sentir bem com o seu corpo e com a sua realidade fática de vida, é ir contra a tudo o que a constituição titula como sendo princípio fundamental do direito de expressão, do direito à liberdade e dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, inviável uma lei que não entenda pela possibilidade de mudanças no registro civil.

Por todo o exposto no presente artigo, resta claro que a atitude conservadora e retrógrada de proibir a mudança de um registro civil ou ainda de não fomentação de políticas sociais de integração do transgênero se torna antiquada ante as diversidades do mundo moderno. Em verdade, os órgãos estatais e os próprios agentes do estado não podem agir de acordo com princípios e valores próprios, pois, ainda que não concordem com a existência de transgêneros devem se adaptar à realidade social atual e tomar decisões e atos em conformidade com a previsão constitucional de não discriminação, segurança e integração social.

## Referências

TEIXEIRA, Flávia do Bonsucesso. **Dispositivos de dor: poderes que conformam as transexualidades**. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2013.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a População Transgênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Hilário Veiga de. **Transexualismo – Diagnóstico – Conduta médica a ser adotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

## A AÇÃO POPULAR NO ENFRENTAMENTO JURISDICIONAL DO MÉRITO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Rafael dos Reis Aguiar<sup>1</sup>

### 1 Introdução

A controvérsia que se busca explorar neste trabalho consiste na possibilidade jurídica de discussão do mérito administrativo, ou seja, razões de conveniência e oportunidade, por parte do instrumento da ação popular.

A maioria da doutrina e da jurisprudência compreende que, a partir do instante que o Estado-Juiz analisa o mérito daqueles atos administrativos emanados pela Autoridade Pública autorizadamente de natureza discricionária, este poder estaria violando o sistema de freios e contrapesos que a tripartição dos poderes garante, conforme o artigo 2º, da Constituição da República de 1988 dispõe ao prever que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Todavia, uma corrente minoritária aduz que inexistente proibição constitucional para tal controle jurisdicional da “*ratio decidendi*” adotada pelo Administrador Público, uma vez que a própria Constituição “Cidadã” de 1988 erige princípios imprescindíveis à atuação administrativa do Estado. Nesse viés, caberia então uma avaliação por parte do juiz acerca da razoabilidade e proporcionalidade que deu base ao ato administrativo? Ou persistiria a intromissão de um poder noutra? E nos casos que tal ato, objeto da discussão sobre a possibilidade de controle, manifestamente cause lesão ou ameaça a direito aos cidadãos? Qual a capacidade da ação popular, enquanto método de controle judicial da Administração Pública, de proteger as prerrogativas individuais e coletivas frente ao império do Estado-Leviatã?

---

<sup>1</sup> Bolsista FAPEMIG da Faculdade de Direito Milton Campos.

A pesquisa objetiva compreender as possibilidades jurídicas de utilização de um instrumento específico de controle judicial pelos cidadãos, a ação popular, no pequeno e limitado campo da conveniência e oportunidade frente aos direitos sociais fundamentais.

## 2 Discussão e resultados

O instituto jurídico da Ação Popular nasceu na Constituição Federal de 1934, cujo nº 38 do art. 113 instrumentalizava a capacidade de qualquer cidadão ser parte legítima para reivindicar nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio dos entes federativos. Todavia, com a Carta Ditatorial de 1937 fora suprimida, vindo a ser restabelecida na Constituição Democrática de 1946 (art. 141, §38), mantendo-se nas Constituições que se seguiram até a atual. A Constituição da República de 1988 dispõe em seu texto ao tratar da ação popular no art. 5º, “Das liberdades individuais”, inciso LXXIII<sup>2</sup>.

Gregório Assagra de Almeida (2007)<sup>3</sup> ressalta que a disposição atual é a mais completa tanto subjetivamente quanto objetivamente. Não há restrições, por exemplo, para figurar como pólo passivo das tutelas de meio ambiente, bem como objetivamente, uma vez que tal ação teve seu rol de bens jurídicos tutelados ampliados pela lei regulamentadora (Lei Federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965).

A ampliação subjetiva pressupõe uma acurada hermenêutica da expressão “qualquer cidadão”. Para Alexandre de Moraes (2014)<sup>4</sup>, a ação popular consubstanciada no direito de sufrágio e outros direitos políticos (voto em eleições, participação de referendos e plebiscitos, iniciativa popular de lei e organização e participação de partidos políticos, etc) integram forma de exercício da soberania popular (art. 1º e 14 da Constituição da República) e manifesta capacidade fiscalizatória do Poder Público pelos cidadãos.

Cidadãos são aqueles constitucionalmente legitimados para propositura da ação e, por definição do autor, englobam os brasileiros tanto natos quanto naturalizados, incluindo

---

<sup>2</sup> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;” ( Constituição da República de 1988)

<sup>3</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. “Manual das Ações Constitucionais”. Editora Del Rey. 2007. Pg 347.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. “Direito Constitucional”. Editora Atlas. 30ª edição. 2014. Pg. 193.

aqueles que se encontram entre 16 e 18 anos, além do português equiparado, “(...) no gozo de seus direitos políticos”. Moraes (2014) alude a uma controvérsia se o cidadão agiria em nome próprio ou como substituto processual, “(...) pois defende em juízo, em nome próprio, um interesse difuso, pertencente à coletividade (...)”, discorda, contudo, em razão da ação popular, ao seu ver, encarnar a potencialidade da soberania popular pertencente ao cidadão, “(...) em nome próprio e na defesa de seu próprio direito”.

Pois bem, adentrando ao objeto da ação popular, cabe elencar a complexidade material que ela abarca. A constituinte de 1988 provocou essa ampliação, como já fora mencionado. Assim, podem ser tutelados por meio da ação popular o meio ambiente, a moralidade administrativa e o patrimônio histórico cultural, de modo que se atribuiu nova hermenêutica ao termo “patrimônio público” passando este a incluir o patrimônio material do poder público (erário), mas também o patrimônio imaterial, em sua dimensão moral, cultural, histórica, tal como o patrimônio ambiental em si mesmo<sup>5</sup>. O objeto que melhor compreende a temática que busca explorar nesse resumo é o combate aos atos de improbidade administrativa.

Inicialmente, cabe ressaltar que o art. 17 da Lei Federal 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) não atribuiu legitimidade ativa aos cidadãos. A ação popular, por sua vez, como já mencionado, é método de controle judicial da Administração Pública, sendo instrumento legítimo para fiscalização do Estado (mecanismo de accountability<sup>6</sup>) pelos cidadãos, inclusive com introdução da moralidade administrativa nos bens jurídicos tuteláveis através desta, como prevê o art. 5º, inciso LXXIII da Constituição “Cidadã” de 1988.

Ao ver de Alexandre de Moraes<sup>7</sup>, “(...) a finalidade do combate constitucional à improbidade administrativa [art. 37, §4º da Constituição da República] é evitar que os agentes públicos, ou seja, aqueles que exercem múnus público e não somente aqueles servidores públicos, atuem de maneira a decompor a ordem estatal atuando em dissonância às suas

---

<sup>5</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. “Manual das Ações Constitucionais”. Editora Del Rey. 2007. Pg 359.

<sup>6</sup> “(...)Essa evolução, no entanto, trouxe consigo novas responsabilidades para a sociedade, que se viu instada a responder por uma dupla obrigação: dos cidadãos, de manter uma estreita vigilância sobre o uso do poder concedido àqueles que foram escolhidos para governá-los; e dos governantes de prestar contas das suas ações aos cidadãos que os escolheram. Daí, um dos problemas mais importantes dos regimes democráticos modernos consiste em desenvolver formas e instrumentos de accountability, isto é, processos de avaliação e responsabilização permanente dos agentes públicos que permitam ao cidadão controlar o exercício do poder concedido aos seus representantes.”(grifo nosso). ROCHA, Arlindo Carvalho. "Accountability na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens". 2011.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. “Direito Constitucional”. Editora Atlas. 30ª edição. 2014. Pg. 383.

funções constantes na lei, pelo dano direto e indireto à sociedade como um todo, ao afastar dos padrões ético-morais da sociedade”.

Assagra (2007)<sup>8</sup>, por sua vez, compreende que a defesa da moralidade administrativa decorre da própria expansão do objeto da ação popular pela Lei Federal 6.513/77, por compreender que patrimônio público não se restringe somente aos bens e direitos de valor econômico, consagrando o patrimônio imaterial em sua tutela, de modo que, a própria Constituição da República de 1988 ao depreender no seu art. 37, *caput*<sup>9</sup>, o princípio da moralidade como vinculante à Administração Pública, promoveu uma institucionalização da ética dentro da organização estatal brasileira, cabendo a discussão de “legalidade” ou “legalidade imoral” quando inobservados os princípios da moralidade administrativa por ato (comissivo ou omissivo) daqueles que prestam serviço público.

Com efeito, na marcha-ré das circunstâncias atuais, de busca do fortalecimento da democracia e do combate à corrupção por meio do acesso à informação, não se tem admitido, por via de regra, Ação Popular e outras ações coletivas para atacar, quanto à conveniência e oportunidade, os denominados atos administrativos discricionários.

Ao ver de Marçal Justen Neto<sup>10</sup>, o desenvolvimento cultural e social que o Brasil vive conduziu à “(...) ampliação do âmbito da aplicação do princípio da publicidade (...)”. Tal fato se deve não somente em razão das alterações legislativas, “(...) mas também em virtude da consolidação da interpretação do direito”.

Doutrina e jurisprudência já estão começando a reverter esse quadro com o metamorfosear do paradigma. Gregório Assagra de Almeida (2007)<sup>11</sup> entende que não há na Constituição qualquer impedimento que impeça o juiz na ação popular ou em outra ação (individual ou coletiva) de conhecer o mérito do ato administrativo discricionário, aferindo a sua razoabilidade e proporcionalidade (art. 5º, LVXXV, da CF). O Superior Tribunal de Justiça – STJ- já tem sinalizado, nesse sentido em algumas de suas decisões, por exemplo:

---

<sup>8</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. “Manual das Ações Constitucionais”. Editora Del Rey. 2007. Pg 405.

<sup>9</sup> Constituição da República de 1988. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência (...)”. (grifo nosso)

<sup>10</sup> JUNIOR, Fredie Didier. TALAMINI, Eduardo. Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo e Administração Pública”. Vol.10. Editora JusPodium. 2016. pgs 300-301.

<sup>11</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. “Manual das Ações Constitucionais”. Editora Del Rey. 2007. p. 402.

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. Recurso especial provido.” (RE n. 493.811 – SP 2002/0169619-5. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santos) (grifo meu)

### 3 Conclusão

Conclui-se então que, ao ver do raciocínio aqui costurado, que a Ação Popular no enfrentamento jurisdicional do mérito da discricionariedade administrativa encontra base jurídica, sendo mero exercício de fiscalização pelo povo no exercício de sua cidadania perante o Poder Público, tendo em vista que o acesso à informação, a publicidade, a motivação são prerrogativas inafastáveis e intrínsecas à moralidade administrativa, alcançando toda a coletividade, sendo também objeto explícito nos dispositivos autorizadores da tutela pela Ação Popular e que, apesar de ainda ser imatura a sua utilização para tal fim, inexistente impedimento que justifique sua improcedência sem análise do mérito administrativo dos atos emanados pela Autoridade Pública.

### Referências

ALMEIRA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**, 1ª Edição. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2007. 972 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª. Edição, São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. **Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo e Administração Pública**. Vol.10. Editora JusPodium. 2016.

Anais da XIII Semana de Iniciação Científica  
Nova Lima, 21 a 23 de novembro, 2016



FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora Atlas. 30ª edição. 2014.

## ANÁLISE DA DESTITUIÇÃO DE FERNANDO LUGO: GOLPE PARLAMENTAR OU IMPEACHMENT CONFORME A LEI?

Rafael Inácio da Silva Caldas<sup>1</sup>

### 1 Introdução

Atualmente não é comum o uso da força por meio das Forças Armadas que saiam as ruas com todo seu aparato com o intuito de depor o governo. Contudo mesmo com o fim da Guerra Fria e da ordem bipolar de mundo, os golpes de estado não desapareceram da vida política, eles somente se modificaram, se tornaram “suaves” nas palavras do cientista político americano Gene Sharp, que teorizou em seu livro *Da ditadura a democracia* a ideia de golpe suave ou golpe branco onde há a derrubada não violenta de um governo.

O acadêmico argentino Juan Gabriel Tokatlian define tal prática como Neogolpismo, como este mesmo explica:

Com o tempo foi se gerando um Neogolpismo: a diferença entre o golpe de Estado tradicional o “novo golpismo” é a de que este é encabeçado abertamente por civis e conta com o apoio passivo ou a cumplicidade explícita das forças armadas, pretende violar a constituição do Estado com uma violência menos ostensiva, pretendendo preservar uma aparência institucional mínima (por exemplo com o Congresso em funcionamento e/ou a Suprema Corte temporariamente intacta) eles nem sempre envolvem uma grande potência (por exemplo os Estados Unidos) e buscam mais resolver um impasse social ou político potencialmente ruinoso do que fundar uma ordem nova. (TOKILAN, Juan Gabriel, tradução nossa)

Assim, a presente pesquisa visa analisar o caso paraguaio ocorrido no ano de 2012, quando, após o Massacre de Carugaty, onde um conflito entre o movimento sem terra e as forças policiais, numa reintegração de posse, resultaram em dezessete mortes, sendo o então presidente o ex-bispo da Igreja Católica, Fernando Lugo responsabilizado pelo ocorrido por líderes opositores, que o destituíram em um processo que durou cerca de 30 horas entre o protocolamento do pedido de impeachment e a sua saída do cargo.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara

Após esta breve análise do conceito de golpe branco e uma introdução do caso ocorrido no Paraguai, avaliaremos se de fato houve violação de princípios fundamentais do direito como a ampla defesa e contraditório caracterizando o processo como um golpe branco ou golpe parlamentar, ou se os acontecimentos se deram conforme a legislação paraguaia e o impeachment foi legítimo.

## 2 Resultados e discussão

Após quase 60 anos de domínio do Partido Colorado no Paraguai, nas eleições de 2008 o povo delegou a Fernando Lugo, candidato da Alianza Patriótica para el Cambio (APC), uma grande coalizão partidária formada pelos partidos de esquerda, além do tradicional Partido Liberal Radical Autentico (PRLA) de centro-direita a presidência da República, com 42% dos votos contra a candidata colorada Blanca Olevar que obteve 31%.

O ex-bispo da Igreja Católica, apelidado “bispo dos pobres” tinha como plataforma de governo promover a reforma agrária nos limites legais da Constituição descritos nos artigos 114,115 e 116, aumentar a seguridade social e promover a independência energética de seu país, inclusive buscando aumento dos preços da energia que o Brasil compra dos excedentes paraguaios da usina de Itaipu

Assim como no Brasil, no Paraguai com o multipartidarismo há necessidade do chamado Presidencialismo de Coalizão, descrito pela primeira vez nas palavras do cientista político Sérgio Abranches em seu artigo Presidencialismo de Coalizão o Dilema Institucional escrito nos anos 80 no momento de transição do Regime Militar para a redemocratização brasileira, onde o define da seguinte maneira:

Apenas uma característica, associada à experiência brasileira, ressalta como uma singularidade: o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o "presidencialismo imperial", organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, "presidencialismo de coalizão". (ABRANCHES *apud* CLEVE, 2012, p. 36)

Mesmo vencedora no pleito presidencial a APC elegeu apenas dois deputados em um total de 80 e não elegeu nenhum senador, o então membro da grande coalizão Partido Liberal Radical Autentico elegeu 26 deputados e 14 senadores e inclusive o vice-presidente Federico Franco, porém em 2009 o PLRA rompeu com a aliança deixando Lugo isolado no Congresso Nacional.

Somada a falta de apoio nas Casas Legislativas desde 2009, em maio de 2012 membros do movimento sem terra paraguaio ocuparam uma fazenda chamada Campos Moramby na localidade de Curuguaty, que segundo o movimento protestavam contra a falta de terras naquela região do país. A propriedade pertencia ao ex senador colorado Blas Riquelme acusado pelos sem terra de ter se apossado ilegalmente das terras no governo do General Stroessner, deixando a já delicada situação do governo mais precária.

Após uma decisão judicial obtida pelo ex-senador Riquelme a polícia foi autorizada a remover os ocupantes, o que resultou em confronto armado entre as forças policiais e o movimento sem terra, pois segundo os policiais estes teriam sido emboscados pelos sem terra, e segundo os sem terra, a própria polícia havia se infiltrado no acampamento para gerar o enfrentamento.

O conflito resultou na morte de 11 membros do movimento sem terra e de seis policiais, tendo este fato ocorrido no dia 15 de junho de 2012, já no dia seguinte ao ocorrido, o Governo Lugo começou a sua derrocada com a renúncia do Ministro do Interior e do Chefe Nacional da Polícia.

No dia 20 do mesmo mês o deputado Colorado Luís Gneiting apresenta o pedido de impeachment contra o então presidente, o responsabilizando pelo ocorrido em Curuguaty.

Segundo a Constituição Paraguaia de 1992 em seu artigo 225 ao contrário da brasileira, permite o impeachment pelo mau exercício das funções do Chefe do Executivo e descreve como deverá ser o rito do processo de impedimento, devendo iniciar-se na Câmara dos Deputados onde a acusação é formulada e deve ser aprovada pela maioria de dois terços entre os oitenta deputados, para que em seguida seja encaminhado ao Senado onde os quarenta e cinco senadores afastam o presidente do cargo pela maioria de dois terços.

O artigo 225 não disciplina os prazos a serem seguidos para a realização do impeachment presidencial, mas o regimento interno do Senado em seus artigos 23 a 27

disciplinam o juízo político, nome dado ao impeachment na Constituição do Paraguai, mas sem especificação de prazos.

Em 1999 o então presidente Raul Cubas Grau foi réu de um juízo político devido a mau desempenho nas suas funções, sendo este um precedente em relação ao mesmo processo sofrido por Fernando Lugo, e com base na mesma legislação, a Constituição paraguaia de 1992. Na ocasião o próprio partido de Cubas Grau, o Colorado encabeçou o pedido de impeachment devido a enorme crise política vivida pelo país. O processo teve início na Câmara dos Deputados em 24 de março de 1999 não tendo sido concluído pelo fato de o então presidente ter renunciado ao cargo no dia 28 do mesmo mês quando seu julgamento ainda estava no estágio de alegações.

Retomando o caso Lugo, a acusação feita pelo opositor Partido Colorado recebeu adesão da bancada do ex-membro da coalizão que levou Lugo a presidência, o Partido Liberal Radical Autentico, sendo o pedido acolhido e apreciado no mesmo dia, tendo sido aprovado por larga e confortável vantagem de 76 votos a um, quantidade muito superior aos dois terços exigidos por lei, sendo em seguida encaminhada a apreciação do Senado.

No dia 22 de junho ignorando o pedido do Presidente Fernando Lugo que pedia ao menos 18 dias como prazo de defesa, o Senado votou e declarou o presidente culpado por 39 a 4 das acusações levantadas na Câmara dos Deputados, sendo este destituído de suas funções sendo empossando no mesmo dia seu companheiro de chapa Federico Franco do PRLA.

Os defensores de Lugo alegaram que o impeachment não respeitou os artigos 16 e 17 da Constituição que descrevem que todas as pessoas têm direito a um julgamento justo, a presunção de inocência e que deve ser julgado conforme provas bem fundamentadas o que segundo eles não teria ocorrido no decorrer dos dois dias que derrubaram Fernando Lugo.

A comunidade internacional reagiu, países da América Latina chegaram a declarar o ato como golpe de estado, outros como Argentina e Equador retiraram seus embaixadores do Paraguai enquanto o Brasil chamou o embaixador para consultas. No MERCOSUL o Paraguai foi suspenso até a realização de novas eleições no país.

Em 2013 ocorreram eleições presidenciais, tendo como resultado a volta do Partido Colorado ao poder com o atual presidente Horacio Cartes vencedor com 45% dos votos contra Efraín Alegre do Partido Liberal Radical Autentico que somou 38% dos votos. Ainda na

mesma eleição o ex-presidente Fernando Lugo foi eleito senador, desta vez pela Frente Guasú.

### 3 Conclusão

Após a análise dos fatos ocorridos no Paraguai em 2012 fica evidente que o processo de impeachment contra o então presidente Lugo desrespeitou princípios inerentes ao direito democrático, e também, desrespeitou os próprios princípios constitucionais daquele país, ao se realizar todo o procedimento que resultou na queda do ex-bispo em cerca de 30 horas, não levando em conta o direito a defesa e ao contraditório, nem mesmo se basearam no precedente existente na história paraguaia de 1999.

Embora em uma observação menos detalhada do caso, possa parecer que se cumpriu o rito legal estabelecido pela Constituição absurdamente verifica-se prazos maiores para se defender de uma multa de trânsito na legislação paraguaia do que todo o processo de impeachment.

Associado a isto há os regimentos internos de ambas as casas legislativas que se mostram vagos em relação ao tema do juízo político, eles não definem como deverá ser o rito, e não há legislação que aborde o tema como a lei 1079 de 1950 no Brasil.

É importante frisar que a eleição de Fernando Lugo interrompeu uma hegemonia de quase seis décadas do Partido Colorado a frente do poder no Paraguai, algo que incomodou as forças conservadoras que viram no impeachment o modo de derrubar o presidente sem ter que recorrer à velha fórmula golpista de utilizar a força como meio de tomada do poder.

A destituição de Lugo se encaixa na nova modalidade de golpes de estado onde o parlamento e outras forças da sociedade e não mais as forças armadas como no século XX, são os protagonistas da ruptura com a legalidade, agindo contra a Constituição mas parecendo estar conforme as exigências legais.

## Referências

ABRANCHES Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista Dados**, v. 31, n. 1, p. 5-32, 1988.

CLEVE, Clemerson Merlin. Presidencialismo de coalizão e Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 35-39, out./dez. 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3<sup>a</sup>.ed. Belo Horizonte: Del Rey 2010

GRANOVSKY, Martin. **Es triste lo que ocurrio**. Buenos Aires 24 de Junho de 212

PARAGUAI, **Constituição (1992)**. República del Paraguay. Asunción, 1992.

TOKATLIAN, Juan Gabriel. **Neogolpismo**. Buenos Aires, 13 de Julho de 2009.

## UBER, CARROS AUTÔNOMOS E O FUTURO DOS EMPREGOS

Rômulo Inácio da Silva Caldas<sup>1</sup>

### 1 Introdução

Em decorrência de um inovador modelo de negócios, e partindo de um ponto de flexibilidade em relação às regulações e políticas públicas, o Uber, ao desembarcar no Brasil em 2014, provocou um grande impacto na economia por apresentar um serviço de transporte mais barato, principalmente face aos seus principais competidores, os táxis. Assim, inúmeras manifestações judiciais e políticas acerca do embate gerado pela chegada e permanência do Uber foram e continuam sendo geradas. Entretanto, ainda que grande parte destas questões não tenham sido inteiramente absorvidas, compreendidas ou trabalhadas pelo Direito e por todos os demais campos interessados, já se fala no próximo passo para inovar o setor: os carros completamente autônomos.

Em recente pesquisa realizada pela Universidade de Oxford (FREY et al, 2013, p. 38), estimou-se que, apenas no Estados Unidos, 47% dos empregos se encontram em alto risco em relação à possibilidade de serem automatizados. A mesma pesquisa aponta que, dentre os empregos analisados, os serviços de taxi e de chofer possuem uma chance de 89% de automação. (FREY et al, 2013, p. 38). Neste sentido, esta pesquisa apresenta-se com objetivo principal de discorrer – sem pretensão de esgotar os temas - acerca de três potenciais políticas públicas que permitam a minoração dos danos a trabalhadores afetados pelos processos de inovação na mesma proporção em que não imponham barreiras à inovação: o incremento da capacitação profissional, o imposto de renda negativo e a economia solidária.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, terceiro período. Contato: romuloiscaldas@gmail.com

## 2 Resultados e discussão

Como indica Schumpeter (2003, p. 83), deve-se pensar no capitalismo enquanto um processo dinâmico e evolutivo, de forma que os impulsos fundamentais que mantêm seu motor girando são os novos produtos, os novos métodos de produção ou transporte, os novos mercados e novas formas de organização industrial ou mesmo um novo uso para matérias primas. Em suma, as inovações definem o dinamismo da economia capitalista.

Em essência, tais inovações incrementam a produtividade e provocam diminuição no preço de mercadorias e serviços, impulsionando o mercado consumidor por garantir maior acessibilidade. Contudo, uma eventual implementação de carros autônomos provocaria queda na demanda por empregos no setor do transporte. Em nível macroeconômico, este *modus operandi* torna-se insustentável, pois que o mercado é dependente de consumidores, e a demissão destes trabalhadores-consumidores implica em queda de consumo, representando um estrangulamento ao próprio mercado e sistema capitalista. (BATISTA JÚNIOR, 2015, p.194).

Observa ainda Alves Junior (2015, p. 193) que, na sociedade capitalista de trabalho e consumo, o trabalho assalariado é o mecanismo essencial de distribuição de renda e riquezas, garantindo condições de sustento ao homem, de forma que o primado do trabalho é uma das maiores conquistas da democracia ocidental. (BATISTA JÚNIOR, 2015, p. 191).

Contudo, tal primado segue constantemente ameaçado, porque ao mesmo tempo que inovações tornam possíveis a expansão da aquisição de produtos e serviços, elas igualmente representam derrota e instabilidade, na esfera econômica, àqueles dependentes e ligados aos velhos moldes de exercício do setor econômico atingido. (ACEMOGLU et al, 2012, cap. 3).

Neste sentido, afirma Beck (1997, p. 42) que, “O capitalismo está abolindo o trabalho. O desemprego já não é mais nenhum destino marginal, ele afeta potencialmente a todos e à democracia como forma de vida”. Assim, a curto e médio prazo, torna-se necessário recorrer a políticas assistencialistas para garantir a sobrevivência destes desempregados.

Entretanto é necessário ter em mente que relegar ao Estado toda a responsabilidade pela distribuição de renda para os que não trabalham, a longo prazo, resultará em um Estado de proporções gigantescas e com recorrente dependência de expansão de suas bases tributárias. (BATISTA JÚNIOR, 2015, p. 195).

Neste sentido, três possibilidades de políticas públicas a fim de mitigar os efeitos da inovação no que diz respeito ao impacto referente à perda de empregos são objeto de análise: incrementar a capacitação profissional da massa de trabalhadores; distribuição de renda através do método do imposto de renda negativo; e uso da economia solidária, método alternativo de produção.

Quanto ao incremento da capacitação profissional, certamente é possível elaborar políticas neste sentido, mas isso não implica que pessoas qualificadas terão empregos garantidos. Estima-se que os números do desemprego de jovens europeus de até 25 anos com boa qualificação profissional encontrava-se em torno dos 5 milhões no ano de 2013, o que lhes rendeu a alcunha de “a geração perdida”. (THE GUARDIAN, 2013).

Ainda, as taxas de desemprego entre jovens europeus passou de 15,1% entre os anos de 2005 e 2006 para – ainda sob os efeitos da crise de 2008 – 23,9% em 2013, novamente recuando para 19,7% em 2015 (EUROSTAT, 2016a), contribuindo para um contexto econômico em que jovens graduados aceitam empregos em que possuem qualificações além das necessárias justamente pela ausência de postos de trabalho. (EUROSTAT, 2016b).

Em outra seara da questão, Hayek (2010, p. 128) afirma que, mesmo que não moleste o ideal de liberdade, ainda há dificuldade em se determinar qual é o padrão mínimo de vida que se deva garantir a todos, mas que “... não há dúvida de que, no tocante à alimentação, roupas e habitação, é possível garantir a todos um mínimo suficiente para conservar a saúde e a capacidade de trabalho”.

Neste sentido Friedman e Friedman (2015, p. 182) idealizam um programa de redistribuição de transição que, ao mesmo tempo que se ocupa em afastar as pessoas de grandes necessidades, tem como foco estimular a “...transferência ordenada de pessoas das folhas dos programas de bem-estar social para folhas de pagamento de salários”.

A proposta possui dois componentes essenciais: primeiro, a reforma do sistema de bem-estar atual e sua substituição total pelo programa único de renda complementar, visando a eliminar o excesso de burocracia; segundo o desmonte gradual do sistema de previdência social atrelado a incentivos para que as pessoas façam seus próprios planos de aposentadoria, contribuindo para a poupança social e aumentando a taxa de formação de capital e a uma taxa mais rápida de crescimento de renda (FRIEDMAN e FRIEDMAN, 2015, p. 188).

O programa se dá da seguinte forma: baseado em critérios relevantes como idade e número de pessoas na família, assim como a renda total desta, um valor estipulado é definido

como limiar para pagamento de imposto de renda e outro como taxa de subsídio para deduções não usadas.

Assim, supondo uma família de quatro pessoas e um limiar de R\$7200 com uma taxa de subsídios de 50%, supondo ainda que esta família não tenha qualquer renda, estaria habilitada a receber R\$3600. Se um membro da família passasse a receber uma renda de R\$1000, o subsídio baixaria, mas a renda da família ainda assim aumenta, pois que a família passaria a adquirir, além dos R\$1000 da renda de um de seu integrante, mais 50% de R\$6200 – o valor referente ao limiar para que a família tenha que pagar o imposto de renda – de forma que tal família teria direito a receber, mensalmente, R\$4100. (Friedman& Friedman, 2015, p.185).

Por certo, tal medida minora danos provenientes do desemprego causado por inovações tecnológicas e, a priori, não representa um impedimento para o surgimento de mais inovações. Contudo, uma das críticas mais contundentes ao imposto negativo é o incentivo que cria para que empregadores paguem salários cada vez menores, uma vez que o próprio Estado complementarizará tal renda, além de implicar no diagnóstico de que o desemprego decorre da ausência de incentivos para se trabalhar, mas não da precarização do trabalho devido à vasta oferta de trabalhadores em relação à limitada procura por seus serviços. (CRÍTICA ECONOMICA E SOCIAL, 2015).

Tudo isto em vista, o incentivo legislativo à economia solidária abre-se como uma possibilidade para remediar o problema do desemprego de forma geral. Trata-se de um movimento social que prega uma mudança nos moldes de desenvolvimento baseados em grandes empresas ou latifúndios, mas prezando por um modo de produção em que não há relação empregado-patrão, havendo autogestão e preocupação com uma distribuição mais justa entre os envolvidos. (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2015).

Instituições de economia solidária podem assumir vários formatos:

[...] cooperativas; associações populares ou grupos informais (de âmbito rural ou urbano); sociedades de autogestão decorrentes de e, empresas capitalistas falidas e recuperadas pelos trabalhadores; empreendimentos comprados por trabalhadores organizados, agricultores familiares; fundos solidários e rotativos de crédito; clubes e grupos de trocas solidárias (com ou sem o uso de moeda social ou moeda comunitária); ecovilas; redes e articulações de comercialização e de cadeias produtivas solidárias; lojas de comércio justo; agências de turismo solidário; etc.(BATISTA JÚNIOR, 2015, p. 280).

O caráter alternativo do modelo surge como uma opção de produção não baseada em modelos capitalistas, permitindo, a priori, a criação de postos de trabalho e de formas de renda que garantam o sustento dos envolvidos, tendo como pilares:

- a) produção de mercadorias dirigida à satisfação de necessidades de seus componentes;
- b) propriedade social dos meios de produção;
- c) o controle do empreendimento e o poder de decisão pertencem à sociedade dos trabalhadores, em regime de paridade de direitos;
- d) a gestão do empreendimento está presa à comunidade de trabalhadores que organiza o processo produtivo, opera as estratégias econômicas e dispõe sobre o destino do excedente produzido;
- e) unidade entre posse, propriedade e uso dos meios de produção;
- f) solidarismo como base da racionalidade equitativa econômica, relações internas, vínculos mútuos que definem o processo de trabalho e produção. (ARCOVERDE et al, [20--?], p. 77).

Tal molde de organização econômica certamente não representa um empecilho em relação à implementação de inovações, contudo, é necessário observar que a sociedade de economia solidária – seus integrantes – ainda têm a necessidade de se relacionar com o mundo exterior se pretende usufruir dos demais bens e serviços que não produz internamente, estando ainda sujeita à posse da moeda da moeda comum para realizar transações, exceto se empregar o escambo com os demais agentes do mercado capitalista.

Em adição, declarar todos coproprietários de um empreendimento ainda não resolve os problemas condizentes em relação ao controle da propriedade, haja vista que decisões relativas à propriedade ainda terão de ser tomadas e várias opções decisórias serão preteridas em prol de uma única vencedora, que será alcançada por meios políticos. As desigualdades que são próprias ao sistema capitalista podem dar lugar a desigualdades próprias deste tipo de sistema alternativo (HOPPE, 2010, p. 32).

Nos aspectos analisados por tais possibilidades, o que se percebe é que, de forma isolada, há pouca possibilidade de resolverem a questão das inovações e do desemprego como um todo, restando claro que há uma necessidade de apontar estudos mais aprofundados neste sentido, tanto com as soluções propostas quanto com outras soluções.

Dentre o rol de outras possibilidades, uma merece destaque: a renda universal incondicionada, política que garante renda a todos os cidadãos de dado Estado sem atrelar este recebimento a qualquer tipo de contraprestação.

Em adição, a renda universal traz à tona, ainda, um questionamento que merece um novo trabalho somente para si: ora, se vivemos em tempos em que as pessoas desejam trabalhar, mas não encontram trabalho e, em decorrência disto, não podem viver dignamente,

pois que não possuem fonte de renda, então, ao menos em parte, já esteja na hora de contemplarmos alternativas para o trabalho como fonte de renda única para o trabalho médio.

### 3 Conclusão

Partimos de dois pilares conceituais básicos: as inovações impulsionam processos de produções mais eficientes e baratos, o que expande a capacidade de aquisição por parte do cidadão; mas, ao mesmo tempo, as inovações podem extinguir empregos, o que é maléfico tanto para o sistema capitalista, que depende do consumo do trabalhador assalariado, quanto para o próprio trabalhador que, sem renda, não mais pode suprir suas necessidades dentro da organização comercial capitalista.

Tendo em vista o discutido acerca das políticas públicas, pode-se afirmar que todas têm pontos positivos e negativos, de forma a sugerir que a adoção exclusiva de um molde restrito não será suficiente para lidar com a questão do desemprego que decorre de inovações, realidade presente e persistente na história humana.

Contudo, é absolutamente claro que o Estado deve interpor-se enquanto mediador do duradouro conflito entre emprego e inovação, mas sem jamais perder de vista o ideal desejado: a manutenção do emprego é tão importante quanto a constante inovação, haja vista que ambas as possibilidades dizem respeito ao incremento na qualidade de vida da população.

Em adição, conclui-se que é urgente que maiores discussões acerca da resolução deste tema vital sejam encaminhadas, pois que a velocidade com que as inovações tecnológicas são implementadas, graças à proliferação da internet, não deixa dúvidas a respeito da ineficiência regulatória do Estado em acompanhar este processo.

Como provocação final, mais do que nunca, torna-se relevante questionar, em uma realidade com produtividade crescente e postos de trabalho caminhando à extinção, se o trabalho deve permanecer como agente central no processo de distribuição de renda, haja vista que o desemprego torna-se estrutural e, por consequente, uma barreira à vida moderna, que depende inteiramente do consumo proporcionado pela renda do trabalho, ao menos no caso do trabalhador médio.

## Referências

ACEMOLGU, Daron et al. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ARCOVERDE, Ana Cristina Brito et al. **Economia solidária como alternativa ao desemprego e à exclusão social**. [20--?]. Disponível em <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/viewFile/15716/8963>>. Acesso em 27 set. 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço**. São Paulo: Almedina, 2015.

BECK, Ulrich. **Capitalismo sem trabalho**. Ensaios FEE. Porto Alegre, v. 18, n.1, p. 41-55, 1997.

CRÍTICA ECONÔMICA E SOCIAL. **Imposto negativo: a economia da miséria**. 2015. Disponível em <<http://www.criticaeconomica.net/2015/07/imposto-negativo-a-economia-da-miseria/>>. Acesso em: 27 set. 2016.

EUROSTAT. **Employment rates of recente graduates**. 2016b. Disponível em <[http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment\\_rates\\_of\\_recent\\_graduates](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_rates_of_recent_graduates)>. Acesso em 28 set. 2016.

EUROSTAT. **Unemploymentstatistics**. 2016a. Disponível em <[http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unemployment\\_statistics#Youth\\_unemployment\\_trends](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unemployment_statistics#Youth_unemployment_trends)>. Acesso em 28 set. 2016.

FREY, Benedickt et al. **The future of employment: how susceptible are Jobs to computeristaion**. Disponível em <[http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The\\_Future\\_of\\_Employment.pdf](http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf)>. Acesso em 24 set 2016.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Live para escolher: um depoimento pessoal**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

HAYEK, F. A. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.

HOPPE, Hans Herman. **Uma teoria sobre socialismo e capitalismo**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Economia Solidária**. 2015. Disponível em <<http://trabalho.gov.br/trabalhador-economia-solidaria>>. Acesso em 27 set. 2016.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Londres: Routledge, 2003.

THE GUARDIAN. **Young, qualified and jobless**. 2013. Disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/01/jobless-europe-young-qualified>>. Acesso em 28 set 2016.

## EDUCAÇÃO, TRABALHO E A INCLUSÃO SOCIAL DO TRABALHADOR

**Marcella Pagani<sup>1</sup>**

**Eriane Santos Silva<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

Pretende-se, com a presente pesquisa, realizar um estudo a partir do agravamento da marginalidade social do trabalhador acentuada pelas mudanças pontuais na realidade das desigualdades sociais, notadamente no cenário sociotrabalhista com o surgimento em ritmo acelerado de relações de trabalho degradante, ocasionando um estado de miséria e marginalidade social.

Em estudos iniciais, verificou-se que há uma significativa relação entre o trabalho precarizado e o baixo nível educacional do trabalhador, de modo que a falta ou o precário acesso à educação também é fator preponderante para o aumento da marginalidade social.

O trabalho deve ser concebido e efetivado como elemento que concretiza a identidade social do ser humano, permitindo-lhe o autoconhecimento e a plena socialização. O trabalho, portanto, torna-se instrumento de transformação humana, que independe do tipo de sociedade em que é realizado.

Dessa forma, tendo definido o papel social que o trabalho exerce para o homem, há de se pontuar alguns fatores que derivam deste importante meio de socialização.

Atualmente, o mundo do trabalho tem se confrontado com a competitividade do mercado e o avanço do capitalismo atingindo dimensões globais. Verificam-se, como reflexos deste cenário mundial, a elevação do número de desemprego e da informalidade, o surgimento de novas formas precárias de pactuação da força de trabalho, bem como o aumento da criminalidade relacionada à ausência ou precária proteção da força de trabalho.

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUCMINAS, Coordenadora da Pós-Graduação a distância em Direito do Trabalho da Escola Superior de Advocacia/OAB-MG, Professora Universitária e Advogada.

<sup>2</sup> Graduanda do 8º período do Curso de Direito da UNA e Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Assim, a necessidade à devida proteção ao trabalho humano é urgente, tendo em vista que a ausência dessa garantia permite a aproximação do trabalhador a uma realidade de marginalidade social, pois impossibilita que ele se reconheça pelo trabalho, já que este será apenas veículo de sobrevivência e não de inclusão social.

Nesse viés, verifica-se que a educação e o trabalho protegidos são a base do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 os consagrou como direitos fundamentais e, assim, os são, já que estão intimamente ligados ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A garantia e a efetividade dos Direitos Sociais constitucionalmente protegidos, notadamente a educação e o trabalho, exigem que se conceba uma nova perspectiva do Direito do Trabalho. Perspectiva esta que deve buscar a realização de um papel inclusivo de desmercantilização e democratização do trabalho humano.

Apoiado no marco constitucional, o Direito do Trabalho deve ser pensado e realizado de modo a alcançar integralmente as relações sociais, buscando proteger outros valores humanos fora do trabalho.

Não é novidade que a educação e o trabalho constituem um dos principais pilares do desenvolvimento econômico e cultural de uma sociedade. Assim, educação e trabalho protegidos corroboram para um salto qualitativo dos principais indicadores sociais, que determinam a sustentabilidade de qualquer processo de desenvolvimento social.

## **2 Resultados e discussão**

A efetivação dos direitos sociais, notadamente trabalho e educação, no marco constitucional de 1988, permite a redução significativa da marginalidade social do trabalhador, contribuindo para a garantia e a promoção da justiça social.

O eixo referencial dos arts. 6º, 7º e 205, da Constituição Federal de 1988 deve ser, portanto, a melhoria da condição social de todos os trabalhadores. A efetividade dos direitos sociais, como trabalho e educação, permite a humanização do mercado de trabalho e uma melhor distribuição de renda.

A inserção do trabalhador em uma sociedade capitalista organizada, que desempenha um papel de sujeito na formação de políticas públicas, exige que o direito à educação seja compreendido e efetivado como um bem permanente capaz de interferir positivamente para a mudança do perfil socioeconômico do trabalhador.

A ausência de uma política social concreta e efetiva que convirja para a eficácia dos direitos sociais impede a construção do *solidarismo social*<sup>3</sup>.

Vislumbra-se, no mercado de trabalho, a estreita correlação entre trabalho precário e baixo nível educacional do trabalhador, “de modo que a falta ou o precário acesso à educação também é fator preponderante para o aumento da marginalidade social e consequente criminalidade” (RENAULT; PAGANI, 2012, P.170-175) percebida no mundo do trabalho. Pesquisas realizadas pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD, 2015) evidenciaram que, em 2013, 76% dos jovens com idade entre 20 e 24 anos, no Brasil, não estavam estudando. Esta alta taxa se justifica, de acordo com as pesquisas, pelo fato de que a maioria desses jovens estava trabalhando. Fica claro, portanto, que a inserção precoce no mercado de trabalho afasta os jovens da sala de aula, pois eles se veem obrigados a escolher entre o trabalho e a escola.

Os dados coletados pela OECD evidenciaram, ainda, a alta disparidade de renda entre trabalhadores com diferentes níveis escolares: trabalhadores entre 25 e 64 anos que possuem diploma de ensino superior ganham, em média, 141% a mais em relação aos trabalhadores que possuem ensino médio. A diferença de renda é ainda mais voluptuosa quando comparamos trabalhadores que possuem doutorado ou mestrado, atingindo 350% de disparidade em relação aos trabalhadores que possuem ensino médio.

Neste viés, é importante que o Direito do Trabalho amplie seu raio sobre os atores do mundo do trabalho, promovendo a vida digna do trabalhador por meio da efetividade do trabalho e da educação. Este papel expansivo e inclusivo do ramo juslaboral contribuirá para a redução da marginalidade social do trabalhador.

---

3 Expressão frequentemente utilizada por Jorge Luiz Souto Maior.

O trabalhador com acesso à educação e ao trabalho dignos é capaz de lidar autonomamente com as conjunturas mercadológicas, atuando como verdadeiro cidadão que participa democraticamente do mercado econômico/produtivo.

A educação se mostra fundamental no momento laboral atual, uma vez que a era pós-industrial exige que o trabalhador esteja a serviço do saber. A educação à qual este trabalho se refere é uma educação capaz de formar um cidadão crítico, criativo e politizado. Um trabalhador capaz de questionar a realidade na qual se insere, com propriedade para apresentar seus argumentos ao seu empregador. A educação, nesta perspectiva, deve ser entendida como educação continuada e permanente.

István Mészáros (2003) defende que devem ser utilizadas práticas educacionais que sejam capazes de permitir a educadores e alunos trabalharem por mudanças necessárias para a construção de uma sociedade na qual o capital não explore o tempo dedicado ao lazer. Segundo ele, as classes dominantes impõem uma educação alienante, essa educação, voltada para o trabalho, tem o objetivo de manter o homem dominado, incapaz de questionar a situação na qual está inserido.

Já a educação libertadora – educação a qual este trabalho defende e propõe – tem como propósito transformar o trabalhador de homem dominado em agente político pensante, capaz de usar a palavra como meio para transformar o mundo e, conseqüentemente, a realidade em que está inserido. Conclui, István Mészáros, salientando que a educação deve estar para além do capital e romper com a lógica capitalista, pois somente assim poderemos pensar num modelo educacional significativamente diferente.

A marginalidade social provocada pelo trabalho precário ou ausente de proteção tem estreita relação com a falta ou precária educação e com a lógica capitalista dominante. Tais direitos sociais, portanto, se completam de modo que a ausência de um compromete o outro e, conseqüentemente, leva o homem a uma situação de exclusão social.

E quão importante é trazer à tona este tema num momento em que muito se discute sobre a tendência à flexibilização das normas trabalhistas. Existem vários projetos tramitando no Congresso Nacional que ilustram a tendência flexibilizadora dos direitos trabalhistas. São alguns exemplos: *PEC 18/2011* (Câmara dos Deputados, 2016) que propõe a redução da idade mínima para início das atividades laborais de 16 para 14 anos; *PL 8294/2014* (Câmara dos Deputados, 2016) dispendo sobre a livre estipulação das relações trabalhistas entre

trabalhador e empregador sem a participação do sindicato, *PLC 30/2015* (Senado Federal, 2016) que dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes, *PL 427/2015* (Câmara dos Deputados, 2016) que acrescenta dispositivo na CLT relacionado à Jurisdição Voluntária na Justiça do Trabalho, de modo de possibilitar a homologação de acordo extrajudicial entre empregado e empregador, *PLS 8/2014* (Senado Federal, 2016) que propõe a redução do intervalo intrajornada mediante acordo ou negociação coletiva, alegando a possibilidade de o trabalhador poder sair mais cedo do trabalho, dentre outros.

Existe um pensamento preconcebido de que a flexibilização das normas trabalhistas é importante e valiosa para se garantir novos postos de trabalho, para a garantia de mais empregos. Mas o que se observa, na prática, é a utilização, pelo trabalhador, de qualquer meio/tipo de trabalho, mesmo que em condições precárias e degradantes. Num cenário de instabilidade econômica, crise política e social, aumento do desemprego e da inflação, o trabalhador conquista não um emprego, um posto de trabalho digno, mas se agarra a qualquer chance de sobrevivência que lhe é oferecida.

É fato que o processo de globalização trouxe consigo essa tendência reducionista de flexibilização das normas trabalhistas e o surgimento de empregos precários – aos quais é destinada pouca ou nenhuma proteção –, e este quadro evidenciou a estreita relação entre baixo nível de escolaridade, o trabalho precário e a crescente marginalidade social, haja vista que o trabalhador não está inserido em seu trabalho a ponto de se ver como peça importante, ele está apenas emprestando sua força de trabalho em troca de subsistência mínima. Cabe ao Direito do Trabalho agir de modo a buscar a harmonia social e minimizar o desequilíbrio existente entre trabalho e capital.

A promoção do trabalho e educação dignos afasta o trabalhador dessa marginalidade social e contribui para a melhoria de sua condição de vida. Esse progresso na condição social obreira não ocorrerá somente com a garantia ao trabalho digno, mas também com a garantia ao acesso à educação, devendo o Direito do Trabalho ser compreendido como política pública.

Em consonância com este pensamento, de se considerar o Direito do Trabalho como política pública, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento divulgou seu Relatório 2015 com o tema “O Trabalho como Motor do Desenvolvimento Humano”

(Relatório do Desenvolvimento Humano, 2015), defendendo a concretização de um trabalho justo e decente para todos. Já em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, 1948), em seu artigo 23, trazia a previsão do trabalho como ferramenta de política pública e meio para a garantia de uma existência compatível com a dignidade humana, inclusive, como ferramenta por meio da qual fosse garantida a realização de outros direitos fundamentais.

A função primordial do Direito do Trabalho é lutar pela melhoria das condições de trabalho e isto só é possível quando o trabalhador estiver efetivamente protegido pelo ordenamento jurídico de maneira a propiciar o acesso a uma educação digna como caminho para um trabalho digno, servindo, ambos, de escudo à marginalidade social da classe trabalhadora.

O ramo juslaboral, aliado ao trabalho e à educação protegidos, se torna importante instrumento de combate à marginalidade social do trabalhador capaz de promover a sua inclusão socioeducacional no cenário capitalista.

### **3 Conclusão**

Diante do atual cenário mundial, percebe-se que trabalho e educação são vitais para a emancipação do homem tanto individual quanto socialmente.

Assim, trabalho e educação devem caminhar juntos como instrumento libertador do trabalhador dentro de um sistema produtivo.

O direito ao trabalho e à educação, portanto, constitui premissas básicas e fundamentais para a melhoria das condições de vida do homem, já que ambos exercem a função de inserção do homem na sociedade.

Ter acesso à educação e ao trabalho dignos permite a participação real e efetiva dos trabalhadores nos processos sociais, contribuindo sobremaneira para a retirada do trabalhador do quadro de marginalização social no qual está inserido.

Tal marginalização social agrava-se não só em razão da falta de acesso à educação, mas também em função da ausência de proteção ao trabalho digno, visto que, na maioria das

vezes, os trabalhadores marginalizados se submetem a subempregos ou a trabalho sem nenhuma proteção.

Percebe-se, pois, que o nível de instrução do trabalhador influencia diretamente a sua condição de trabalho. De um modo geral, quanto mais baixo o nível de instrução, mais precário é o trabalho. Assim, há uma relação direta e estreita entre baixo nível educacional, trabalho precário, salário baixo e nível de produtividade limitado.

Desse modo, para a emancipação material e social do trabalhador, é fundamental que a sociedade seja devidamente instruída, capaz de entender a economia para poder dominá-la a ponto de romper com a opressão sofrida que naturalmente surge dentro de um processo produtivo capitalista.

## Referências

ARANHA, Antônia Vitória S.; DIAS, Deise de Souza. O trabalho como princípio educativo na sociabilidade do capital. In MENEZES NETO, Antônio J. de et al. (Org.). **Trabalho, política e formação humana: interlocuções com Marx e Gramsci**. São Paulo: Xamã, 2009. p. 115-127.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda da Constituição: 18/2011**, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=500183>>. Acessado em 09/12/2016

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 8294/2014**, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858732>>. Acessado em 09/12/2016

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 427/2015**, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=947816>>. Acessado em 09/12/2016

CORRÊA, Flávia Soares. **Educação e trabalho na dimensão humana: o dilema da juventude.** São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006.

DOWBOR, Ladislau. **Aspectos econômicos da educação.** São Paulo: Editora Ática S/A, 1991.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa.** São Paulo: LTr, 1998.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

MÉSZÁROS, István. **A Educação para além do Capital.** S. l: Boitempo, 2003.

ORGANISATION for Economic Co-operation and Development, Disponível em <<https://www.oecd.org/brazil/Education-at-a-glance-2015-Brazil-in-Portuguese.pdf>>. Acesso em 09/12/2016

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **PNUD lança Relatório de Desenvolvimento Humano 2015 com foco nos desafios do novo mundo do trabalho,** disponível em <https://nacoesunidas.org/pnud-lanca-relatorio-de-desenvolvimento-humano-2015-com-foco-nos-desafios-do-novo-mundo-do-trabalho/>>. Acessado em 09/12/2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** 1948. Disponível em [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acessado em 09/12/2016

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; PAGANI, Marcella. Para uma proteção além do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, LTr, v. 76, n. 02, p. 170-175, fev. 2012.

SENADO FEDERAL, **Projeto de Lei da Câmara: 30/2015**, disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>>. Acessado em 09/12/2016

SENADO FEDERAL, **Projeto de Lei do Senado: 8 /2014**, disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115997>>. Acessado em 09/12/2016

TRINDADE, José Damião de Lima. Terá o Direito do Trabalho chegado ao seu esgotamento histórico? In SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Coords.). **Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

## **O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL: COMBATE POR MEIO DA SUA CRIMINALIZAÇÃO**

**Taissa Pereira Silva da Costa<sup>1</sup>**

### **1 Introdução**

O Brasil, bem como inúmeros outros países em desenvolvimento, ainda sofre com o problema latente da escravidão humana, ou seja, a superexploração do trabalho humano.

A legislação trabalhista não define as condições que são consideradas análogas à de escravo, sendo necessário se valer da definição contida no artigo 149 do Código Penal Brasileiro. Para este dispositivo legal, os elementos que caracterizam o trabalho análogo ao de escravo são os seguintes: condições degradantes de trabalho, que são aquelas conflitantes com o princípio da dignidade humana, identificadas pela violação de direitos humanos e direitos fundamentais e que colocam em risco a saúde e a vida do trabalhador; jornada exaustiva, que se dá quando o trabalhador é submetido ao esforço excessivo ou sobrecarga de trabalho que acarreta danos à sua saúde ou risco à sua vida; trabalho forçado, ou seja, o trabalho obrigatório e sujeito a pena, em que a pessoa é mantida no serviço através de imputação de falsa percepção da realidade, isolamento geográfico, ameaças e violências físicas e psicológicas e também a servidão por dívida, que ocorre quando o trabalhador é obrigado a contrair ilegalmente um débito e é retido no local de trabalho em razão deste débito. Importante ainda salientar que estes elementos podem ocorrer de concorrente ou paralela.

Em análise ao termo empregado no artigo supracitado, “trabalho análogo ao de escravo”, tem-se que a sua utilização deriva do fato de que o trabalho escravo formal foi abolido pela Lei Áurea em 13 de maio de 1888, ou seja, a relação de propriedade de uma pessoa por outra era tolerada pelo Estado até este momento.

No entanto, não é apenas a ausência de liberdade que faz de uma pessoa um trabalhador escravo, mas também a ausência de igualdade, de respeito e promoção da sua

---

<sup>1</sup> Graduanda do 8º período de Faculdade de Direito Milton Campos

dignidade humana e do cumprimento da legislação trabalhista, principalmente a que lhe assegura os direitos humanos e fundamentais para que tenha uma vida digna juntamente com a sua família.

Com efeito, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos (art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos), isto é, todos os seres humanos têm direito à liberdade, à igualdade e à mesma dignidade, além de serem titulares dos mesmos direitos humanos e fundamentais. Quando estes direitos são violados, os trabalhadores têm arrancada e negada a sua condição de seres humanos e transformados em coisas (*res*), em meros instrumentos descartáveis de trabalho, sendo, pois, coisificados.

O trabalho escravo é um crime por atentar contra a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional basilar previsto e assegurado na Constituição da República, em seu artigo 1º, inciso III, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Para configurar o trabalho escravo, é suficiente a constatação de qualquer um destes elementos: trabalho forçado, jornada exaustiva, servidão por dívida e condições degradantes que compreendem um conjunto de elementos irregulares que caracterizam a precariedade do trabalho e das condições de vida sob a qual o trabalhador é submetido, atentando contra a sua dignidade, como, por exemplos, o alojamento precário, a ausência de assistência médica, péssima alimentação, falta de saneamento básico e água potável e ainda os maus-tratos e a violência, ou seja, ele não é caracterizado apenas por meras infrações à legislação trabalhista.

Quando um trabalhador mantém sua liberdade, mas é excluído das condições mínimas de dignidade que um ser é detentor, tem-se também caracterizado o trabalho escravo.

## **2 Resultados e discussão**

Através de pesquisa na legislação, na doutrina e na jurisprudência, foi possível constatar que apenas em 1995 o Brasil teve a decência de reconhecer, perante o cenário internacional, a existência do trabalho escravo em seu território. Foi a partir desse momento, que o Governo Federal passou a priorizar o combate ao trabalho escravo e a tomar algumas medidas para mitigar as consequências desse mal no território brasileiro. Foram instituídos mecanismos através da criação de organizações, tendo como “carro-chefe” o Plano Nacional

de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), do qual fazem parte o Ministério do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, o Poder Judiciário do Trabalho, dentre outros.

Com a implementação do CONATRAE, semestralmente é divulgada uma lista com o nome das pessoas físicas ou jurídicas que utilizam da exploração do trabalho escravo em suas atividades, a chamada “lista suja”, que tem por consequência, a proibição destas pessoas de receber financiamento de instituições públicas ou privadas, o seu monitoramento dura por um período de 2 anos após a sua inclusão na lista, e caso não haja reincidência e sejam pagas as multas e débitos trabalhistas, o nome destes empregadores serão excluídos da referida lista (VIANA, 2006, p.49).

Acrescente-se que em 2001, foi criada, no Brasil, a Repórter Brasil, uma organização dedicada ao combate do trabalho escravo e de outras violações de direitos humanos por meio do jornalismo, pesquisas e ações educativas. Esta Organização vem fazendo um trabalho ímpar no combate ao trabalho escravo e ainda apresenta de forma totalmente didática os dados coletados com as suas pesquisas em seu “site” cujo domínio é [www.reporterbrasil.org.br](http://www.reporterbrasil.org.br).

Anote-se, ainda, que a organização mencionada fornece aos cidadãos um aplicativo gratuito (intitulado Moda Livre) onde as pessoas podem acompanhar uma espécie de *ranking* das empresas que já foram suspeitas de explorar o trabalho escravo em sua produção. Esta atitude, além de ser uma forma de conscientizar o consumidor, é também, um meio de instigar o pensamento crítico da população para este problema arraigado na sociedade contemporânea.

De 1995 até o ano de 2015, foram mais de 40 mil pessoas libertadas no Brasil, e dentre estes, a maioria é homem e possui entre 15 e 29 anos.

Do ano de 2013 até a presente data, houve uma transição quanto à localização das vítimas de trabalho escravo no Brasil, que se encontravam preponderantemente na zona rural e passou a se localizar na área urbana, em percentual aproximado a 61% dos casos encontrados. Segundo os dados do Ministério do Trabalho, em 2015, o setor de extração de minérios concentrou 31,05% dos trabalhadores resgatados; 18,55% no ramo da construção civil; já a agricultura e a pecuária, antes grandes líderes dos índices, apresentaram, respectivamente, 15,18% e 14,29% do número de trabalhadores identificados em condições análogas à de escravo.

Esta transição do volume de trabalho escravo da zona rural para a zona urbana, não se deu por acaso. Observando o cenário econômico do país neste período de transição, será possível notar que se trata de um período de ascensão econômica, de grande produção industrial e comercial, ou seja, o capitalismo a toda força.

À vista disso, a atuação das Organizações responsáveis pelo combate ao trabalho escravo volta seus olhos às grandes empresas que sustentam a já não tão estruturada economia do país, trazendo a estas uma exposição de suas respectivas vulnerabilidades e elas, como forma de retaliação, juntam forças e exercem pressão nos políticos brasileiros para impedir as ações de combate ao trabalho escravo que são prejudiciais ao seu negócio.

É diante deste cenário, que está em tramitação no Congresso Nacional, mais especificamente, no Senado Federal, o Projeto de Lei n. 432/2013, que tem por objetivo a alteração do conceito de trabalho escravo, retirando dele todo trabalho degradante e a jornada exaustiva.

Assim, na caracterização do trabalho escravo restariam apenas o trabalho forçado e restrição da liberdade do indivíduo, reduzindo, sobremaneira, o seu alcance e a penalização da exploração do trabalho degradante e da jornada exaustiva.

A alteração pretendida favorece demasiadamente as grandes empresas que se utilizam da força de trabalho no Brasil, ressaltando-se que a possibilidade de aprovação deste Projeto de Lei é muito grande, ante o poder de pressão que exercem sobre o Poder Legislativo, notadamente, pelo argumento de que sustentam a economia do país.

Ademais, a restrição ao conceito de trabalho escravo fragiliza o seu combate e desprotege o trabalhador mais pobre e simples que, ao contrário, necessita de maior proteção do Estado e da sociedade brasileira.

### **3 Conclusão**

As lacunas presentes no ordenamento jurídico brasileiro até hoje, 128 anos após a suposta abolição do trabalho escravo no país, notadamente a realização da reforma agrária e outros meios para que os trabalhadores tivessem condições de sobreviverem livremente

permitiu e permite a sua superexploração, tanto os brasileiros quanto imigrantes que vivem no país.

Por necessidade de sobrevivência própria e de sua família, o trabalhador se submete, muitas vezes, a condições indignas de trabalho, em especial, aquelas análogas à de escravo.

A legislação trabalhista não define o que sejam condições análogas à de escravo, sendo preciso se valer da definição contida no art. 149 do Código Penal.

O poder econômico usando de sua influência tenta influenciar o Poder Legislativo a alterar a redação do art. 149 do Código Penal, para dele excluir o trabalho degradante e a jornada exaustiva.

Se efetivamente for aprovado o PLS n. 431/2013, ocorrerá um retrocesso nas medidas de combate ao trabalho escravo, pois haverá a retirada da criminalização da exploração do trabalho degradante e da submissão do trabalhador a jornadas exaustivas de trabalho.

Não pode deixar de ser registrado, contudo, os avanços verificados no que diz respeito à conscientização da população de uma maneira geral, com a presença de diversas instituições e organizações que atuam nesse sentido, bem como atuam na prevenção e erradicação do trabalho escravo no país.

Mas, há ainda um árduo caminho a ser percorrido para que a sociedade esteja completamente livre desta chaga viva que arde em seu coração, manchando de sangue as mãos daqueles que teimam em explorar o trabalho escravo, privando o trabalhador dos direitos humanos e fundamentais que lhe assegura o sistema jurídico para que tenha uma vida conforme a dignidade humana.

## Referências

BRASIL, Decreto-Leiº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Aprova o Código Penal Brasileiro**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v.7, 1940.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. **Aprova a Constituição da República Federativa do Brasil**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v.7, 1988.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. **Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho (OIT), 2010.

KAUFMAN, Leonardo; OLIVEIRA, Trícia. **O Trabalho Escravo Contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI201403,91041-O+Trabalho+Escravo+Contemporaneo>>. Acesso em: 29 Out. 2016.

VIANA, Márcio Túlio. **Trabalho escravo e “lista suja”, um modo original de se remover uma mancha**. Organização Internacional do Trabalho (coord.). Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea. Brasília: OIT, p. 32-60, 2007.

LIMA, Regina Oliveira Santos de; **Trabalho escravo no Brasil**. Disponível em: <<http://reginaoslima.jusbrasil.com.br/artigos/261263004/trabalho-escravo-no-brasil>>. Acesso em 01 Nov. 2016.

**TRABALHO DO PRESO: UM ESTUDO SOBRE AS FORMAS DE LABOR  
DESENVOLVIDAS NA UNIDADE I DO COMPLEXO PENAL DE PARCERIA  
PÚBLICO PRIVADA DE RIBEIRÃO DAS NEVES/MG**

**Isabela Ribeiro Cortes<sup>1</sup>**

**Michelle Vieira da Silva<sup>2</sup>**

## **1 Introdução**

O presente estudo faz uma abordagem interdisciplinar que intenta analisar a relação de trabalho de um tipo específico de trabalhador – os condenados à pena privativa de liberdade –, especialmente, o trabalho prisional que consiste:

Na prestação de serviços, por trabalhadores condenados a pena privativa de liberdade gerenciada por terceiros. Embora o trabalhador preso esteja sob a administração do Estado, através de um regime de direito público, muitas vezes a mão-de-obra prisional vem a ser utilizada por empresas privadas. (SCHWARTZ, 2011. p. 102).

Nesse sentido, se pretendeu examinar porque no exercício de atividade produtiva não é reconhecido o vínculo empregatício ao condenado criminalmente e a ele se negam direitos constitucionais trabalhistas.

A proposta em comento pressupõe uma inadequação dos institutos do Direito do Trabalho haja vista a condição particular do indivíduo cumprindo pena de prisão e, paralelamente, que a questão está envolta em um paradigma social que resiste em conceber o sujeito ativo da conduta criminoso como cidadão.

Ante o exposto, o objetivo geral da pesquisa foi analisar a negativa do vínculo empregatício e de direitos trabalhistas ao condenado criminalmente no exercício de atividade produtiva. O qual se desdobrou nos seguintes objetivos específicos: a) examinar a

---

<sup>1</sup> Pesquisadora FAPEMIG da Faculdade de Direito Milton Campos

<sup>2</sup> Pesquisadora voluntária da Faculdade de Direito Milton Campos

configuração do trabalho presidiário em uma Unidade Penitenciária de Parceria Público-Privada; e b) identificar limitações para a aplicação dos institutos trabalhistas no trabalho presidiário.

## 2 Resultados e discussão

No que concerne ao procedimento metodológico adotado o trabalho valeu-se de uma pesquisa exploratória, a qual envolveu pesquisas bibliográficas e pesquisa de campo, com vistas a examinar os pressupostos jurídicos da negativa do vínculo empregatício aos presos, bem como a configuração atual de algumas dessas relações de trabalho.

De início, foi realizada pesquisa bibliográfica, através da leitura da doutrina disponível, bem como de trabalhos acadêmicos acerca do tema, com objetivo de elencar conceitos relevantes ao tema proposto.

Assim, se construiu uma moldura teórica que embasou a pesquisa de campo no ambiente prisional, a qual elegeu o método qualitativo como caminho de investigação. Visto que, de acordo Godoy, a pesquisa qualitativa:

Parte de questões ou focos de interesse amplo, que vão se definindo à medida que o estudo se desenvolve. Envolve a obtenção de dados descritivos sobre pessoas, lugares, processos interativos pelo contato direto do pesquisador com a situação estudada, procurando compreender os fenômenos segundo a perspectiva dos participantes da situação de estudo (GODOY *apud* LIMA, 2012. p.132).

Nesse sentido, a pesquisa de campo prestou-se a verificar a realidade do trabalho presidiário em um uma Unidade Prisional de Parceria Público-Privada. Desse modo, realizou-se uma visita guiada à Unidade I, do Complexo Penal PPP, bem como mediante uma entrevista semiestruturada, feita com um dos responsáveis pela coordenação das atividades de trabalho desenvolvidas no referido local. Ademais, foi possível colher o relato de dois detentos que laboram na Unidade.

Durante a visita se verificou um alto nível organizacional, bem como a existência de uma articulação significativa de todos os setores do complexo prisional para a composição da

Comissão Técnica de Classificação (CTC)<sup>3</sup> e, por conseguinte, a própria construção do Programa Individualizado de Ressocialização (PIR).

A CTC e o PIR, supramencionados, são instrumentos fundamentais para a determinação da aptidão do preso para o trabalho, de maneira que o enquadramento do preso e sua alocação em algum trabalho são decorrências lógicas desses estudos.

Consoante, a CTC é constituída por um conjunto interdisciplinar de profissionais cuja função é elaborar o programa de individualização e de acompanhamento do preso, pautado na determinação constitucional prevista no art. 5º, XLVI, da CF/88, segundo o qual dita: *a lei regulará a individualização da pena.*

Em face disso, assevera-se que os institutos merecem maior investigação quanto aos seus procedimentos uma vez que podem convir para estratégias de ressocialização dos condenados. Nesse sentido, esclarece Alvino de Sá:

O parecer da CTC, se tecnicamente bem feito, bem fundamentado, se de fato emanado de todo um engajamento da equipe dentro da dinâmica institucional, não é avaliação pontual, mas reflete toda uma história, uma história de vida prisional, em face das propostas, facilidades, oportunidades, limites e obstáculos da instituição, em contraponto com a história da vida pregressa do preso. Torna-se um instrumento de avaliação amplo e rico de elementos de convicção para a conclusão a que chega. Emanado que é das próprias interações institucionais e construído no dia-a-dia, não há que converter-se, em sua redação final, em nenhuma surpresa para ninguém, inclusive para o reeducando. A equipe deveria ter condições de, no final, explicá-lo, “traduzi-lo” para o recluso, justificá-lo em face de toda a resposta que o recluso vem dando em sua vida institucional. O parecer deveria converter-se em verdadeiro instrumento pedagógico (SÁ *apud* NEVES, 2010).

Em relação à entrevista semiestruturada com o responsável pela coordenação das atividades de trabalho foi possível identificar que o trabalho na unidade se desenvolve em duas modalidades: a primeira denomina-se trabalho externo e se refere a realização de serviços gerais pelos presos dentro das dependências do presídio; e a segunda, se refere ao trabalho realizado para três empresas privadas alocadas na unidade mediante aprovação em certames providos pela Gestores Prisionais Associados (GPA), grupo gestor da PPP.

---

<sup>3</sup>BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 21 out. 2016. Art. 6º: *A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.*

Quanto à primeira modalidade aparentemente se trata de um serviço mais distinto. Devido aos critérios sugeridos para a alocação dos presos nessa função, como maior tempo na instituição e bom comportamento, entre outros próprios escolhidos pelo grupo gestor. Além do que as interações entre os funcionários e esse tipo de trabalhador foram supostamente mais harmoniosas.

Por sua vez, em relação aos serviços prestados para empresas privadas repisou-se o critério de bom comportamento haja vista que a falta disciplinar, nos últimos seis meses, ao surgimento da vaga seria um fator impeditivo à alocação. Sendo que, para esse tipo de alocação se acresceu o critério definido como “perfil da empresa”, o qual seria um perfil profissional elegido pela empresa para selecionar os candidatos. Ressalte-se que, estas empresas possuem a liberalidade de desligar o preso por um julgamento de conveniência próprio.

Quanto à jornada de trabalho há o estabelecimento pré-definido de um horário e em ambas as modalidades existe o controle de presença diária mediante folha de presença contendo a assinatura do preso e o horário de entrada e saída, denominada Conferência Diária. Por logo, o caráter de habitualidade resta inequívoco dado o caráter permanente do labor demonstrado.

No que diz respeito à remuneração informou-se que o pagamento é realizado por produção uma vez que faltas são descontadas e atestado médico não contabiliza dia trabalhado. Aparentemente, tem-se uma divisão percentual para três destinatários: familiares do preso, o próprio Estado e o preso quando de sua soltura. No caso das empresas privadas elas realizam o pagamento diretamente ao Estado que faz o repasse aos presos em um prazo médio de 42 dias. Nessa perspectiva, interpreta-se haver uma peculiaridade na forma de remuneração dos presos que se revela pela exigência do art. 29, da Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/1984:

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Todavia, não há dúvidas quanto à existência da contraprestação pecuniária devida a esses trabalhadores, a despeito de se ter revelado desconhecimento quanto ao montante dessa remuneração.

Sobre a questão de subordinação, as tarefas desempenhadas pelos trabalhadores na modalidade de trabalho externo são submetidas à supervisão de um coordenador do presídio. Enquanto, os trabalhadores que prestam serviços às empresas privadas são submetidos à coordenação de um encarregado da respectiva empresa além da supervisão de um monitor do grupo gestor responsável pela segurança do preso e que ocupa uma sala externa aos galpões os monitorando por um vidro. Ainda, evidenciou-se pelo relato dos detentos que nas duas modalidades de alocação há o comprometimento desses trabalhadores no acolhimento do poder de direção de seus coordenadores para o desempenho de suas atividades laborais.

No tocante a férias informou-se que há uma discussão sendo realizada dentro do Estado de Minas Gerais, mas que não existem maiores informações.

No que concerne ao procedimento de alocação do preso são disponibilizadas informações sobre o trabalho a ser realizado, esclarecidas dúvidas e assinado o que se denomina Termo de Inserção, entretanto, não há assinatura de nenhum tipo de contrato escrito, sendo o termo a única formalização realizada. Contexto o qual não demonstra nenhum óbice à formação do livre consentimento do trabalhador.

Enfim, observou-se uma compreensão compartilhada pelos responsáveis dos setores da unidade de que a realização de atividades produtivas coopera para o processo de reintegração social desses sujeitos. Inclusive, relatou-se uma relação direta e positiva entre a saúde psíquica do preso e o trabalho, ou seja, aqueles presos que estão desenvolvendo atividades produtivas têm se mostrado mais saudáveis. Ainda assim, revelou-se que a inserção dos presos no trabalho é demorada, pois não há disponibilidade de oferta de cargos para todos os detentos. Diante disso, são elaboradas lista de espera, bem como preenchido um banco de talentos, os quais são instrumentos para a alocação do preso no trabalho, sendo, ambos pautados na CTC e no PIR.

### 3 Conclusão

Em face dos resultados apresentados foi possível verificar que os requisitos fático-jurídicos que configuram uma relação de emprego permeiam as relações trabalhistas desenvolvidas dentro do Complexo Penal e, por logo, não há evidente inaplicabilidade dos institutos trabalhistas. Porém, tais elementos são ignorados utilizando-se o manto da submissão do indivíduo enquanto cumpre a pena privativa de liberdade.

Nesse prisma, a pesquisa revelou a necessidade de aprofundar os estudos das atividades produtivas em ambientes onde o Poder Público outorgou a particulares a gestão prisional, a fim de coibir abusividades e ofensas aos direitos constitucionais basilares do trabalhador.

### Referências

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

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984.

LIMA, João Paulo Cavalcante et al. Estudos de caso e sua aplicação: proposta de um esquema teórico para pesquisas no campo da contabilidade. **Revista de Contabilidade e Organizações**, São Paulo, vol. 6, n. 14, p. 127-144, 2012.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. Breves considerações sobre a legitimidade das avaliações técnicas na execução penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 78, jul. 2010. Disponível em: <[goo.gl/WPRWo4](http://goo.gl/WPRWo4)>. Acesso em: 21 out. 2016.

SCHWARZ, Rodrigo García. **Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías**. Aranzadi: Pamplona, 2011.

## COMBATE AO DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

**Isabela de Oliveira Souza Alves<sup>1</sup>**

**Wania Guimarães Rabello de Almeida<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

O trabalhador é detentor de vários direitos, dentre os quais encontram-se os de *status* de humanos e de fundamentais. A limitação da duração do trabalho em 08 horas diárias, 44 horas semanais e 220 mensais, os intervalos para descanso e alimentação, o Repouso Semanal Remunerado e as férias anuais são direitos humanos e fundamentais assegurados ao trabalhador para que tenha uma vida conforme a dignidade humana.

De outro lado, o instituto da responsabilidade civil é aplicável ao contrato de trabalho, o que significa dizer que aquele que causar dano a outrem deve por ele responder. O princípio da responsabilidade civil é consagrado constitucionalmente (art. 5º, X, da Constituição da República) e no Código Civil em seus arts. 186 e 927, alcançando todas as relações sociais. Ao atribuir à Justiça do Trabalho a competência para julgar demanda reparatoria de danos decorrentes da relação de trabalho (art. 114, VI) e reconhecer que o trabalhador tem direito ao ressarcimento de danos resultantes de acidente de trabalho (art. 7º, XXVIII), a Constituição da República deixa claro que a responsabilidade civil também se apresenta na relação entre empregado e empregador; o Código Civil, que trata do tema de forma mais detalhada, constitui fonte subsidiária do Direito do Trabalho, segundo prevê o art. 8º, parágrafo único, da CLT.

---

<sup>1</sup> Isabela de Oliveira Souza Alves, isabeladosa@hotmail.com, bolsista da FAPEMIG. Aluna da Faculdade de Direito Milton Campo.

<sup>2</sup> Wânia Guimarães Rabello de Almeida. Doutora e mestra em Direito Privado com ênfase em Direito do Trabalho pela PUC-MG. Professora de direito do trabalho e direito processual coletivo do trabalho na Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada.

As normas jurídicas que limitam a duração do trabalho humano nem sempre são observadas pelo empregador, sendo que, muitas vezes, o trabalhador cumpre jornada exaustiva em número muito superior ao que é permitido legalmente, sem a fruição dos intervalos regulares para descanso e alimentação.

O desrespeito aos limites legais de duração do trabalho, aos intervalos para descanso e alimentação, às férias e ao RSR, gera danos biológicos, sociais e econômicos ao trabalhador, além de lhe negar o direito à uma vida digna, ressaltando-se que muitas vezes o trabalho extraordinário sequer é remunerado ou conta com folgas compensatórias.

O trabalhador possui seus projetos de vida, tais como estudar, constituir família, participar da vida política da sociedade em que está inserido, dentre outros, sendo certo que a ele é assegurado também o direito ao desenvolvimento das suas potencialidades e da sua personalidade.

O desrespeito às normas que limitam a duração do trabalho, que asseguram intervalos para descanso e alimentação, ao RSR e às férias, impede o trabalhador de realizar os seus projetos de vida e desenvolver as suas potencialidades e da sua personalidade, causando-lhe danos existenciais.

Paolo Cendon e Patrizia Ziviz<sup>3</sup> afirmam que o dano existencial corresponde:

[...] à soma de todos os impedimentos que à vítima são impostos com respeito à atividade que contribui para a sua própria realização individual” e abarca as situações em que o desenvolvimento da personalidade é “obstaculizado pela necessidade, para a pessoa, de desenvolver atividade limitativa da própria esfera pessoal, que incide de maneira negativa sobre a sua dimensão existencial” e que “o dano existencial é suscetível de manifestar-se - em substância - sob dupla veste: de uma parte, tem-se em consideração a atividade que a vítima desenvolvia e não poderá mais desenvolver, ou à qual poderá dedicar-se - sob o plano quantitativo ou qualitativo - de maneira mais limitada; de outra parte, é levada em conta a ocupação, gravosa sob o plano pessoal, que o ofendido deve assumir contra a sua vontade (CENDON; ZIVIZ, 2003, p. 46).

Carlos Fernández Sessarego<sup>4</sup>, distinguindo o dano existencial do dano moral, aduz que o dano moral é um dano específico, que “compromete basicamente a esfera afetiva ou

---

<sup>3</sup> CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. Il risarcimento del danno esistenziale. Milão: Giuffrè Editore, 2003.

<sup>4</sup> SESSAREGO, Carlos Fernández. El dano al proyecto de vida. *Derecho PUCP – Revista de la Facultad de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Peru*, n. 50, Lima, dez. 1996.

sentimental da pessoa, causando-lhe uma perturbação, uma dor, um sofrimento”, mas assinala que:

[...] não podemos perder de vista que o ser humano pode experimentar dor ou sofrimento como resultado de outros tipos de lesões a outros aspectos da multifacetária personalidade humana, que não é, precisamente, aquela esfera afetiva ou sentimental [...]. Dor e sofrimento são ‘consequências’ da lesão a determinado aspecto da pessoa [...]. É possível referir a dano subjetivo, que é o que afeta os seres humanos, e ao dano objetivo, que é o que incide sobre os objetos que integram o patrimônio das pessoas [...]. O dano subjetivo ou dano à pessoa é aquele cujos efeitos recaem sobre o ser humano considerado em si mesmo, enquanto sujeito de direito, desde a concepção até o final da vida. Em razão da complexidade do ser humano, os danos podem afetar alguma ou algumas de suas múltiplas manifestações ou ‘maneira de ser’. Como o ser humano é uma unidade psicossomática, sustentada na liberdade, os danos que se lhe causam podem incidir sobre seu corpo, em sentido estrito, ou sua psique ou afetar sua própria liberdade (SESSAREGO, 1996).

O dano existencial constitui assim, uma espécie de dano imaterial ou não material que impossibilita a vítima, de modo parcial ou total de prosseguir ou reconstituir o seu projeto de vida e a sua vida relação. Além do mais, a conduta lesiva afeta a integridade física, moral e psíquica do trabalhador.

## **2 Resultados e discussões**

No âmbito do Direito do Trabalho pode ocorrer o dano existencial quando o empregador exige um volume excessivo de trabalho, impossibilitando o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade, por meio de atividades de bem-estar físico e psíquico, esportivas, culturais, religiosas ou atividades que impeçam o trabalhador de recomeçar, construir e prosseguir os seus projetos de vida que serão responsáveis pela sua realização pessoal, social e profissional. Pode caracterizar o referido dano, também, quando o trabalhador adquire doença do trabalho como, por exemplo, a doença adquirida por exposição a gases tóxicos no ambiente laboral que afeta o projeto de vida do trabalhador, bem como, em casos de assédio moral.

Assim, estas situações podem não só causar prejuízos patrimoniais, como também pode acarretar sofrimento, angústia, abatimento, além de prejuízos ao projeto de vida.

Nesse tipo de dano, o ofendido se vê privado do gozo dos direitos fundamentais que lhe são constitucionalmente assegurados para que tenha uma vida conforme a dignidade humana. Sendo retirado o direito de livre dispor do seu tempo, deixando de poder escolher o que quiser fazer da sua vida fora do trabalho, o empregado é privado do seu direito de liberdade e é negada a sua dignidade humana.

Sobre o tema destaca Carlos Fernández Sessarego que:

[...] há um dano que frequentemente é ignorado ou esquecido por quem não consegue descobrir ou conceber a qualidade ontológica do ser humano como ser livre e temporal, que se propõe fins, os mesmos que estão contidos em seu 'projeto de vida' [...]. A liberdade constitui o ser mesmo do homem. Esta liberdade é o que o diferencia, radicalmente, dos demais seres da natureza e lhes outorga dignidade. Se trata de uma potencialidade que nos permite decidir, eleger, entre muitas possibilidades de vida, isso que, precisamente, chamamos projeto de vida [...]. O dano ao projeto de vida acarreta como consequência um colapso psicossomático de tal magnitude para o sujeito — para certo sujeito — que afeta sua liberdade, que o frustra. O impacto psicossomático deve ser de uma envergadura tal que o sujeito experimente um 'vazio existencial' [...]. O vazio existencial é o resultado da perda de sentido que sofre a existência humana como consequência de um dano a seu projeto de vida [...]. O dano ao projeto de vida compromete, séria e profundamente, a liberdade do sujeito de ser 'ele mesmo' e não 'outro' [...]. O dano ao projeto de vida [...] incide sobre a liberdade do sujeito a realizar-se segundo sua própria decisão [...]. É um dano de tal magnitude que afeta, portanto, a maneira em que o sujeito decidiu viver, que tranca o destino da pessoa, que a faz perder o sentido mesmo de sua existência (SESSAREGO, 1996).

O dano existencial, para Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, diz respeito “a todos os comprometimentos das atividades realizáveis pela pessoa” (CENDON; ZIVIZ, 2003, p. 93).

Dano existencial é o dano à qualidade da existência e/ou à liberdade da pessoa humana, na perspectiva da manutenção das suas condições de vida e da eleição e execução de um projeto de vida, restando afetada, nestas perspectivas, o direito de a pessoa desenvolver livremente as suas potencialidades, observando-se que o ser é “um fazer-se a si mesmo dentro da temporalidade e da vida”, isto é “um constante projetar”, como assevera Carlos Fernández Sessarego (SESSAREGO, 1996).

Vale acrescentar que a limitação da duração do trabalho e o exercício da liberdade de dispor do tempo livre constituem uma condição necessária para o exercício dos direitos, de natureza humana, de manifestar uma religião, de reunião, à instrução e de participar da vida cultural e política da comunidade (arts. 18, 20, 26 e 27 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*) e, desta feita, para o desenvolvimento integral do ser humano.

Os atos do empregador não podem ser considerados apenas enquanto relacionados com o trabalhador no desempenho de suas funções (condições e ambiente de trabalho), mas devem ser também considerados em relação ao trabalhador como pessoa que tem direito a uma vida de qualidade e de projetar a sua vida e de viver de acordo com este projeto.

O fundamento jurídico para o reconhecimento da obrigação de reparar o dano existencial é constituído pelos: a) arts. 187, 927 e 950 do Código Civil, dos quais resulta que devem ser reparados todos os danos à pessoa, considerando-se a pessoa na totalidade das suas dimensões; b) arts. 5º, *caput*, III, IV, VI, VIII, IX, X e XIII, e 225 da Constituição, dos quais se extrai o reconhecimento do direito à livre manifestação da personalidade e à qualidade de vida; c) arts. 3º e 25 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e arts. 1º, 11 e 14 da *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, segundo os quais a liberdade e a qualidade de vida constituem direitos humanos; d) art. 22 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que reconhece o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; e) art. 24 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que reconhece o direito de toda pessoa ao descanso e ao lazer e, “sobretudo, a uma limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”, observando que a *Declaração*, com expressão *sobretudo*, ressalta a importância da limitação razoável das horas de trabalho; f) arts. 14 e 15 da *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, que aludem, respectivamente, ao direito do trabalhador de “seguir livremente a sua vocação” e de “aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício do seu melhoramento espiritual, cultural e físico”; g) *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo São Salvador — 1988)*, no qual os Estados seus signatários, dentre eles o Brasil, reconhecem o direito de todo trabalhador seguir a sua vocação e dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas.

Assim, o deferimento de indenização por danos existenciais pode ajudar a combater o descumprimento das normas trabalhistas e a melhorar a qualidade de vida do ser humano trabalhador, ressaltando-se que o seu valor deve ser fixado considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do empregador, para que possa surtir o efeito pedagógico com vistas a desestimular a reincidência do ato lesivo.

### 3 Conclusão

Os direitos trabalhistas assegurados ao empregado na relação de emprego visam propiciar-lhe uma vida conforme a dignidade humana. Dentre estes direitos, encontram-se a limitação da duração do trabalho, os intervalos para descanso e alimentação, o Repouso Semanal Remunerado e as férias anuais.

Contudo, nem sempre o empregador cumpre os direitos assegurados aos trabalhadores, causando-lhes danos não só de ordem material e moral, mas também existencial, na medida em que lhe impede de desenvolver a sua personalidade e desfrutar do seu tempo livre como melhor lhe parecer.

O empregador deve indenizar o empregado os danos existenciais que lhe causar, em valor razoável para que compense os seus danos e evite a reincidência do ato lesivo, incentivando, assim, o respeito às normas jurídicas e preservando a vida saudável em sociedade.

### Referências

CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. **Il risarcimento del danno esistenziale**. Milão: Giuffrè Editore, 2003.

SESSAREGO, Carlos Fernández. El dano al proyecto de vida. *Derecho PUCP – Revista de la Facultad de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Peru*, n. 50, Lima, dez. 1996. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5925/5934>. Acesso em 30.10.2016.

## O TRABALHO FEMININO SOB A PERSPECTIVA DA ORGANIZAÇÃO EM GRUPOS DE GERAÇÃO DE RENDA

**Aysla Sabine Rocha Teixeira<sup>1</sup>**

**Livia Mendes Moreira Miraglia<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

A questão das relações de gênero no mercado de trabalho vem sendo discutida por diversos autores e autoras. No que tange ao gênero, seu conceito e sua aplicação são temas de debates constantes, como se verifica, por exemplo, nos projetos de lei que tratam da discussão de igualdade, identidade de gênero, orientação sexual e sexualidade nas escolas.

Em relação à definição do termo, importante destacar que sua compreensão deve considerar a complexidade evidenciada em suas múltiplas concepções, apresentando diferentes sentidos associados às mobilizações sociais e às experiências normativas de cada sociedade (LOPES, 2016, p.19).

Especificamente para o tema abordado no presente trabalho, utilizar-se-á a acepção apresentada por Alice Monteiro de Barros, de que “gênero é um recurso utilizado para se referir à construção social desigual baseada na existência de hierarquia entre os sexos”. Como destacado pela própria autora, a ideia parte de uma “dinâmica integral das ordens sociais”, produzindo, reproduzindo e legitimando limites a determinadas categorias sexuais, sofrendo, assim, influência do meio sociocultural (BARROS, 2008, p.67-68).

O que se pretende com o presente trabalho é analisar a participação feminina no mercado de trabalho, sua remuneração e as formas encontradas por diversas mulheres para complementação da renda familiar, em especial por meio da prestação de serviços destinados a outras mulheres.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais

<sup>2</sup> Doutora em Direito do Trabalho pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela Puc Minas. Professora adjunta de Direito do Trabalho da UFMG. Coordenadora da Clínica de Trabalho escravo e tráfico de pessoas da FDUFG. Coordenadora da Divisão de Assistência Judiciária da FDUFG. Advogada.

A metodologia empregada na pesquisa se dará a partir do exame de dados obtidos junto ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) do ano de 2015, além da análise de obras que relacionam a questão do gênero às desigualdades evidenciadas nas relações de trabalho, para compreensão das formas alternativas de apoio e de geração de renda, que geram núcleos de economia solidária feminina.

## **2 Resultados e discussão**

### **2.1 A divisão sexual do trabalho**

É possível definir a divisão sexual do trabalho como a distinção de atividades entre homens e mulheres, com base em uma hierarquização de valores das funções e tarefas atribuídas aos sexos, decorrente das relações sociais.

Notadamente, atribui-se às mulheres a esfera reprodutiva, enquanto aos homens cabe a esfera produtiva, considerada de maior valor social. À mulher são designados, principalmente, trabalhos associados a atividades domésticas e de cuidado.

Essa divisão pauta-se em critérios calcados em concepções patriarcais e machistas de distinção de gênero e hierarquia entre eles, predispondo que existem trabalhos específicos para cada gênero, sendo aqueles destinados aos homens de maior valor (HIRATA, KERGOAT, 2007, p. 599).

Somam-se a isso as expectativas em torno das mulheres no que tange ao trabalho doméstico e ao trabalho familiar não remunerado, associado àquilo que se projeta como funções “inerentes à condição da mulher”. A prática gera desproporcional carga de responsabilidades familiares e tarefas domésticas forçando as mulheres a “ocuparem posições precárias, de trabalho atípico, viabilizando, assim, a compatibilização das realidades de profissão e cuidado” (NICOLI, 2016, p. 264).

Nesse contexto, opõem-se dois modelos de organização da unidade familiar. O modelo dito “tradicional” reserva aos homens o papel de “provedor”, enquanto às mulheres cabe o papel doméstico. No “modelo de conciliação”, que visa a harmonizar as atividades domésticas com a vida profissional, essa articulação cabe quase que exclusivamente às mulheres. Dessa

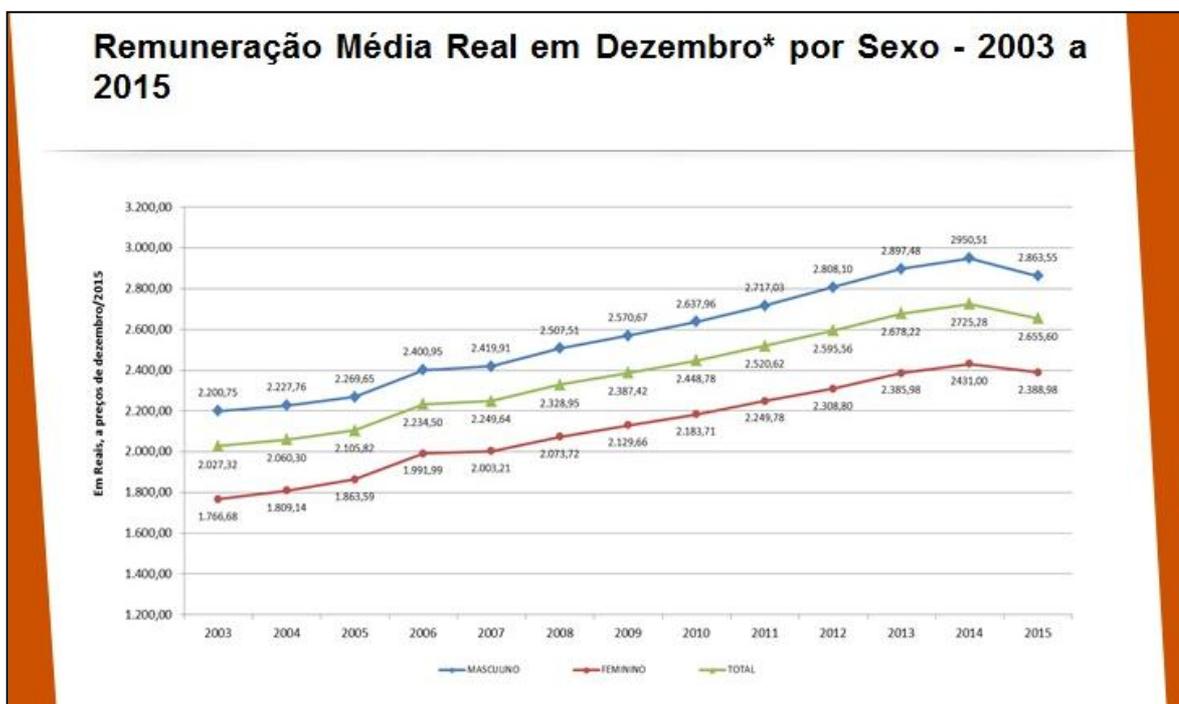
forma, alguns autores preferem o termo “tensão”, para indicar a natureza conflituosa do acúmulo das responsabilidades familiares e profissionais a que são submetidas as mulheres (HIRATA, KERGOAT, 2007, p. 604).

A contradição apontada cria a necessidade de delegar a outras mulheres as tarefas domésticas e familiares. Em regra, essa situação leva à precarização do trabalho, gerando uma dicotomia problemática. Se por um lado, aumenta-se o número de mulheres em profissões de nível superior, por outro cresce o de mulheres ocupantes de postos de trabalho precários.

## 2.2 Dos dados relativos à participação e remuneração feminina no mercado de trabalho

A partir da análise de dados fornecidos pela Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), foi possível compreender as dinâmicas existentes no mercado de trabalho no que tange à questão do gênero.

Figura 1 – Remuneração Média Real em Dezembro por Sexo – 2003 a 2015

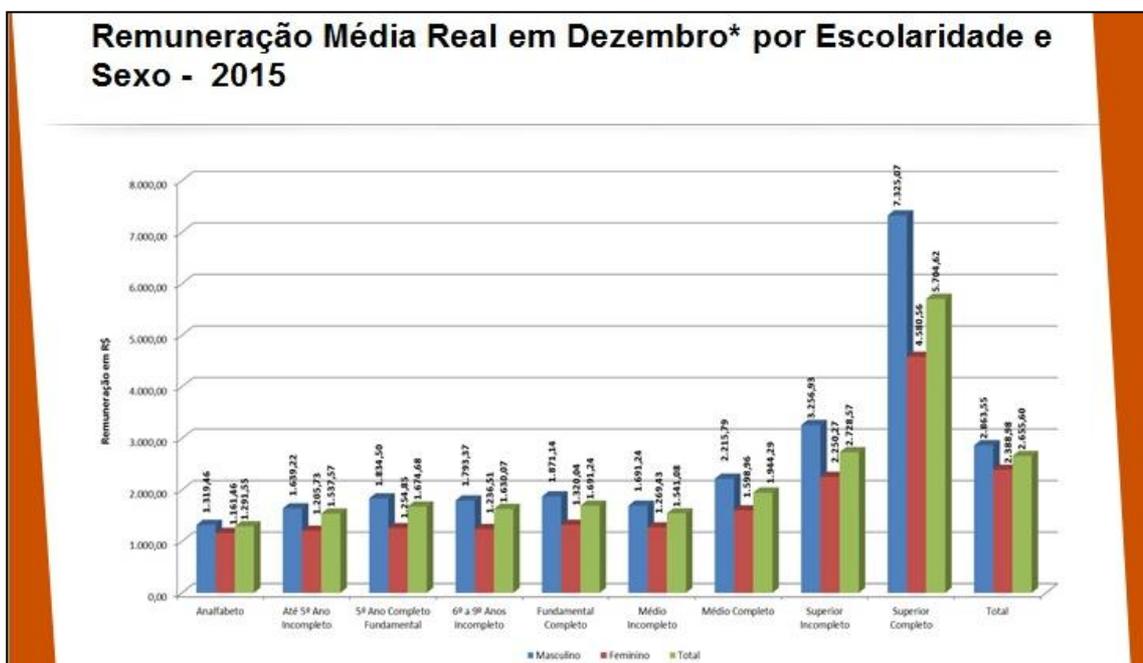


Fonte: MTE/RAIS, 2015 (Apresentação – Dados Consolidados)

Os números apontam que, em 2015, as mulheres ganharam em média 83% do salário dos homens, o que indica uma melhoria em relação ao ano anterior, quando salário médio foi equivalente a pouco mais de 82% do salário masculino. Todavia, apesar dessa redução de um ponto percentual na discrepância entre as remunerações, a diferença salarial mantém-se relativamente estável desde 2003.

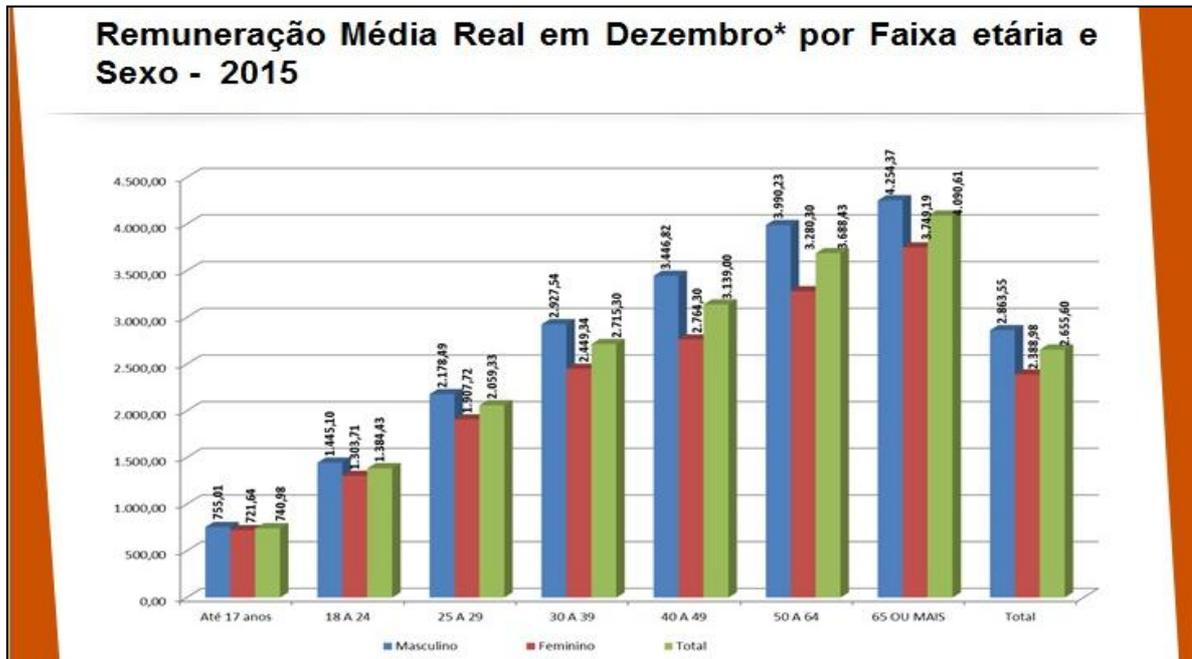
Importante destacar que essa diferença salarial se dá independentemente de raça/cor, escolaridade ou faixa etária. Na verdade, é curioso apontar que o desequilíbrio é maior entre os mais escolarizados e entre as faixas etárias maiores, o que indica que, apesar do nível de escolaridade das mulheres serem, em média, superiores ao dos homens, isso não tem sido suficiente para evitar a desigualdade mercadológica. Por fim, é importante destacar que além das supramencionadas diferenças salariais, há também uma distinção no que se refere ao efetivo número de empregos formais por sexo, que apresentam uma discrepância de mais de 30%.

Figura 2 – Remuneração Média Real em Dezembro por Escolaridade e Sexo – 2015



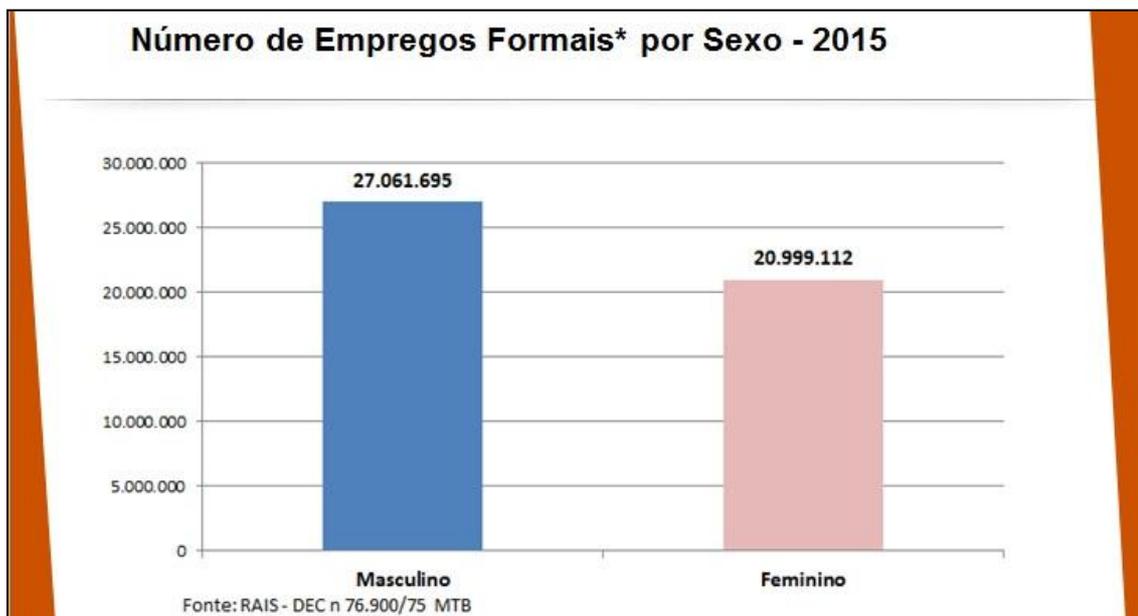
Fonte: MTE/RAIS, 2015 (Apresentação – Dados Consolidados)

Figura 3 – Remuneração Média Real em Dezembro por Faixa etária e Sexo – 2015



Fonte: MTE/RAIS, 2015 (Apresentação – Dados Consolidados)

Figura 4 – Número de Empregos Formais por Sexo - 2015



Fonte: MTE/RAIS, 2015 (Apresentação – Dados Consolidados)

Esses dados são essenciais para embasar o estudo do tema, pois ao se analisar mais detidamente a realidade do mercado de trabalho brasileiro é possível estabelecer as premissas necessárias à emancipação e ao empoderamento feminino.

### **2.3 A economia solidária como forma de emancipação feminina**

Os problemas apresentados pautam-se na ótica de mundo vivenciada hoje, baseada em uma cultura patriarcal, eminentemente machista e com ideais arraigados que sustentam preconceitos sociais.

Como alternativa a esse contexto, surgem modelos que se propõem a reduzir ou eliminar as desigualdades sociais, como por exemplo, as redes organizadas com o objetivo de associação para a produção, o comércio, o consumo ou à poupança.

O intuito principal é a geração de renda por meio do trabalho emancipado dos seus componentes que, ao assumirem o papel de protagonistas da produção, comercialização e consumo, tornam-se responsáveis solidariamente pela manutenção e circulação da economia local.

Nesse sentido, surge a concepção de economia solidária, como alternativa viável para momentos de crise econômica e de desemprego. Trata-se de forma inovadora de geração de renda, composta por iniciativas de organização coletiva dos trabalhadores em um dado local.

Com o intuito de proporcionar às pessoas que o adotam uma vida melhor, não apenas no aspecto econômico, bem como no âmbito do relacionamento e familiar e em comunidade (SINGER, 2002, p. 114), o modelo condiz com os ideais feministas de emancipação e empoderamento, uma vez que, como bem destacado por Alice Monteiro de Barros, a “independência econômica é uma forte arma” para coibir abusos e humilhações que decorrem do contexto social machista e patriarcal brasileiro (BARROS, 2008, p. 74).

Desse modo, a segurança de estar inserida efetiva e economicamente em uma comunidade solidária que jamais abandonará ou desampará a mulher conduz à sua emancipação. Nesse sentido, pretende-se estabelecer as bases da economia solidária e analisar seus modelos femininos, relacionando essa forma de geração de renda com as aspirações do movimento feminista de empoderamento e emancipação real.

### 3 Conclusão

Diante do exposto, forçoso concluir, ao menos preliminarmente que o contexto social machista e patriarcal fundamentam distinções profundas de gênero no que tange à divisão sexual do trabalho e à participação feminina no mercado de trabalho e sua consequente remuneração.

A suposta “conciliação” das atividades familiares e domésticas com a vida profissional força as mulheres a se inserirem no mercado de trabalho por meio de ocupações informais, a tempo parcial ou pelo trabalho doméstico, gerando uma discrepância de renda em relação aos homens o que dificulta sua independência financeira, impedindo sua emancipação efetiva.

Nessa seara, a economia solidária apresenta-se como alternativa viável ao empoderamento feminino, permitindo às mulheres efetiva inserção no mercado de trabalho, haja vista que possibilita a geração de renda capaz de emancipá-la.

### Referências

ABREU, Alice Rangel de Paiva; HIRATA, Helena; LOMBARDI, Maria Rosa (Org.). **Gênero e trabalho no Brasil e na França: perspectivas interseccionais**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 67-83, jan./jun., 2008.

BRENER, Paula Rocha Gouvêa; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; RAMOS, Marcelo Maciel (Org.). **Gênero, sexualidade e Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa – Fundação Carlos Chagas**, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez., 2007.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E DO EMPREGO (MTE). **Relação Anual de Informações Sociais (RAIS)**, 2015. Disponível em: <<http://pdet.mte.gov.br/rais?view=default>>. Acesso em: 26 out. 2016.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **O que é a divisão sexual do trabalho? In Gênero, sexualidade e Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

SINGER, Paul. **Introdução à Economia Solidária**. 1. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

## **O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA DOS EMPREGADOS DE SE AUTODETERMINAREM AFETIVAMENTE NO PLANO DAS RELAÇÕES JUSLABORAIS**

**Ana Leticia Campos Valamiel<sup>1</sup>**

**Ariete Pontes de Oliveira<sup>2</sup>**

### **1 Introdução**

O presente resumo tem por objeto o estudo da autonomia do empregado de se autodeterminar afetivamente no ambiente juslaboral. A presente pesquisa justifica-se em razão de excessos cometidos pelos empregadores no exercício do poder empregatício de virem a sancionar a conduta de empregados que se relacionam afetivamente no meio ambiente juslaboral, fato que tem chegado a ser discutido pelos Tribunais trabalhistas. Trata-se de discutir os limites do poder empregatício e os direitos de liberdade do empregado e invasão à sua privacidade, enfim discute-se o valor de tutela à pessoa humana.

O princípio da dignidade humana remete a pessoa ao direito de ser respeitado, o direito de não ser privado de nada, levando sua opinião em consideração e demonstrando extremo respeito.

A dignidade humana compreende também a tutela ao mínimo existencial, que nada mais é que um conjunto de bens imprescindíveis para se viver com dignidade, já ponderava Alexy (SARLET, 2012):

no sentido de que a garantia de um padrão mínimo em segurança social (ou de direitos sociais mínimos) não pode afetar de forma substancial outros princípios constitucionais relevantes.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 8º período de Direito da Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, integrante do Programa Interdisciplinar de Capacitação Discente.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito do Trabalho, PUC Minas, professora de Direito do Trabalho da Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, professora-orientadora do Programa Interdisciplinar de Capacitação Discente.

Não observando a dignidade da pessoa humana estão os empregadores a disciplinar, enquanto regulamento de empresa, a vedação da autoderminação afetiva entre os seus empregados. Desta forma, percebe-se que as empresas estão se aproveitando da fragilidade dos empregados, do medo do desemprego que atinge a população de forma diária, para impor suas normas de forma que, amedrontados, os empregados respeitem os excessos do poder empregatício, mesmo que com isso eles estejam ferindo a si mesmo e seu direito de autodeterminação de escolha e liberdade.

O empregador não pode impor de forma arbitrária normas que afetam a vida pessoal do empregado, a relação deverá possuir além de subordinação, respeito à dignidade da pessoa humana, norte de toda interpretação a ser dada a ordem jurídica. A Constituição da República protege os direitos de cada pessoa, devendo o empregador garantir a efetividade desta proteção.

Deste modo, defende-se que a ordem jurídica, aí incluindo a ordem juslaboral, deve ser interpretada a partir da tutela à dignidade da pessoa humana o que, veda o exercício do poder empregatício abusivo. Enfim, defende-se a liberdade de autodeterminação afetiva dos empregados no plano juslaboral.

## **2 Resultados e discussão**

A metodologia utilizada na presente pesquisa consistirá na revisão bibliográfica e em análises críticas dos aportes teóricos e jurisprudenciais, com o objetivo de alucidar a temática proposta.

Insta mencionar que o projeto de pesquisa encontrou em seu âmbito diversos casos julgados com o tema exposto. Dentre os fundamentos utilizados pelos Tribunais, dentre eles o Tribunal Superior do Trabalho - TST, evidencia-se o entendimento que o poder empregatício tem sido utilizado de forma desarrazoada, afirmando-se que o abuso do empregador está ferindo um princípio fundamental da Constituição da República de 1988, qual seja, o princípio da dignidade humana.

Neste sentido, afirmou o TST:

[...] o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, preconizado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, o qual se concretiza pelo reconhecimento e pela positivação dos direitos e das garantias fundamentais, sendo o valor unificador de todos os direitos fundamentais, ao da liberdade, que constitui um dos pilares principais de efetivação da dignidade humana. [...] (Processo: RR - 1102-84.2012.5.08.0003 Data de Julgamento: 24/05/2016, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016.)

Ressalta-se ainda que, a conduta desarrazoada destes empregadores ao determinar em regulamento interno a proibição de relacionamentos afetivos entre seus empregados afeta os direitos fundamentais dos trabalhadores, como é o caso, da liberdade de constituição de entidade familiar.

Portanto, neste caso, deve-se aplicar também a teoria da efetividade imediata dos direitos fundamentais, afirmando-se a efetividade horizontal nas relações privadas a fim de garantir a efetividade da dignidade da pessoa do trabalhador em poder se autodeterminar afetivamente.

### **3 Conclusão**

O presente trabalho visa, portanto, demonstrar que a autodeterminação afetiva dos empregados, ou seja, sua liberdade de escolher com quem se relacionar é expressão do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Não existe na Constituição da República e nem da Consolidação das Leis Trabalhistas qualquer dispositivo que proíba relacionamentos afetivos entre os empregados.

E assim, afirma-se a efetividade dos direitos fundamentais, já que no artigo 5º da Constituição da República, em seu inciso X, prevê que são invioláveis o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de qualquer pessoa, afirmando por si só a efetividade a proteção ao direito de liberdade, principalmente no âmbito afetivo.

## Referências

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra(PT):Almedina,2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso Direito do Trabalho**. 15ed. São Paulo: LTR,2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

## **O ATIVISMO JUDICIAL NAS AÇÕES ENVOLVENDO PLANOS DE SAÚDE: A PERSPECTIVA DO EMPRESÁRIO**

**Luciana Teixeira da Cunha<sup>1</sup>**

### **1 Introdução**

Com as já conhecidas falhas do sistema público de saúde no Brasil, é marcante a busca por planos de saúde, os quais visam tornar mais fácil o acesso à rede privada. No entanto, em tratando-se os planos de saúde de instituições privadas que baseiam o atendimento ao indivíduo na contratação de determinado plano específico, os atendimentos e serviços oferecidos por este não esgotam, na maioria das vezes, as crescentes e mais diferenciadas necessidades dos conveniados, fazendo com que a busca pelos mais diversos tratamentos alcance o Poder Judiciário.

Este, por sua vez, em juízo de ponderação e proporcionalidade, tende, em regra, a privilegiar o Direito à saúde, constitucionalmente assegurado, o que é de fundamental importância. Por outro lado, atribuir às operadoras de plano de saúde a responsabilidade integral por estes tratamentos é medida, no mínimo, temerosa à manutenção desta atividade, uma vez que confere, ilimitadamente, à pessoa jurídica de direito privado, no âmbito de suas atividades empresárias, obrigações não assumidas por esta.

É justamente esta responsabilização, que não utiliza como critério o contrato firmado entre as partes, que aqui se visa analisar, sobretudo pela perspectiva da atividade empresária e necessidade de preservação desta, sem se perder de vista os direitos fundamentais do indivíduo e a proteção do consumidor.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

## 2 Resultados e discussão

A constituição federal de 1988 trouxe, dentre outros prismas organizativos do estado democrático de direito no Brasil, a organização da ordem econômica. Esta, por sua vez, está disciplinada no art. 170 da Carta Constitucional, o qual estabelece como seus fundamentos a livre iniciativa e a função social do trabalho.

De extrema importância, no estudo que aqui se pretende tecer, é esclarecer alguns pontos a respeito da livre iniciativa. Enquanto fundamento da ordem econômica, tal instituto diz respeito à liberdade de determinado agente econômico de entrar, permanecer e sair do mercado, englobando, inclusive, a liberdade em contratar. Neste sentido, não há outra conclusão, senão a de que os agentes econômicos traçarão, com base e respaldo nestas liberdades, as suas diretrizes e atuações, enquanto caberá ao Estado, no âmbito econômico, desempenhar a atividade de fiscalizador e regulador, de modo a, apenas excepcionalmente, desenvolver atividade econômica. Cumpre, neste momento, destacar a lição de Miguel Reale, citado por Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gustavo Gonet Branco (FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, 2007, p. 1.292), que afirma que a livre iniciativa assegura não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados.

Portanto, a ordem econômica brasileira transferiu, em regra, ao particular o livre desenvolvimento de atividades de cunho estritamente econômico. Enquanto, por outro lado, o desempenho de atividades que constituam serviços de interesse social, como é o caso do tema central do presente ensaio, isto é, da saúde, constitui dever do ente estatal, nos termos o art. 196 da CF/88, podendo este transferir a sua execução, mas não a obrigação, ao particular, por meio dos regimes legalmente previstos.

Não é, contudo, este o caso que se estuda aqui: trata-se da autorização outorgada pelo Estado, concedida por agência reguladora responsável, a particulares para a exploração econômica das atividades referentes ao estabelecimento de planos de saúde. Esclarece-se, nesse ponto, que tal autorização não afasta e tampouco se confunde com a responsabilidade do ente público em garantir a saúde enquanto direito fundamental e social, mas, por outro lado, acaba por complementar a falha do setor público a atuar neste campo, facilitando o

acesso da sociedade ao setor privado de saúde. A atividade em análise, inclusive, é regida pela Lei 9.656/98, que se destina às pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde e estabelece ainda que estas pessoas jurídicas poderão se constituir pela forma de sociedade comercial (Art. 1º da Lei 9.656/98).

Isto posto, esclarece-se o que parece essencial, de início, ao presente estudo, isto é, que a atividade que se visa analisar é a que se constitui a partir de cunho econômico e empresarial, visando a fins, ainda que pela promoção do acesso facilitado a saúde, mercantis e, a partir, portanto, de regime essencialmente privado, devendo ser analisadas, inclusive, pelas disposições estabelecidas às sociedades empresárias, assim definidas com base no art. 966 do Código Civil de 2002.

Desta forma, ao adentrar o tema em debate propriamente dito, pertinente se faz esclarecer que os contratos firmados entre as operadoras de plano de saúde e seus conveniados obedecem, essencialmente, às diretrizes contratuais destinadas à regulação das relações de direito privado, sem negar-se, é claro, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos instrumentos particulares em análise.

Até porque, trata-se de evidente relação de consumo, a qual, inclusive, pauta-se em contratos de adesão, ou seja, que são estipulados unilateralmente, no caso em tela, pela pessoa jurídica que opera o plano de saúde, cabendo ao conveniado vincular-se (ou não) às cláusulas previamente dispostas, de modo que a anuência a estas, em sua integralidade, é condição essencial à adesão ao plano assistencial oferecido.

Não é possível admitir, portanto, (e nem se pretende fazê-lo) que tais disposições contratuais sejam analisadas por outro prisma que não o do consumidor. Isto é, as cláusulas vigentes nos contratos que visem a adesão a plano de saúde devem ser interpretadas de modo a beneficiar a parte hipossuficiente da relação, qual seja, o consumidor, até porque este não participou da redação do instrumento contratual. Sobre a mesma ótica devem ser analisados eventuais descumprimentos do pacto firmado, assegurando ao conveniado todos os direitos decorrentes das obrigações assumidas pela outra contratante.

Não bastasse, no mesmo sentido deve ainda ser examinado o contrato que fuja as disposições obrigatórias estipuladas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agência reguladora responsável pela fiscalização dos planos de saúde no Brasil, a qual define um rol de procedimentos e eventos de saúde que devem, obrigatoriamente, ser cobertos pelos

planos de saúde e que, portanto, caso não o sejam, devem ter o seu cumprimento garantido pela tutela jurisdicional, de modo a serem devidamente assegurados os direitos do consumidor.

A preocupação que aqui se evidencia, no entanto, não é com a interpretação dada aos dispositivos e, tampouco, a eventual descumprimento do contrato ou de disposições obrigatórias por parte da operadora do plano de saúde. É, por outro lado, com o ativismo judicial que, na análise do dispositivo contratual firmado, acaba ultrapassando os limites do contrato e, conseqüentemente, das obrigações ali pactuadas.

É o que ocorre nos casos em que o particular ingressa em juízo, pleiteando determinado tratamento e que os custos deste sejam arcados pelo plano de saúde, ainda que não haja previsão contratual para tanto. Especialmente em âmbito de tutela antecipada, observa-se, a partir da jurisprudência, que, em muitos casos, o Judiciário acaba por, quase automaticamente, conceder o tratamento almejado, entendendo presentes os requisitos para a concessão da liminar pretendida.

A este respeito, sabe-se que a tutela antecipada é instituto que visa a antecipação dos pedidos finais, condicionada aos requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano (art. 300 do CPC/2015). A probabilidade do direito, por sua vez, está ligada a plausibilidade do direito alegado pela parte e às chances de que ele seja confirmado ao final da lide. Tem-se, portanto, que aqui deveria ser considerado, além da necessidade do tratamento, juntamente com a recomendação médica para tanto, que remetem ao direito fundamental à saúde, também a previsão contratual para a cobertura do atendimento pretendido, afinal, é única e justamente a partir do contrato que surge a obrigação para o plano de saúde.

Não se nega, é claro, a seriedade do bem jurídico protegido, qual seja, a saúde e integridade física do indivíduo, contudo, a discussão diz respeito à atribuição da responsabilidade por tais bens jurídicos a outro particular, no desenvolvimento de atividade empresária e que, portanto e como já previamente esclarecido, assume apenas obrigações decorrentes de um contrato.

Nota-se, então, que tal análise realizada pelo Poder Judiciário é feita não com base no dispositivo contratual, mas extrapolando os seus limites e não se tratando, desta forma, de mera interpretação do instrumento particular. A dúvida que aqui surge é se, de fato, este mecanismo restaura o equilíbrio contratual, como pretendido, ou se, por outro lado, em

desprestígio do denominado princípio da preservação da empresa, passa a inviabilizar a atividade em questão, especialmente a longo prazo, de modo a prejudicar, inclusive, outros usuários do plano de saúde.

Afinal, a verdade é que, se não há previsão contratual para determinado tratamento, o serviço, provavelmente, não está englobado no valor cobrado para o plano estipulado, enquanto outras categorias de plano que cobrem aquele determinado tratamento possuem valor superior, justamente por incluir em sua cobertura maior diversidade e quantidade de procedimentos. Nesta lógica, deve-se considerar que os planos de saúde trabalham a partir de determinada previsibilidade, realizando um juízo de proporcionalidade entre o custo do plano oferecido e as despesas que podem vir a surgir por parte do conveniado, isto, é claro, com base nos tratamentos e procedimentos oferecidos.

Desta feita, no caso de, repetidamente, o plano de saúde ter que arcar com tratamento que não seria coberto, surge uma desproporcionalidade entre o preço cobrado pelo serviço e a prestação deste, de modo que o prejuízo gerado, a longo prazo, terá que ser redistribuído a novos conveniados, para fins de que a atividade se mantenha.

Ainda assim, observa-se que são muitos os casos em que, ao final do processo, reconhece-se que o conveniado não tinha direito ao tratamento alvo da pretensão inicial, mas, como a tutela antecipada tem natureza satisfativa, o tratamento já foi realizado e os gastos efetuados, enquanto, por outro lado, o consumidor não possui condições de reembolsar o plano pelas despesas erroneamente realizadas, causando prejuízos que, se somados às demais demandas que correm no mesmo sentido, tornarão inviável o desenvolvimento da atividade empresária, prejudicando, via de consequência, o sistema de saúde como um todo.

### **3 Conclusão**

Em face de todo o exposto, conclui-se que a busca pelo aplicador do direito deve ser, não no sentido de desprestigiar a relevância da saúde enquanto bem jurídico tutelado, mas de analisar, cumulativamente com a repercussão social gerada pela medida, a consequência econômica que o ato trará à realidade fática dos envolvidos na lide, abandonando a ideia de que direito e economia, de que a realidade social e a econômica, são fatores dissociados. Tal análise no caso em debate, por sua vez, implica, além do exame dos resultados provenientes

da medida, na devida e atenta verificação da responsabilização pelos tratamentos necessários à saúde dos indivíduos que os pleiteiam.

Não se pretende contrariar, portanto, a necessidade e tampouco a relevância das medidas jurisdicionais que visem a aumentar e facilitar o acesso à saúde, destaca-se, no entanto, a importância, sob outro prisma analítico, de que seja verificado, no contexto fático probatório, se o direito ao bem jurídico tutelado advém realmente da disposição contratual válida entre particulares ou da disposição constitucional de direito de saúde, que assegura esta como direito fundamental do indivíduo e impõe, portanto, ao Estado a obrigação de promovê-la.

Tal diferenciação, ou seja, a verificação do responsável, no caso concreto, pelo fornecimento de determinado tratamento, medicamento ou serviço de saúde, concedendo-os ao indivíduo e efetivando os direitos deste, sejam estes de cunho constitucional ou contratual, é destacadamente fundamental na sociedade complexa dos dias atuais. Primeiramente, porque permite o acesso à saúde, seja na rede pública ou privada. Além disto, porque contribui para a manutenção e crescimento do serviço de planos de saúde, contribuindo para a rede de saúde como um todo e, não bastasse, porque permite a imposição ao Estado responsabilidade já assumida por este, o que, a longo prazo, espera-se que reflita na melhoria do cumprimento de tal dever pelo ente público.

## Referências

BRASIL. **Agência Nacional De Saúde Suplementar**. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/>>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. Ed. Malheiros, 1998.

FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. Ed. Saraiva, 2007.

## O CASO PEDRINHAS E O DESEMPENHO DO BRASIL FRENTE ÀS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS PELO TRIBUNAL INTERNACIONAL

**Stephannie de Souza Fernandes<sup>1</sup>**

**Gláucia Cândida Pereira de Faria<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

Direitos Humanos são aqueles inerentes à existência humana. Todos merecem igual respeito independente do gênero, etnia, classe social, religião etc. Nele estão incluídos o direito à vida, à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, saúde, entre diversos outros. Os Direitos Humanos se diferem dos Direitos Fundamentais por estarem numa esfera internacional.

Muitas foram às contribuições para a afirmação desses direitos, tendo como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos (PARIS, 1948), em decorrência de inúmeras violações a esses direitos na Segunda Guerra Mundial. Acreditava-se que isso poderia ser evitado se houvesse uma efetiva proteção internacional dos direitos humanos.

Na América esses direitos foram disciplinados e sistematizados em 1969, quando foi assinada em São José da Costa Rica a Convenção Americana de Direitos Humanos (COSTA RICA, 1969) que entrou em vigor em 18 de julho de 1978, com o depósito da ratificação de um décimo de países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Com ela objetivou-se assegurar os direitos essenciais do homem na América, delimitando os tipos de violação a direitos humanos.

Os países signatários da Corte Interamericana de Direitos Humanos sempre devem reconhecer a competência da Corte por declaração ou convenções especiais. O Brasil faz parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde o dia 25 de setembro de 1992 e reconheceu a competência contenciosa da Corte no dia 10 de dezembro de 1998.

---

<sup>1</sup> Graduanda da Faculdade de Direito Milton Campos

<sup>2</sup> Bolsista CEFOS da Faculdade de Direito Milton Campos

O Estado brasileiro foi submetido há alguns julgamentos<sup>3</sup> da Corte, sendo mais de um deles relacionado ao Sistema Carcerário. Aqui vamos tratar do caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (CPP), que o Brasil foi submetido em razão dos maus tratos aos privados de liberdade.

Os cárceres do país sofrem muitos problemas como superlotação das celas; maus tratos; violência por parte de agentes penitenciários, policiais e outros presos; má alimentação; uso de drogas; falta de higiene; falta de atendimento médico; odontológico; psicológico e outros.

## 2 Resultados e discussão

A “Sociedade Maranhense de Direitos Humanos” e a “Ordem dos Advogados do Brasil”, em 22 de outubro de 2013, solicitaram medidas cautelares a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a fim de que essa interviesse junto à República Federativa do Brasil na proteção da vida e integridade das pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas (CPP), localizado em São Luís, no Maranhão, uma vez que esses privados de liberdade se encontravam em situação de risco (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013).

A CIDH pediu informações ao Estado, que foi fornecida, e informações adicionais foram apresentadas pelas partes solicitantes. A partir da primeira análise com base nesses dados, julgou a Corte que os privados de liberdade se encontravam em situação de gravidade e urgência, com a vida e integridade pessoal sob ameaça. A Comissão Interamericana então impôs uma medida cautelar ao Brasil requerendo ações para evitar a perda de vidas, além de reduzir a superlotação no CPP e também uma investigação dos fatos que levaram a adoção

---

<sup>3</sup>*Caso Damião Ximenes Lopes vs Brasil; Caso Nogueira de Carvalho e outros vs Brasil; Caso Escher e outros vs Brasil; Caso Garibaldi vs Brasil; Caso Gomes Lund e outros vs Brasil* são alguns dos outros casos do Brasil submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nem todos os processos se encontram finalizados, o de *Damião Ximenes Lopes vs Brasil* por exemplo, que foi o primeiro submetido à Corte, dez anos atrás.

dessa imposição da medida cautelar a fim de que não se repita os acontecimentos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013).

Os documentos apresentados pelos solicitantes informaram que órgãos brasileiros (Conselho Nacional de Justiça e Comissão Parlamentar de Investigação sobre o Sistema Carcerário) já haviam percebido a gravidade no local e feito recomendações a respeito. Somente no mês de outubro vários assassinatos em unidades diversas do CPP teriam ocorrido por motivo possível de confronto entre quadrilhas (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013).

O Estado se defendeu alegando que investimentos no Sistema Penitenciário do Maranhão foram realizados e confirmou que a população do CPP de fato estava acima da capacidade prevista, mas ainda afirmou que não só já havia tomado medidas cabíveis para conter os privados de liberdade como também coibir condutas indevidas de agentes públicos e investigar os acontecimentos no Complexo. Entretanto, rebeliões ocorreram, túneis visando fuga foram construídos e devido à gravidade da situação, o Decreto Estadual nº 29.443 de 10 de outubro de 2013 (BRASIL, 2013) foi emitido declarando a situação de emergência no Sistema Penitenciário do Maranhão, resultando inclusive na participação da Força Nacional de Segurança para ajudar a conter a situação no CPP (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013).

Dessa forma, foi imposta uma medida cautelar ao Estado posto que tal medida visa “preservar os direitos em possível risco, até que se resolva a petição que se encontra sob análise no Sistema Interamericano” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013) observando sempre os requisitos da gravidade, urgência e irreparabilidade. Em 23 de setembro de 2014, porém, a Comissão enviou o pedido de medida provisória, pois não foi verificado progresso algum em relação as condições no CPP, pelo contrário, as mortes continuaram, pessoas foram feitas de reféns, posse de armas por parte dos prisioneiros foram flagradas e exames médicos não eram realizados, inclusive para presos feridos por armas de fogo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 1-2).

A resposta por parte do Estado foi que uma série de medidas foram adotadas como um maior acompanhamento médico nas prisões do estado do Maranhão e inclusive a construção de novas unidades prisionais, ademais, afirmou que por ter o Sistema Interamericano de

Direitos Humanos competência subsidiária no Direito Brasileiro, não se fazia necessária a adoção da medida provisória. A Corte Interamericana por sua vez respondeu que valora todos os cuidados tomados pelo Estado, mas esses não se fizeram suficientes uma vez que implementada a medida cautelar até aquele dado momento mais mortes, rebeliões e outros tipos de conduta descaracterizando os preceitos dos Direitos Humanos ocorreram, sendo necessária a medida provisória e fixando a sua adoção por parte do país (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p.2-3).

Logo, uma vez que o Brasil é Estado Parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (COSTA RICA, 1969) e, além disso, apregoa em seu Artigo 5º, inciso III da Constituição Federal que ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1998) fora outros dispositivos legais, deve se ater às promessas apresentadas em relação à melhora no sistema prisional não só quando questionado pela Comissão como também quando não há incidência de nenhuma medida por parte dessa .

Ainda que várias normas decorrentes de pactos internacionais e inclusive a Constituição Federal (BRASIL, 1998) valorizem os direitos acima mencionados, tais quais a integridade física, o não tratamento desumano ou degradante não é o que acontece na prática. Foi publicado na Carta Capital em 07 de julho de 2015 por autores anônimos que inspecionaram as unidades do CPP, quase um após as medidas provisórias lançadas pela Corte, que as violações aos Direitos Humanos em Pedrinhas, em toda a sua extensão, física e psicológica ainda ocorrem, sendo parte do dia a dia de todos que ali se encontram, uma vez que há desde falta de atendimento médico até a prática de tortura e maus tratos (CARTA CAPITAL, 2015).

### **3 Conclusão**

O Brasil realizou algumas ações para minimizar esses problemas, mas não obteve êxito no combate à violação dos Direitos Humanos no Sistema Penitenciário. Dentre elas apresentou documentos à Corte mostrando que houve aumento no número de presídios no estado do Maranhão o que acarreta na redução de presos por cela, mas o real problema que é o

número global dos privados de liberdade não diminuiu e o ideal seria que reduzisse o número de encarcerados e não apenas construísse mais prisões.

Ademais há falhas na aplicação de decisões internacionais, o que leva a discussão sobre a eficácia dos Tribunais Internacionais. No Brasil percebe-se que algumas sentenças e condutas impostas não são cumpridas, haja vista que o caso em Pedrinhas ainda não foi solucionado e as medidas cautelares e provisórias colocadas pela Corte Interamericana não foram cumpridas. O artigo já mencionado, publicado na Carta Capital corrobora com essa discussão, ele revela que mesmo após a Corte determinar como o estado do Maranhão deveria agir em Pedrinhas, ainda assim, a sua eficácia não é plena, uma vez que até então há relatos de maus tratos, utilização de balas de borracha, faltam médicos e tratamentos, os presos ainda são mortos e outras coisas mais.

Esse não acatamento das decisões de um Tribunal Internacional evidencia que esses órgãos nem sempre tem a capacidade de resolver as questões no direito interno, comprova da mesma forma, que o Brasil quando pune crimes também o pratica. Ele é omissivo nos crimes cometidos contra os privados de liberdade dentro de suas instituições penitenciárias.

## Referências

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Paris, França.

ALBUQUERQUE, José Luiz. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Disponível em <<https://drive.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDU2lhODV6R2M3LXM/view>>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

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

BRASIL. **Decreto Estadual nº 29.443 de 10 de outubro de 2013.** Declara Situação de Emergência no Sistema Penitenciário do Estado do Maranhão e dá outras providências. Maranhão.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Assunto pessoas privadas de liberdade no “Complexo Penitenciário Pedrinhas sobre o Brasil”. **Resolução 11/2013. Medida Cautelar No 367-13** de 16 de dezembro de 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. B-32: **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San-José da Costa Rica.** 22 de novembro de 1969. San-José, Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas.** Resolução de 14 de novembro de 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos,** de 22 de novembro de 1969. San José, Costa Rica.

QUEM se importa com Pedrinhas? Sociedade. **Carta Capital.** 07 de julho de 2015. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/revista/856/quem-se-importa-com-pedrinhas-8899.html>> Acesso em 01 de novembro de 2016.

## **DIREITO PENAL ECONÔMICO: NORMA PENAL EM BRANCO, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A CRIAÇÃO DA AMBEV**

**Giuliana Alves Ferreira de Rezende<sup>1</sup>**

**Orientação: Júlio Cezar Faria Zini<sup>2</sup>**

### **1 Introdução**

O tema da pesquisa é “Direito Penal Econômico e a Norma Penal em Branco”. Direito Penal Econômico, como ramo especializado do Direito Penal, tutela o bem-jurídico supraindividual Ordem Econômica (RIGHI, 1991, apud ZINI, 2012, p. 162). Tal bem-jurídico, no entanto, é marcado pela fluidez, de modo que instrumentos que visem regula-lo e protege-lo devem ser capazes de articular-se com essa característica. Sendo assim, emprega-se com frequência a técnica legislativa das normas penais em branco, que proporciona flexibilidade suficiente para lidar com a Ordem Econômica (PRADO, 2014, p.236). Normas desse tipo seriam passíveis de complementação posterior por outras normas. Caso o complemento seja lei em sentido estrito, trata-se de norma penal em branco em sentido amplo, já caso o complemento seja lei em sentido amplo, trata-se de norma penal em branco em sentido estrito (PRADO, 2014, p.235).

Entretanto, perpassa a adoção dessa técnica o questionamento acerca da possibilidade do emprego específico de normas penais em branco em sentido estrito frente ao Princípio da Legalidade, especialmente em relação ao subprincípio da Reserva Legal. Tal princípio, corolário iluminista fundante do Estado de Direito, determina que à lei em sentido estrito seja reservada a possibilidade de dispor sobre alguns temas, especialmente os penais

---

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Líder do Grupo de Estudos "Filosofia da Linguagem e Direito Penal". Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Direito Processual Penal e Bioética.

(BECCARIA, 1764, p.10) No ordenamento jurídico brasileiro, isso se traduz na competência privativa do Congresso Nacional de legislar sobre questões penais, por meio de leis em sentido estrito. Uma norma penal em branco pode ser editada pelo congresso, o que a torna, por tanto, uma lei em sentido estrito. Caso, no entanto, seu complemento também não o seja, uma lei em sentido amplo regeria questões penais, o que violaria o Princípio da Legalidade (SILVA, 2011, p.76).

Como resposta à problemática, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nos RHC 16.172/SP e HC 73.168/SP, que não há prejuízo ao Princípio da Legalidade pelo uso de normas penais em branco em sentido estrito se o complemento não alterasse a figura abstrata descrita no tipo penal. Essa será a hipótese a ser desenvolvida na pesquisa.

Em função da clara dualidade, pretende-se analisar o uso de normas penais em branco em sentido estrito no Direito Penal Econômico. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é o órgão responsável por emitir as normas que complementam as normas penais em branco do Direito Penal Econômico, definindo, por tanto, a abordagem dos delitos econômicos, em prol da defesa do bem-jurídico Ordem Econômica. Dentre as consequências do emprego da técnica legislativa analisada e da posição do CADE como autarquia responsável pela complementação das normas está a autorização conferida à fusão das cervejarias Antártica e Brahma, nos anos 2000, que formou a AMBEV.

## **2 Metodologia**

A metodologia a ser utilizada nesta pesquisa é dedutiva e discursiva, pretende partir das noções macro de direito penal econômico e norma penal em branco para analisar a posição desse sistema em relação ao Princípio da Legalidade e a criação da AMBEV, como consequência da relação entre esses fatores.

Dentre as dificuldades de realização do projeto, destacam-se duas: desatualização de parte da bibliografia encontrada, em especial no que tange aos avanços legislativos na área e a ausência de um manual de direito econômico com noções aprofundadas e inter-relacionadas dos temas dos quais trata.

### 3 Resultados e discussão

A princípio, esperava-se por parte da doutrina uma defesa mais consistente do princípio da legalidade. O que se encontra, no entanto, são teóricos que assumem a dualidade, atestam o prejuízo ao corolário e, partindo do princípio que a técnica legislativa das normas penais em branco em sentido estrito são um mal necessário dá por conclusa a problematização.

A doutrina é diversa no que tange ao Direito Penal Econômico. A princípio, é reconhecida a existência do Direito Econômico, como ramo do Direito responsável por lidar com a política econômica estatal (SOUZA, 2005, p.23). Tal função difunde-se a partir da Segunda Guerra Mundial, com o novo sistema econômico fundado na intervenção do Estado na economia. Quanto ao Direito Penal Econômico, ainda que alguns teóricos resistam à sua concepção, se aceita em geral sua existência, enquanto diverge-se principalmente acerca da relação que trava com o Direito Penal em si. Dentre as linhas defendidas está a de que o Direito Penal Econômico seria uma especialização do Direito Penal, (RIGHI, 1980, p.10) a adotada por esta pesquisa.

Partindo por tanto da noção de que o Direito Penal Econômico existe e é um ramo do Direito Penal, define-se, por tanto, que o bem jurídico-penal tutelado é a Ordem Econômica, que pode ser classificado como bem jurídico supraindividual (TIEDEMANN, 1986 apud ZINI, 2012, p. 163). Uma das vertentes da Ordem Econômica é a livre concorrência. Políticas bem desenhadas para protegê-la dispõem de instrumentos que provoquem nos agentes o objetivo de suplantar seus iguais por meio de métodos que aumentem o bem-estar da coletividade (SALGADO, 2007, p.4). É frequente, no entanto, que a concorrência seja prejudicada e, em consequência, o bem-estar da coletividade, por decisões dos agentes econômicos, como, por exemplo, fusões que acarretem controle de mercado.

Ademais, a Norma Penal em Branco foi inicialmente teorizada por Karl Binding, responsável pelo reconhecimento a existência de normas criadas por meio de uma técnica legislativa específica que as tornava capazes de serem mais facilmente adequadas às demandas dos âmbitos por elas regidos. Desse modo, tais normas são frequentemente utilizadas por ramos como o Direito Penal Econômico, uma vez que a fluidez do bem-jurídico “Ordem Econômica” demanda normas facilmente adequáveis. Essa adequabilidade era fruto

do fato de que o preceito primário prescrevia tão somente parte do tipo delitivo, deixando outra parte para complementação a ser realizada por meio de lei em sentido amplo (norma penal em branco em sentido estrito) ou por meio de lei em sentido estrito (norma penal em branco em sentido amplo) (PRADO, 2014, p.235).

O Princípio da Legalidade tem como fundamento original a necessidade de proteção do indivíduo contra arbitrariedades cometidas pelo poder estatal e (BECCARIA, 1764, p. 10), por ser esta a grande causa iluminista, tornou-se corolário indispensável dos Estados de Direito. Diversos são seus desdobramentos dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro, dentre os quais está o artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal (CF), segundo o qual “Não há crime sem lei anterior que o defina...”. Lei, neste caso, deve ser compreendida como lei em sentido estrito, emanada do Congresso Nacional (art. 22, I CF). Desse modo, o indivíduo está protegido de arbitrariedades na medida em que tem todo o espaço de atuação estatal na seara penal é, obrigatoriamente, definido por leis em sentido estrito.

Por tanto, tem-se de um lado a utilidade inegável das normas penais em branco no que tange à regulação de substratos dinâmicos como a Ordem Econômica, e de outro o princípio da legalidade, basilar na concepção de Estado de Direito. O conflito entre esses dois elementos surge especificamente no caso das normas penais em branco em sentido estrito, complementadas por leis em sentido amplo, o que infringiria o princípio da legalidade. Dentre as respostas para essa questão está a construída pelo STF, segundo a qual desde que a norma complementar, ainda que lei em sentido amplo, não alterasse a figura abstratamente prevista no tipo penal, não haveria oposição ao princípio da legalidade.

Dentre os órgãos responsáveis por proteger a Ordem Econômica está incluso o CADE, cujas atribuições estão definidas na Lei 12.529/11. Esse dispositivo legal também trata do que serão consideradas infrações econômicas. A autarquia é responsável por “decidir sobre a existência de infração à ordem econômica – aplicando as penalidades previstas em lei – e por realizar o controle preventivo dos atos que possam ser prejudiciais à livre concorrência” (CRAVO, 2010, p.579).

A questão das normas penais em branco no ramo do direito penal econômico torna-se concreta quando ao CADE é conferida, por meio de uma norma desse tipo, a prerrogativa de determinar, em específico, qual porcentagem do mercado deve pertencer a um único agente para que se caracterize controle de mercado. Tal controle é considerado infração econômica

pelo art. 36, II da Lei 12.529/11, enquanto a prerrogativa do CADE é afirmada no §2º do mesmo artigo.

Utilizando-se desta prerrogativa, o CADE permitiu a fusão das cervejarias Antártica e Brahma, no final de 1999, que viria a constituir a AMBEV. A empresa criada, no intervalo entre sua criação e 2005, já detinha 65% do mercado brasileiro de cervejas, (LAVALL, PEREZZOTTO, 2010, p.15), porcentagem superior ao parâmetro legal (20%, segundo o art. 36,ii da Lei 12.529/11). A consequência da prerrogativa de complementar a norma penal em branco que tipifica o crime de controle de mercado foi a de uma lei em sentido amplo, a decisão do CADE, definindo matéria penal e, com isso, criando uma empresa que detinha enorme parcela do mercado. Soma-se a isso o fato de que, aplicando o índice Hirschman-Herfindahl ao caso (procedimento padrão para fusões de empresas), os valores encontrados foram superiores aos usualmente aceitos pelo próprio CADE para permissão de fusões. Tal índice traduz a possibilidade de que o movimento, caso autorizado, venha a acarretar controle de mercado (LAVALL, PEREZZOTTO, 2010, p.14).

#### **4 Conclusão**

O Direito Penal Econômico, como ramo do Direito Penal e responsável pela tutela do bem-jurídico supra individual Ordem Econômica, usa como recurso para adaptar-se à maleabilidade de seu objeto as normas penais em branco. Baseada na existência de um preceito primário a ser complementado por outra norma, essa técnica legislativa entra em conflito com o Princípio da Legalidade caso o complemento utilizado seja uma norma em sentido amplo, relação tal que, devido à posição fundante do princípio no Estado de Direito, não pode ser ignorada. O STF propõe solução: ausente prejuízo ao abstratamente previsto no tipo penal, não há violação ao princípio da legalidade. Tal solução, no entanto, parece insuficiente.

O CADE adquire a prerrogativa de determinar o que caracteriza controle de mercado por meio de uma norma penal em branco em sentido estrito. Ao exercer tal prerrogativa, permitiu, entre outros, a fusão de duas cervejarias brasileiras, que viria a formar uma empresa que detinha parcela considerável do mercado em questão, contrariando índices e parâmetros

estabelecidos pela própria autarquia. Desse modo, ultrapassando a solução encontrada pelo STF, conclui-se que o complemento da norma penal em branco deve se pautar pela defesa última de princípios constitucionalmente estabelecidos. No caso, a defesa da Livre Concorrência e, em última análise, da própria Ordem Econômica, deveriam ser estritamente observados para fundamentação da decisão da autarquia, não preteridos pelo que parece ser uma necessidade político-econômica de produzir conglomerados de capital brasileiro atuantes no mercado internacional.

## Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> acesso em 02 nov.2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> acesso em 02 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8.137, de 27 de Dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e da outras providências. Brasília, Distrito Federal.

CRAVO, Daniela Copetti. Defesa da Concorrência: a natureza da intervenção judicial do Cade. In: SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO, Ministério da Fazenda. **V Prêmio SEAE 2010: Concurso de monografias sobre os temas: defesa da concorrência e regulação econômica**. Brasília: Seae, 2011. P. 571-618.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. 14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SALGADO, Lúcia Helena. **Defesa da concorrência no Brasil em Momento de Decisão**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <[http://works.bepress.com/lucia\\_salgado/12/](http://works.bepress.com/lucia_salgado/12/)>. Acesso em 02 nov. 2016.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. **O princípio da legalidade e o direito penal econômico: análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito**. 2011. 201 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005.

STJ, RHC 16.172/SP, Relatora: Ministra Laurita Vaz, 5 T., julgado em 23.08.2005, DJU de 26.09.2005, p. 406. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

STF, HC 73.168/SP, Relator: Ministro Moreira Alves, 1 T., julgado em 21.11.1995, DJU de 15.03.1996, p. 7204. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

LAVALL, Vanderléia Loff; PREZZOTTO, Keli. **AMBEV: Análise da fusão e os efeitos sobre o Mercado**. Centro Universitário do Espírito Santo (2010). Disponível em:<[http://www.apec.unesc.net/V\\_EEC/sessoes\\_tematicas/Economia%20industrial,20%ci%C3%A2ncia,%20tecnologia%20e%20inova%C3%A7%C3%A3o/AMBEV%20%20AN%C3%81LISE%20DA%30%20FUS%C3%83O%20O2%EFEITOS%20SOBRE%20O%20MERCADO.pdf](http://www.apec.unesc.net/V_EEC/sessoes_tematicas/Economia%20industrial,20%ci%C3%A2ncia,%20tecnologia%20e%20inova%C3%A7%C3%A3o/AMBEV%20%20AN%C3%81LISE%20DA%30%20FUS%C3%83O%20O2%EFEITOS%20SOBRE%20O%20MERCADO.pdf)> Acesso em: 02 nov. 2016.

ZINI, Júlio Cezar Faria. Apontamentos sobre Direito Penal Econômico e suas especificidades. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n.60, p.147 a 207, jan./jun. 2012.

Anais da XIII Semana de Iniciação Científica  
Nova Lima, 21 a 23 de novembro, 2016



RIGHI, Esteban. **Derecho penal económico**. Estudios de Derecho Económico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Vol. I, UNAM. México, 1980.

## **BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA COMO OBJETO DE PROTEÇÃO DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO**

**Guilherme Henrique Peixoto de Azevedo<sup>1</sup>**

**Lucas de Freitas Pereira<sup>2</sup>**

### **1 Introdução**

A lavagem de dinheiro, tipificada pela Lei nº 9.613/98 (alterada pela Lei nº 12.683/2012), traz uma conceituação acerca do que é o crime de “Lavagem”, dispondo, em linhas gerais que qualquer ocultação ou dissimulação da natureza e origem de bens, direitos ou valores provenientes de origem ilícita, de infrações penais, consiste-se no aludido crime, passível de punição.

Na mesma linha, o i. Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior, dispõe, no livro “Lavagem de dinheiro, Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp”, à fl.21, acerca do conceito de Lavagem de Dinheiro, qual seja:

Podemos conceituar a lavagem de dinheiro como atividade que consiste na desvinculação ou afastamento do dinheiro da sua origem ilícita para que possa ser aproveitado.

Tem-se que, o crime de lavagem é crime acessório, e está condicionado a pratica de uma infração penal antecedente, independentemente de sua natureza, capaz de produzir dinheiro, bem ou valor que será objeto de ocultação ou dissimulação. Assim, é imprescindível

---

<sup>1</sup> Graduando da Faculdade de Direito Milton Campos

<sup>2</sup> Graduando da Faculdade de Direito Milton Campos

para configuração do crime *in comento*, uma conduta anterior típica e ilícita, ambas de mesma autoria ou não.

É cediço que uma das funções precípua do Direito Penal é a proteção ao bem jurídico. Nas palavras de Cléber Masson, no livro “Direito Penal Esquematizado, *Parte Geral, Vol.1*”, à fl. 9, a noção de bem jurídico, consiste-se em: “(...) valores ou interesses reconhecidos pelo Direito e imprescindíveis à satisfação do indivíduo e da sociedade”. É a tutela a esse valor que confere legitimidade ao Estado para aplicar sanções em casos de ofensa ao bem jurídico protegido pelo tipo penal, atendendo assim, o interesse da coletividade.

Toda conduta ilícita, antijurídica e culpável, ofende, necessariamente, a um bem jurídico, o qual dependerá da natureza do crime e de seus sujeitos ativos e passivos. Portanto, cada tipo penal tutela, impreterivelmente, ao menos, um dos valores dispostos na Constituição Federal e os quais a sociedade define como fundamentais à garantia da ordem pública.

O Direito Penal, por estar inserido no ramo do Direito Público, visa tutelar o bem-estar da coletividade, assim, diante o seu caráter fragmentário e subsidiário, o legislador seleciona os interesses mais relevantes à manutenção da paz social, definindo-os como merecedores da proteção penal.

A importância de delimitar o bem jurídico tutelado, reside em estabelecer as hipóteses de aplicação do Direito Penal, em consonância com princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), definindo a extensão dos efeitos do crime, assim como os limites de aplicação das punições cabíveis.

No caso da lavagem de dinheiro, a doutrina diverge acerca de qual bem jurídico é tutelado, surgindo assim, quatro correntes distintas, quais sejam: (i) O mesmo bem jurídico tutelado pelo crime antecedente; (ii) A Administração da Justiça; (iii) A ordem econômico-financeira; ou (iv) A pluriofensividade.

Desta feita, o objetivo do presente resumo expandido é identificar qual o bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro.

## 2 Resultado e discussão

Como marco teórico do presente estudo, elege-se o alemão Claus Roxin. Considerado como um dos principais doutrinadores acerca do funcionalismo-teleológico, haja vista seu posicionamento quanto à necessidade do Direito Penal orientar-se pela função constitucional precípua de tutela dos bens jurídicos constitucionais e ainda, por ser o percussor da aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal.

A partir dos estudos realizados pelo doutrinador, ressalta-se a importância de definir qual o bem jurídico tutelado em cada crime, e, diante de tal relevância foi feita a análise da evolução da lei de lavagem de dinheiro, com as inovações trazidas pela Lei 12.683/2012, bem como as vertentes doutrinárias que buscam definir qual o bem jurídico tutelado especificamente pelo crime de lavagem de dinheiro.

Buscou-se definir, primeiramente, o crime de lavagem de dinheiro para, após, entender a importância de definir qual o bem jurídico tutelado pelo delito em estudo. Não obstante o crime de lavagem de dinheiro seja pouco estudado, foi possível identificar as quatro vertentes doutrinárias acerca do tema apresentado. Também, com perfeição, e em consonância com a doutrina e jurisprudência majoritária, pode-se constatar qual posicionamento tem maior aplicabilidade, sendo assim a posição dominante e que melhor define o objeto de proteção.

Como já citado, as quatro correntes consistem-se em: o mesmo bem jurídico tutelado pelo crime antecedente, a administração da justiça, a ordem econômico-financeira e a pluriofensividade, as quais serão explicadas a seguir.

Com o advento das inovações da Lei 12.683/2012, a tese que defende “o mesmo bem jurídico tutelado pelo crime antecedente” perdeu sua aplicabilidade, uma vez que sustentava que apenas o crime de tráfico é crime antecedente. Ou seja, somente o tráfico ilícito de drogas poderia ensejar a lavagem de dinheiro, todavia, a lei de lavagem, não mais possui, um rol taxativo de crimes antecedentes, podendo qualquer crime ou contravenção anteceder a lavagem, caindo por terra o argumento utilizado por essa corrente.

Já na corrente que defende a “Administração da Justiça”, enfatizam a ideia de que o crime de lavagem de capitais se aproxima do delito de Favorecimento Real, previsto no art.

349, do CP<sup>3</sup>, o qual é considerado crime contra a administração da justiça, uma vez que pretende-se ocultar um ilícito já cometido. Todavia, o crime supracitado destoa da lavagem, pois, para que aquele se consuma, não é necessário que os ativos ocultados sejam incorporados formalmente ao sistema econômico. No sentido contrário, para que seja configurada lavagem, os valores ocultados ou dissimulados, precisam, impreterivelmente, serem reintegrados à ordem econômica, dando assim, caráter lícito ao dinheiro ou bem provindo de atividade ilícita.

A vertente majoritária e jurisprudencialmente aceita discorre acerca de ser a “Ordem econômico-financeira” o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro, pois, nos ensinamentos de William Terra de Oliveira:

a conduta de lavagem de dinheiro atinge interesses metapessoais ou transindividuais e, por esse motivo, o bem juridicamente protegido não poderia ser outro senão a própria ordem sócio econômica.

Corroborando com o argumento acima, é mister ressaltar que a Convenção de Viena de 20 de dezembro de 1988, instrumento responsável pela tipificação do delito de lavagem de dinheiro no âmbito internacional e pelo advento da lei nº 9.613/98, no seu preâmbulo opta por tutelar, como bem jurídico, a ordem econômico-financeira.

Por fim, a quarta vertente, que entende ser o crime de lavagem de capitais, pluriofensivo, ou seja, ofende simultaneamente mais de um bem jurídico, sejam eles, (i) a ordem econômico-financeira e o bem jurídico tutelado pelo crime antecedente; (ii) a ordem econômico-financeira e a administração da justiça ou (iii) administração da justiça e o mesmo bem jurídico da infração antecedente, não merece prosperar, pois, por si só, a tese se contradiz, tendo em vista as razões elencadas acima para não aplicar as correntes que defendem ser o bem jurídico tutelado a administração da justiça ou o bem jurídico tutelado pelo crime antecedente.

---

<sup>3</sup>Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa

### 3 Conclusão

Diante todo o exposto, entende-se que o crime de lavagem de capitais, ofende, única e exclusivamente, a ordem econômico-financeira, pois o referido crime afeta o equilíbrio do mercado de modo que impacta a economia de sobremaneira que favorece apenas àqueles que ilicitamente, inseriram dinheiro no sistema financeiro. Ato contínuo, a lavagem causa desequilíbrio na economia, turbando seu funcionamento e equilíbrio, ferindo assim os princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor, consubstanciados no art. 170 da Constituição Federal, no Título que dispõe acerca da ordem econômico-financeira. Sendo assim, outra conclusão não há, senão que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é a ordem econômico-financeira, devido aos efeitos e consequências que este crime causa nela.

### Referências

BARROS, Marcos Antonio de. **Lavagem de Dinheiro: Implicações Penais, Processuais e Administrativas: análise sistemática da lei nº 9.613 de 3-3-1998**. 1.ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

OLIVEIRA, William Terra de. **A criminalização da Lavagem de Dinheiro - aspectos penais da Lei 9.613/98.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, a.6, n.23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado:** Parte Geral, vol. 1. 4.ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

MORO, Sergio Fernando et al. **Lavagem de dinheiro:** comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

## UMA NOVA LEITURA DA IMPUTABILIDADE PENAL E DA MEDIDA DE SEGURANÇA

**Débora Santos Tavares<sup>1</sup>**

**Orientação: Julio César Faria Zini<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

O tema trabalhado na pesquisa foi a releitura da imputabilidade penal à luz da concepção significativa da ação e da medida de segurança sob o enfoque do fundamento retributivo do Direito Penal. A concepção significativa da ação foi delineada por Tomás Salvador Vives Antón com base na semântica do uso de Ludwig Wittgenstein. O caráter retributivo da pena, por sua vez, foi defendido por Rainer Zaczyk com base kantiana.

Desta forma, afirma-se, como hipótese, que a medida de segurança não pode ser aplicada no ordenamento jurídico-penal brasileiro como consequência jurídica da inimputabilidade e da semi-imputabilidade exatamente por possuir natureza preventiva.

O objetivo geral da pesquisa foi apresentar uma crítica da previsão da medida de segurança como sanção penal pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro.

---

<sup>1</sup> Graduanda da Faculdade de Direito da UFMG

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Líder do Grupo de Estudos "Filosofia da Linguagem e Direito Penal". Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Direito Processual Penal e Bioética.

## 2 Discussão e Resultados

A pesquisa teve como marco teórico a concepção significativa da ação defendida por Tomás Salvador Vives Antón em seu texto “Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales” e a concepção retributiva da pena defendida por Rainer Zaczky em seu texto “Sobre La justicia de La imposición de penas a los seres humanos”. O tipo de pesquisa utilizado foi o “jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo”.

Direito tem como fundamento a liberdade e consiste na “soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”. (KANT, 2008, p. 76) O Direito Penal, com respeito ao princípio da intervenção mínima, que tem como subprincípios subsidiariedade, fragmentariedade e exclusiva proteção de bens jurídicos, centra-se na coexistência da liberdade externa dos seres humanos. O sistema penal, por sua vez, é o sistema normativo que ordena os preceitos penais, determina-os por meio da semântica do uso e tem como ponto central exatamente a liberdade. A semântica do uso, desenvolvida por Ludwig Wittgenstein, foca-se na linguagem que ocorre na vida diária, com o significado sendo delineado pelo uso. Este, por sua vez, está ligado a um contexto, a jogos de linguagem e a formas de vida. Regras pautadas na forma de vida governam os jogos de linguagem. Seguir uma regra, por sua vez, é seguir uma ordem, que, para tanto, exige liberdade de quem a vai seguir. (cf. ZINI, 2015, p. 109-112 e 200-202)

As normas penais são regras de condutas que visam a conformação da liberdade dos seres humanos. A sanção penal, portanto, só é possível quando não se segue as regras contidas nas normas penais, ocasionando lesão ou ameaça de lesão a liberdade de terceiro. (cf. ZINI, 2015, p. 234-235) O Direito Penal, em respeito ao princípio da dignidade humana, entendida como não instrumentalização do ser humano, não visa a prevenção de crimes. A pena consiste em uma retribuição jurídica ao ser humano que lesionou ou ameaçou de lesão a liberdade de terceiro, ou seja, que praticou um crime. (cf. ZACZIK, 2010, p. 106; ZINI, 2015, p. 237-238)

Tomás Salvador Vives Antón ressalta que “o seguimento de regras implica *captação de sentido* e, por conseguinte, determinação conforme a sentido”. (VIVES ANTÓN, 2011, p.

331). A pretensão de reprovação da norma penal<sup>3</sup> inclui a verificação da imputabilidade do ser humano que lesionou ou ameaçou de lesão a liberdade de terceiro, ou seja, a verificação da sua capacidade de compreender o comando normativo, de captar o sentido da norma penal e determinar-se de acordo com ele segundo sua liberdade. A aferição da imputabilidade pode ser realizada pelo sistema biológico, que consiste na verificação de anomalia psíquica e de sua gravidade, pelo sistema psicológico, que requer a verificação da capacidade de captar o sentido da norma penal e determinar-se de acordo com ele no momento da prática da conduta penalmente relevante, e pelo sistema biopsicológico, que congrega os dois sistemas anteriores na verificação da conduta penalmente relevante praticada. O critério biológico é o que determina a maioria penal (CR/88, Art. 228; CP, Art. 27). Já o critério biopsicológico é o utilizado para determinar a inimputabilidade e semi-imputabilidade em casos de doença mental, desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado (CP, Art. 26). São exemplos de doenças mentais as psicoses maníaco-depressivas, paranoias, demências, neuroses, distúrbios obsessivo-compulsivos, epilepsias, esquizofrenias e oligofrenias.

O ser humano que era, no momento da conduta penalmente relevante, inteiramente capaz de captar o sentido da norma penal e determinar-se de acordo com ele em sua liberdade é considerado imputável. Já o ser humano que era inteiramente incapaz, inimputável; o parcialmente capaz, semi-imputável.

Considerando o fundamento retributivo do Direito Penal, aos inimputáveis não podem ser aplicadas sanções penais. Apesar de preenchidas a pretensão de relevância e a pretensão de ilicitude, a pretensão de reprovação não o foi. A lesão ou ameaça de lesão à liberdade de terceiro não é capaz, neste contexto, de diminuir o seu *status* jurídico. No ordenamento jurídico brasileiro, os inimputáveis são absolvidos. No entanto, serão submetidos a medida de segurança (CPP, Art. 386, parágrafo único, inc. III). É o que se denomina absolvição imprópria. Com base no mesmo fundamento, as medidas de segurança não podem substituir

---

<sup>3</sup> Tomás Salvador Vives Antón estrutura o conteúdo da infração penal a partir das pretensões de validade da norma penal: pretensão de relevância, pretensão de ilicitude, pretensão de reprovação e pretensão de necessidade de pena. (VIVES ANTÓN, 2011, p. 491-496).

as penas privativas de liberdade nos casos de semi-imputabilidade, considerando o sistema vicariante.

A medida de segurança é uma sanção penal que visa a proteção social contra a periculosidade de seres humanos incapazes de captar o sentido da norma penal e determinar-se de acordo com ele, possuindo, assim, clara natureza preventiva. A doutrina majoritária reconhece a natureza de sanção penal à medida de segurança no ordenamento jurídico-penal brasileiro. (cf. GALVÃO, 2016, p. 990; QUEIROZ, 2013, p. 547; PRADO, CARVALHO, CARVALHO, 2015, p. 561; BITENCOURT, 2012, p. 839) Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, por sua vez, advertem que a medida de segurança não é materialmente penal, por não possuir conteúdo punitivo, mas apenas formalmente penal, por sua execução ficar a cargo do juízo penal (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2004, p. 809). Como formalmente penal, à medida de segurança devem ser aplicadas as mesmas garantias dirigidas às sanções material e formalmente penais, como, por exemplo, observância dos princípios da legalidade, irretroatividade da lei penal, retroatividade da lei penal mais benéfica, proporcionalidade, humanidade, personalidade da pena e individualização da pena.

A periculosidade, inicialmente, foi entendida como um juízo de probabilidade de prática de um novo injusto penal. Atualmente, considera-se presente apenas com a realização de um injusto penal. A periculosidade pode ser presumida, determinada por presunção legal, como é o caso dos inimputáveis (CP, Art. 26, *caput*), e real, verificada pelo juiz, obedecendo ao sistema vicariante previsto para os semi-imputáveis (CP, Art. 26, parágrafo único, e 98). (cf. FRAGOSO, 2006, p. 502-503; BUSATO, 2013, p. 857-858) A natureza preventiva da medida de segurança está ligada à própria periculosidade: “a incapacidade psíquica aumenta as chances de reiteração da conduta e o indivíduo passa a ser considerado pela ordem jurídica como *perigoso*”. (GALVÃO, 2016, p. 989)

Existem duas espécies de medida de segurança no ordenamento jurídico-penal brasileiro (CP, Art. 96 e 97). A internação hospitalar é a medida de segurança mais grave, deve ser aplicada em face de crimes apenados com reclusão e pode ser aplicada aos crimes apenados com detenção. O tratamento ambulatorial, por sua vez, é a medida de segurança menos grave, sendo aplicada em face de crimes apenados com detenção.

O Conselho Federal de Psicologia (CFP), em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde

(AMPASA), denunciou, em 2015, no relatório “Inspeções aos Manicômios”, a realidade desumana e cruel das instituições de cumprimento de medida de segurança do Brasil. Os principais problemas relatados são, basicamente, superlotação, a precariedade da estrutura física, péssimas condições de limpeza e falta de profissionais, como, por exemplo, psicólogos. O relatório diz, ainda, que o processo democrático proclamado pela Constituição da República de 1988 é contrariado pelo histórico de desrespeito aos direitos humano-fundamentais nos manicômios judiciais brasileiros. A violação dos direitos humano-fundamentais dos presos é percebida durante toda execução da medida de segurança, seja pela falta de recursos e descaso, seja pelo preconceito, que estimula estereótipos sobre os indivíduos considerados perigosos e nega seus direitos humano-fundamentais à saúde, integridade e proteção social (CFP, 2015).

### 3 Conclusão

A verificação da imputabilidade é realizada na pretensão de reprovação da norma penal. O inimputável é inteiramente incapaz de captar o sentido da norma penal e determinar-se de acordo com ele.

A medida de segurança, em razão do fundamento retributivo do Direito Penal, não deve ser considerada nem ao menos formalmente penal. Desta forma, devem ser revogados os dispositivos que a ela se referem no Código Penal, na Lei de Execuções Penais, no Código de Processo Penal e na Lei de Contravenções Penais. Aos inimputáveis deve ser aplicada a Lei 10.216/2001, que trata da proteção e dos direitos dos seres humanos portadores de transtornos mentais, pelo juízo cível.

Acrescenta-se que, da forma como a medida de segurança é aplicada no Brasil, três sérios problemas podem ser identificados: *(I)* A medida de segurança representa uma completa inocuidade daqueles a ela submetidos, possuindo significado de punição; *(II)* Empreende uma instrumentalização daqueles a ela submetidos, desrespeitando sua dignidade humana; *(III)* Sua execução, em geral, fere o princípio da humanidade.

## Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral, 1. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Inspecões aos manicômios:** Relatório Brasil 2015. Disponível em: [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/12/CFP\\_Livro\\_InspManicomios\\_web.pdf](http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/12/CFP_Livro_InspManicomios_web.pdf). Acessado em: 19.out.2016.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 17 ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal:** parte geral. 7 ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008.

PRADO, Luiz Regis, CARVALHO, Érika Mendes de, CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro.** 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal:** parte Geral. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal:** acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: TirantloBlanch, 2011.

ZACZYK, Rainer. Sobre lajusticia de laimposición de penas a los seres humanos. In: ZACZYK, Rainer. **Libertad, derecho y fundamentación de la pena**. Compilado por Eduardo MontealegreLynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal:** parte general. 2 ed. Buenos Aires, Ediar, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

## **ICMS: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MAJORAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALIQUOTASEM MINAS GERAIS PELO DECRETO Nº 46.930/2015.**

**Luiza Faria Neves<sup>1</sup>**

### **1 Introdução**

O presente estudo tem a finalidade de oferecer maior reflexão acerca da alteração da forma de cálculo do diferencial de alíquotas no Estado de Minas Gerais nas aquisições interestaduais de bens e serviços, por meio do Decreto nº 46.930/2015.

Conforme demonstrado abaixo, foi através da Emenda Constitucional nº 87 de 2015, que o Estado utilizou o pretexto para majorar a base de cálculo que incide nas operações interestaduais no âmbito do ICMS - imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação.

Ainda, breves considerações foram realizadas sobre o princípio da legalidade e a logo após passou-se a analisar a nova forma de cálculo que foi introduzida pelo ato normativo infralegal supracitado.

### **2. Resultados e Discussão**

#### **2.1 Considerações Acerca do ICMS**

---

<sup>1</sup> A autora é estudante de Direito pela Faculdade Milton Campos, pesquisadora voluntária pela mesma instituição e Trainee no escritório Junqueira de Carvalho e Murgel Consultores.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 155, inciso II, atribui aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação – ICMS.

Há alguns princípios informadores deste tributo, dentre os quais destacamos como relevante para a presente análise o princípio da legalidade.

Tal princípio é previsto expressamente no texto constitucional, *in verbis*, no art. 150, I:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Em outras palavras, a lei tributária deve compreender todos os elementos da regramatriz de incidência, sendo eles os sujeitos ativo e passivo, a base de cálculo e a alíquota.

Sobre o tema, preleciona Roque Antonio Carrazza:

O tributo, pois, deve nascer da lei. Tal lei deve conter todos os elementos e supostos da norma jurídica tributária, não se discutindo, de forma alguma, a delegação, ao Poder Executivo, da faculdade de defini-los, ainda que em parte. Remarcamos ser de exclusividade da lei, não só a determinação da hipótese de incidência do tributo, como também, de seus elementos quantitativos.

Resta evidente, portanto, que o Executivo não poderá apontar nem mesmo por delegação legislativa nenhum aspecto essencial da norma jurídica tributária, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. (CARRAZZA, 2012, p. 227).

## 2.2 As Alterações Promovidas pela EC 87 de 2015 no Estado de Minas Gerais

A Emenda Constitucional 87 de 2015, alterou os incisos VII e VIII, do §2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, para tratar da sistemática de cobrança do ICMS incidente sobre as operações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado. Vejamos:

Emenda Constitucional 87/15

Art. 155. §2ºVII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

(...)

- VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:
- a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;
  - b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto.

Logo, com a Emenda Constitucional supracitada, tornou-se obrigatória a aplicação da alíquota interestadual nas operações ou prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do ICMS, cabendo ao Estado de destino a diferença entre sua alíquota interna e a interestadual, de modo que:

- (i) O Estado de origem terá direito ao imposto correspondente à alíquota interestadual;
- (ii) O Estado de destino terá direito ao imposto correspondente à diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual.

Entretanto, o Estado de Minas Gerais regulamentou tais normas por meio do Decreto nº 46.930/2015, que, além de outras alterações, incluiu o § 8º, I, no art. 43 do RICMS/2002, vejamos:

Art. 1º. O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

VII - a entrada, em estabelecimento de contribuinte, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente;

(...)

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 8º Para cálculo da parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida a este Estado, será observado o seguinte:

I - na hipótese do inciso VII do caput do art. 1º deste Regulamento:

a) para fins do disposto no art. 49 deste Regulamento:

a.1) do valor da operação será excluído o valor do imposto correspondente à operação interestadual;

a.2) ao valor obtido na forma da subalínea “a.1” será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

b) sobre o valor obtido na forma da subalínea “a.2” será aplicada a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

c) o imposto devido corresponderá à diferença positiva entre o valor obtido na forma da alínea “b” e o valor do imposto relativo à operação interestadual, assim considerado o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre o valor da operação de que trata a subalínea “a.1” antes da exclusão do imposto;

Nota-se que o Decreto acima alterou o cálculo da parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual devida a este Estado, resultando em aumento da carga tributária ao majorar a base de cálculo do imposto.<sup>2</sup>

Portanto, em face da alteração na fórmula de cálculo, fica evidente o acréscimo da carga tributária mediante ato do Poder Executivo, violando o princípio da legalidade e onerando o contribuinte.

### 3 Conclusão

Pelo exposto nos tópicos anteriores, resta claro que o Estado de Minas Gerais, visando regulamentar a Emenda Constitucional nº 87/2015, introduziu ato normativo infralegal, qual seja o Decreto nº 46.930/2015, alterando a sistemática de aplicação do diferencial de alíquotas e majorando a sua base de cálculo, que passou a não refletir o valor da operação. Portanto, houve um aumento da carga tributária que, sem respaldo na lei, se mostra inconstitucional.

### Referências

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1.998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 31 de outubro de 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 87 de 16 de abril e 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc87.htm). Acesso em 31 de outubro de 2016.

---

<sup>2</sup> Para maior compreensão do cálculo, consultar Apêndice: Tabela – Cálculos do diferencial de alíquotas.

DIFAL. Simule e aprenda tudo sobre Diferencial de Alíquota do ICMS. Disponível em: <http://www.asseinfo.com.br/blog/difal-diferencial-de-aliquota-icms/>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA. Decreto nº 46.930 de 30 de dezembro de 2015. Disponível em: [http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao\\_tributaria/decretos/2015/d46930\\_2015.htm](http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/2015/d46930_2015.htm). Acesso em 31 de outubro de 2016.

## APÊNDICE

Tabela – Cálculos do diferencial de alíquotas

CÁLCULO ICMS - DIFAL	
Conforme art. 155, §2º, VII, CF/88 (Alterado pelo art. 1º da EC 87/2015)	
Valor da Operação	R\$ 1.000,00
Alíquota Interestadual ICMS	12%
Alíquota Interna	18%
Base de Cálculo	R\$ 1.000,00
Vir. ICMS DIFAL	R\$ 1.000,00 * 18% - R\$ 120,00 = <b>R\$ 60,00</b>

CÁLCULO ICMS - DIFAL	
Conforme art. 43, §8º, I, do RICMS/2002 (Acrescido pelo art. 2º do Dec. 46.930/2015)	
Valor da Operação	R\$ 1.000,00
Alíquota Interestadual	12%
Alíquota Interna	18%
Base de Cálculo	R\$ 880,00 / (1 - 18%) = <b>R\$ 1.073,00</b>
Vir. ICMS DIFAL	R\$ 193,17 - (R\$ 1.000 * 12%) = <b>R\$ 73,17</b>

### Notas

- (a) "Do valor da operação será excluído o valor do imposto correspondente à operação interestadual" - Art. 43, §8º, I, "a.1", do RICMS/2002
- (b) "Ao valor obtido na forma da subalínea "a.1" será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria" - Art. 43, §8º, I, "a.2", do RICMS/2002
- (c) "Sobre o valor obtido na forma da subalínea "a.2" será aplicada a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria" - Art. 43, §8º, I, "b", do RICMS/2002
- (d) "O imposto devido corresponderá à diferença positiva entre o valor obtido na forma da alínea "b" e o valor do imposto relativo à operação interestadual, assim considerado o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre o valor da operação de que trata a subalínea "a.1" antes da exclusão do imposto" Art. 43, §8º, I, "c", do RICMS/2002

Fonte: DIFAL (Calculo Próprio)

## DIREITO TRIBUTÁRIO: LIMITAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO FAP

**Arthur Wendling Villela<sup>1</sup>**

**Matheus Campos Pessoa Duarte<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

O presente artigo visa discutir a limitação imposta pelo art. 10 da lei nº 10.666/03<sup>3</sup>, bem como pelo art. 202-A, caput, do decreto nº 3.048/99<sup>4</sup> (Regulamento da Previdência Social), os quais restringem a aplicabilidade do FAP (Fator Acidentário de Prevenção) apenas ao RAT (Risco Ambiental do Trabalho), inviabilizando sua incidência sobre o Adicional do RAT (Risco Ambiental do Trabalho).

Em primeiro plano, o artigo realizará a conceituação dos institutos, bem como dos pontos necessários para compreensão do estudo. Em segundo plano, o enfoque será relacionado aos aspectos que tornam os dispositivos ilegais.

### 2 Resultados e discussão

#### 2.1 As Contribuições Sociais

---

<sup>1</sup> Graduando da Faculdade de Direito Milton Campos

<sup>2</sup> Graduando da Faculdade de Direito Milton Campos

<sup>3</sup> Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

<sup>4</sup> Art. 202-A. As alíquotas constantes nos incisos I a III do art. 202 serão reduzidas em até cinquenta por cento ou aumentadas em até cem por cento, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP.

A carta magna estabeleceu cinco espécies de tributo, dentre eles as Contribuições Sociais, que são espécies tributárias previstas nos art. 149<sup>5</sup> e 195<sup>6</sup> da Constituição Federal de 1988.

Hugo de Brito Machado conceitua contribuição social como “espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social”.<sup>7</sup> Dessa conceituação, pode-se extrair a existência de três subespécies de contribuições sociais, sendo elas: contribuição de intervenção no domínio econômico, contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas e, por fim, contribuições de seguridade social.

Todas as subespécies não só observam o regime jurídico tributário, mas também possuem natureza jurídica de tributo, sendo essa definição amplamente apoiada pela doutrina e jurisprudência<sup>8</sup>, tendo em vista o que dispõe o art. 3º do Código Tributário Nacional<sup>9</sup>.

Diante da definição da natureza jurídica das contribuições sociais, faz-se necessário demonstrar o caráter extrafiscal<sup>10</sup> da referida espécie tributária, sendo ele verificado pelo intuito não arrecadatório do tributo, vez que somente se almeja uma conduta preventiva nas atividades empresariais, visando diminuir os riscos ambientais do trabalho.

Demonstradas as idiossincrasias necessárias para o entendimento do presente artigo, faz-se necessário uma análise específica da contribuição previdenciária do RAT, de seu adicional e do FAP.

---

<sup>5</sup> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

<sup>6</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (...)

<sup>7</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 37. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. 423 p.

<sup>8</sup> RE 138.284, Rel Min Carlos Velloso.

<sup>9</sup> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

<sup>10</sup> Nesse sentido, Marcus de Freitas Gouvêa explica que a extrafiscalidade é característica: “decorrente da supremacia do interesse público, que fundamenta, juridicamente a tributação com fins diversos do puramente arrecadatório”(GOUVÊA, Marcus de Freitas. A Extrafiscalidade no Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 43).

## **2.2 Do Risco Ambiental do Trabalho (antigo SAT)**

A Constituição Federal estabeleceu que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como pelas contribuições sociais (art. 195, caput, CF/88).

Assim, diante da previsão constitucional (art.7º,XXVIII,CF/88) que garantiu aos trabalhadores o direito ao seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, o legislador federal, no exercício de sua competência exclusiva (art. 149, caput, CF/88), instituiu a Contribuição ao Seguro Acidente do Trabalho, inicialmente através da lei nº 7.787/89. Posteriormente, substituída pela lei nº 8.212/91, que estabeleceu a contribuição previdenciária sobre o risco ambiental do trabalho.

Tal dispositivo definiu que a finalidade do RAT é o custeio das aposentadorias especiais e dos benefícios pagos, em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa, bem como dispôs que sua base de cálculo do tributo é o total das remunerações pagas ou creditadas, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos.

Por fim, consignou que a alíquota da contribuição irá variar entre 1% e 3% de acordo com o grau risco por CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas), devendo-se observar o disposto na súmula nº 351 do STJ<sup>11</sup>.

Já em relação ao enquadramento das atividades empresárias, em cada grau de risco estabelecido em lei, o legislador delegou ao Poder Executivo o dever de regulamentar, o qual foi realizado por meio do decreto nº3.048/99.

## **2.3 Do Adicional do RAT**

O legislador com o objetivo complementar os meios de custeio da aposentadoria especial do empregado exposto a agentes nocivos, e impor ao empregador o encargo de

---

<sup>11</sup>Súmula nº 351 do STJ: A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro.

diminuir a exposição do empregado aos agentes nocivos e ao risco de acidentes de trabalho, através da implementação de equipamentos de segurança do trabalho, criou o adicional do RAT.

O art. 57, §6º, da lei nº 8.213/91<sup>12</sup> dispõe que as alíquotas do adicional do RAT, quais sejam, doze, nove ou seis pontos percentuais, definidas conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa, serão acrescidas às alíquotas do RAT.

Assim, o dispositivo estabelece de forma imperativa que tais alíquotas devem ser acrescidas quando ocorrer o fato gerador do adicional, sendo ele a efetiva exposição do segurado abrangido pelo regime de aposentadoria especial aos agentes nocivos definidos pelo Poder Executivo, através do decreto nº3.048/99.

Portanto, sempre que ocorrerem as hipóteses de aplicação do Adicional do RAT, sua alíquota será aplicada com intuito exclusivo de majorar ou reduzir o percentual da alíquota do RAT, visto que ele não possui todos os requisitos necessários para ser considerado uma contribuição autônoma, quais sejam os aspectos pessoais, temporais, materiais, espaciais e quantitativos. Dessa forma, o adicional do RAT é uma integração à contribuição social do RAT, não podendo eles serem aplicados separadamente, quando ocorrerem suas hipóteses de incidência.

Ademais, no concernente às atividades exercidas pelo segurado que permitam a concessão da aposentadoria especial, o art. 58 da lei 8.213/91<sup>13</sup> determinou que a comprovação de sua ocorrência será feita mediante perícia do INSS.

## **2.4 Do Fator Acidentário de Prevenção**

O art. 10, da lei nº 10.666/03 estabeleceu o fator acidentário de prevenção, o qual visa

---

<sup>12</sup>Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

§ 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

<sup>13</sup>Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

individualizar a contribuição social do RAT, em razão do desempenho da empresa a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

Tal norma dispôs que o Poder Executivo deveria disciplinar a metodologia de aplicação do FAP, o que foi realizado através do art. 202-A, § 1º, do decreto nº 3.048/99<sup>14</sup>, bem como pelas resoluções MPS/CNPS nº 1.308/2009 e nº 1.309/2009.

Os dispositivos legais supracitados estabelecem que o FAP consiste num multiplicador variável que poderá reduzir, em até cinquenta por cento, ou aumentar, em até cem por cento, o valor pago à título de contribuição social do RAT. Também dispuseram método de apuração do fator de incidência e sua forma de aplicação.

É possível se extrair, ainda, a finalidade extrafiscal do FAP que atua incentivando as empresas, dentro de cada setor de atividade empresarial, a investirem na prevenção e, por conseguinte, na redução dos índices de acidentalidade.

Ante o exposto, fica evidenciado a natureza *sui generis* do FAP, tendo em vista que de sua previsão legal não é possível se extrair os elementos necessários para a configuração da obrigação de pagar o tributo (fato gerador, sujeito passivo, base de cálculo e alíquota).

Porém, no presente artigo não visamos discutir a ofensa do legislador ao princípio da estrita legalidade tributária pela criação do FAP, mas sim demonstrar outro aspecto ilegal gerado pela limitação da incidência do fator apenas ao RAT, o que não pode ocorrer em virtude do caráter indissociável das alíquotas do RAT e de seu adicional.

### 3 Conclusão

Ultrapassada a análise dos conceitos dos institutos relevantes para a compreensão do presente artigo, bem como de suas naturezas jurídicas, características, princípios e normas

---

<sup>14</sup>Art. 202-A. As alíquotas constantes nos incisos I a III do art. 202 serão reduzidas em até cinquenta por cento ou aumentadas em até cem por cento, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP

§ 1º O FAP consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,0000), aplicado com quatro casas decimais, considerado o critério de arredondamento na quarta casa decimal, a ser aplicado à respectiva alíquota.

pertinentes faz-se necessário demonstrar a ilegalidade da limitação de incidência do FAP.

Da breve análise do RAT e de seu adicional é possível extrair as hipóteses de incidência dos institutos, sendo, portanto, aplicável o RAT aos que exercem atividades empresariais, apenas distinguindo-se a alíquota de acordo com o grau de risco da atividade, enquanto seu adicional somente será aplicável, nos casos em que o empregado estiver exposto a agentes nocivos e ao risco de acidentes de trabalho.

Também é possível extrair da redação do art.57, §6º, da lei nº 8.213/91 o caráter indissociável das alíquotas do RAT e de seu adicional, quando, simultaneamente, ocorrerem as hipóteses de incidência de ambos os institutos, tendo em vista que o adicional do RAT apenas existe para majorar a alíquota do RAT, em hipóteses específicas.

Tal afirmação decorre da própria disposição da lei que instituiu o adicional, dispondo que o benefício da aposentadoria especial será financiado pelo RAT, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais.

Assim, fica evidenciado que o adicional do RAT é apenas uma alíquota utilizada para majorar a contribuição social do RAT, ou melhor, uma alíquota que integra o próprio RAT, visando viabilizar os custos causados pelas concessões de aposentadorias especiais e pelos acidentes do trabalho, bem como auxiliar na diminuição dos riscos de acidentes.

Ademais, o legislador ao restringir a incidência do FAP, apenas as alíquotas do RAT, ignorou o princípio da extrafiscalidade, sendo ele fundamento precípua da existência/criação do próprio multiplicador. Ora, além de criar momentos de aplicação distintos para institutos indissociáveis, o legislador reduziu o caráter extrafiscal do FAP, bem como das demais contribuições envolvidas.

Ante o exposto, os art. 10 da lei nº 10.666/03 e art. 202-A, caput, decreto nº 3.048/99 que dispõe pela não incidência do FAP sobre o Adicional do RAT, limitam de forma ilegal o modo de incidência do FAP, vez que ao separarem as alíquotas do RAT e de seu adicional, no momento da aplicação do FAP, ignoram o princípio da extrafiscalidade, bem como a natureza jurídica dos institutos.

## Referências

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12<sup>a</sup> Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A Extrafiscalidade no Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LOBATO, Walter. **O custeio da Seguridade Social e os benefícios de risco. Os princípios aplicáveis e os limites ao poder de tributar**. Disponível em: <http://49ga9f10blgreaqid23bdv7s-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2010/12/Artigo-FAPSATRAT-Valter-Lobato.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 37<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

## CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - A DESCONSTRUÇÃO DE SUCESSIVOS SILÊNCIOS CONSTITUCIONAIS

Henrique Perlatto Moura<sup>1</sup>

### 1. Introdução

A vertente constitucional brasileira, classificada pela doutrina como analítica, desprende de seu bojo uma série de questionamentos, sendo um dos mais importantes desses o de como interpretar um silêncio constitucional.

O assunto, quando trazido para o âmbito do Direito Tributário passa a operar com ainda mais questionamentos em decorrência deste ramo estar fundado no princípio da legalidade, pois uma norma constitucional omissa deve ser interpretada de forma ampliativa ou restritiva? Como o constituinte derivado poderia agravar as discussões acerca das discussões em tela?

O caso que será discutido no presente trabalho será o das contribuições de melhoria. Mesmo sendo uma espécie de contribuição de pequena relevância prática em razão das dificuldades de sua mensuração e instituição, quanto aos seus limites a discussão fica deveras interessante. O texto constitucional vigente nos leva a crer que a presente contribuição não guardaria nenhum tipo de limite, sendo o texto constitucional expresso "*... poderão instituir os seguintes tributos: III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas*". A priori não seria razoável supor que não existiriam limites somente em razão do conteúdo dessa norma, mas como será trabalhado, as alterações constitucionais derivadas tornaram questionável a interpretação em favor do contribuinte, trazendo uma discussão que pode levar ao arbítrio do poder público para o modelo de instituição do tributo.

---

<sup>1</sup> Bolsista FAPEMIG da Faculdade de Direito Milton Campos

## 2. Resultados e discussão

A metodologia utilizada no trabalho consistiu na análise da doutrina e das sucessivas alterações constitucionais a começar pela AI-1 até à constituição ora vigente.

A Emenda Constitucional Nº 1 à constituição de 1967 alterou o texto constitucional e trouxe um texto pormenorizado, com diversos limites para a instituição, nos seguintes termos:

II - Contribuições de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado

A primeira alteração significativa para a presente temática surgiu com a emenda constitucional Nº 23 de 1983 ao texto da constituição de 1967, que assim dispunha:

II - Contribuição de melhoria, arrecada dos proprietários de imóveis beneficiados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada

O atento observador pode sentir uma alteração significativa nesse texto, com a supressão do limite de valorização individual para fins de computo do valor da contribuição a ser cobrada, somente se limitando ao valor da obra realizada.

A grande alteração, porém, veio com a carta magna de 1988, que em seu bojo traz a menos completa das normas, nos seguintes termos:

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas

Desconstruído todo o conceito originalmente disposto, a vigente constituição não mais traz a proteção ao contribuinte com a discriminação pormenorizada dos elementos da presente contribuição, sendo um cheque em branco para a cobrança de tributos em face do contribuinte.

A doutrina clássica definia, ainda sob a égide da já superada constituição de 67, a contribuição de melhoria como sendo um "tributo especial". O autor em comento, à época, defendia um sistema de tributação tripartite, já superado pela doutrina atual e jurisprudência

atuais. Seguindo na linha, o mesmo defende que o tributo é cobrado em razão da "*a valorização imobiliária causada por obra pública*", sendo a valorização imobiliária a base impositiva ao tributo, defendendo que, em não se tratando de taxa, não haveria de se limitar ao custo do serviço prestado (obra pública) em razão da impossibilidade de se definir um tributo pela sua finalidade.

A doutrina atual defende que as contribuições têm o fim de cobrir o custo da obra realizada, não de ser captada a mais valia pelo estado em não tendo caráter extrafiscal. Funda-se, assim, não em um preceito constitucional, mas em uma disposição constante no CTN, que mesmo de questionável recepção pela constituição de 88, foi assim declarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se que a constituição não mais exige tais requisitos para fixação, sendo eles dispostos em decreto recepcionado como lei complementar.

### 3 Conclusão

O constituinte, por descuido ou intencionalmente, suprimiu termos que garantiam ao contribuinte, no tocante às contribuições de melhoria, o limite individual e total. Não alterou a norma que instituiu o tributo, nem mesmo o fato gerador concreto, mas permitiu que, em abstrato, pudesse ser alterada a norma em tela para que o contribuinte pudesse arcar com mais do que o custo da obra realizada.

Mesmo que possa ser considerada nobre por alguns, a relativização do limite total da obra, em não sendo obstaculizado por nenhum dos pilares do sistema tributário nacional, acaba gerando grande insegurança jurídica para o contribuinte, que não dispõe da valorização em concreto para realizar o pagamento e podendo arcar com uma obrigação que não tem limites concretos, a depender da valorização do imóvel em abstrato.

Assim, em existindo outros meios para captação de recursos para a consecução de políticas de socialização, deve o poder público realizar essa cobrança em outros atos, se restringindo, no tocante à contribuição de melhoria, ao valor da obra.

## Referências

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

FOLLONI, André. Autoritarismo no regime jurídico das leis complementares e o problema no direito tributário. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.109, pp. 225-257, jul./dez. 2014.

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SUPRESSÃO DE DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS

**Bruno Santos Arantes Vieira**<sup>1</sup>

### 1 Introdução

A pesquisa procurou responder a seguinte indagação: a aplicação do princípio ou máxima da proporcionalidade nos moldes propostos por Alexy (2011) poderia acarretar a restrição excessiva ou mesmo a supressão de direitos e garantias humano-fundamentais.

Com esse objetivo, foi analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que entendeu ser cabível a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Nessa decisão, foram ponderados o princípio da presunção de inocência e o interesse constitucional na efetividade da lei penal.

O princípio da proporcionalidade é utilizado para resolver a hipótese de colisão de princípios, espécies de normas jurídicas que se distinguem das normas. Segundo Alexy (2011), princípios são mandados de otimização que devem ser realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Lado outro, regras são normas que devem ser aplicadas, conforme o brocardo “all or nothing”.

Dessa forma, o conflito entre regras seria resolvido ou com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras ou com a declaração de invalidade de pelo menos uma delas. Ao passo que a colisão entre princípios seria solucionada com a aplicação da máxima da proporcionalidade.

---

<sup>1</sup> Graduando do 9º período da Faculdade de Direito Milton Campos. Integrante do Laboratório de Ciências Criminais em Minas Gerais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Estagiário do Ministério Público Federal. E-mail: [bsavieira@gmail.com](mailto:bsavieira@gmail.com)

A referida máxima é composta por três subprincípios ou máximas parciais, quais sejam: adequação (o meio empregado deve ser idôneo a alcançar um fim constitucionalmente legítimo), necessidade (utilização do meio menos gravoso para atingir o referido objetivo) e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento entre os princípios que determinará qual deles irá prevalecer no caso concreto).

Conquanto a aplicação da máxima da proporcionalidade tenha obtido grande adesão da doutrina e da jurisprudência brasileiras, ela não é imune a críticas. Tais objeções fundamentam-se basicamente em dois pilares: a abertura ao utilitarismo e ao consequencialismo forte presentes na aplicação de cada uma das máximas parciais anteriormente citadas e a ausência de parâmetros para decidir quais serão os princípios que serão ponderados no caso concreto sem possibilitar o arbítrio dos magistrados em tal decisão.

Assim a decisão judicial supracitada foi analisada em contraposição a tais críticas, a fim de se responder a indagação inicial.

## **2 Resultados e discussão**

A metodologia utilizada no estudo do tema foi a exploratória, através da coleta e estudo de doutrinas, bem como pela análise da Constituição da República Federativa do Brasil e da decisão judicial citada no tópico anterior, utilizando-se o método observacional. A linha metodológica foi a de sentido jurisprudencial, diante do estudo dialético entre a decisão analisada e o princípio da proporcionalidade, bem como em relação às críticas que este sofre. Os tipos de investigação adotados foram os tipos jurídico-exploratório e jurídico-propositivo, pois foram analisadas as características e os questionamentos à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Ao analisar detidamente o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 foi possível confirmar o resultado esperado no início do projeto de pesquisa de que as principais objeções à teoria de Alexy são pertinentes.

Primeiramente, porque o caráter utilitário da decisão proferida pela Suprema Corte brasileira é notório, haja vista que a preponderância do interesse constitucional na efetividade da lei penal sobre o princípio da presunção de inocência ocorreu em decorrência das

seguintes razões pragmáticas: tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatório se favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; diminuir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário; reduzir os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; promover a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição.

Dessa forma, o STF concluiu pela possibilidade da execução provisória da pena não a partir da licitude ou ilicitude da medida, mas sim em razão de uma análise de custo/benefício que a decisão traria para a efetividade do sistema punitivo brasileiro. Logo, nota-se não apenas o utilitarismo na ponderação realizada, mas também o consequencialismo forte ínsito à aplicação da máxima da proporcionalidade. Isso porque a decisão de qual princípio iria prevalecer no caso concreto ocorreu a partir da análise das consequências que o sopesamento produziria.

Além disso, percebeu-se a ausência de parâmetros para delimitar quais princípios deveriam ser sopesados no caso, o que revelou o arbítrio judicial na escolha dos referidos princípios. É evidente que o princípio fundamental da dignidade humana, segundo o qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou individuais, deveria ter sido considerado no julgamento proferido pelo Pretório Excelso. Afinal, a dignidade humana é princípio fundamental e centro axiológico de todos os direitos humano-fundamentais. Nesse sentido pontuam os Ministros Barroso e Carmen Lúcia, que votaram a favor da possibilidade da execução provisória da pena, em obras doutrinárias:

A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais. O princípio tem sido objeto, no Brasil e no mundo, de intensa elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica (BARROSO, 2009, p.250).

Sem Auschwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio matriz do direito contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao Poder. Como

não se pode eliminar o Poder da sociedade política, havia de se erigir em fimdo Direito e no Direito o homem com o seu direito fundamental à vida digna, limitando-se, desta forma, o exercício do Poder, que tanto cria quanto destrói. (ROCHA, 2001, p.52).

Acerca da possibilidade de a dignidade humana ser preterida em uma eventual ponderação de princípios, a pesquisa encontrou dificuldades, pois a teoria alexyanaé obscura neste ponto. *In verbis*:

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. (ALEXY, 2011, p.113).

O referido trecho gera dissenso entre os estudiosos do autor alemão. Segundo Virgílio Afonso da Silva “essa divisão corresponde, de forma quase total, á aceitação, para o caso da dignidade humana, da existência de um conteúdo essencial absoluto, que seria caracterizado pela “parte regra” da norma que garante esse direito. (SILVA, 2010, p.201)”. Por outro lado, Bernardo Duarte acredita que “a faceta normativa da dignidade humana assumiria a estrutura de regra, uma vez realizada a ponderação entre a sua faceta principiológica e outros princípios, e declarada a sua prevalência em relação a estes. (DUARTE, 2012, p.143).”

Frise-se que, caso se compreenda que a dignidade humana é o núcleo absoluto dos direitos humano-fundamentais ela não poderia ser ponderada com outros princípios, prevalecendo sempre sobre eles. Lado outro, caso se entenda que a faceta de regra apareceria apenas após a realização do sopesamento com outros princípios e a sua preponderância em relação a eles no caso concreto, defende-se que a dignidade humana seja o núcleo relativo dos direitos humano-fundamentais.

Independentemente de qual interpretação seja defendida, é notório que ela deveria ao menos ter sido considerada na decisão proferida pelo STF no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292.

### 3 Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que são pertinentes as principais objeções à aplicação da máxima da proporcionalidade, quais sejam: a abertura ao utilitarismo e ao consequencialismo forte ínsitos a aplicação da máxima da proporcionalidade e a ausência de parâmetros para precisar quais serão os princípios que serão ponderados no caso concreto. Tal ilação evidenciou-se através da análise da decisão judicial proferida pelo Pretório Excelso que admitiu a execução provisória da pena após a condenação judicial em segunda instância a partir das consequências que a decisão traria ao sistema punitivo brasileiro ao invés de considerar a licitude ou a ilicitude de tal medida.

Ademais, a referida decisão ponderou o princípio da presunção de inocência com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, olvidando-se os Ministros em considerar a dignidade humana, consistente em ser tratado como um fim em si mesmo e não um meio para a efetividade do sistema penal, para a tomada da decisão.

Finalmente, tomando-se como base o acórdão estudado, pode-se perceber que a utilização da máxima da proporcionalidade pelos magistrados brasileiros pode acarretar o completo esvaziamento de direitos humano-fundamentais, como aconteceu com o princípio da presunção de inocência. Isso pode ocorrer até mesmo com a dignidade humana, princípio que alguns estudiosos afirmam que Alexy (2011) considera como núcleo absoluto dos direitos fundamentais e, como tal, impassível de ser ponderado no caso concreto.

### Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUSTAMANTE, Tomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional**. Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal**. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum**. 22<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292- SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Brasília, 17 fev.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. v.1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito á saúde e teoria da argumentação: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PINTO, Felipe Martins. Muito além da presunção de inocência. **Boletim do Instituto de Ciências Penais**, n. 116, Ano XIII, abr/jun 2016.

Anais da XIII Semana de Iniciação Científica  
Nova Lima, 21 a 23 de novembro, 2016



ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. v.2, n.2,2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

## A INTERNET DAS COISAS NA SOCIEDADE: UMA ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS E MALEFÍCIOS DE UMA SOCIEDADE UBÍQUA

**Alberto Mateus Sábato e Sousa<sup>1</sup>**

**Orientação: Luciana Cristina de Souza<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

O termo Internet das Coisas (*Internet of Things* - IoT) diz respeito a um sistema global de conexão de objetos à Internet. Desde que o termo foi criado em 1999, vem ganhando cada vez mais notoriedade ao passo que as estimativas propõem que até 2020 a quantidade de objetos conectados à Internet esteja na faixa dos 34 bilhões<sup>3</sup>.

Estes objetos, denominados sensores, além de possuírem as interações provenientes com o usuário, podem também sentir aspectos do mundo físico como, por exemplo, temperatura, presença de pessoas, luz e passar esta informação para o *Big Data*<sup>4</sup>, ocorrendo então uma comunicação entre as máquinas com a finalidade da melhor experiência para o usuário.

Um exemplo claro e clássico desta nova tecnologia seria uma geladeira inteligente que alerta o seu proprietário sobre a falta de um respectivo alimento e que ele deverá ser comprado novamente para que não fique em falta, ou então a já existente televisão que avisa ao seu dono quando passará em um respectivo canal sobre um programa ou show que ele gostaria de ver ou gravar.

---

<sup>1</sup> Bolsista CNPq da Faculdade de Direito Milton Campos

<sup>2</sup> Professora da Faculdade de Direito Milton Campos

<sup>3</sup> BI INTELLIGENCE, Here's how the Internet of Things will explode by 2020, acessado em 26/08/2016, disponível em: <http://www.businessinsider.com/iot-ecosystem-internet-of-things-forecasts-and-business-opportunities-2016-2>

<sup>4</sup> Grande conjunto de dados estruturados e não estruturados dos servidores armazenados em nuvens, consistindo assim em todo o conteúdo que se encontra na Internet.

O problema que se identifica em relação à expansão da IoT é que esse fenômeno ainda não recebeu o tratamento jurídico adequado por parte dos agentes públicos, o que pode ocasionar insegurança jurídica para os cidadãos brasileiros quanto à privacidade, segurança tecnológica e outros direitos correlacionados.

Há uma urgente necessidade de melhor regulamentação para essas situações de interação ser humano-máquina, especialmente após o recente fracasso do processo de regulamentação do Marco Civil da Internet. Somente um processo amplo de debate com a sociedade civil e demais setores envolvidos poderá encontrar os meios adequados de regular-se a IoT no Brasil.

Conforme os avanços tecnológicos começam a se inserir de maneira cada vez mais incisiva dentro da esfera pública e privada da sociedade, se faz necessária uma maior análise do que é a Internet das Coisas e a sua relação com certos direitos fundamentais, como o da preservação da intimidade e vida privada e também das regulações necessárias que deverão ser tomadas não só pelo Marco Civil da Internet, mas também de uma maior proteção ao consumidor vulnerável em face de novos aparelhos e informações necessários para o seu melhor manuseio.

Conforme aponta Scott Peppet<sup>5</sup>, existem quatro grandes problemas dentro desta nova revolução tecnológica: a falta de discernimento que ocorrerá quando começar a ocorrer a troca de informações M2M (*machinetomachine*) com o *Big Data*, ocorrendo uma revelação maior de dados do que o esperado; a privacidade, pois por mais que o usuário venha a ter seus dados privados ocultos das informações disponíveis, certos traços específicos de cada um o tornam único como indivíduo, facilitando sua exposição; a ausência de softwares com uma segurança mínima que proteja-o de invasões atrás de dados pessoais; e a falta de aparelhos com uma tela, *keyboard* ou *touchscreen* para que o usuário possa decidir sobre o que será feito com suas informações pessoais e como isso vai ocorrer.

O interesse fundamental desta pesquisa é analisar estes problemas com base em casos reais e procurar maneiras de resolvê-los no cenário brasileiro.

---

<sup>5</sup>Peppet, Scott R., **Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security & Consent** (March 1, 2014). *Texas Law Review*, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2409074>

Diante destas informações, exige-se um estudo mais aprofundado do tema nos meios jurídicos. Pretendo com esta pesquisa uma coleta de dados da fonte tecnológica: coletar informações sobre startups e suas inovações; buscar pelos mais novos avanços de produtos inteligentes e como o direito está inserido em seus meios; o que a população pensa sobre esta nova era da informação dentre outros.

A presente pesquisa tem como principal objetivo identificar os modernos meios de divulgação de informação, tecnologias inteligentes, mudanças econômicas advindas das transformações da IoT, questões da segurança da informação e suas vulnerabilidades.

- a) Analisar os efeitos da IoT dentro da sociedade brasileira, colhendo dados quantitativos e qualitativos;
- b) Avaliar, com base no marco teórico citado abaixo (dentre inúmeros artigos e livros), de que maneira esta contribuição para uma sociedade ubíqua é positiva ou negativa;
- c) Estudar o impacto da coleta de dados pessoais sobre preferências via IoT em relação ao direito fundamental à privacidade de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 Resultados e Discussão

A abordagem metodológica do presente trabalho leva em conta os diversos elementos que compõem o tema da Internet das Coisas. Considerando o Marco Civil da Internet como ponto de partida este estudo empregará o método indutivo para analisar a legislação pertinente e tentar alcançar uma conceituação mais geral sobre a IoT no Brasil. Serão analisados por meio da coleta de dados quantitativos os impactos sobre as diferentes tecnologias de compartilhamentos de mídias digitais, suas benesses e aspectos negativos.

Pretendeu-se utilizar como escopo os conceitos de cibercultura e ciberespaço preconizados por Pierre Levy em sua obra de mesmo nome, como também o conceito de *panspectrum*, estado e poder informacional inscrito nas obras de Sandra Braman.

Por ter-se em conta que esta pesquisa fora iniciada a pouco tempo, os resultados encontrados ainda são parciais, observando-se, porém, a vulnerabilidade acentuada já prevista desde o início dos aparatos tecnológicos, observando-se que, conforme o *panspectrum* se

alastra para dentro do setor tecnológico, possibilita-se que se crie o perfil do indivíduo graças as informações fornecidas pelo próprio, perfil este que deixa vulnerabilizado.

Haja vista que na grande maioria dos casos não se passa a notificação de que seus gostos e características expressadas seriam perpassadas a outrem (sejam aqui empresas as quais irão dirigir propagandas específicas ou o próprio Estado que compra estas informações), o indivíduo se torna prejudicado e enganado, acreditando que o aparelho eletrônico que ele utilizava para facilitar o seu cotidiano se tornou um espião da sua vida particular, a qual ele compactuou sem se dar conta.

Observando-se que as *start-ups*, detentoras absolutas de grande parte do mercado emergente tanto de novos aparelhos eletrônicos como de aplicativos para o telefone celular, lembrando estar este em crescimento exponencial, acaba por priorizar-se o tempo e a novidade dos novos programas para aplacar um público exigente e que descarta aquilo considerado fora de moda em pouquíssimo tempo, o ritmo acelerado de trabalho e de descarte de aparelhos e da desinstalação de novos programas considerados como obsoletos impossibilita o melhor aprimoramento dos sistemas de proteção ao usuário dada a invariável necessidade destas empresas se enquadrarem naquilo que passa a ser considerado como o que é novo e interessante a população em geral.

Observa-se também manifesta dificuldade de se encontrar um meio termo entre a liberdade necessária para a inovação e proliferação da tecnologias *M2M*, principalmente quando observado que a produção tecnológica não deve ser freada, dada a natureza emergencial de novos avanços o seu caráter de neutralidade, o que, seria impedido, seria extremamente prejudicial para toda a indústria.

### **3 Conclusão**

Conclui-se, pela necessidade do encontro dos legisladores com profissionais especializados em Tecnologia da Informação e na Internet das Coisas, haja vista a sua extrema urgência. Com todos os claros impactos que a tecnologia já causa em nossa sociedade, notando-se a sua infiltração em nossos meios culturais e a crescente percepção de seus malefícios, não há de tardar casos em que fique notadamente demonstrada a acessibilidade das informações privadas dos usuários, acarretando uma provocação ao Poder

Legislativo que, quando provocado pelo imediatismo popular, acaba por tomar medidas paliativas que não chegam ao cerne do problema, o que podem acarretar a criação de uma legislação rígida que acabe por impossibilitar o melhor avanço tecnológico do mercado brasileiro. Além disso, todas as diversas polêmicas a respeito destes itens, que já dividem a opinião brasileira serão exponencializadas, fomentando as desavenças que acabam por ser prejudiciais com o tema tanto a longo quanto a curto prazo.

## Referências

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. 2ª ed. São Paulo: Ed. 34, 1999.

BRAMAN, Sandra. **Change of state**: Information, policy, and power. Cambridge, MA: MITPress, 2006.

BRAMAN, Sandra. **Information policy and the information regime**: critical review of analytical frameworks and concepts. Rio de Janeiro, IBICT, 2009.

PEPPET, Scott R., **Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security & Consent** (March 1, 2014). Texas Law Review, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2409074>

THIERER, Adam D., **The Internet of Things and Wearable Technology: Addressing Privacy and Security Concerns without Derailing Innovation** (February 18, 2015). 21 RICH. J.L. & TECH. 6 (2015).. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2494382>

## **PROGRAMA ESCOLA SEM PARTIDO: A NEUTRALIDADE POLÍTICA DA EDUCAÇÃO, O DIREITO À MEMÓRIA E A CONSTRUÇÃO DE NARRATIVAS DE DIREITOS HUMANOS**

**Bruno Henrique Silva Pontes<sup>1</sup>**

**Jamilly Souza Oliveira<sup>2</sup>**

### **1 Introdução**

Projetos de lei nas esferas municipal, estadual e federal sob a denominação “Escola sem Partido” tramitam atualmente nas casas legislativas do país. Os projetos, cujo objetivo é alterar as diretrizes e bases da educação, de que trata a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, visam o desmonte do que se construiu no campo da educação após o último período de exceção no Brasil (1964-1985).

A proposta contesta o direito de aprendizagem como resultado de uma política de responsabilidade do Estado e da família, com a colaboração da sociedade, em flagrante oposição ao que indica a Constituição Cidadã no *caput* do art. 205<sup>3</sup>, ao ostentar como um dos seus princípios a neutralidade política no ensino estatal. Isto se dá na medida em que os projetos de lei possuem, em seus dispositivos, normas cujo conteúdo visa intimidar os educadores do país, com aspecto controlador das atividades que ministram, sob a justificativa de se buscar a “neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado”<sup>4</sup>

A hipótese é de que a neutralidade como princípio norteador do processo de aprendizagem presente nos mencionados projetos e a consequente guinada exclusivamente mercadológica da educação constituem óbice à implementação do direito à memória, que é

---

<sup>1</sup>Graduando de Direito na Faculdade de Direito Milton Campos.

<sup>2</sup> Bolsista FAPEMIG da Faculdade de Direito Milton Campos.

<sup>3</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

<sup>4</sup>Art. 2º, I, projeto de lei nº 193/2016 do Senado Federal

uma das faces do processo de justiça de transição, processo este que resta inacabado no Brasil.

Cabe mencionar, ainda, que o objetivo do presente trabalho é destacar os contornos de exceção do programa “escola sem partido”, a partir da edição de legislação tendente a abolir a pluralidade do pensamento no ensino estatal. Busca-se discutir, aqui, os efeitos destas medidas sobre o direito à memória no processo de educação, notadamente sobre os eventos que marcaram a sociedade brasileira nos períodos da ditadura militar. Em última instância, indaga-se em que proporção tais proposições legislativas constituem obstáculo à construção de narrativas de direitos humanos no contexto brasileiro hodierno.

## 2 Resultados e discussão

Inicialmente, surgiu a problemática da neutralidade. O projeto de lei 193/2016, em tramitação no Senado Federal, elege a “neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado”; como princípio da educação nacional. Sob a escusa de oferecer ensino imparcial, este normativo prejudica o preparo para o exercício da cidadania, como determina o texto constitucional vigente.

Na justificativa do projeto, o autor, Senador Magno Malta (PR/ES), afirma:

Não existe liberdade de expressão no exercício estrito da atividade docente, sob pena de ser anulada a liberdade de consciência e de crença dos estudantes, que formam, em sala de aula, uma audiência cativa; (...) (MALTA, 2016, p. 5)

Logo mais, emergiu a dificuldade de se definir o que o programa ora objeto de debate entende como “neutralidade política, ideológica e...”. Através da análise da exposição de motivos do projeto, levantamos a hipótese de que neutralidade, aqui, trata-se da manutenção do *statusquo*. No contexto educação para cidadania, Lima (2005), entende que um referencial normativo evidencia um corte na tradição de educação política, crítica e emancipatória.

Na prática, o projeto sugere que sejam afixados cartazes em salas de aulas, com dizeres que se relacionem às normas do programa. Tais ferramentas se assemelham à censura, peculiar de regimes autoritários. A liberdade de expressão, por sua vez, além de garantia

constitucional, é essencial ao desenvolvimento do exercício da cidadania e da democracia em ambiente docente.

No tocante à liberdade de consciência, segundo Rawls (apud MENDES, 1998, p.3), “O Estado não tem poder para declarar associações legítimas ou ilegítimas, como não o tem relativamente à arte e à ciência”. É interessante notar que no caso do programa “escola sem partido” teria o Estado o condão de definir qual versão doutrinária, acerca dos temas debatidos na sala de aula, atende ou não à pretensa neutralidade. O problema é que, ao fazer isso, visa-se suprimir versões que não se enquadrem naquilo considerado adequado, limitando a liberdade de consciência dos alunos, ao invés de garanti-la.

Buscamos relacionar, finalmente, o processo de memória como apreensão de narrativas valorizadoras da tradição democrática e o programa “Escola sem partido”. Para tal, orientamos a pesquisa com base na obra “A memória coletiva” do francês Maurice Halbwachs. A questão central na obra deste sociólogo reside na indicação de que a memória individual existe sempre a partir de uma memória coletiva, uma vez que todas as lembranças são constituídas no interior de um grupo. A gênese de ideias, reflexões, sentimentos, etc., que atribuímos a nós são, na realidade, inspirados pelo grupo.

Nesta esteira, se faz sentido falar em memória apenas quando há o outro (HALBWACHS, 2006), na medida em que há partilha de significados entre os membros de um grupo, é certo que o processo da memória envolve a formação da identidade histórica de uma comunidade.

Para Gontijo e Sperling (2016), toda memória é seletiva e precisa tecer uma narrativa para se tornar conhecível, ou seja, para alcançar algum sentido. Sendo assim, há sempre uma narrativa que conecta racionalmente os fatos selecionados, e é por meio da recordação, que se destaca, propositalmente, uma informação retirada do passado para que se produzam efeitos no presente.

O exercício de recordar é, pois, meio para se afirmar sentidos no presente. A depender de como se invoca os fatos pretéritos, se garante a manutenção de certos valores e o surgimento de outros; ou, ao contrário, pode-se extirpar da memória coletiva determinados sentidos. Acreditamos não existir versões sobre fatos históricos que não sejam políticas, aos educadores deve-se garantir total liberdade.

Segundo Ricoer (apud GONTIJO e SPERLING, 2016), que conceitua as formas de abuso de memória, a memória manipulada se constitui através do excesso de memória, por um lado, e insuficiência, por outro, de maneira a influir na base axiológica-simbólica de uma comunidade, por meio de uma política estatal. Neste viés, o programa “Escola sem Partido”, consistiria em forma de abuso de memória, por parte do Estado, na medida em que se suprime o pluralismo político, fundamento positivado no artigo 1º do texto constitucional, em nome da “neutralidade” que se perfaz na negação de ideologias em oposição às dominantes.

### 3 Conclusão

Pelo exposto, concluímos que uma pretensa neutralidade no ensino lograria barrar releituras diversas do passado com vistas a edificar narrativas de direitos humanos. Considerando que o ato de lembrar nunca é neutro, o modo pelo qual se invoca o passado determina quais memórias se quer cultivar numa dada comunidade de valores. Assim, a construção de narrativa que repudie atos de violação de direitos humanos depende da existência de espaços seguros para professores e alunos - livres, pois, de censura – onde o direito à memória será exercido. Se é possível escolher o que e como lembrar, é possível, portanto, pinçar informações e reinterpretá-las à luz de uma educação que sublinhe o valor da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito.

### Referências

ARMS, Paulo Evaristo (org.). **Brasil: nunca mais**. Petrópolis: Editora Vozes. 1985.

BUFFA, Ester; NOSELLA, Paolo. **A educação negada - introdução ao estudo da educação brasileira contemporânea**. 3ª ed. São Paulo: Cortez. 2001.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga; SPERLING, Felipe Campos Von. **Direito à memória e Construção de Identidade Coletiva: Teoria Narrativa e Construção de Valores Históricos**, **Revista Jurídica da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas**. Ano 1, n.1, p. 73 – 88, 2015. Disponível em <http://www.abcj.net.br/images/revista/revista1.pdf>. Acesso em 20 de

outubro de 2016.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Centauro. 2006.

LIMA, Licínio L.. **Cidadania e educação: Adaptação ao mercado competitivo ou participação na democratização da democracia?** 23ª ed. Porto: Educação, Sociedade e Culturas, 2005.

MAIA, Magno. **Projeto de lei nº 193/2016**. Brasília: Senado Federal, p. 5. 2016.

MENDES, Ricardo Perlingeiro Da Silva. **Teoria da Justiça de John Rawls**. 35ª ed. Abr./Jun. Brasília: Revista de Informação Legislativa, p. 3. 1998.

MEYER, Emilio Peluso. **Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

## **FALTA DE INTERESSE POLÍTICO E O PAPEL DA JUVENTUDE EM PROCESSOS DECISÓRIOS GOVERNAMENTAIS: ESTUDO DE CASO BELO HORIZONTINO NAS ELEIÇÕES DE 2016**

**Luena Abigail Pimenta Ricardo<sup>1</sup>**

**Thailon Ribeiro Oliveira<sup>2</sup>**

### **1 Introdução**

A ascensão democrática brasileira pós 1988 caracterizou-se pela retomada de direitos básicos e essenciais dos cidadãos, ratificados pela Carta Magna que completou em 2016, 28 anos de existência. Com ela, garantimos uma das mais importantes prerrogativas advindas da concepção de um Estado Democrático de Direito: o voto. A Constituição Federal<sup>3</sup>, em seu artigo 14 elenca que:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

Por meio dele, foram eleitos os representantes do povo nas casas legislativas e executivas do país. Ele é, acima de tudo, o maior instrumento político de transformação social. Como membros de uma democracia participativa, se apresenta como a força propulsora para definir quem são aqueles que nos representarão - a partir de seus ideais - como membros de espaços seletos que conduzem o todo, seja o país, o estado ou o município. Ainda assim, o poder do voto é subestimado. Mesmo com as esferas de poder sendo dirigidas por representantes eleitos (em sua maioria) pelo povo, o descontentamento político com as

---

<sup>1</sup> Bolsista FAPEMIG da Faculdade de Direito Milton Campos

<sup>2</sup> Bolsista CEFOS da Faculdade de Direito Milton Campos

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização de Alexandre de Moraes. 41.ed. São Paulo: Atlas 2015.

vielas perpassadas pelo país geram grandes indignações que ocasionam em manifestações públicas contra medidas, imposições ou até mesmo ilicitudes realizadas pelos entes políticos no Brasil.

As grandes manifestações contemporâneas iniciaram-se em 2013, na cidade de São Paulo, motivadas pelo aumento da tarifa do transporte público. Com a grande repercussão midiática e adesão de cada vez mais manifestantes, essas tomaram outras proporções com o descontentamento em aspectos sociais como educação, segurança, saúde e política, motivados pelas denúncias de corrupção que fizeram a população, principalmente os jovens, expandirem os protestos por todo o país, onde questionavam a ineficiência do governo, dos partidos políticos e dos poderes legislativos e executivos.

O que destaca na conjuntura é a participação da juventude que, por meio da utilização das redes sociais como meio facilitador de comunicação, marcava datas e locais para reuniões objetivando, em grande parte, realizar atos de resistência política. Buscando melhorar diversos aspectos na realidade social, os jovens não demonstram interesse em participar do sistema hierarquizado e burocrático apresentado pelo velho sistema político e eleitoral. Diante das mudanças de valores e ideologias no século XXI, observamos o fenômeno da transformação de posicionamentos de vias formais para as informais, do velho para o novo e, de extrema importância, o abandono do desinteresse político partindo da premissa que o voto, por si, já não basta: é necessário participar ativamente.

## **2 Resultados e discussão**

A juventude é a grande força motora das maiores revoluções sociais globalmente. No Brasil, uma grande conquista do jovem foi o Estatuto da Juventude (Lei 12852/2013). Com ele, o Estado brasileiro “reconhece o papel estratégico da juventude no desenvolvimento do país e aponta os direitos que devem ser garantidos de acordo com a especificidade dessa população”.

Em Belo Horizonte, a juventude vem se empoderando a cada vez mais. Ela é ouvida pela cidade nas mais diversas formas: por meio do Conselho da Juventude, das redes sociais e nas faculdades e escolas. Estes são espaços de engrandecimento juvenil que se tornaram

condutores de debates e resistências produzidos pelos alunos, e incentivaram a criação de movimentos sociais que impactam diretamente na estrutura política da cidade, como por exemplo, o Levante Popular da Juventude, a União da Juventude Socialista e o Movimento Brasil Livre. Motivados pela luta rumo à sociedade política que anseiam, movimentos sociais são caracterizados pelo renomado sociólogo espanhol Manuel Castells<sup>4</sup> (2013, p.18):

como “produtores de novos valores e objetivos em torno dos quais as instituições da sociedade se transformaram a fim de representar esses valores, criando novas normas para organizar a vida social. Os movimentos sociais exercem o contrapoder construindo-se, em primeiro lugar, mediante um processo de comunicação autônoma, livre do controle dos que detêm o poder institucional”.

Na atual conjuntura, tais grupos promoveram históricas mobilizações apontando o claro descontentamento político da população por meio das redes sociais e protestos por toda a cidade. O Tribunal Superior Eleitoral, em 2014 apresentou dados que confirmaram o desinteresse nas eleições entre jovens 16 e 17 anos na cidade de Belo Horizonte, faixa etária com cerca de 290 mil eleitores no ano de 2012, diminuindo para aproximadamente 51% em 2014, apenas 140 mil jovens eleitores.

Nas eleições de 2016, cerca de 38 mil jovens estavam aptos a votar nas eleições municipais. O diferencial foi o incentivo, através de campanhas, realizada pelo TSE que investiu diálogo com os jovens eleitores através das novas mídias (como redes sociais), visando aumentar o número de jovens participando nas eleições. Essa nova geração de eleitores se deparam com uma política em transformação, seja pela Operação Lava Jato, o impeachment da presidenta Dilma Rousseff, a posse do vice-presidente Michel Temer, e as manifestações com ocupações nas escolas e universidades contra a PEC 241<sup>5</sup>.

A primeira etapa da pesquisa foi realizada através de estudo de casos, como as manifestações das Diretas Já! em 1984 e Os Cara-Pintadas (ocorridas em 1992). Em paralelo, analisamos o fenômeno dos atos ocorridos entre 2013 e 2016, construindo um panorama junto

---

<sup>4</sup>CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

<sup>5</sup> **Estatísticas Eleitorais 2016 - Eleitorado**. Superior Tribunal Eleitoral. Disponível em<<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>>Acesso em: 30 de Outubro de 2016.

às motivações, consequências e a participação em massa dos jovens nos dois períodos mencionados.

A segunda etapa buscou construir o conceito de democracia participativa, considerando as inovações tecnológicas como a internet e redes sociais, como ferramentas de realizar política e praticar cidadania, além de agregar aos jovens, que são os maiores usuários desse mecanismo, como agente fundamental na busca pela manutenção de direitos e deveres, na construção e efetivação dos mesmos na sociedade na qual vive e participa ativamente.

Diante dos dados levantados nas últimas eleições, considerando o estudo de caso da eleição municipal de Belo Horizonte em 2016, ficou demonstrado o claro descontentamento com atual cenário político municipal. A soma entre brancos, nulos e abstenções foi de 642.050, e o candidato vencedor, Alexandre Kalil, contou com 628.050 votos válidos. As perspectivas dos entes políticos participantes na disputa pelo executivo da cidade inibiram a participação política da população em geral e a dos jovens no ato de votar, mesmo possuindo um interesse em comentar, compartilhar e criticar nas redes sociais.

A terceira etapa, ainda a ser realizada, consiste em uma pesquisa estilo Survey, buscando levantar dados sobre a visão do jovem na política nacional e belo-horizontina, com análise de caso das últimas eleições municipais. Também, buscaremos entrevistar os candidatos eleitos para o legislativo da cidade - principalmente aqueles que, ainda que considerados adultos pela legislação, foram consagrados pela mídia e eleitores a voz da juventude mineira - como Áurea Carolina e Gabriel Azevedo. Também entrevistaremos candidatos jovens que, ainda que derrotados, encontraram na política o incentivo e vocação para transformar os rumos da cidade desde a juventude - como Stefano Ferrara, Marcela Trópia, Rafael Frois, entre outros - e suas perspectivas.

Para maior compreensão das vias que perpassam a democracia participativa no Brasil, buscamos fundamento dos trabalhos do professor Leonardo Avritzer, da UFMG. O pesquisador é coordenador do Projeto Democracia Participativa (PRODEP). Esse vem desenvolvendo estudos sobre a importância da participação social (nos âmbitos municipal, estadual e federal). Assim, nos foi possibilitado compreender inicialmente o porquê da necessidade de atuação do indivíduo em processos políticos decisórios.

### 3 Conclusão

É notável a necessidade emergente de conscientizar o jovem brasileiro e belo horizontino sobre a empatia que este deve ter para com os processos políticos. Somente com a devida fiscalização, atenção aos acontecimentos que permeiam o encaminhar de nossos representantes eleitos e o respeito às regras democráticas seremos capazes de transformar ainda mais o jovem em agente capacitador de mudanças efetivas e necessárias no mundo.

Por isso, o grande desafio dessa pesquisa é ao final promover a elaboração de uma Política Pública com a eficiência e eficácia necessárias para o incentivo do jovem, em especial aquele residente em Belo Horizonte, rumo à empatia política direcionada em 4 (quatro) âmbitos: a) Análise do ethos público dos candidatos/ representantes eleitos (como é o seu passado? O que tem feito pela cidade?); b) Comparativo da necessidade de políticas públicas em cada uma das 9 regiões da cidade, atentos às concepções de renda e influência no espaço por meio de análise participativa das Regionais; c) O que pede Belo Horizonte? Possibilidade de criação de um espaço virtual de discussão entre os jovens da cidade; d) Maneira de informar as leis do município que incidem diretamente na vida do jovem cidadão de maneira dinâmica, para despertar interesse do indivíduo.

Assim, esperamos contribuir para, cada vez mais, reduzir os níveis de desconhecimento político, aumentar o debate conciso, engrandecedor e, acima de tudo, contribuir para a capacitação daqueles que serão o futuro da cidade em que vivemos. Desta forma, buscaremos efetivar um dos princípios presentes na Lei 12.852/2013<sup>6</sup>:

Art. 2º - O disposto nesta Lei e as políticas públicas de juventude são regidos pelos seguintes princípios: II- valorização e promoção da participação social e política, de forma direta e por meio de suas representações.

---

<sup>6</sup> LEI Nº 12.852, DE 5 DE AGOSTO DE 2013. **Estatuto da Juventude**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm)> Acesso em 30 de Outubro de 2016.

## Referências

AVRITZER, Leonardo. **Instituições participativas e desenho institucional**: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762008000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000100002)>.

Acesso em: 30 de Outubro de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização de Alexandre de Moraes. 41.ed. São Paulo: Atlas 2015.

BRASIL. LEI Nº 12.852, DE 5 DE AGOSTO DE 2013. **Estatuto da Juventude**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm)> Acesso em 30 de Outubro de 2016.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Estatísticas Eleitorais 2016 - Eleitorado**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>> Acesso em: 30 de Outubro de 2016.

## A DEMOCRATIZAÇÃO DA INDICAÇÃO DOS MINISTROS DO STF: PARA UMA NOVA “SOCIEDADE ABERTA”

**Victor Henrique de Filippis Gonçalves<sup>1</sup>**

**Orientação: André Rubião Resende<sup>2</sup>**

### 1 Introdução

Os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial são uma realidade em diversos ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo. Observa-se um aumento da litigância, com uma busca cada vez maior pelo poder Judiciário, e um protagonismo ascendente das Supremas Cortes, que muitas vezes são acusadas de invadir a esfera dos outros poderes republicanos (BARROSO, 2008).

Essa valorização do Judiciário, que há muito deixou de ser a “*bouche de la loi*” (MONTESQUIEU, 1748) ou o “*least dangerous branch*” (BICKEL, 1986), nos faz questionar a forma como os ministros que compõe as Supremas Cortes são indicados. De fato, como salienta Werneck Vianna (2007), os mecanismos de indicação às vezes podem colocar em dúvida a real vontade das decisões dessas cortes, devido às redes de interesse político e trocas de favores, capazes de ocasionar sérios empecilhos para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, os membros do STF são designados exclusivamente pelo Executivo e há uma sabatina, na maioria das vezes protocolar, para a aprovação no Legislativo. Esse quase monopólio do Executivo na indicação cria um risco de que, caso haja um governo que se prolongue por muito tempo no poder, a Corte se converta em um órgão voltado para uma única forma de visão do direito, havendo também a possibilidade de uma maior politização e partidarização do Judiciário. E se o ativismo judicial parece uma realidade, um dos grandes

---

<sup>1</sup> Bolsista FAPEMIG da Faculdade de Direito Milton Campos

<sup>2</sup> Professor da Faculdade de Direito Milton Campos

desafios da teoria jurídica contemporânea não seria buscar mais legitimidade para essas decisões?

Um dos autores que reflete sobre essas questões é Peter Häberle. Seus escritos foram inspiração para a adoção de atividades democráticas na esfera judiciária, como o instituto do *amicus curiae* e as audiências públicas no STF. Partindo do constato de que não existe norma jurídica, apenas norma jurídica interpretada, Häberle pede uma democratização do processo hermenêutico, ou seja, os juízes não podem deixar de levar em consideração, no seu entendimento das normas, a compreensão dos demais atores envolvidos com aquela decisão, sejam eles a sociedade civil, a opinião pública, a mídia, os partidos, os acadêmicos. (HABERLE, 2002, p. 13).

Logo, na sequência da ideia de “abertura dos interpretes da Constituição”, defende-se uma “abertura *a priori*”, ou seja, uma democratização na indicação dos ministros, o que, provavelmente, facilitaria uma abertura “*a posteriori*”, trazendo novas “vozes” ao processo de interpretação das leis e, conseqüentemente, teríamos condições para a instalação de uma dimensão deliberativo-participativa no âmbito do Judiciário (MARONA ; ROCHA, 2014). Seria esse um modelo de indicação mais democrático e condizente com a sociedade brasileira moderna, capaz de fortalecer a hermenêutica constitucional?

## 2 Resultados e Discussão

Entende-se que o modelo brasileiro de indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, concentrado quase que exclusivamente no poder Executivo, deve ser modificado. Para isso, utilizamos do estudo comparado com outros países, da análise de bibliografia específica sobre o tema e do olhar crítico sobre projetos de lei que transitam no Legislativo, tendo como objetivo de trazer uma reflexão para a mudança.

O art. 101 da CR/88, que trata em seu parágrafo único da forma de indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, possui redação insuficiente para atender às demandas sociais no Brasil cada vez mais plural. Nesse sentido, a sociedade insatisfeita com o sistema representativo, tanto no âmbito do Legislativo quanto do Executivo, busca apoio em outro poder, logicamente o Judiciário, representante e interlocutor da justiça, que é virtude almejada

dentro de uma república legítima. Paulo Bonavides é sempre muito categórico ao tratar do sistema representativo e suas falhas em atender os anseios sociais: “O emprego deste, ao longo de quatro repúblicas, por mais de um século, não eliminou as oligarquias, não transferiu ao povo o comando e a direção dos negócios públicos” (BONAVIDES, 2015, p. 523).

Desse modo, o Judiciário ganha protagonismo e cresce na confiança populacional, que passa a depositar suas expectativas nesse poder republicano. Naturalmente, a partir daí, a judicialização cresce, tornando as fronteiras entre política e justiça cada vez mais fluidas (BARROSO, 2008). Parece necessário então pensar um modelo mais participativo e plural para o Brasil, que altere o dispositivo constitucional trazendo maior confiança à Corte Suprema. Já no campo prático e do Direito Comparado temos soluções interessantes e de aplicação viável ao Brasil. É o caso da Argentina, onde a participação popular na escolha já se faz presente, pois com o Decreto 222/2003 foram formados mecanismos que propiciaram maior clareza, conferindo um poder de participação popular.

Por outro lado, há de se pensar na possibilidade de se garantir maior legitimidade utilizando de uma sabatina mais criteriosa. Nesse sentido temos os Estados Unidos, onde o Presidente indica os Ministros da Corte e os nomeados passam pelas “*Confirmation Hearings*”, algo equivalente à nossa sabatina. Os senadores, então, passam a consultar a doutrina jurídica e levam horas para decidir as nomeações (CORREA, 2015). O Senado norte-americano possui participação tão acentuada na escolha dos indicados à Suprema Corte que o presidente pode valer-se da hipótese de retirar uma indicação, devido a grande probabilidade de recusa do Senado. Assim, percebe-se a força da “sabatina” norte-americana, que avalia inúmeros requisitos, indo muito além do art.101/CR, 88, tendo, inclusive, já recusado diversos nomes ao cargo. Essa perspectiva torna plausível se pensar em um modelo que garanta maior participação da sociedade por meio de um processo de sabatina mais democrático e menos protocolar, em que, por exemplo, sejam reservados um número de ministros a serem ratificados pela população, por meio da interlocução com entidades públicas como as universidades, ou órgãos (a exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional de Justiça, do Ministério Público), eliminando os riscos inerentes à propostas mais radicais como a eleição direta para juízes.

Podemos citar também o Projeto de Emenda Constitucional 17/11, apensado à PEC 473/2001. Nele, apenas dois ministros seriam escolhidos pelo Executivo. Três seriam

indicados pelo Superior Tribunal de Justiça ou listados pelo próprio STF. Outros dois seriam apontados pela OAB. O Ministério Público Federal seria responsável por indicar mais dois. A Câmara dos Deputados indicaria um e o Senado outro. Assim, observa-se no Projeto de Emenda Constitucional maior abertura para a sociedade, pois a diversidade de órgãos participantes no processo contribui para uma representação e participação social mais forte do que a forma vigente.

Mais recente, a PEC35/2015, aprovada pela CCJ no ano de 2016, possui os mesmos fundamentos teóricos da busca pela legitimidade no âmbito do STF. No projeto é determinada uma lista tríplice elaborada pelos presidentes dos tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União, pelo Procurador-Geral da República e pelo presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. É exigido ainda experiência de 15 anos de atividade jurídica, fora prazos para o processo de escolha, mandato de dez anos e inelegibilidade por cinco anos após o término do mandato.

Na busca por um modelo que proporcione maior legitimidade para as decisões emanadas pelo Supremo Tribunal federal, problemas de ordem filosófica foram encontrados, dentre eles o princípio contramajoritário do Judiciário, que pode correr risco de ser mitigado se adotadas medidas mais radicais que proporcionariam elementos de democracia direta no âmbito deste poder e, também, a possibilidade de se reduzir a autonomia dos juízes. Entretanto, entende-se que tanto a PEC473/2001 como a PEC 35/2015 são instrumentos eficazes ou, no mínimo, paliativos, que utilizam de instrumentos referentes à democracia semidireta (extremamente pertinente às sociedades complexas e orgânicas) que *a priori* não prejudicariam o nível técnico e a distinção do Poder Judiciário.

### 3 Conclusão

Embora ambos os projetos (PEC473/2001 e PEC 35/2015) sejam louváveis, encontrou-se a necessidade da inserção de elementos mais democráticos, objetivando a garantia de maior legitimidade às futuras deliberações dentro do STF. Percebeu-se indispensável a persecução por elementos democráticos mais fortes, pois embora ambas as PECs dissipem a forma de participação por entre órgãos representativos, falta nelas uma

participação mais efetiva da sociedade, por meio de uma interlocução mais franca e não tão distante como nos projetos enviados ao Congresso. Como exemplo, um processo de democratização da sabatina, que permita um diálogo mais direto entre órgãos e universidades com a sociedade civil organizada (*cf. supra*). Seguindo esse raciocínio, é importante procurar se respeitar e manter intacto o princípio contramajoritário, para que uma possível “abertura *a priori*” não venha a acarretar na dissolução desse elemento fundamental, visto que garante o nível técnico e a distinção do Judiciário para com os outros poderes republicanos. Assim, garantiríamos de maneira segura a participação de novos atores, sejam eles a sociedade, as universidades, os órgãos representativos ou as entidades públicas, que trarão elementos mais democráticos e legítimos para as decisões da corte constitucional. Afinal, se a politização do Judiciário parece uma realidade, um dos grandes desafios da teoria jurídica contemporânea é buscar maior legitimidade para as cortes supremas, tornando-as mais concatenadas com os princípios do Direito. Logo, teríamos, cada vez mais, o afastamento das pressões políticas para a seleção de novos ministros e, por conseguinte, a proteção aos interesses coletivos.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica da OAB**, 2008.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2015.

CORREA, Leonardo. Porque os EUA são um exemplo na escolha de ministros do supremo. **Revista Eletrônica “Justificando”**, 15 de Maio de 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MARONA, Marjorie; ROCHA, Marta Mendes da. As Audiências Públicas do Supremo Tribunal Federal: Ampliando sua legitimidade democrática? **Revista Teoria de Sociedade**, n.22 (1), 2014.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois.** S. l.: S. n., 1748.

VIANNA, Luis Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social - Revista de sociologia da USP**, v. 19, n. 2. Nov, 2007.

