

**DIREITO,  
SOCIEDADE  
E SOLUÇÃO  
DE CONFLITOS**



Organizadores

Felipe Asensi  
Klever Paulo Leal Filpo  
Marcelo Pereira de Almeida  
Carla Faria de Souza

# **DIREITO, SOCIEDADE E SOLUÇÃO DE CONFLITOS**



**EDITORA MULTIFOCO**

Rio de Janeiro, 2017

## **EDITORA MULTIFOCO**

Simmer & Amorim Edição e Comunicação Ltda.

Av. Mem de Sá, 126, Lapa

Rio de Janeiro - RJ

CEP 20230-152

### **CONSELHO EDITORIAL**

#### *Presidência:*

Felipe Dutra Asensi

Marcio Caldas de Oliveira

#### *Conselheiros:*

André Guasti (TJES, Vitória)

Bruno Zanotti (PCES, Vitória)

Camilo Zufelato (USP, São Paulo)

Daniel Giotti (Intejur, Juiz de Fora)

Eduardo Val (UFF)

Gustavo Senges (Coursis, Rio de Janeiro)

Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)

José Maria Gomes (FEMPERJ, Rio de Janeiro)

Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)

Paula Arevalo (Colômbia)

Paulo Ferreira da Cunha (Portugal)

Pedro Ivo (MPES, Vitória)

Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)

Raphael Carvalho (Mercosul, Uruguai)

Rogério Borba (UNESA, Rio de Janeiro)

Santiago Polop (Argentina)

Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa)

Thiago Pereira (UFF, Rio de Janeiro)

Victor Bartres (Guatemala)

Yolanda Tito (Peru)

Vinicius Scarpi (UNESA, Rio de Janeiro)

### **REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA 21**

### **Direito, Sociedade e Solução de Conflitos**

ASENSI, Felipe

FILPO, Klever Paulo Leal

ALMEIDA, Marcelo Pereira de

SOUZA, Carla Faria de

1ª Edição

Fevereiro de 2017

ISBN: 978-85-5996-415-8

Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução deste livro com fins comerciais sem  
prévia autorização do autor e da Editora Multifoco.

## **CONSELHO DO CAED-JUS**

Adriano Rosa (USU)

Antonio Santoro (UFRJ/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Fuentes (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/USU/UCP)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glauca Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)



## **SOBRE O CAED-Jus**

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Com a sua criação, o **CAED-Jus** torna-se um dos principais congressos da América Latina com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso a ser enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional

e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2016, o evento ocorreu entre os dias 23 a 25 de novembro e contou com 44 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos cinco livros do evento:

- Direito público: desafios e perspectivas
- Efetividade dos direitos humanos e direito internacional
- Direito, sociedade e solução de conflitos
- Novos direitos e transformação social
- Direitos fundamentais e efetivação

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2016. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Mario Luis Gambacorta (UBA, Argentina) e Deraldo Dias (UCS). O trabalho premiado foi de autoria de Tatiana Lourenço Emmerich de Souza sob o título “O crime de lavagem de dinheiro por meio da internet: perspectivas e dificuldades da legislação brasileira”.

# SUMÁRIO

## **CULTURA JURÍDICA..... 15**

REALIDADE IMPERFEITA: CONSIDERAÇÕES  
SOBRE A SANHA INTERVENCIONISTA DO  
ESTADO NA VIDA DO CIDADÃO.....17

Morgana Paiva Valim, Mariana de Freitas Rasga e Christiane Schneiski

## **ARGUMENTAÇÃO E DECISÃO..... 31**

EMBASAMENTOS SOBRE A TEORIA DA  
DECISÃO JUDICIAL ..... 33

Igor Labre de Oliveira Barros e Lara Livia Cardoso Costa Bringel

ANÁLISE DA ADI 4430 SOB A PERSPECTIVA  
DE STEPHEN E. TOULMIN ..... 49

Ivan Kaminski do Nascimento

A DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO  
COMO NOVA FORMA DE CONTROLE DAS  
DECISÕES JUDICIAIS.....71

Thiago Braga Dantas

## **SOLUÇÃO DE CONFLITOS..... 91**

ESTUDO DE CASO: AS EMOÇÕES NA  
CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL ..... 93

Ana Siomara de Oliveira Ferreira

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NOVO CPC:  
UMA ANÁLISE À LUZ DAS CONTRIBUIÇÕES  
DAS SOCIEDADES PRIMITIVAS ..... 111

Francisco Dias de Oliveira Júnior e Tiago Seixas Themudo

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM  
POR EQUIDADE NAS DEMANDAS  
EMPRESARIAIS.....129

Robert Wallace Anjos Santos

MEDIAÇÃO E DIREITO FRATERNAL EM UM  
CENÁRIO DE LITÍGIOS: O DIÁLOGO COMO  
INSTRUMENTO DE FOMENTO NA  
ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E NA  
PROMOÇÃO DA CIDADANIA ATIVA .....147

Tauã Lima Verdan Rangel

## **TRABALHO E CONFLITOS ..... 165**

A NECESSIDADE DO DESCANSO E A  
INDISPENSABILIDADE DO TRABALHO .....167

Armenia Cristina Dias Leonardi

DIÁLOGO ENTRE O PASSADO E O  
PRESENTE SOBRE O TRABALHO  
ESCRAVO .....189

Carla Sendon Ameijeiras Veloso

A DIFUSÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO  
COMO INSTRUMENTO DE REFORMA DA  
BASE LITIGIOSA PARA O ATENDIMENTO AO  
DIREITO FUNDAMENTAL DA EFETIVIDADE DO  
PROCESSO E PACIFICAÇÃO SOCIAL ..... 211

Claudia Abbass Corrêa Dias

O JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO  
TRABALHO ..... 225

Deisy Alves Teixeira

PENSANDO O COMBATE AO TRABALHO  
ESCRAVO NA AMAZÔNIA ..... 243

Emerson Victor Hugo Costa de Sá

IMIGRAÇÃO PARA O TRABALHO: ACESSO  
DOS TRABALHADORES ESTRANGEIROS À  
JUSTIÇA NO BRASIL ..... 267

Erica Ribeiro Guimarães

SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS  
PELA COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E  
ARBITRAGEM DA UNIVERSIDADE IGUAÇU –  
UNIG..... 285

Henrique Lopes Dornelas e Vinícius Dornelas Camara

A TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES DE  
TRABALHO NA ATUALIDADE..... 307

Luiz Eduardo da Silva Pinto

O DESAFIO DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO  
À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO  
CIVIL..... 325

Márcia dos Santos Pimentel Nunes e Maria Cristina Ribeiro Dantas

CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRAVIDÃO  
E A NÃO EFETIVIDADE DAS NORMAS  
PROTETIVAS.....341

Renata Lima Sequeira D'Arrochella

A TUTELA COLETIVA DO MEIO AMBIENTE  
DO TRABALHO ..... 361

Vanessa Lima do Nascimento e Lorena Silva de Albuquerque

## **MÍDIA E CRIMES ..... 379**

O CASO DO ESTUPRO COLETIVO NA  
CIDADE DO RIO DE JANEIRO -  
DISCURSOS SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL  
E A SUA BANALIZAÇÃO NAS REDES  
MIDIÁTICAS..... 381

Fábio Rodrigues Holanda, Natalia Pinto Costa e Paula Barbosa Venancio Alencar

MÍDIA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....397

Marx Alves de Oliveira Lima

OPERAÇÃO HASHTAG E A IMPRENSA: TENSÃO  
ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIREITO À  
INFORMAÇÃO ..... 421

Wagneriana Lima Temóteo Camurça, Mateus Natanael Targino Maurício e Na-  
tália Pinto Costa

## **PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO..... 439**

A INFLUÊNCIA DO PROCEDIMENTO MODELO  
ALEMÃO MUSTERVERFAHREN PARA O IRDR

- INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS  
REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO..... 441  
Cinthia da Silva Barros, Gustavo Igor Silva Montalvão e Tayonar Pereira Viana

ANALISE DA AÇÃO DE DESPEJO PREVISTA  
DA LEI DE LOCAÇÃO DE IMOVEIS URBANOS  
SOBRE O NOVO CODIGO DE PROCESSO  
CIVIL..... 455  
Eva Eulalia da Silva Almeida

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA  
MÉDICA E ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE  
DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE 2015.....473  
Fernando Lúcio Esteves de Magalhães

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE  
JURÍDICA NO SISTEMA PROCESSUAL  
BRASILEIRO VIGENTE.....481  
Gisele Leite e Eva Eulalia da Silva Almeida

O NOVO INSTRUMENTALISMO DO PROCESSO  
CIVIL BRASILEIRO .....491  
Gisele Leite

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS  
REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL E A SUA RELAÇÃO COM  
AS AÇÕES COLETIVAS..... 503  
Luís Carlos de Sousa Amorim

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS  
REPETITIVAS: DO GROUP LITIGATION E DO

MUSTERVERFAHREN AO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL ..... 517

Murilo Rodrigues da Rosa

ANÁLISE CRÍTICA QUANTO A  
IMPORTANCIA DA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR  
EM AÇÕES DE ALIENAÇÃO PARENTAL  
CONFORME O NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL .....535

Sátina P. M. Pimenta Mello e Fabiana Campos Franco

## **PROCESSO PENAL E SANÇÕES ..... 553**

ANÁLISE DA COLABORAÇÃO PREMIADA À  
LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS  
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL .....555

Murilo Rodrigues da Rosa

PROVAS EM PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE  
TOCANTE AOS MEIOS DE RECONSTRUÇÃO  
HISTÓRICA DOS FATOS ..... 575

Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL:  
GARANTIAS DO PROCESSO, POBREZA E A  
SÚMULA Nº 70 DO TJRJ..... 591

Tiago Mascarenhas da Costa Marques

# **CULTURA JURÍDICA**



REALIDADE IMPERFEITA:  
CONSIDERAÇÕES SOBRE A SANHA  
INTERVENCIONISTA DO ESTADO NA  
VIDA DO CIDADÃO.

Morgana Paiva Valim<sup>1</sup>, Mariana de Freitas Rasga<sup>2</sup> e Christiane Schneiski<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

A importância de debates acerca de ações tomadas por parte do Estado, especialmente pelo Poder Judiciário, acirra tensões e embates de outras naturezas no campo jurídico. Em grande medida e o é, que tais instrumentos coercitivos deixados ao alvedrio do Estado, por interferir na vida dos cidadãos, geram repercussões sociais de grandes proporções na medida que alegitimidade da atuação judicial ultrapassa a esfera daquilo que é ponderável, proporcional, prudente e aceitável (BARCELLOS, 2005, p.37).

Procura-se examinar se determinadas decisões judiciais maquinam sobre condutas privadas e propiciam imoderadamente uma intromissão do Estado na esfera privada do cidadão, ou seja, se estão

---

1. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho. Professora Auxiliar da Universidade Veiga de Almeida. mp\_valim@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/0747586676976718>.

2. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Veiga de Almeida. Professora Auxiliar da Universidade Veiga de Almeida. mfrasga@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/7335276875695463>.

3. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Veiga de Almeida. Professora Auxiliar da Universidade Estácio de Sá. christianeschneiski@hotmail.com . <http://lattes.cnpq.br/4004330980438277>.

ou não no campo da proporcionalidade ou razoabilidade. Em caso positivo, manterá o paradoxo para a garantia do direito fundamental de respeito aos direitos básicos de cidadania<sup>4</sup> que reforçam o quadro de marginalização social que por vezes se traduzem na inviabilidade de uma justiça social igualitária para o cidadão.

A perscrutação das práticas forenses pressupõe como ponto de partida uma análise da racionalidade prático-argumentativa no território jurídico que vai aproximar e distanciar a fusão de procedimentos de raciocínio e de fundamentação em atos de interpretação, de gestão e de poder para a determinação e aplicação das normas jurídicas (VALIM; CALDAS, 2016, no prelo). Não se adapta, nesse contexto, a aplicação inflexível do modelo de racionalidade silogístico-subjuntivo-dedutiva do direito, que desnute a hermenêutica constitucional uma vez que sua operação carece do jogo concertado dos princípios, instrumento central da atividade de tomada de decisões dos magistrados na atualidade (GÓES; RASGA, 2014, p.402).

Deste modo, a metodologia utilizada é baseada num percurso baseado na etnografia bibliográfica contida em manuais, ritos sentenciais, atos de decisão tudo com vistas ao reconhecimento de um modelo dito legitimador do direito, cujo poder nos permite compreender a determinação e subjetividade retirada da objetividade do direito quando calcadas na interpretação de normas jurídicas. Assim sua extensão evidencia uma faceta característica do poder de decidir de modo pessoalizado e decisionista, bem como, suas vicissitudes, mazelas e inconsistências.

Acentuou Roberto Romano<sup>5</sup> que “Existem diversas leis que são, na verdade, o Estado metendo o bedelho onde não deve”.

O Estado, através de seus órgãos e agentes, tem como tarefa a prestação de uma atividade estatal adequada, satisfatória,

---

4. Segundo Marshall, a cidadania é entendida como: “um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem status são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao status”. (1967, p.76)

5. <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/quando-o-estado-se-mete-onde-nao-devebi9jrjrio8514vgsOode6soz6fi>

pro  $\neg$  porcional e não lesiva aos interesses da sociedade. Posto que, é a partir da vertente constitucional de apreciação de lesão ou ameaça de direitos de cidadania, que a decisão judicial questionada, acaba por demonstrar que as ações ou omissões violadoras de direitos no Estado Democrático de Direito representam uma fronteira de domínios vagos, ambíguos e porosos para a alteridade da vida privada. Certo é que todo e qualquer direito fundamental pode ser limitado, porém o exame dessa restrição deve ser justificado no caso concreto, através da promoção de outros bens jurídicos envolvidos. Tal exigência deriva do princípio da proporcionalidade.

O aplicativo *WhatsApp*, objeto do primeiro conflito mencionado, foi criado e colocado à disposição gratuita dos usuários no ano de 2009<sup>6</sup>. Esse canal de comunicação virtualizado é um serviço de comunicação *peer-to-peer*, que inicialmente era utilizado para uso familiar e para rede de amigos. No entanto, atualmente ele é utilizado também no mundo corporativo como ferramenta de negócios e parcerias comerciais.

Nessa esteira, convém destacar que, qualquer medida do poder público que restrinja o uso do aplicativo deve perpassar pela joieira da proporcionalidade, já que o alcance desmedido das decisões proferidas pelos magistrados<sup>7</sup> atinge outros gradientes sociais.

CRISTÓVAM (2006, p.211) acentua que:

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou

---

6. Segundo dados 900 milhões de pessoas pelo mundo estão conectadas ao aplicativo. <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2016/01/facebook-revela-dados-do-brasil-na-cpbr9-e-whatsapp-vira-zapzap.html>

7. Decisão proferida pelo juiz Luis Moura Correia, da Central de Inquérito da Comarca de Teresina - Piauí, nos autos do processo 0013872-87.2014.8.18.0140. Decisão proferida pela juíza Sandra Regina Nostre Marques, da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo - São Paulo, nos autos de processo sigiloso. Decisão proferida pelo magistrado Marcel Maia Montalvão, da Vara Criminal de Lagarto - Sergipe, nos autos do processo nº 201655000183. Decisão proferida pela magistrada Daniela Barbosa Assumpção de Souza, da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias - Rio de Janeiro, no Inquérito Policial nº 062-00164/2016.

judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Como sabido, a proporcionalidade foi decomposta em três outros sub-princípios, quais sejam, a adequação ou conformidade, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Sob esse prisma, é possível aferir que as decisões tomadas pelos magistrados não passam por nenhum desses testes, senão vejamos.

No primeiro deles deve se buscar o melhor instrumento para o alcance da finalidade pretendida e, nesse ponto, restringir o acesso e o uso do aplicativo a todos os brasileiros, não se mostra adequado para impedir práticas de crimes. Conforme ressaltou o desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar, na análise do caso proveniente de Teresina, no MS nº 2015.0001.001592-4, “em uma analogia mais rústica, determinasse esse juiz a interrupção da entrega de cartas e encomendas pelo correio, apenas baseado na suspeita de que, por exemplo, traficantes estariam fazendo transitar drogas por esse meio”.<sup>8</sup> Afinal, não se abatem pardais disparando canhões.<sup>9</sup> Por isso as decisões já transbordam esse prisma como idoneidade do meio utilizado.

Num segundo momento, a necessidade ou exigibilidade deve ser avaliada a partir da menor ingerência possível. Nesse aspecto as decisões judiciais atigem imoderadamente a todos que não participam das investigações criminais.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de verificação do ônus e bônus da medida para a sociedade.

---

8. MS nº 2015.0001.001592-4

9. O jurista Jellinek, no simpósio sobre Direito de Polícia, assim asseverou em 1791, na França, antes de se retirar prematuramente da mesa onde discursava sobre o ocaso do Estado de Polícia e o advento do Estado de Direito.

Nesse ponto reside a ponderação entre princípios constitucionais em colisão. Trata-se da ponderação entre o gravame imposto e o benefício adquirido pela medida. As vantagens trazidas pela restrição ao direito de comunicação de todos os brasileiros não denotam o equilíbrio necessário ao atingimento da finalidade última.

Enfim, ao impor medida drástica de restrição ao uso a todos os brasileiros do aplicativo mencionado, os magistrados deixaram de sopesar outros interesses privados e a proporcionalidade em seu tríplice aspecto. Por isso que, no julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403, promovida pelo Partido Popular Socialista – PPS, o Supremo Tribunal Federal, em 20 de julho de 2016, ainda em trâmite, que impugna a ordem judicial da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias, Rio de Janeiro, deferiu a liminar porque se considerou que a suspensão do serviço do aplicativo WhatszApp de forma abrangente, como foi determinada, parece violar o preceito fundamental da liberdade de expressão. A decisão monocrática do então Ministro Presidente Ricardo Lewandowski considera que “a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa.”

Quanto à obra de Hitler para o juiz avaliador seria uma justificação plausível a censura por meio de proibição a divulgação de ideais nazistas no território nacional. No entanto, nos parece que combater a circulação de ideias é também uma forma de intolerância. E mais, a decisão judicial foi insipiente, eis que, a obra já se encontra em domínio público e acessível para download gratuito a qualquer cidadão destes país, o que nos garante o direito de livre expressão e autonomia de convicções pessoais.

Nos casos em tela, a execução das medidas judiciais impostas tornou-se um terreno fértil de iniquidades ao galgar meios extremamente gravosos para a efetividade do mandamus, que ultrapassa e interfere abusivamente no próprio fim almejado ao ser desleal com o direito da

maioria dos usuários do aplicativo e dos eventuais leitores interessados na obra hitleriana. Esse é o ponto do qual não se pode afastar.

Segundo CHIOVENDA (2008, p.46) “A efetividade da decisão judicial só se concretizará quando se revelar capaz de assegurar ao titular daquele direito exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir”.

Assim é possível compreender que o Poder Judiciário não poupa esforços para demonstrar que o monopólio das atividades de julgar está sob sua batuta. E, o uso do processo como instrumento de dominação política também é marca indelével dessa instituição, onde o sacrifício de todos e, por consequência, dos seus direitos fundamentais, é atingido sobretudo porque as razões e a oportunidade de ser o foco das atenções são seus principais ideais.

Com efeito, para além dos aspectos ventilados, tais fatos afetam a proteção constitucional apontada no capítulo inerente aos direitos e garantias individuais, no qual são invulneráveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo inclusive assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua maculação. Essa regra deve ser igualmente espargida a todos os sujeitos de direito. Além disso, é importante destacar que a Constituição Federal protege a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de qualquer censura ou licença.

Neste intento, o indivíduo não deveria sofrer limitação ou supressão de direitos por ser atentatório ao seu exercício de sua cidadania em nenhum desses quadrantes.

Numa gestão moral eficiente de direitos não se guarda espaço para a precarização do princípio da dignidade da pessoa humana quando convém aos interesses do Estado. A dimensão da principiolgia do interesse do bem coletivo não poderá subjugar o individual retirando-lhe direitos ou rompendo com categorias analíticas, normativas ou práticas, para delas se apropriarem como mecanismos de arbítrios e injustiças.

É justamente neste sentido que são apropriadas as palavras de SARLET (2009, p. 34-35):

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Nesse viés se desenha a opacidade e a lógica do segredo num lugar onde os ritos sentenciais e afins se sedimentam erigindo uma memória, por vezes, desoladora impossibilitando a ressignificação dos conflitos onde a resolução de situações-problema permanecem no espaço de forma e conteúdo sujeitos a extrema precarização da subjetividade num duelo onde os dispositivos se alinham entre o abstratos que não são descortinados.

No tocante ao caráter interpretativo do direito, eminentemente subjetivo, é que são deflagrados os gradientes de ininteligibilidade de ações no espaço jurídico, eis que, a impossibilidade de sentido ou de questionamento em tais formulações argumentativas estão contidas no interior das sensibilidades do julgador o que delimita um campo fértil para tensões e embates sociais. Desta forma, muitos jurisdicionados estarão fadados à morte silenciosa de seus direitos universais de primeira e segunda dimensões. A amplitude dessas ações marcam, na arena jurídica, uma semiologia particularizada do discurso de se “aplicar o direito” no mundo dos segredos

oficiais de normalização, neutralização e dominação da mecânica de ordem imposta pelo Estado.

Nesse campo das práticas articuladas a teoria de Perelman (1998, p.215) assenta que:

o juiz não procura tanto ser breve quanto ser compreendido. Ele decide, é verdade, mas deseja também convencer, e convencer, aqui, entendemos que diga respeito à legitimação de sua fala, porque não lhe interessa convencer pelo seu resultado em si, mas para que se acate sua ordem como recomendação justa e equânime, para que o seu proferimento pareça fundado na verdade e seja jungido à legitimidade. E que pareça verdadeiro é fundamental para que se lhe confira a legitimidade do que é justo.

Nessa tarefa de convencimento sobressai-se a teoria haberliana de que a interpretação poderá ser realizada pela sociedade aberta. De modo geral, acredita-se que, para um magistrado organizar seu raciocínio na fundamentação de suas decisões, este deve irrefutavelmente fugir do lugar comum. O magistrado não poderia, em tese, naturalizar-se diante dos fatos e sim constranger-se para cada evento. E, esse seria o caminho menos tortuoso para a razão de decidir para que o direito não se torne um instrumento de exclusão social nem cause prejuízo aos direitos de cidadania<sup>10</sup>.

---

10. Apenas como movimento metodológico, necessário se torna necessário retomar o entendimento de Marshall, para explicar que os direitos civis são aqueles que correspondem aos direitos individuais de liberdade, igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança, etc. Há de se destacar que, neste aspecto, segundo o autor os direitos civis são alcançados na perspectiva da justiça, e, o acesso à justiça está fundado na existência da disseminação de tribunais, bem como, na possibilidade de contratação de profissionais especializados que pudessem decifrar os "enigmas" dos processos. Os direitos políticos cujos pressupostos demandam de entendimentos ínsitos do Poder Legislativo referem-se aos direitos à liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical, à participação política e eleitoral, ao sufrágio universal, etc. São também chamados direitos sociais os direitos aos desamparados, ao

Por vezes, o alijamento da fundamentação nas decisões judiciais evidencia um discurso assimétrico imbuído de táticas, estratégias e recortes totalizantes de desajustes e ilegalismos por meio da chamada liberdade de decidir contida na interpretação e argumentação das normas jurídicas para a disciplinarização dos jurisdicionados como forma de controle das dinâmicas sociais na dimensão jurídica de um consenso inalcançável, desarticulador de uma conexão de jogos onde a consciência individual do magistrado transforma-se num mandonismo eivado de uma(a)ética pragmática.

Tudo isso, apenas para demonstrar que a conjugação dos mandos e desmandos é ininteligível para o cidadão e insólita para as promessas de cidadania.

Não restam dúvidas de que, mesmo diante de propagadas promessas de transformação do campo de atividade do judiciário, enquanto *longa manus* do Estado, a manifestação de atos como os que são apresentados demonstram que a velha aparelhagem judiciária ainda não está capacitada para se desfazer da identidade aristocrática, formalista e bizantina.

SCHIER (2003, p.56), afirma que:

a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado, como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclamos do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo o que toca.

---

trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego, enfim, a garantia de acesso aos meios de vida e bem-estar social, inserindo o indivíduo na dinâmica social que são próprios dos comandos pertencentes ao Poder Executivo, tais direitos foram conquistados respectivamente nos séculos XVII, XIX e XX. (Marshall, T. H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro. Zahar: 1967).

Na perspectiva ora apontada, vale consignar que, o labirinto constitucional de busca de preservação dos direitos de cidadania pode trazer de modo assincrônico uma formulação de medidas que restrinjam estes direitos, ou seja, os interesses ditos da coletividade podem colidir com direitos fundamentais. No entanto, para finalizar, é preciso destacar que a concepção de proteção aos direitos fundamentais não pode ser esvaziada pelo decisionismo do judiciário.

### **Considerações Finais**

Se é verdade que as modulações estruturantes do Poder Judiciário buscam compatibilizar a vida em sociedade e permitir que os cidadãos possam ter seus direitos reafirmados e garantidos pelo Estado, tal fato, S.M.J, não pode ser observado na decisão da magistrada anteriormente citada para o apagão que a mesma promoveu em dezembro de 2015 para os usuários do aplicativo WhatsApp e os demais que se seguiram, tampouco a decisão que impede a leitura de uma obra episódica e histórica do século XX ainda que contenham ideais discriminatórios, extremistas, autobiográficos ou reducionistas.

A fronteira entre o que é proporcional e razoável acaba por redefinir as relações situadas entre o público e o privado. Essas convicções ditas coletivas, por vezes, transitam numa seara arbitrária e totalitária, o que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito, especialmente pelos princípios e fundamentos contidos na Carta da República.

Assim o papel exclusivo de protagonista dos discursos judiciais não cabe apenas ao magistrado, no sentido haberliano. Do contrário, esse juiz, poderia criar precedentes negativos ao utilizar-se somente de suas convicções pessoais para de modo indevido refutar as bases legais e fundamentar com seu discurso pessoal os feitos judicializados, aprofundando o descompasso, o descrédito e a descrença no judiciário numa realidade imperfeita.

Nessa linha argumentativa há de se ter mente que os malfadados equilíbrios instáveis típicos de uma realidade imperfeita brasileira

permanecem estruturando a dinâmica hierarquizante do Poder Judiciário e igualmente sobrepujando os interesses privados do cidadão. Desta feita, essas práticas que nos parecem tão comuns quando invocadas em nome de interesses públicos transbordam os interesses privados, refugindo os termos e os limites das normas vigentes.

## **Referências**

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificaci3n jur3dica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ATIENZA, Manuel. *As raz3es do Direito*. Trad. de Maria Cristina Guimar3es Cupertino. S3o Paulo: Landy Editora, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Pondera33o, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *A efic3cia jur3dica dos princ3pios constitucionais. O princ3pio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princ3pio da proporcionalidade e a interpreta33o da Constitui33o*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Institui33es de Direito Processual Civil*. S3o Paulo: Bookseller. 2008, vol. II.

CRIST3VAM, Jos3 S3rgio da Silva. *Colis3es entre princ3pios constitucionais*. Curitiba: Juru3, 2006.

DWORKIN, O império do direito. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1998. \_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GÓES, G. S.; RASGA, M. F. Limites Exegéticos do Ativismo Judicial: Por uma Estratégia Hermenêutica de Preservação do Estado Democrático de Direito. In: Conpedi. (Org.). Hermenêutica: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 416-440.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da Dignidade – Ensaio de*

Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl.  
– Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”. In: Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais nº 02: 55-72. Curitiba: Unibrasil, 2003.

VALIM, M. P.; CALDAS, D. O. M. A sorte está lançada: A inaplicabilidade da teoria de Dworkin no sistema de justiça brasileiro. In CONPEDI (Org.) Teorias do Direito e Realismo Jurídico: V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU: Uruguai: CONPEDI, 2016. No prelo.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.



# **ARGUMENTAÇÃO E DECISÃO**



# EMBASAMENTOS SOBRE A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Igor Labre de Oliveira Barros\* e Lara Livia Cardoso Costa Bringel\*\*

## 1. INTRODUÇÃO

As teorias que possui a área jurídica expõe princípios e diretrizes que seriam ordinários a todas as divisões do direito. Dadas conjecturas buscam ponderar o direito como um todo unificado e comum, aplicando a este, princípios gerais do âmbito jurídico.

Quando dois indivíduos ou dois grupos de pessoas têm desordem de mérito e não conseguem resolvê-lo, o Estado por meio de um juiz de direito, é convocado para resolver a demanda e dizer com quem está o direito.

Nesses casos, a capacidade para representar o Estado será do Poder Judiciário por meio dos órgãos que pertencem a sua composição. Cada aparelho jurídico será ativado de acordo com as particularidades do caso, isto é, do objeto que está sendo tratado e do valor enredado, da localidade onde residem os componentes e entre outros.

As decisões judiciais só existem onde há conflitos, sendo que essas decisões precisam de um conjunto de escolhas que necessitam de uma fundamentação plausível. Segundo afirma Sabrina Dourado a decisão judicial possui três escopos:

O escopo jurídico, que consiste na atuação da vontade concreta da lei. A jurisdição tem por fim primeiro, portanto, fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de

direito substancial. O escopo social, consiste em promover o bem comum, com a pacificação, com justiça, pela eliminação dos conflitos, além de incentivar a consciência dos direitos próprios e o respeito aos alheios. O escopo político, é aquele pelo qual o estado busca a afirmação de seu poder, além de incentivar a participação democrática (ação popular, ação coletivas, presença de leigos nos juizados etc.) e a preservação do valor liberdade, com a tutela das liberdades públicas por meio dos remédios constitucionais (tutela dos direitos fundamentais). (DOURADO, Sabrina, 2012)

O litígio coloca em perigo a paz social e a ordem jurídica, o que reclama a atuação do Estado, que tem como uma de suas funções básicas, a tarefa de resolver conflitos de interesse.

## **1.1 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS QUE NORTEIAM AS DECISÕES**

Quando as decisões não são acompanhadas de fundamentação, é notória a arbitragem de quem profere a decisão. Essa arbitragem é definida pelo autoritarismo do poder judiciário por meio dos seus representantes nas decisões. Com o nascimento da carta magna de 1988, existem alguns princípios processuais que reprimem a arbitragem do judiciário, um deles são os próprios recursos para cortes superiores.

Existe o princípio da inércia, em que o estado-juiz só atua se for provocado, ou seja, o juiz não emana de ofício, por conta própria. A idelegabilidade, em que o representante do Poder Judiciário não pode delegar a outros, as funções que lhes foram atribuídas pelo Estado.

A imparcialidade que é citada como base para os fundamentos de uma decisão em que possibilita aplicar o direito objetivo ao caso concreto, o funcionário público tem de ser imparcial neste momento, como afirma a Associação Brasileira de Advogados:

Para que o processo seja justo e válido, é preciso que o juiz atue de forma imparcial, ou seja, não exhibir-se de forma tendenciosa para qualquer das partes. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer a sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. (ADVOGADOS, Associação, 2008)

É visível em no ordenamento jurídico brasileiro quando é concordado com certas decisões em que é observado autoritarismo por parte do que tem o poder, isso pode ocorrer também na esfera administrativa. Em 2009 o Ministério da Saúde foi obrigado a fornecer medicamentos e tratamentos a determinadas esferas da sociedade. O então ministro da saúde na época citada se sentiu coagido, por não ter como suprir a demanda que estava solicitando o Judiciário, mas mesmo assim mantiveram a decisão para e exigiram o cumprimento. Observe as palavras do subprocurador-geral do estado do Rio de Janeiro Rodrigo Mascarenhas sobre essa arbitragem:

“O número de ações em matéria de medicamentos que, segundo ele, “tem alcançado níveis extremamente preocupantes”. Na Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro são recebidas, em média, cerca de 40 novas ações sobre medicamentos por dia. Apenas em 2008, a Secretaria teria gasto R\$ 29 milhões com cumprimento de decisões judiciais. Há uma dificuldade, de acordo com Mascarenhas, no cumprimento dessas decisões inclusive por parte dos juízes de primeira instância. Os juízes têm um sentimento de frustração e se

vêm tentados a tomar medidas que acabam dificultando e prejudicando a gestão do sistema. As conseqüências disso, segundo ele, são o seqüestro de verba pública, o seqüestro de verbas na conta do próprio secretário, as ameaças de prisão a secretários de saúde, entre outros problemas. Mascarenhas destacou, ainda, que nenhum terço das ações de medicamentos envolvem risco de morte ou emergência que justifique a decisão judicial. Dois terços das ações se referem a medicamentos de uso contínuo ou exames, e ainda fraldas, suplementos alimentares, leite e outros insumos.” (JUSBRASIL, *vivodireito*, 2009)

É uma problemática que está manifesta hoje no sistema político-jurídico brasileiro, a interferência dos poderes nos âmbitos distintos, para que se tenha a harmonia entre os poderes e assim decisões judiciais que terão argumentos majoritários, são necessários que o controle de freios e contra pesos funcione com eficácia entre os três poderes públicos das instituições brasileiras.

## **1.2 PENSAMENTOS DE AUTORES DE TEORIAS DO DIREITO**

Na teoria do direito chamam a atenção alguns pensamentos de juristas de renome internacional, que fundaram de forma stric-ta escolas de pensamentos.

Podem-se citar Kant, com o direito natural e a teoria axiológica, Ihering com a teoria sociológica sobre movimento social e ordem social, Kelsen com a teoria normativa com a norma fundamental, Reale em sua teoria tridimensional sendo fato, valor e norma e Luhmann com a teoria da *autopoiesis*, sendo a idéia de um sistema jurídico fechado e auto-suficiente. Todas essas presunções buscam ajuizar o direito e as deliberações judiciais.

Segundo Coleman, Kramer, Herbert Hart, esperam que a decisão judicial descreva o fato e a melhor descrição do direito. Ainda que a decisão judicial se submeta ao texto legal, a limitação formal não consoma todos os requisitos necessários, pois que os valores normalmente aceitos devem ser respeitados.

Assim descreve a decisão judicial de uma forma mais ampla, Shapiro, Marmor e Raz, em suas teorias a decisão judicial independente ou não da descrição do direito. Plauto Faraco de Azevedo, em Justiça distributiva e aplicação do Direito, diferencia claramente Direito de lei, evidenciando a necessidade de submissão do juiz apenas ao primeiro e apontando a idéia de que escolhas de fundo filosófico são realizadas durante o processo judicial tendo em vista a neutralidade axiológica impossível no exercício da função jurisdicional.

Karl Larenz, em sua Metodologia da Ciência do Direito argumenta que o Direito positivo deve ser entendido apenas como um caminho para a realização da maior justiça possível.

### **1.3 LINHA HISTÓRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Analisando a história das decisões observa-se uma evolução nas decisões judiciais e suas fundamentações, passando pelo direito canônico, pelo direito romano, pelo humanismo racionalista, pelo common law, chegando até às entradas do iluminismo.

A partir do adágio iluminista, a produção judicial do direito deixou de ser vista como uma mera atividade de procedimento da razão humana e sim como a amostra de uma vontade soberana tal como pensava Thomas Hobbes.

Com a Revolução Francesa, estabelece o modelo liberal do direito na conciliação dos conflitos sociais. A resolução judicial como fruto do estado de direito é decretada por órgãos representativos da própria sociedade designados à aplicação, observe a seguinte vertente,

A Revolução Francesa teve relevante papel nas bases da sociedade de uma época, além de ter sido um marco divisório da história dando início à idade contemporânea. Foi um acontecimento tão importante que seus ideais influenciaram vários movimentos ao redor do mundo. O rei Luís XVI, com povo que permanecia unido, tomando conta das ruas. O slogan dos revolucionários era “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. No dia 26 de agosto de 1789 a Assembléia Nacional Constituinte proclamou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. (GOMES, Cristiana, 2013)

Ressalta-se na linha histórica que a passagem do naturalismo para o positivismo trouxe mudanças significativas para os sujeitos responsáveis pela decisão judicial.

Hobbes e Locke protegeram que somente o contrato torna verdadeiro o domínio do Estado, mas não avalia que o estado de natureza como uma circunstância de batalha, porém todos são juiz em causa competente, o que pode desestabilizar as afinidades entre os homens.

Uma vez que Locke considera o meio de sobrevivência como base oriunda da propriedade, o contrato é a resposta para o seu cuidado, é a precisão de ultrapassar as presumíveis iminências contra a propriedade que leva a sociedade a se vincularem e instituírem livremente entre si o contrato social, que atinge a via do estado de natureza para a sociedade política ou civil.

O positivismo é um fluxo filosófico que surgiu na França no século XIX, os fundamentais idealizadores do positivismo foram os pensadores Augusto Comte e John Stuart Mill. O positivismo protege o conceito de que o conhecimento científico é a única forma de noção apropriada, de acordo com os positivistas apenas

pode-se assegurar que uma teoria é válida se ela foi evidenciada através de processos científicos verdadeiros.

Acompanhando essas duas vertentes, existem no Sistema Jurídico mundial duas configurações de comando e condução do aparelho jurídico, o *comum Law* e o *Civil Law*, o *civil Law* é notório no Brasil e o *comum Law* nos Estados Unidos.

*Civil law* essencialmente constitui que as centrais fontes do direito seguidas são a lei, o texto. Na estrutura *common law* o direito se fundamenta mais na jurisprudência que norma jurídica expressa, as jurisprudências trata-se do conjugado de interpretações das normas do direito enunciado pelo Poder Judicial. Vale ressaltar que nos dois modelos *civil law* e *comum law* exigem a fundamentação das decisões proferidas pelos magistrados.

Sobre as decisões judiciais existe uma corrente doutrinária surgida nos Estados Unidos, em meados do século XX, que centraliza estudo do direito na atuação do juiz, a corrente do realismo jurídico. Para essa doutrina o direito é fruto exclusivo da mente dos juízes, e por isso é dotado de elevado grau de incerteza.

Essa corrente faz certa crítica ao sistema *comum law*, pre-ocupando com a norma jurídica como base para a definição do direito. A teoria tem como base estudar se a norma é levada com emoção no processo de decisão judicial, afirma que a decisão racional pode está ligada a emocionalidade, fazendo com que essa relação transgrida os princípios jurídicos.

A área do pensamento é bastante importante para a fundamentação de uma decisão jurídica, e tal modo, embora que confusamente, cada um de nós tem categoricamente a sua filosofia, e facultamente segui-la inconscientemente, ou pensar sobre os seus embasamentos, como um ser humano que filosofa.

As funções do pensamento em uma decisão judicial são exatamente a de buscar contrapor ou esclarecer os amplos problemas que a sociedade coloca para si mesma nos momentos de suas ponderações.

Uma das funções da filosofia dentro do direito é mostrar de um formato crítico o conhecimento jurídico, na grandeza de seus ares mediante a indagação dos princípios que confirmam as entidades jurídicas, os direitos e os códigos. Conforme expõe Gisele Leite:

Portanto, a Filosofia do Direito é saber crítico a respeito das construções jurídicas erigidas pela Ciência do Direito e pela própria práxis do Direito, buscando os fundamentos do Direito, seja para cientificar-se de sua natureza, seja para criticar a base de suas estruturas e do raciocínio jurídico, provocando as vezes, fissuras no conhecimento jurídico construído. (LEITE, Gisele, 2014)

A hermenêutica jurídica, é um instrumento de ajuda para fundamentar uma decisão, que tem como objeto de interpretação privilegiado o direito, a norma jurídica, buscando o espírito da lei e suas finalidade. Interpretando assim pelos fatores lingüísticos, psicológicos e culturais, cada um destes buscam a análise precisa da lei, do comportamento do indivíduo e o vitalismo do agente.

Desde a transferência do teocentrismo para o homocentrismo, analisa-se uma mudança para a valorização do pensamento na tomadas de decisões, só não valeria mais a imposição era necessário pensar e fundamentar a determinação.

Adverte-se que dos primórdios das arcaicas decisões de característica jurídica o homem busca uma teoria moral para que seu convívio em sociedade seja sem grandes conflitos, e assim essa teoria moral é incumbida a quem define as decisões sobre as lides. Conforme diz David Hume em seus escritos intitulado “No Tratado da Natureza Humana” de 1738:

Não é contrário à razão preferir a destruição do mundo a arranhar o meu dedo [...] Isto é tão pouco

contrário à razão como preferir um bem reconhecida-mente menor a um bem maior, e ter pelo primeiro uma afeição mais intensa do que pelo segundo. (HUME, David, 1738)

As culturas se transformam em ritmos diferentes umas em relação a outras, conforme o contato mais ou menos freqüente entre elas e conforme novidades vão sendo produzidas no devir cultural.

Não se pode iludir, a cultura é um conceito para significar as práticas que constituem o jeito de viver e de pensar das pessoas e de grupos sociais. A cultura muda, portanto, quando as práticas sociais mudam. No interior da cultura os homens e mulheres recebem, aprendem, reproduzem, transmitem, transformam e criam o mundo e a humanidade por meio das práticas e agir de seus pensamentos.

Segundo Dinamarco, o sistema processual é tutelado por uma série de princípios e garantias constitucionais tidos como padrões a serem atendidos pelo legislador. Ao situar preceitos processuais e pelo juiz designado de segurar o sentido de tais normas.

Permanece um efeito processual nos direitos fundamentais, por meio do qual o princípio constitucional fundamental do processo civil, e o devido processo legal, expressamente previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, LIV. Nery ensina que, a doutrina brasileira tem interpretado e empregado o devido processo legal sob seu viés processual, o que trouxe maiores repercussões para o devido processo legal sobre o direito processual.

Em referência mais adequada ao contexto jurídico atual, Leonardo Greco, afirma:

“Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do

contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna”.(GRECO, Leonardo, 2005)

Portanto, há uma veracidade que a obrigação de fundamentar as decisões judiciais é uma das seguranças fundamentais que unifica o teor mínimo para que se efetive um processo equitativo.

## **1.4 CONTROLES EXTERNOS E INTERNOS DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Para instigar os aplicadores do direito a fundamentar as suas decisões existe no sistema jurídico brasileiro o controle externo e interno da criação de normas que servirão de fundamentação em ações judiciais e também para o controle dos legisladores que no exercício da sua atividade norteia o poder judiciário em suas decisões.

Para o controle externo dos fundamentos de uma decisão judicial que parte em sua maioria do poder legislativo, possuímos dispositivos constitucionais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, todas utilizadas para evitar a arbitragem dos legisladores que interferem diretamente nas decisões judiciais, conforme afirma o Ministro do STF, Gilmar Mendes,

É possível atribuir efeitos futuros e temporários à lei inconstitucional e que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é aplicável no controle difuso, pois tal técnica decorre da aplicação sistemática da Constituição e é inerente ao próprio controle de constitucionalidade. É a

própria ordem constitucional que fundamenta a concessão de efeitos futuros e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso para impedir o sacrifício excessivo de um princípio ou direito constitucional. (MENDES, Gilmar, 2005)

Para o controle externo exercido pela sociedade para impedir arbitragem legislativa e de funcionários públicos que refletem no mundo jurídico, possui-se os remédios constitucionais como o mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular, assim expõe Alexandre de Moraes sobre a importância deste controle externo exercido pela sociedade,

Os Remédios constitucionais são garantias instrumentais destinadas à proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Servem como instrumentos à disposição das pessoas para reclamarem, em juízo, uma proteção a seus direitos, motivo pelo qual são também conhecidos como ações constitucionais. (MORAES, Alexandre de, 2009)

Os controles constitucionais e os remédios constitucionais são analisados sempre como meios repressores de atitudes do poder legislativo, mas fica claro que, esse controle também afeta a decisão jurídica que é baseada em leis, para que o magistrado tenha essa base é necessário que antes se tenha uma norma legal, assim o controle externo e interno se torna importante para as fundamentações de uma decisão proferida por um membro do Poder Público.

## **1.5 JULGADOS**

Dentre os julgados, existem decisões das cortes do estado de São Paulo, em que favorecia a União ao não pagamento de algumas

cobranças sem fundamentos, enquanto não desobrigaria o INSS que é uma autarquia da União. Ocorreu assim um conflito de decisões judiciais, devido aos fundamentos dos julgadores serem distintos,

Ementa: PROCESSOCIVIL. CONFLITO DE DECISÕES JUDICIAIS. CRITÉRIO. 1-Recorre a União para que prevaleça a decisão posterior que lhe fora favorável (concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento por ela interposto) em detrimento da decisão anterior desfavorável ao INSS, seu litisconsorte (denegado tal efeito em agravo anteriormente interposto pela Autarquia). 2-A decisão que conceda efeito suspensivo em favor da União deve ser compreendida nos termos do seu próprio pedido: exclusão da lide. Logo, sua exclusão não inibe a eficácia da decisão contra o INSS, que permanece integrado à relação processual e tem o dever de dar continuidade ao pagamento do benefício de prestação continuada, pois assim determinado ao lhe ser indeferido efeito suspensivo em seu agravo. 3-Agravo de Instrumento desprovido. Agravo Regimental prejudicado. (TRF-3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO 102783 AG 7938 SP 2000.03.00.007938)

As presunções jurídicas têm como um objetivo específico descobrir procedimentos que possam ser utilizadas em todas as áreas legais, bem como analisar os melhores elementos de decisão de fatos concretos. Isto vai arrastar a uma abordagem que se compõe das regras, do esboço das regras concentradas as considerações éticas, e usos práticos.

## **CONCLUSÃO**

A teoria explica a forma que foi tomada a decisão e o fundamento das escolhas, conjunto de teorias que se ocupam no campo das deci-

sões. Organiza a quantidade de métodos e de resolução de problemas.

Existem vários modelos de exemplo de decisão judicial que servem como exemplo bom, será que se tem a faculdade de interferir qual é o melhor modelo para a decisão de um magistrado, a liberdade do juiz pode trazer o melhor modelo. A decisão judicial é um objeto complexo, o que significa dizer que são vários os componentes a serem verificados do direito.

O cuidado da arbitrariedade na justificação das deliberações judiciais realiza-se pela exposição de suas razões, o que lhes atribui maior legitimidade. Como as razões não possuem condição de validade universal, estarão acessíveis à crítica e à probabilidade de sua revisão, assim como também a seleção de uma das decisões plausíveis pode ser argüida. Esta análise é formidável porque permite apontar para disposições alternativas, instiga a meditação e a ampliação da compreensão judicial do desempenho judicante.

Fundamentar uma decisão judicial é uma garantia de legitimidade para todas decisões jurídicas, na cultura jurídica do Brasil, é apelado de uma forma correta a racionalidade nas decisões judiciais, sendo que a justificação depende da lei.

## **REFERÊNCIAS**

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable - un tratado sobre lajustificación**. Lisboa: CalousteGulbenkian, 1986.

ADEODATO, João Maurício e Alexandre da Maia. **Dogmática Jurídica e Direito Subdesenvolvido**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo. Editora Martins Fontes.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição Editora Saraiva. 2008, p. 1001.

CHAMON JUNIOR, Lucio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno**. Por uma Reconstrução Crítico Discursiva na Alta Modernidade. Editora Lumen Juris.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 1 (um)**. São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

DE FARIAS, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal. **Direito Civil – Teoria Geral**, 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol.I, 5ª Ed. Malheiros. 2005. p 213. Fabris, 1983.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Editora Renovar.

GIORDANI, José Acir. **Curso Básico de Direito Civil**. 4ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro, 2008.

GOMES, Cristiana. **Revolução Francesa**. Disponível em <<http://www.infoescola.com/historia/revolucao-francesa/>> Acessado em 22 maio 2016. jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo**. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs. 225 et seq. (Coleção José do Patrocínio).

HART, Herbert. L.A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Universitaires de Bruxelles, 1970.

LEITE, GISELE. **A importância da filosofia**. Disponível em < <http://giseleleite2.jusbrasil.com.br/artigos/121943883/a-importancia-da-filosofia> > . Acessado em 20 maio 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466.

MONTEIRO, Claudia. **Fundamentos da Decisão Judicial**. Congresso de Direito Constitucional. Manaus, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição federal: processo civil, penal e administrativo**. 10 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: revista dos Tribunais. 2010. p. 79

PERELMAN, Chaïm. **Le champ de l'argumentation. Bruxelles: Pressesou l'ê cultedesvertusmoyennes**. Paris: L.G.D.J., 1993.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil Série Concursos Públicos (volumes 1,2,3,4,5, e 6)** Editora Método, São Paulo.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.



# ANÁLISE DA ADI 4430 SOB A PERSPECTIVA DE STEPHEN E. TOULMIN

Ivan Kaminski do Nascimento<sup>11</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Pretende-se analisar neste trabalho os argumentos dos votos na ADI 4430 sob a perspectiva de Toulmin<sup>12</sup>, utilizando-se da perspectiva de Manuel Atienza<sup>13</sup>, na interpretação dada por este, no seguinte esquema<sup>14</sup>:

---

11. Advogado

Mestrando em Direito Constitucional no IDP - Instituto de Direito Público.

12. TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

I) C - Alegação ou conclusão (claim) - é ao mesmo tempo o ponto de partida e de chegada da argumentação. É aquilo que pretendemos afirmar, cujo mérito pretende-se estabelecer no decurso da argumentação.

II) D - Dados (data) - são os fatos ou informações aos quais recorreremos como fundamento para alegação que estamos defendendo.

III) W - Garantia (warrant) - são proposições gerais que servem como ponte entre os dados e a conclusão, de forma incidental e explanatória, para mostrar a pertinência e legitimidade em se passar dos dados à conclusão apresentada.

IV) B - Apoio (backing) - são "avais" das garantias, que garantem a validade, relevância e vigência destas. Podem variar consideravelmente de acordo com o campo da argumentação.

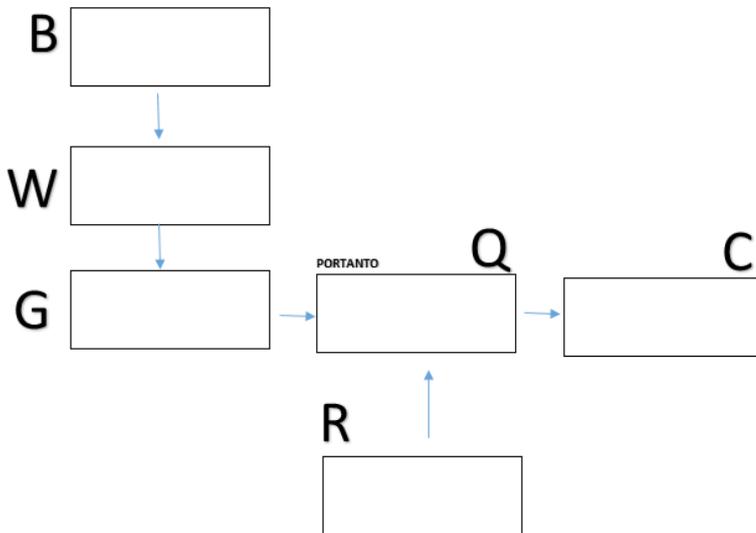
V) Q - Qualificadores modais (qualifiers) - são referências ao grau de força que os dados conferem à alegação, tendo em conta a garantia. São exemplos: necessariamente, provavelmente, presumivelmente.

VI) R - Condições de refutação (conditions of rebuttal): são circunstâncias nas quais se afasta a autoridade geral da garantia. Afastam a aplicabilidade da garantia no caso, refutando a conclusão garantida.

13. ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003.

G - Grounds - As razões envolvidas.

14. ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003, Pág. 100.



Quando houver, os fatos decorrentes dos dados<sup>15</sup> (D) serão indicados antes do apoio (B), considerando que aquele é premissa, da mesma forma que esse. Com base nos argumentos apresentados, serão indicadas algumas possibilidades de refutações (R), estas não indicadas necessariamente no voto, mas deduzidas a partir da análise deste autor.

Será analisada a ADI 4430, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 29/06/2012, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que se declarou a inconstitucionalidade da exclusão dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados do tempo de propaganda eleitoral. Na ADI – 4430 (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4430), o Partido Humanista da Solidariedade – PHS e outros, requereram a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45, §6º, da Lei 9.504/97 e artigo 47 (redação atual<sup>16</sup>), incisos I e II do §2º da mesma Lei.

15. (...) os fatos aos quais chamarei de nossos dados (D). TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 140.

16. Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuí-

Os artigos questionados continham a seguinte redação:

Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

(...)

§ 6º. É permitido ao partido político utilizar na propaganda eleitoral de seus candidatos em âmbito regional, inclusive no horário eleitoral gratuito, a imagem e a voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional.

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo.

(...)

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:

---

ta, na forma estabelecida neste artigo.

(...)

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem;

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.

(...)

§ 6º Aos partidos e coligações que, após a aplicação dos critérios de distribuição referidos no caput, obtiverem direito a parcela do horário eleitoral inferior a trinta segundos, será assegurado o direito de acumulá-lo para uso em tempo equivalente.

I - um terço, igualmente;

II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

Nessa ADI foi declarada a inconstitucionalidade da expressão “representação na Câmara dos Deputados” prevista no caput do artigo 47 da Lei em referência, a constitucionalidade do § 6º do artigo 45 e foi dada interpretação conforme a Constituição Federal para garantir aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão.

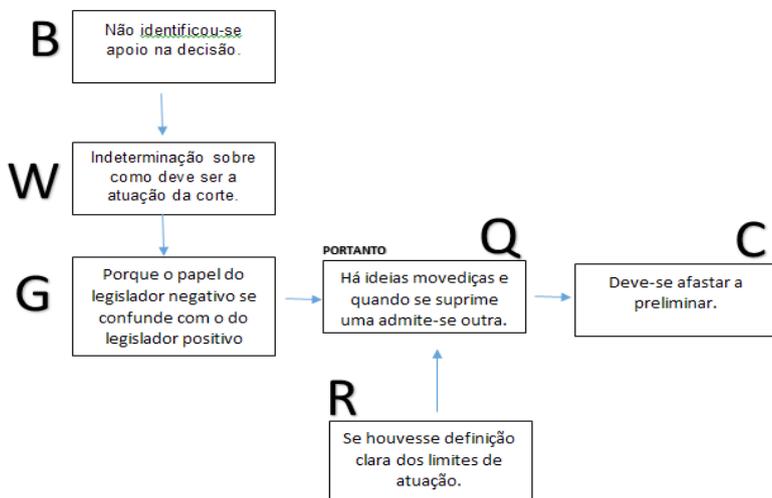
## **2. PRELIMINARES**

Algumas preliminares de condição da ação foram motivo de debate: impossibilidade jurídica do pedido e advogado com poderes específicos.

A impossibilidade jurídica do pedido foi a preliminar mais debatida diante de ação anterior proposta (ADI nº 1.822/DF) cujo relator foi o Ministro Moreira Alves. Nesta ação a Corte foi unânime em acolher a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido sob o argumento principal de que o Poder Judiciário somente atua como legislador negativo e não como legislador positivo.

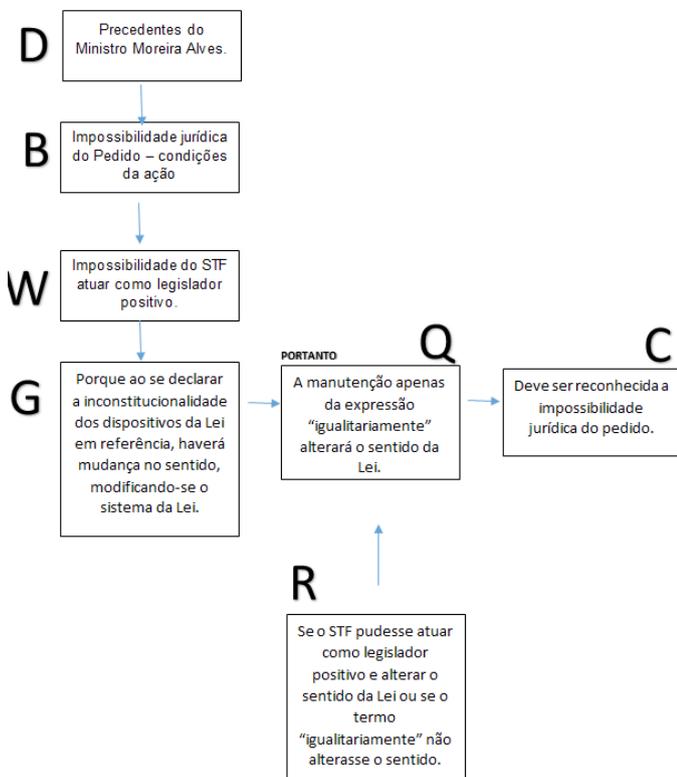
A seguir destacam-se alguns argumentos nos votos dessa preliminar que restou afastada para que o STF analisasse o mérito da ADI.

O Ministro Gilmar Mendes argumentou nos seguintes termos quanto a essa preliminar:



Percebe-se que o Ministro Gilmar Mendes afasta a preliminar em face de uma indeterminação sobre a atuação da corte e a confusão do seu papel diante dos termos “legislador negativo” e “legislador positivo”, principais argumentos para se acolher a preliminar na ação anterior. Não houve identificação de apoio nesta decisão considerando que os argumentos se apoiam na ausência de um aval que determine de forma objetiva e clara o papel da Corte constitucional.

A Ministra Carmen Lúcia argumentou no seguinte sentido:



Observa-se que de pronto a Ministra Carmen Lúcia se declarou vencida nesta questão, em que pese haver votos pendentes. Não conseguimos identificar nos votos que fator pudesse ter levado à Ministra a ter uma prévia ideia de que seu voto seria vencido. Isto pode indicar que talvez exista prévia análise e conhecimento acerca dos votos.

Os votos dos demais ministros foram curtos e sem muita construção a ponto de ensejar uma análise mais profunda e uma construção nos termos do quadro proposto. Nesse sentido, seguem as análises simplificadas:

O Ministro Luiz Fux: condição da ação é questão processual e, portanto, o reconhecimento da possibilidade jurídica do pedido

pode depender da formulação. E, neste caso, não há óbices para o exame de mérito.

Ministro Marco Aurélio Mello: Votou pela manutenção da impossibilidade jurídica do pedido sob o argumento de que o STF não pode ser legislador positivo e, portanto, deve-se respeitar a separação dos 3 poderes.

Ministro Ricardo Lewandowski: simplesmente acompanhou o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Carmen Lúcia quanto a impossibilidade jurídica do pedido.

Ministro Joaquim Barbosa: votou pelo não conhecimento pela impossibilidade jurídica do pedido.

Foram, portanto, 4 votos divergentes quanto a esta preliminar: Ministro Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carmen Lucia e Ricardo Lewandowski.

Quanto a preliminar de necessidade de poderes específicos dos advogados, o Ministro Marco Aurélio restou vencido, ocorreu, porém, uma situação interessante: este Ministro concordou com a solução do Ministro Relator (Dias Tofolli) para afastar a preliminar de necessidade de poderes específicos e conhecer da ação, mas divergiu das razões propostas. Ou seja, ele concordou que a ação deveria ser conhecida, da mesma forma que o Ministro Relator, porém restou vencido, por ter discordado das razões envolvidas.

As razões do Ministro Dias Tofolli (relator) quanto a esta preliminar, foram no entendimento de que deveria haver poderes específicos na procuração para a atuação de advogados nas ações diretas de inconstitucionalidade. Mas como se tratava de apenas um demandante com problemas e se formou um litisconsórcio ativo na ADI, o Ministro não viu problemas em dar prazo para a parte que outorgou procuração com poderes gerais apresentar uma procuração com poderes específicos.

Já o Ministro Marco Aurélio entendeu que não havia problema em ser apresentada procuração com poderes gerais e, portanto, de-

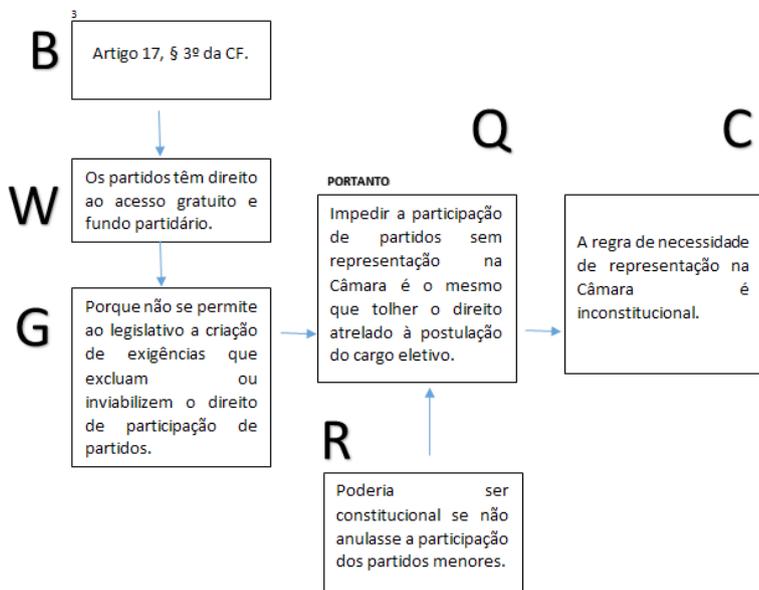
veria ser afastada a preliminar. Entendeu o Ministro que o critério de representatividade estava satisfeito, em que pese constar como “voto vencido”, votou pela continuidade da ação com o afastamento do impedimento suscitado desta preliminar.

### **3. NO MÉRITO**

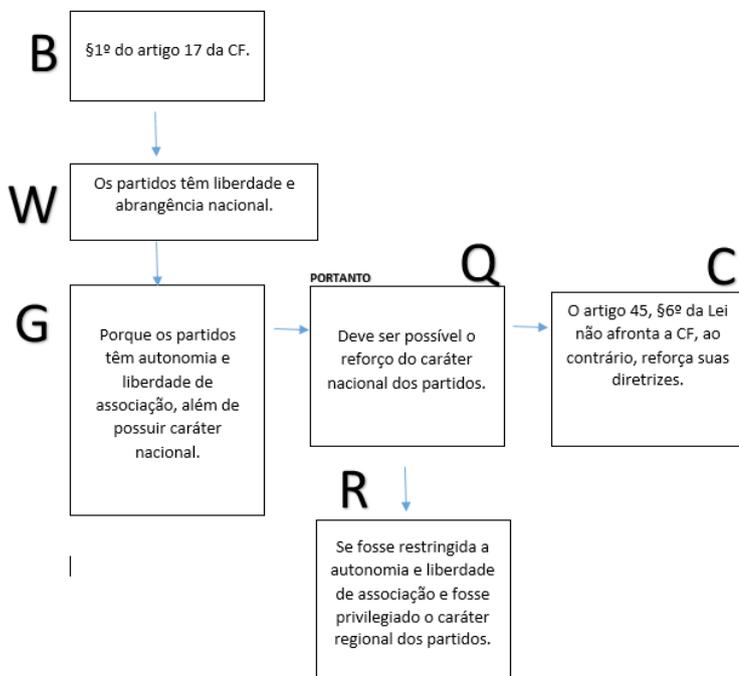
Quanto ao mérito da questão, destaca-se o voto o Ministro relator, o qual restou vencedor. Neste voto foram votadas três questões: acesso de integrantes da coligação em âmbito nacional, criação de partidos e partidos com representação na Câmara. Estes três pontos definiram a decisão que declarou a constitucionalidade do §6º do art. 45 da Lei nº 9.504/1997, a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados”, contida no § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/1997 e deu interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do § 2º do artigo 47 da mesma lei, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerando-se a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação.

Restaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia, que julgaram totalmente improcedente a ação, e os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio, que acompanharam o Relator quanto à inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados” e declaravam a inconstitucionalidade da expressão “um terço” contida no inciso I do referido art. 47, bem como de todo o seu inciso II.

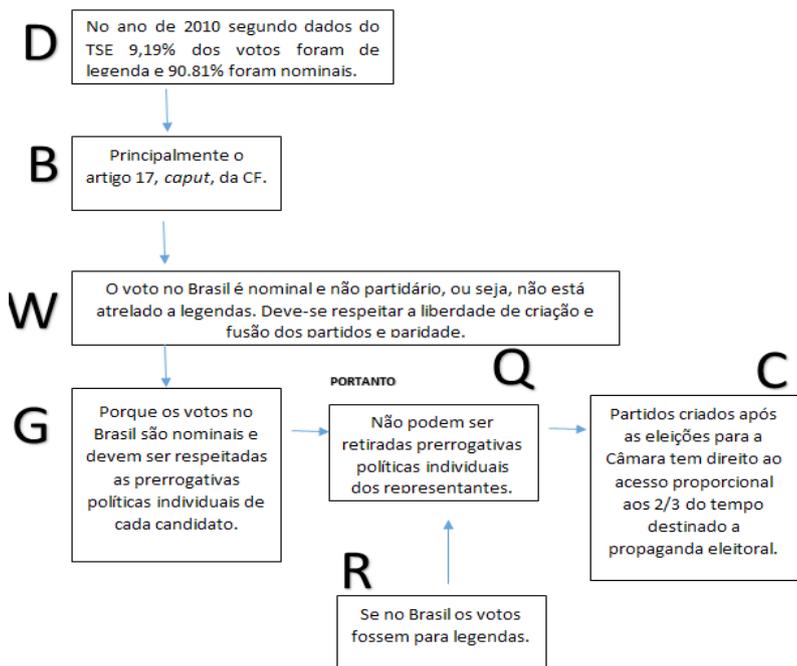
O voto do relator foi no seguinte sentido quanto a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados”:



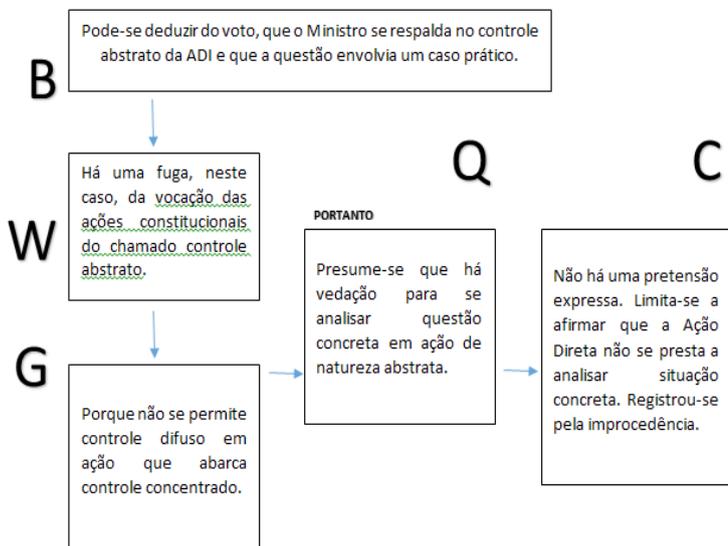
Já o voto do Relator quanto ao acesso de integrantes da coligação em âmbito nacional, utilizando-se do tempo da coligação regional, seguiu-se nos seguintes fundamentos:



Segue abaixo, o voto do Relator quanto à interpretação conforme à Constituição para assegurar aos partidos novos criados após a realização de eleições para a Câmara dos deputados o direito de acesso proporcional à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento da criação:

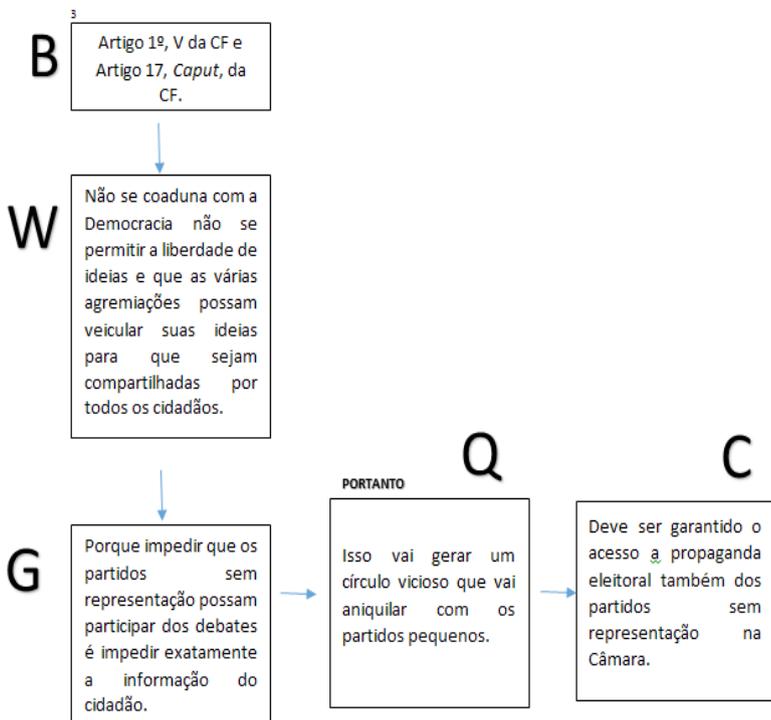


O Ministro Joaquim Barbosa antecipou seu voto, sob o argumento de que talvez não estivesse até o final da sessão. Destacou, inicialmente, que a ação direta estava resolvendo um problema pontual de certas agremiações e que a Ação Direta não se presta a esse tipo de jurisdição.

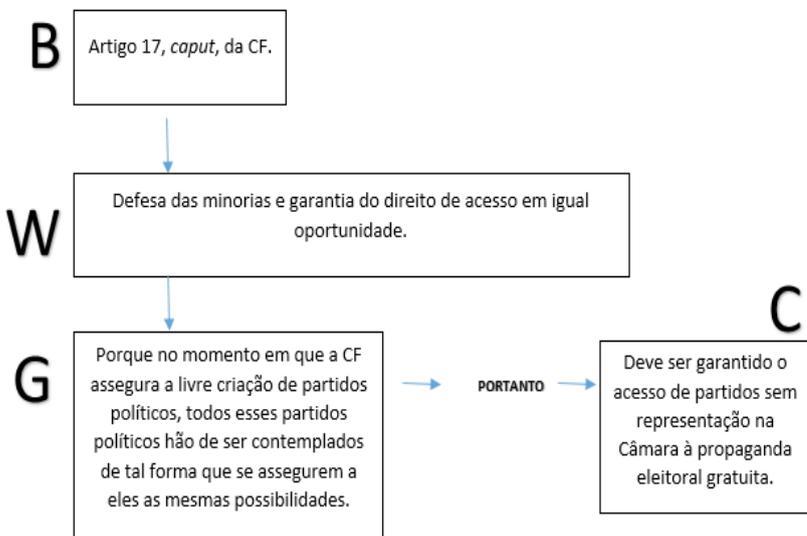


Ressalta-se que o Ministro Joaquim Barbosa nem ao menos adentrou no mérito da questão, manteve o posicionamento quanto ao não conhecimento da ADI, mas, apesar de superada essa preliminar, não se posicionou sobre as questões envolvendo as outras questões debatidas.

O Ministro Luiz Fux inicia seu voto destacando o caráter pós-positivista da CF/88, sob o argumento de que esta trouxe inúmeros princípios que “hoje estão situados no centro do sistema jurídico e irradiam as suas forças para a interpretação e aplicação do direito em si” e acompanha o voto do Relator.

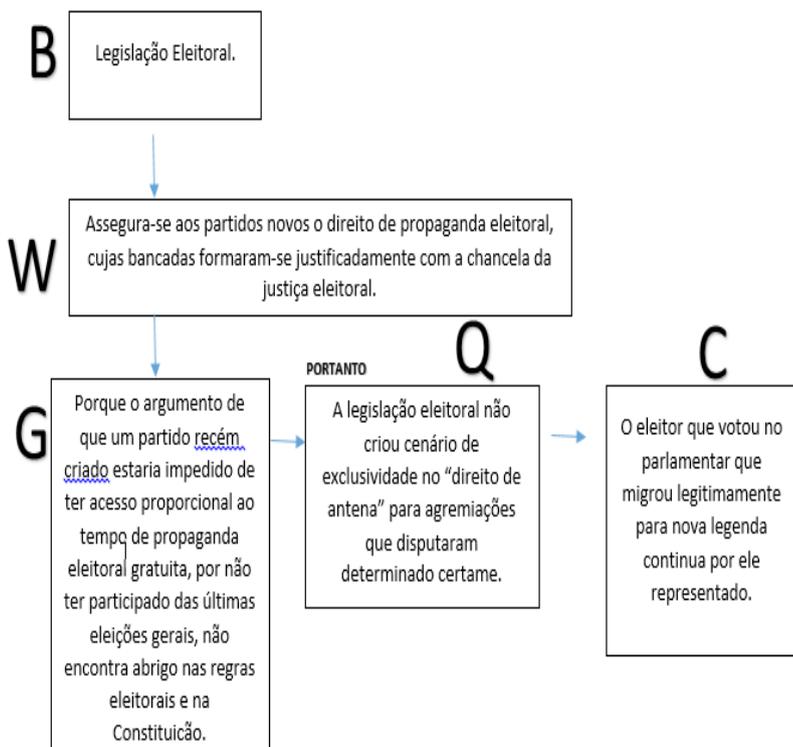


A Ministra Rosa Weber, inicialmente, destaca a garantia de acesso as minorias (ponto também levantado pelo Ministro Luiz Fux) e acompanha o voto do Relator. A ministra chegou a cogitar a necessidade em se declarar a inconstitucionalidade também do inciso II do artigo 47 da referida Lei. Indicou, ainda, que a migração do candidato com justa causa poderia acarretar a possibilidade de se estender o mandato eletivo ao candidato e não ao partido, mas em regra, o mandato eletivo pertence ao partido e não ao candidato. Em que pese a manifestação desse entendimento, a Ministra esclareceu que deixará para casos futuros esse posicionamento e acompanhou o relator.

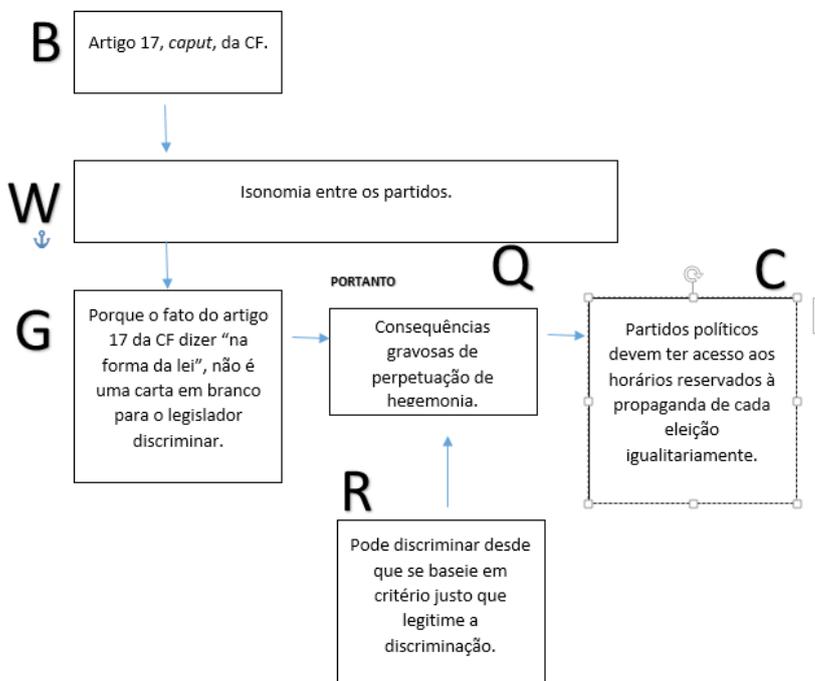


O Ministro Lewandowski destacou que, com relação à inconstitucionalidade do § 6º do art. 45, já tinha se manifestado no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) pela constitucionalidade. Quanto ao art. 47, § 2º, I e II, da Lei das Eleições entendeu pela inconstitucionalidade da expressão “representação na Câmara dos Deputados” o Ministro foi sucinto e explicitou apenas que essa expressão ofende o artigo 17 da CF e por isso deve ser declarada inconstitucional, ao final cita o artigo 1º, V, da CF como respaldo da decisão.

Quanto à interpretação conforme à CF, o Ministro se estendeu um pouco mais do que os outros ministros, lançando os seguintes argumentos:



O Ministro Cezar Peluso iniciou anunciando um posicionamento contrário e, partindo do pressuposto de que a CF não distingue partidos políticos, exarou seu voto no seguinte sentido:



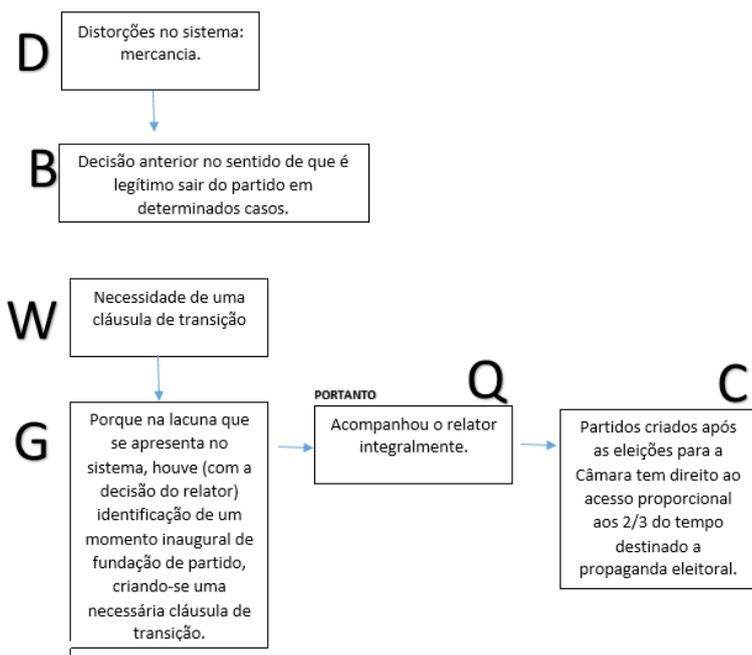
No voto do Ministro Gilmar Mendes, este voltou a falar sobre legislador positivo e negativo e defendeu que é quase impossível que a técnica de decisão “não envolva uma eventual prestação normativa por parte do legislador em casos determinados, ou que, eventualmente, as Cortes não adotem decisões de caráter normativo ou de caráter positivo”. Outro ponto destacado pelo Ministro é o entrecruzamento entre o processo de controle concreto e o processo de controle abstrato, dizendo que não há como fazer uma separação completa. Citando alguns autores como Kelsen e Heineken o Ministro destaca que o processo objetivo afeta as situações subjetivas, dando o exemplo da modulação dos efeitos: se modula para afetar as situações concretas.

Quanto ao caso especificamente, o Ministro inicia citando Carl Schmitt, que diz “que a igualdade de chances é uma base do princípio democrático e que o partido minoritário só não vai para o direito

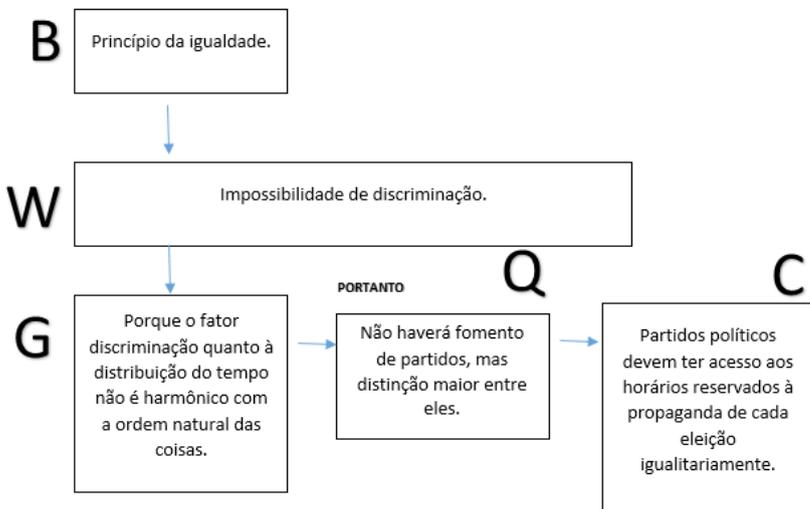
de resistência porque ele pode fazer a alternância de poder e é preciso, portanto, que essa alternância seja devidamente institucionalizada”.

Destaca, ainda, a decisão no caso de fidelidade partidária “em que se admitiu a saída do partido quando houvesse deslealdade programática ou quando houvesse o propósito de constituir-se uma outra agremiação”.

Dito isso, o Ministro elogiou o voto do relator, destacando que, em que pese seu entendimento da necessidade de igualdade, considerou que o voto do relator foi interessante do ponto de vista da transição entre duas alternativas e, assim, acompanhou o voto do relator nos seguintes termos:



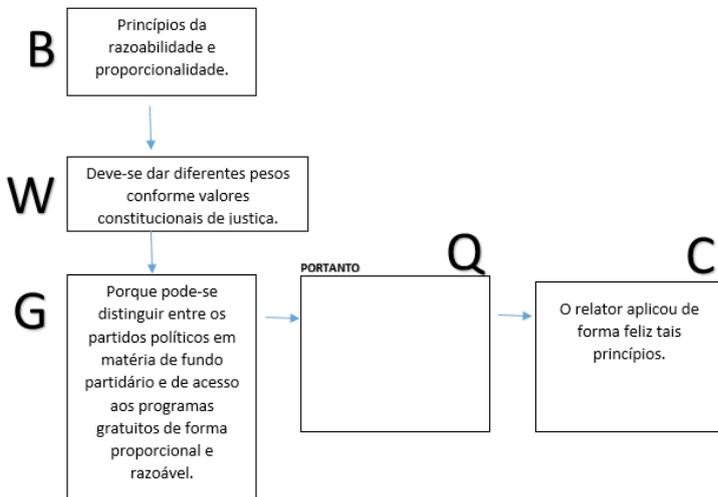
Já o Ministro Marco Aurélio destaca, principalmente, o princípio da igualdade, nos seguintes termos:



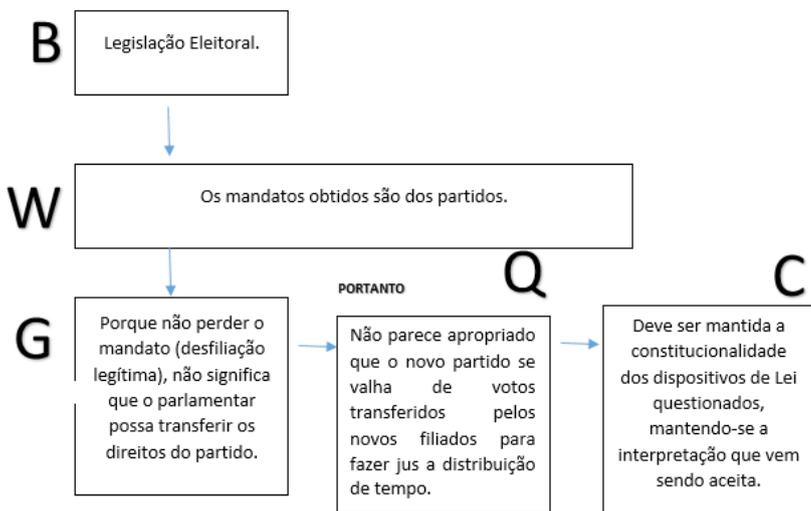
O Ministro Ayres Brito inicia seu voto enaltecendo a decisão do relator, destacando a soberania popular e o voto direto e secreto. Após, diz que a previsão constitucional “na forma da lei”, tem sim o condão de possibilitar ao Congresso realizar diferentes pesos entre partidários e parlamentar. O Ministro cita Vinicius de Moraes quando se refere à justiça e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que, segundo o Ministro, “servem de ponte entre os valores jurídicos, os bens jurídicos, as figuras de Direito e a justiça”.

Destaca, ainda, que a Lei “ficou autorizada a fazer a distinção entre os partidos políticos em matéria de fundo partidário e de acesso aos programas “gratuitos” de rádio e televisão”, mas “laborando nos planos de razoabilidade e proporcionalidade”.

Ao fim, acompanha o relator, sob o argumento de que este aplicou de forma feliz os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Segue-se o resumo do voto do Ministro Ayres Brito:



Por fim, concluem-se os votos com o voto da Ministra Carmen Lúcia que destacou a importância do julgamento e considerou que o Brasil tem situações paradoxais, argumentando que “todos são a favor da república, desde que seja para o outro, todo mundo é a favor de concurso público, desde que seja para o outro; todo mundo é a favor de licitação, mas quer inexigibilidade de licitação; todo mundo é a favor de eleição, mas quer contar com eleitos que o foram por outro partido. Eu tenho muita preocupação com essas situações paradoxais do Brasil”. Defendeu que “não haja apenas eleitos, mas a presença do povo que elege e que pode ser apontado em determinado momento, que é o da eleição. Democracia se faz com o povo, com o cidadão e isto se mostra na eleição”. Continuou o voto focando principalmente na criação de partidos, nos seguintes termos:



Assim, restaram vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia, que julgaram totalmente improcedente a ação, e os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio, que acompanharam o Relator quanto à inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados” mas declaravam também a inconstitucionalidade da expressão “um terço” contida no inciso I do referido art. 47, bem como de todo o seu inciso II.

#### 4. CONCLUSÃO

Houve diversos pontos de reflexão nesta decisão, dentre eles os limites de atuação do legislador, a função dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como limites de atuação do legislativo, a possibilidade da Corte Constitucional adotar posições de caráter normativo positivo, também se é possível fazer a distinção entre caráter normativo positivo e negativo, se há possibilidade de se diferenciar completamente o controle abstrato do controle concreto,

se há algum ponto de congruência mais do que afastamento ou, ainda, se pode-se falar em entrecruzamentos de controle.

Percebe-se que, em que pese a ADI versar sobre 3 pontos (inconstitucionalidade da expressão “representação na Câmara”, interpretação conforme e constitucionalidade do § 6º) alguns ministros votaram apenas sobre um item, principalmente sobre a expressão “representação na Câmara”, acompanhando ou não o relator nos demais, não sendo possível extrair os fundamentos das decisões sobre os demais pontos de várias decisões.

Alguns ministros se respaldam na legislação infraconstitucional e na Constituição Federal, outros citam diversos autores, fazendo menção inclusive a poesias, argumentando de forma muitas vezes abstrata e vaga.

Nesse sentido o voto, de tão vago, poderia justificar qualquer outra questão envolvida. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, por exemplo, foram trazidos pelo Ministro Ayres Britto como critério para se aferir a justeza da decisão. Sendo que justifica essa proporção citando uma frase de Vinícius de Moraes “a beleza que não é só minha, que também passa sozinha”, extraindo dessa frase que a justiça não existe sozinha, mas, sim, os outros valores como intimidade, privacidade, imagem, honra. O *quantum* para que sejam considerados esses valores vai depender a aplicação das “cotas” de proporcionalidade e razoabilidade.

Percebe-se um alto grau de subjetividade na estipulação desse *quantum*, ficando prejudicados os dados e o respaldo, sendo que não se pode extrair uma qualificadora forte, necessária, mas apenas de presunção, não sendo necessariamente apropriado e cuja legitimidade provém muito mais da autoridade de quem emite a decisão do que pelo argumento e por isso ficou propositadamente em branco esse quadro no esquema. Não significa, com isso, que a garantia esteja necessariamente errada, mas certamente ela não é auto-autenticante.

Da mesma forma é o voto do Ministro Gilmar Mendes, que também foi difícil de identificar uma qualificadora. Além disso, a garantia se revela mais por uma necessidade identificada pelo próprio julgador: a necessidade de uma cláusula de transição. Nesse sentido, sendo necessária uma cláusula de transição, o Relator decidiu corretamente. Ocorre que não se vislumbra, pelo voto, qualquer fundamento quanto ao mérito da decisão, apenas justificativas para tomá-la, sendo isso suficiente para que o Ministro acompanhasse o Relator.

Como já destacado, em que pese o debate de três questões na ADI, vários votos se restringiram a um ponto de debate, um principal, acompanhando o relator quanto aos outros pontos.

Apresenta-se, portanto, neste trabalho, um resumo em forma de esquema utilizando-se da metodologia de análise de Stephen Toulmin, de cada decisão dos Ministros que votaram a ADI 4430, inclusive quanto aos principais debates envolvendo preliminares, para análise da coerência interna.

## **5. REFERÊNCIAS**

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

# A DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO NOVA FORMA DE CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Thiago Braga Dantas<sup>17</sup>

## **Introdução**

Na pós-modernidade, com a perda de referências para o comportamento social, o Direito, até em razão de sua aproximação com as outras ciências sociais, e também com a Moral, restou mais dinâmico e complexo, o que começa a gerar mudanças no seu comportamento científico.

Na modernidade, quando ainda imperava o movimento do positivismo jurídico, a lei era tida como fonte única da aplicação do Direito. Na pós-modernidade, à legalidade estrita, acrescentaram-se inúmeras influências, como elementos jurídicos não normativos (decisões judiciais, doutrina) e até extrajurídicos (moral, religião, influência econômica e política, por exemplo).

Essa multiplicidade de fatores ficou evidente a partir da Segunda Guerra Mundial, quando, durante o período nazista, a cena de horror do holocausto teve base legal, em razão do confinamento jurídico na estrita legalidade, que precisou ser superada.

O Direito, cientificamente, teve de expandir o seu fenômeno para não se restringir à estrita legalidade. A lei, antes com cláusulas taxativas, passou a se utilizar de conceitos jurídicos mais vagos

---

17. Professor Assistente da Universidade do Estado do Amazonas. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: tdantas@uea.edu.br

com o advento das garantistas constituições do Século XX, quando o papel do Judiciário na sua aplicação se tornou exponencial.

A maior participação do Poder Judiciário na implementação do Direito tem alterado a sua institucionalidade, antes concebido como órgão estritamente técnico à luz da clássica tríplice divisão de poderes, agora tendo os seus integrantes na condição de teóricos políticos, pois, dada a ampla margem de atuação, acabam por definir importantes questões do seio social, muitas vezes próprias ao Poder Legislativo, mas que, em razão da delicadeza desses temas, não se alcança consenso político.

A Sociedade deve se apoderar do procedimento, dos fatores, das influências de como são construídas as decisões judiciais, porque a sua natureza técnica, então defendida com base no pensamento positivista, passa a perder espaço para juízo de índole mais pragmática, em prestígio às situações fáticas dos casos concretos (com menos valor às normas abstratas), fase que é denominada de pós-positivista, a concretização da pós-modernidade no campo jurídico.

O Judiciário deve ser analisado externamente, com o apoio das ciências sociais, no intuito de que essa importante estrutura jurídico-social seja compreendida no contexto da pós-modernidade, até para que se possa verificar até em que medida ele goza de legitimidade para assumir esse papel ou é utilizado como mantenedor da superestrutura jurídica enquanto mecanismo de dominação social.

Apesar de a mudança desse perfil começar a ser percebida cientificamente, grande parte da doutrina e do Judiciário ainda insistem em se apegar ao antigo papel de técnico, de que as suas decisões podem ser justificadas por inúmeras teorias argumentativas, que, ao fim, não conseguiram tracejar caminho científico a ponto de demonstrar como as estruturas jurídicas poderiam ser aplicadas de forma neutra, sem influências políticas.

Essa percepção clássica do funcionamento do Poder Judiciário tenta camuflar a sua influência na formação dos juízos políticos,

na perspectiva de imunizá-lo das consequências de suas decisões. O objetivo deste trabalho é demonstrar a mudança do perfil institucional do Poder Judiciário quando da sua entrada na arena política para que, na democracia, com seu contínuo processo de aprimoramento, seja possível avaliar até que ponto essa nova atuação é legítima no regime democrático e estabelecer novas formas de controle de sua atuação.

## **Desenvolvimento**

A pós-modernidade é conceito ambíguo que significa o que vem depois ou o estado de transição que diseca o fim da modernidade, que caracterizaria o estado de reflexão sobre a experiência da modernidade (KUMAR, 2006, p. 106). Beck (2003, p. 20) acrescenta que “a palavrinha pós é a bengala de cego de intelectuais”. Essa percepção decorre dos diagnósticos parciais acerca dos conceitos já ultrapassados sem a concomitante construção de novos. A complexidade da sociedade contemporânea não se deixa apreender pelos antigos paradigmas modernos.

A complexidade é um fenômeno quantitativo, a extrema quantidade de interações e de interferências entre um número muito grande de unidades, além de incertezas, indeterminações e fenômenos aleatórios, enfim, uma cautela contra a clarificação, a simplificação e o reducionismo excessivo (MORIN, 2011, p. 33-35).

Edgar Morin, importante interlocutor do pensamento complexo, insta o movimento científico a sair do confortável mundo da hiperespecialização dos saberes, ao apontar a necessária mudança da postura de conceber os problemas de forma parcelável, uma vez que na vida eles são globais. A cultura científica clássica separa as áreas do conhecimento. O desafio da globalidade representa também o desafio da complexidade, conjunto dos componentes inseparáveis. Esse confinamento acaba por estagnar a capacidade de reflexão e nos atrofia na ignorância, pois a capacidade de con-

textualizar e de integrar é aptidão fundamental da mente humana (MORIN, 2003, p.13-14).

Com o referido autor se afirma que o saber tornou-se esotérico (somente os especialistas têm acesso) e anônimo (quantitativo e formalizado), o que acaba por excluir o cidadão do conhecimento. Essa realidade pode ser observada, sobretudo, no campo da política, que, quanto mais técnica, mais regride a competência democrática. É necessária a democracia cognitiva (MORIN, 2003, p.18-19). Como adverte Bobbio (2015, p. 59-60), “Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão comum”.

O desenvolvimento do pensamento deve estar pautado na dúvida, na opinião crítica. Deve-se valorizar a ligação, a síntese e a organização do conhecimento, quando ainda hoje nos detemos na separação e na análise. É urgente o “pensamento ecologizante”, que se demonstra necessariamente complexo, uma vez que situa o conhecimento com o seu meio ambiente, na procura de relações e inter-relações entre cada fenômeno e o seu contexto, sem menosprezar as relações de reciprocidade todos / partes (MORIN, 2003, p. 25).

Nesses casos de múltiplos elementos a considerar, os aplicadores das estruturas jurídicas ainda não estão preparados para correlacioná-las de forma clara. Como dito, com Morin e o pensamento complexo, é preciso aprender a religar.

A ordenação da vida, a sua modelagem, não pode ser vista apenas pela sua embalagem (estrutura jurídica), o procedimento de formalização ou de ordenação das expectativas dominantes. É preciso considerar as suas fontes materiais, que é a vida cultural empreendida no seio social. A cultura jurídica já se ressentiu dessa deficiência, mas não aprendeu a desenvolver conscientemente as suas relações com as outras estruturas sociais.

Na sua evolução, o homem primeiro satisfaz as suas necessidades físicas, o que não foi suficiente, pois, diferentemente dos outros

animais, possui racionalidade, e então surgiram outras necessidades: as do espírito. É quando se forma a cultura.

As estruturas jurídicas são complexas, porque visam a ordenar a vida em sociedade. Elas nos servem para propiciá-la, já que são instrumentos de pacificação social. As suas finalidades essenciais residem na segurança jurídica e na justiça. Essa duplicidade finalística é uma relação complexa por essência, porque nem sempre é possível determinar qual deve ser a sua finalidade fundante, por mais que, comumente, propugne-se que só existe justiça numa segurança fundante (NADER, 2015, p. 119).

Ao longo de toda a sua evolução, as estruturas jurídicas são permeadas pelo embate ideológico entre a rigidez (positivismo, segurança) e a flexibilidade (jusnaturalismo, justiça). Com o fortalecimento dos Estados Absolutistas e das grandes Codificações Modernas, o positivismo jurídico ganhou o seu esplendor e, apesar de ter sofrido certa decadência no final desse século XIX (pois a realidade é dinâmica e se perdeu a conexão com os anseios do tecido social), a lei foi instrumento ideológico ou ingrediente de uma das maiores atrocidades da história da humanidade no Século XX: o holocausto.

As estruturas jurídicas então tornaram-se dúcteis, com influência da Moral, Filosofia, Sociologia etc., exatamente para que houvesse a sua religação com o ser humano, a sua finalidade primordial. Era preciso permeá-las pela eticidade. O sistema jurídico, enfim, concebeu-se complexo, no sentido da religação dos saberes.

A Sociedade hoje está centrada na ideia do Direito e do Sistema Judicial em razão de, no final da década de 80, o Judiciário, centro de legitimação do Estado, ter adquirido proeminência por meio de mudança política proporcionada pelo modelo de desenvolvimento que se assenta nas regras de mercado e nos contratos privados, bem como em função da precarização dos direitos econômicos e sociais. Isso tudo ainda foi associado ao aumento da consciência dos direitos (SANTOS, 2011, p. 12-14).

O Poder do Judiciário ainda aumentou o seu poder de influência porque as leis e a Constituição começaram a se valer de conceitos legais mais abertos ao abandonar a técnica de regras taxativas, a fim de possibilitar maior papel criativo do magistrado, justamente para que as normas jurídicas fossem aplicadas em contexto mais amplo, a ponto de espelhar a riqueza do fenômeno social. Esse conjunto de fatores que exerce influência nas estruturas jurídicas pode ser evidenciado com a exposição de Costa (2016, p. 2):

Nada é mais inapropriado do que dizer que a interpretação dos textos normativo-processuais é uma técnica de subsunção dos fatos à norma. O equívoco seria duplo: não há subsunção alguma; a interpretação não parte de normas, mas de textos. Mesmo assim, os operadores do processo não se socorrem apenas dos textos normativos. Ledo engano pensar que juiz, advogados, integrantes do Ministério Público e doutrinadores, por exemplo, atuam estrategicamente escorando-se somente no Código de Processo Civil ou nas leis processuais extravagantes. A interpretação processual está longe de ser o resultado da *soma* dos sentidos parciais frasais que integram esses textos de direito positivo. Não se trata, enfim, de uma apreensão linear somatória dos “efeitos de sentido” emergentes de “partes” do texto. Decididamente, a interpretação é um fenômeno *transproposicional, enunciativo*. Os operadores sempre “trabalham” um complexo de bases extralinguísticas e intralinguísticas. Essas bases são formadas por três tipos de matéria-prima: *textos, cotextos e contextos*.

Trata-se de elementos: 1) jurídico-normativos (por exemplo, Constituição, Código de Processo

Civil, leis processuais civis extravagantes, regimento interno dos tribunais); 2) jurídicos não normativos (por exemplo, jurisprudência, doutrina); 3) extrajurídicos normativos (por exemplo, moral, religião); 4) extrajurídicos não normativos (por exemplo, utilidade econômica, conveniência política); 5) contextuais objetivos culturais (por exemplo, senso comum, cultura local); 6) contextuais objetivos naturais (por exemplo, quadro espaço-temporal); 7) contextuais subjetivos enunciáveis (por exemplo, convicções próprias, erudições pessoais); 8) contextuais subjetivos não enunciáveis psíquico-individuais (por exemplo, desejos, medos, sentimentos); 9) contextuais subjetivos não enunciáveis psíquico-sociais (por exemplo, grau de instrução, nível cultural, pressão social, preconceitos de classe). Daí porque o sistema de processo civil não é um subsistema rigidamente fechado, que parte só de textos normativo-processuais (dialogismo intertextual monologal), mas um sistema com algum grau de *abertura*, pois usa bases textuais não jurídicas, textuais jurídico-normativas e não textuais (dialogismo interacional plurilocal).

Como se vê, a constituição do produto da interpretação processual não se exerce a partir de um monólogo com a Constituição, o CPC e as leis processuais extravagantes. Enfim, ela não depende somente das determinações referenciais do texto. Os elementos extratextuais são “coconstitutivos” dos discursos tecidos pelos operadores do processo, motivo pelo qual não se trata de condições externas de índole sociológica ou psicológica [= perspectiva *extrinsecalista*]. Em verdade, há um *di-*

álogo, uma conjugação inseparável entre elementos determinantes *textuais* (lógicos, semânticos, sintáticos, hermenêuticos, etc.) e *contextuais* (quadros situacionais, existenciais, sociais, históricos, psicológicos, etc.) na formação da significação jurídico-processual (= perspectiva *intrinsecalista*). Daí porque há quem afirme que o texto nada mais é do que uma unidade de uso em situação de interação, uma unidade semântica em contexto. Isso permite que o direito processual civil (e não, simplesmente, o texto normativo-processual) seja incessantemente inserido na realidade, enfim, que o juiz e as partes lhe confirmem contemporaneidade, fazendo-o adaptativo. Interpretar não significa, simploriamente, “atualizar” o texto normativo. Não se trata de converter conceitos em representações particulares inscritas no espaço-tempo. Trata-se de um permanente trabalho de “atualização” e de “reatualização” do próprio subsistema processual civil. Trata-se, em outros termos, de um movimento sem fim, em que o direito processual civil positivo é reengendrado pela prática forense cotidiana por meio de um contínuo processo intelectualivo, em que a Constituição Federal, o CPC e as leis processuais civis extravagantes são coparticipantes, não o limite do possível.

Contemporaneamente, em superação ao risco de aplicação estrita das normas, até pelos muitos elementos que influenciam as estruturas jurídicas, vivencia-se o outro extremo: o grande empoderamento dos magistrados. O Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, a partir de 2004, passou a se tornar mais ativista, ao investir na valorização dos elementos extrajurídicos ou mesmo nos jurídicos não normativos, em desprezo, muitas vezes, aos elementos textuais.

Críticas são observadas quanto à invasão da competência do Poder Legislativo. Ao aplicar a lei, o ator jurídico não se limita a interpretar o texto pré-existente, mas avança ao adscrevê-lo, porque sempre acrescenta um sentido ao texto interpretado (MITIDIERO, 2016).

A despeito da rigidez da separação dos Poderes, é o Judiciário quem se depara com os desafios da aplicação das normas, em razão da riqueza dos fatos sociais e da omissão do Legislativo em discutir temas impopulares (aborto, casamento homoafetivo, descriminalização do uso pessoal de drogas etc.). O Judiciário, destinado a proteger a Constituição, por vezes, tem que operacionalizar obrigatoriamente a defesa dos direitos dos cidadãos.

Do ponto de vista epistemológico, pretende-se unir positivismo (estrutura jurídica reconhecida e imposta pelo Estado) e certa correção moral de inspiração jusnaturalista (estrutura jurídica que independe do reconhecimento do Estado, pois é extraído da natureza humana) no movimento que se denomina de neoconstitucionalismo, quando o texto constitucional deixa de possuir uma figuração de mera carta de intenções e passar a gozar de imperatividade e de centralidade no ordenamento jurídico.

A Constituição, permeada de valores morais, não é mais texto meramente político para se tornar parâmetro obrigatório de crítica à atuação do Poder Legislativo (controle de constitucionalidade formal e material), em garantia de que a estrutura jurídica abarque segurança e justiça sem os excessos de cada finalidade em separado. O dilema de sempre é dosá-las, circunstância tão característica da complexidade. Nesse movimento integrador ainda não se questiona a neutralidade política.

Em viés mais crítico, a estrutura jurídica pode ser encarada enquanto eficiente tecnologia de dominação social. O seu desenvolvimento foi propiciado em razão das necessidades do capitalismo moderno, que precisou conferir segurança às suas práticas. A força, a coação, como método propiciador da interação social, não favorecia

mais os anseios do capitalismo. Era necessário que o ser humano se tornasse sujeito de direitos a fim de participar livremente do movimento cíclico do trabalho e do consumo. A força passou a ter papel coadjuvante e de salvaguarda, na figura político-jurídica garantidora da estrutura jurídica moderna: o Estado (MASCARO, 2015).

A Escola Crítica do Direito sempre propugna que, na sua aplicação, a estrutura jurídica deve sempre permear outros interesses além daqueles subjacentes ao capital, para fugir, o quanto possível, da dominação. A segurança e a rigidez devem ceder margem ao livre desenvolvimento do ser humano, em exercício crítico, característico da mudança de pensamento, da opinião crítica. Foucault (2013, p. 34-35) pondera que as condições políticas e econômicas não seriam um obstáculo ao sujeito do conhecimento, mas os caminhos que formam esses sujeitos e as relações de verdade.

Na segunda metade do século XX, a estrutura jurídica vem sendo utilizada em demasia como discurso legitimador de várias decisões políticas, que não seriam técnicas numa concepção mais formalista (literalidade dos textos das leis). Não se trata apenas da lei, mas da Política, da condição subjetiva do juiz, das consequências da decisão a tomar, das pressões feitas pela sociedade e pela mídia.

Segundo Mascaro (2015), as cortes constitucionais passaram a se comportar como cortes majestáticas, pois o controle da sua atuação não se dá mais pela análise da fundamentação das suas decisões, mas, sobretudo, pelas consequências delas. Trata-se, como lembra Robertson (2010, p. 348), da transformação dos juízes em teóricos políticos.

Santos (2011, p. 6-7) alerta que somos herdeiros de várias promessas da modernidade (igualdade, liberdade e fraternidade) que não foram cumpridas e propõe a formatação de novo senso comum jurídico, cujas premissas são a crítica ao monopólio estatal e científico do Direito, com a necessidade de sua repolitização (dadas as novas funções políticas e simbólicas assumidas pelo Judiciário) e de sua valorização enquanto instrumento universal da transformação social politicamente legitimada.

Essa repolitização do Direito é extremamente necessária, uma vez que a sua naturalização, iniciada com o positivismo (ao restringir seu conteúdo acriticamente à lei), agora, mesmo com o neoconstitucionalismo, com grande ampliação do fenômeno jurídico, pela influência de valores morais, ainda assim é naturalizado a partir da argumentação jurídica exercida pelos Tribunais, não mais singelos órgãos técnicos, mas com clara função política.

Não se deseja o retorno ao determinismo do positivismo jurídico, apenas mais clareza na construção da relação entre as estruturas jurídicas e políticas, em franco processo de acoplamento (LUHMANN, 2016, p. 377). De acordo com Foucault (2013, p. 31), para conhecer o conhecimento, deve-se aproximar dos políticos, para se compreenderem as relações de luta e de poder.

Como assevera Rodriguez (2016, p. 42), em crítica ao posicionamento enviesado quanto ao formalismo (positivismo) e ao idealismo (neoconstitucionalismo):

No realismo jurídico, por contraste às posições acima, regras e decisões judiciais expressam “opções políticas”, não neutras, não naturais e não necessárias. Os elementos de discricionariedade associados ao método dedutivo de decisão judicial e a seu exercício são expostos, assim como é o conflito constante entre os diferentes ideais e princípios de organização da vida em sociedade, de maneira a procurar demonstrar que o formalismo e o idealismo, em suas expressões de então, e apesar de suas diferenças e de sua pretensão à neutralidade, naturalidade e necessidade, representam tentativas de justificar papel específico do Estado (limitado) e determinada organização das relações patrimoniais (conservadora ou oligárquica).

Essa divergência quanto ao método interpretativo ou o papel da subjetividade na aplicação das estruturas jurídicas já se exauriu sem que se consiga consenso entre as posições antagônicas, pois no Direito se quer segurança, método capaz de sempre oferecer a solução correta para vários casos concretos. Há vários pontos de partida como visto (positivismo, idealismo ou realismo), mas haverá possibilidade de preestabelecer um que seja correto para todos os casos?

A incerteza permeia as estruturas jurídicas como aflige todos os campos científicos. A estrutura jurídica é uma ficção e existe menos do que o que realmente existe (onde logicamente tudo pode acontecer). Mas não é totalmente uma ficção, pois diz respeito a um possível estado de coisas a se realizar, porque é uma realidade deôntica, que requer a crença no dever ser (GUERRA FILHO; CARNIO, 2013, p. 201-202).

Nas relações estabelecidas entre as estruturas jurídica e política, a primeira nasce da segunda e, dada a riqueza nas trocas dos signos linguísticos entre os participantes da prática social, a estrutura jurídica torna a ser política na aplicação, porque dependente sempre de um ato de vontade, de escolha.

O exaurimento desse problema científico do seguimento jurídico, a tentativa de controle da sua aplicação a partir de teorias argumentativas ou da lei a fim de reduzir o grau de subjetividade na sua aplicação, se visto de forma complexa, só pode levar a reformar a própria institucionalidade do Judiciário, para passarmos a vê-lo como um poder político tal como o Executivo e o Legislativo e analisar a possibilidade de revisão de sua organicidade, sem a falha insistência de justificar a sua atuação a partir de ponto de vista pretensamente neutro.

A incerteza ou a influência da subjetividade é sabidamente existente no fenômeno jurídico como em todos os outros. A postura de controlá-la, no entanto, não deve ser a de simplesmente camuflar a sua existência a partir da técnica. É preciso tratar o Judiciário como órgão político para ser possível democratizá-lo.

A Justiça deve ser democratizada para que no seu seio formem-se consensos esclarecidos. É a partir disso que se podem questionar também os limites da legitimidade democrática para a atuação jurisdicional em determinados casos.

Poder-se-ia até fomentar nova categoria na morfologia política básica (regime de governos, formas de Estado, formas de governo e sistemas de governo), o sistema de poderes, pois hoje o Judiciário acaba acumulando tarefas que podem requerer novas plataformas institucionais (SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 159-160), em detrimento da clássica tríplice divisão de poderes.

Rodriguez (2016, p. 26), em linha argumentativa que se poderia apontar como complexa, destaca que o problema da indeterminação jurídica não advém da estrutura institucional-normativa do processo de aplicação do Direito, que é variável, mas da configuração institucional do Poder Judiciário. Ressalta-se, ainda, que esse grau de indeterminação jurídica ainda pode aumentar se houver tensão entre a sociedade e o seu direito, pois sua fonte real serão os conflitos sociais e não uma questão meramente de linguística (RODRIGUEZ, 2016, p. 104).

Rodriguez (2016, p. 143-144) cita alguns exemplos de reformas institucionais. A primeira é a nova separação dos poderes proposta por Bruce Ackerman, inspirada na especialização funcional que privilegiasse a legitimidade democrática, especialização funcional e a proteção a direitos fundamentais, com a proposta de criação de um poder distributivo, com restrição à atuação do Poder Judiciário em decisões de realocação de verbas orçamentárias.

Há ainda o poder desestabilizador de Roberto Mangabeira Unger, que atuaria quando os órgãos não pudessem agir segundo procedimentos regulares de participação política, agindo, sobretudo, mediante sistemáticas reformas estruturais (RODRIGUEZ, 2016, p. 147).

Há excessiva cobrança em relação ao Judiciário, refém do atraso institucional proporcionado pela tripartição dos poderes. Algumas matérias não caberiam a ele decidir (pelo menos sob a camuflagem

da técnica), que não poderia decidir sobre questões relativas à ordenação social, como as de cunho distributivo (direitos sociais) ou mesmo quando necessário empreender grandes reformas ou transformações sociais (reforma política).

O Judiciário vem sendo compelido a tomar esses tipos de decisões. Há reconhecimento de que essas matérias não seriam estritamente jurídicas, mas também políticas. Nesses casos de indiscernibilidade entre o político e o jurídico, essa nova institucionalidade exigida do Poder Judiciário deve ser discutida, pois a sociedade pós-moderna precisa de novos arranjos e isso deve ser feito antes que o Judiciário seja vítima do seu próprio protagonismo político, já que se deslocou para ele a legitimação estatal antes presente nos Poderes Executivo e Legislativo. Por mais que a confiança do seio social na justiça não seja ampla, o Judiciário é o último guardião do regime democrático.

A saúde do regime democrático na América Latina e no Brasil não vai muito bem. O nível de apoio à democracia na América Latina caiu a um patamar histórico, pois, desde 2010, o índice caiu de 61% para 54%. No Brasil, no contexto da crise política, em 2015, em apenas um ano, caiu de 54% para 32% (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2016, p. 8-12).

Santos (2011, p. 24) destaca que a Justiça precisa ser democratizada, o que somente será possível se o Direito for operado em uma sociedade democrática. O Judiciário, após a saída do regime ditatorial, não foi objeto de discussão de como democratizá-lo.

Os principais vetores da transformação jurídico-política do Judiciário são:

profundas reformas processuais; b) novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; c) o velho e o novo pluralismo jurídico; d) nova organização e gestão judiciárias;

d) revolução na formação profissional, desde as faculdades de direito até a formação permanente; e) novas concepções de independência judicial; f) uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais com os movimentos e organizações sociais; g) uma cultura jurídica democrática e não corporativa. (SANTOS, 2011, p. 25).

A democracia, do ponto de vista material, apenas seria atingida se os tribunais procedessem à ligação entre as disputas individuais e os conflitos estruturais que dividem a sociedade (SANTOS, 2011, p. 69).

As Constituições procederam ao acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político (LUHMANN, 2016, p. 785). Apesar de sistemas autopoieticos, que são autoprodutores de suas estruturas e de sua posterior regeneração, não são totalmente fechados. Permite-se que a solução dos problemas de cada sistema seja influenciada pelo outro. Essa interligação representa o acoplamento entre esses sistemas.

A sociedade precisa promover a criação de instrumentos de vigilância política do Poder Judiciário uma vez que, segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, o Índice de Confiança na Justiça (IPJ-Brasil), no segundo semestre de 2015, ficou em 4,5, em uma variação de 0 a 10.

No cálculo desse índice, há dois subíndices: o de percepção e de comportamento. O de percepção foi de 2,9 e ele leva em consideração aspectos que tangenciam o tema já discutido, como a independência política do Poder Judiciário. O subíndice de comportamento foi de 8,2, o que demonstra a utilização dos serviços judiciários para a resolução dos conflitos mesmo que com grande desconfiança (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2016, p. 11).

O acoplamento entre as estruturas jurídica e política requereu nova feição política do Poder Judiciário na pós-modernidade, o

que torna indispensável o conhecimento das estruturas de poder que permeiam as suas decisões judiciais.

## **Conclusão**

Pelo estágio das discussões que envolvem a epistemologia jurídica, é essencial a percepção de que o Direito já se concebeu enquanto entidade complexa, o que foi proporcionado pelo amadurecimento teórico do neoconstitucionalismo, principalmente no Brasil, o qual propiciou correção moral ao Direito, ainda que neutro quanto ao aspecto político.

Com o exacerbamento do poder criativo dos juízes, houve reasendimentação crítica de viés formalista, com certo clamor de retrocesso formal e, desta maneira, tudo continua ainda voltado ao processo de aplicação do direito no contexto da subjetividade do aplicador.

A partir da influência do pensamento complexo, apreende-se que a incerteza é inata ao conhecimento científico e o direito, mesmo que preze pela segurança jurídica, tem de aprender a lidar com ela.

É preciso procurar a solução para a indeterminação jurídica em outros aspectos, a partir da reforma institucional do Poder Judiciário.

Na pós-modernidade, observou-se que a tripartição dos Poderes vivencia certo exaurimento, quando a sociedade contemporânea requer novas estruturas institucionais, pois o Poder Judiciário foi delineado organicamente para decisão de questões sem indiscernibilidade entre direito e política. Em razão da omissão do Poder Legislativo em tomar decisões para os novos problemas e da modificação na estrutura das normas jurídicas, o Poder Judiciário vem sendo utilizado para tanto mesmo assim.

O enfoque para a resolução dos problemas de indeterminação jurídica não deve ser o da neutra utilização de teorias argumentativas, mas o da reformulação institucional do Judiciário decorrente de sua nova concepção enquanto agente político.

## Referências

- BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: Unesp, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **Informe 2016**. Disponível em: < <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp> > . Acesso em: 05 set. 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Discursos processuais: validação e sistematicidade. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016. Disponível em: < <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239621> > . Acesso em: 2 maio 2016.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2015.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJBrasil**. São Paulo, 2015. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%CC%81rio%20ICJBrasil%20-%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > . Acesso em: 30 ago. 2016.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria Política do Direito**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- KUMAR, Grisham. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. 2 ed. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. Para uma teoria geral da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 31, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=236918>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Pensamento Complexo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Forense, 2015.

ROBERTSON, David. **The Judge as Political Theorist**. Oxford: Princeton University Press, 2010.

RODRIGUEZ, Caio Farah. **Juízo e imaginação**. São Paulo: Malheiros, 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Didier. **O Tribunal Constitucional como Poder**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



# **SOLUÇÃO DE CONFLITOS**



# ESTUDO DE CASO: AS EMOÇÕES NA CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Ana Siomara de Oliveira Ferreira<sup>18</sup>

## INTRODUÇÃO

O termo Conciliação tem origem do latim *conciliabulum*, “que significava nos tempos da Antiga Roma um local para se buscar um acordo” (NETO, 2016, p. 1). Trata-se de um método autocompositivo de solução de conflitos, ou seja, por meio do qual os envolvidos diretamente no conflito podem, eles mesmos, encontrar uma solução consensual, com o auxílio de um terceiro imparcial, que pode agir sugerindo soluções possíveis, que podem ou não ser aceitas pelas partes.

No Direito Brasileiro, a Conciliação já se encontrava presente na Constituição Imperial brasileira – de 25 de Março de 1824 -, que preconizava a tentativa de conciliação antes da instauração de qualquer processo. Ela também pode ser encontrada na Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei nº 5.452/46 -, que inclui duas tentativas de Conciliação em reclamações trabalhistas; assim como, no Código de Processo Civil de 1973, e no que entrou em vigor em 2016.

A criação e entrada em vigor de leis responsáveis por enfatizar o uso de mecanismos consensuais nos últimos anos, como a Resolução nº 125/10 do CNJ; a Lei de Mediação – Lei nº 13.140/15 -; e o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/15 -, têm conseguido promover discussões diversas envolvendo temas como o acesso à

---

18. **Graduanda do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Email: ana\_siomara@hotmail.com**

Justiça; as características, vantagens e limitações dos diversos métodos extrajudiciais, dentre os quais se encontra a Conciliação.

Segundo Calmon (2013, p. 133) Conciliação pode ser considerada judicial quando a função de conciliador é exercida por juiz, ou pessoa que faça parte da estrutura judiciária que se destine a esse fim. O referido autor, também, chama a atenção para a diferença existente entre os termos Conciliação e autocomposição, sendo que o primeiro pode ser definido como “a atividade tendente a incentivar e coordenar um acordo entre as partes”, não se confundindo com o segundo, que representa apenas o resultado (CALMON, 2013, p. 133).

É processual a Conciliação que acontece concomitante ao processo, ocorrendo em ambiente judicial. O art. 165 do Código de Processo Civil prevê a criação dos CEJUSC's, Centros Judiciários de Solução Consensual de Demandas, responsáveis pelas audiências de Mediação e Conciliação.

A Conciliação é considerada pré-processual quando ocorrente sem que exista processo judicial em curso. Já o que define a Conciliação extraprocessual “é o fato de não haver processo em curso tratando do mesmo conflito e de não estar sendo conduzida diretamente por um juiz” (CALMON, 2013, p. 136).

Portanto, temos que, o conciliador pode ser judicial e extrajudicial.

O conciliador pode ser judicial, atuando como auxiliar da justiça nas audiências de conciliação (CPC, art. 334), nos termos dos arts. 165 a 175 do CPC, ou extrajudicial, sem que haja, nessa hipótese, lei específica para regular o procedimento ou requisitos para a sua atuação (JUNIOR, 2015, p. 279)

Segundo Almeida (2016, p. 5), atuam como terceiros facilitadores em audiências de conciliação primordialmente profissionais da área do Direito, o que restringe a compreensão de aspectos importantes como a condução do diálogo e análise do conflito. No

âmbito extrajudicial, principalmente, tem-se uma maior participação de profissionais de outras áreas como a Psicologia e o Serviço Social, que colaboram para o enriquecimento da Conciliação enquanto método de solução de conflitos.

## **DESENVOLVIMENTO**

Os métodos de gestão de conflitos podem ser classificados em autocompositivos e heterocompositivos, com base na pessoa responsável pela solução da disputa. “Nos métodos autocompositivos, como o termo indica, as partes buscam uma solução sem a decisão ou determinação de um terceiro. Cooperativas por excelência, (...) destacam-se a negociação, a conciliação e a mediação”. Já os métodos heterocompositivos se caracterizam por delegar a um terceiro a responsabilidade por determinar o que as partes devem ou não fazer, destacando-se o processo judicial e a arbitragem (FIORELLI; FIORELLI; JUNIOR, 2008, p. 51).

Esses diversos métodos possuem características próprias, que os tornam mais aptos, ou mais eficientes portanto, a determinadas situações.

O Sistema de Múltiplas Portas, termo criado originalmente por Frank Sander em 1985, serve para designar a possibilidade de ofertar diferentes métodos de solução de conflitos integrados ao Judiciário. No Brasil, esse sistema implica, também, na possibilidade da utilização de diferentes métodos de solução de conflitos em diferentes momentos, seja pré ou endoprocessual, extrajudicial ou judicial (ALMEIDA, 2016, p. 1).

[...] Visa o sistema multiportas de acesso à justiça – disponibilização de diferentes métodos de resolução de conflitos – poder ampliar o número de portas de que dispomos e, sobretudo, adequar o encaminhamento de nossas questões à que for mais apropriada (ALMEIDA, 2016, p. 2)

De modo que, assim como os demais métodos de solução de conflitos, a Conciliação precisa ser bem compreendida, para que ela possa ser utilizada de forma adequada, extraindo dela o máximo de benefícios possíveis.

## **1 Aspectos Particulares da Conciliação**

A Conciliação é considerada como uma “autocomposição indireta ou triangular, posto existir um terceiro que auxilia na composição” (JUNIOR, 2016, p. 1). Definição que torna evidente a existência de algumas semelhanças entre a Conciliação e a Mediação de Conflitos, motivo pelo qual é comum a confusão entre os dois procedimentos; pois ambas possuem propósito semelhante, o de auxiliar as partes para que cheguem a um consenso, com a ajuda de um terceiro imparcial.

Apesar disso, a Conciliação possui características próprias, que a diferenciam da Mediação e dos demais métodos de solução de conflitos. Temos, por exemplo, que a Conciliação é um procedimento considerado célere; fundamentado em práticas de negociação; se restringindo, muitas vezes, a apenas uma reunião entre as partes e o conciliador; sendo que este pode sugerir soluções, que não podem ser consideradas impositivas ou vinculativas.

Outro aspecto importante da Conciliação refere-se ao tipo de conflito mais adequado à sua prática, que são os não derivados de relações continuadas. “É muito eficaz para conflitos onde não existe relacionamento significativo no passado ou contínuo entre as partes a futuro, que preferem buscar um acordo de forma imediata para por fim a controvérsia ou ao processo judicial” (JUNIOR, 2016, p. 1).

Esse critério, responsável pela distinção quanto ao uso da Mediação ou da Conciliação se encontra especificado, inclusive, no art. 165, §§ 2 e 3 do CPC, segundo o qual deve ser utilizada a Conciliação preferencialmente quando não houver vínculo anterior entre as partes.

O objetivo da Conciliação é o acordo. Sendo importante levar em consideração que, muitas vezes, no esforço de alcançar esse acordo, o conflito termina ainda mais acirrado. Apresentando, portanto, sintonia com o paradigma adversarial, onde importa a cada uma das partes envolvidas na contenda alcançar somente a sua satisfação pessoal.

Dentro dessa perspectiva individualista, a satisfação quanto ao resultado da Conciliação se encontra vinculado à análise, objetiva e subjetiva, do custo benefício do que foi conseguido em caráter individual.

Quanto à construção do acordo, temos que este é construído com a participação do conciliador. “À partir do que está sendo negociado, espera-se que o conciliador ofereça sugestões e propostas de acordo, assim como marcos legais” (ALMEIDA, 2016, p. 5).

Além disso, importa para a ocorrência e a motivação da Conciliação a identificação da responsabilidade em relação à causa - ou causas -, do conflito, ocorrido no passado, visando a proposição de soluções reparadoras ou corretivas.

Ademais, temos que a Conciliação privilegia a pauta objetiva, ou seja, os conteúdos materiais, substanciais, em detrimento da pauta subjetiva, que seriam os derivados do relacionamento entre os envolvidos, e que o conflito produziu.

Inicialmente, o estudo dessas características promove uma compreensão geral acerca do que seja a Conciliação. Na busca por uma maior compreensão acerca desse meio de solução de conflitos, e de como deve transcorrer o seu procedimento, de forma a obter melhores resultados, faz-se necessário analisar em seguida suas etapas.

## **2 Etapas da Conciliação**

Adolfo Braga (2016) divide a audiência de Conciliação em quatro etapas, ou momentos lógicos, de forma a produzir uma melhor compreensão sobre o método, assim como facilitar a obtenção de acordos eficazes. As etapas são: apresentação, esclarecimentos, criação de opções e acordo.

A primeira etapa corresponde ao momento em que as partes são informadas sobre o funcionamento do processo. Cabe ao conciliador informar sobre o que acontecerá durante a audiência; regras de conduta; sobre o seu papel, assim como o das partes e seus advogados, caso estes estejam presentes; e conversar sobre possíveis dúvidas existentes.

Na etapa de esclarecimentos as partes vão falar sobre o conflito, de forma que o conciliador possa tomar conhecimento de todos os fatos, do relacionamento existente entre as partes; cabendo ao conciliador fazer perguntas com o fim de estimular reflexões importantes nos participantes.

Na etapa da criação de opções o conciliador busca estimular a criação do maior número possível de opções de solução para que sejam, então, debatidas pelas partes. O autor aponta a necessidade de buscar opções que atinjam o efetivo interesse das partes, cabendo aos advogados, ou representantes legais, a assistência jurídica necessária para a observação dos requisitos legais, já que o acordo tem, em geral, consequências jurídicas.

Por fim, a etapa do acordo representa o momento de formalização dos compromissos assumidos, que devem ser resumidas à termo de forma clara e objetiva, respeitando a vontade das partes, desde que não desrespeite a legislação vigente. É, portanto, a parte final da audiência ou procedimento de Conciliação.

O procedimento de Conciliação, por envolver seres humanos, não pode prescindir de elementos humanos, dentre os quais se encontram as emoções. De forma que, torna-se imprescindível conhecer o papel das emoções na Conciliação para que esse elemento possa ser útil ao procedimento.

### **3 O Papel das Emoções na Conciliação**

Os conflitos, de forma geral, são produzidos na interação entre as pessoas, que não podem ser desvinculadas do seu aspecto emo-

cional, de forma que “[...] a necessidade de demonstrar que se tem razão, de receber do outro um pedido de desculpas, de cuidar da auto-estima maculada pelo destrato que a postura do outro provocou, tudo isso de parte a parte” precisa ser considerada na solução de uma contenda (ALMEIDA, 2016, p. 7).

Mudando de perspectiva, a Conciliação pode ser concebida dentro de uma dinâmica menos adversarial, menos destrutiva. A dinâmica adversarial propõe um jogo que tem como objetivo “fazer pontos, confirmar impressões negativas e atribuir culpas, em detrimento dos interesses substantivos de ambas as partes (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 41). Azevedo (2015, p. 49) define um processo destrutivo como sendo o que provoca o rompimento ou enfraquecimento do relacionamento das pessoas em conflito, com a acentuação do conflito, em função da forma como o processo é conduzido.

No entanto, apesar dos participantes buscarem satisfazer interesses particulares, dentro de uma perspectiva individualista, a Conciliação trata-se de um método consensual, e, portanto, não precisa ser um processo destrutivo, e no qual os interesses das partes possam sim coexistir.

O Projeto de Negociação de Harvard desenvolveu o método de negociação baseada em princípios, que consiste em:

[...] deliberar sobre as questões em pauta levando em conta seus méritos e não promovendo um processo de regateio focado naquilo que cada lado afirma que fará ou deixará de fazer. O método sugere que se busquem ganhos mútuos, sempre que possível, e que, no caso de conflito de interesses, se insista que o resultado tenha por base padrões justos, independentes da vontade de cada lado. (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 22)

Esse modelo de negociação demonstra as vantagens da colaboração entre as partes em conflito, da busca por propostas de benefícios mútuos, contrabalançando o aspecto adversarial de uma negociação. Uma dessas vantagens é que acordo obtido por meio desse modelo “deve ser sensato, caso um acordo seja possível; deve ser eficiente; e deve melhorar – ou, pelo menos, não piorar – o relacionamento entre as partes (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 27).

Segundo Fischer, Ury e Patton (2014, p. 40), o aspecto humano representado pelas emoções pode ser tanto útil quando desastroso no contexto de uma negociação, e precisa ser melhor compreendido.

[...] as pessoas ficam zangadas, deprimidas, amedrontadas, hostis, frustradas e ofendidas. Seus egos podem facilmente ficar ameaçados. Eles vêem o mundo à partir de seus próprios pontos de vista e frequentemente confundem suas percepções com a realidade. (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 41)

Além disso, a situação conflituosa pode vir a se estender por muito tempo, até mesmo pelo excessivo envolvimento emocional, derivada da compreensão da situação como sendo uma competição. Mal entendidos, comumente agravadas por falhas na comunicação, podem agravar o conflito em que ações produzem reações em círculo vicioso, configurando o que foi chamado de espirais do conflito.

[...] Cada reação torna-se mais severa do que a ação que a precedeu e cria uma nova questão ou ponto de disputa. Esse modelo, denominado de espirais do conflito, sugere que com esse crescimento (ou escalada) do conflito, suas causas originárias progressivamente tornam-se secundárias a partir do momento em que os envolvidos tornam-se mais preocupados em responder a uma ação

que imediatamente antecedeu sua reação (AZEVEDO, 2015, p. 48)

Outro ponto importante quanto às emoções durante a Conciliação é o conceito de contágio emocional, por meio do qual somos influenciados pelas emoções de outras pessoas, e em que o inverso também ocorre. Esse processo de influência recíproca pode envolver todos os participantes de uma Conciliação, o que implica na responsabilidade do conciliador quanto à sua postura na condução do procedimento.

[...] sem o adequado treinamento, ou com fins indevidos em mente [...] em regra, o contágio emocional ocorre do usuário aborrecido ou frustrado pelo fato de estar em conflito para o conciliador ou mediador que passa a ficar aborrecido ou frustrado pelo fato de não conseguir chegar a um acordo. (AZEVEDO, 2015, p. 153)

As emoções também tendem a se embaralhar com a substância do conflito, de modo que, a raiva sentida por uma coisa que seja a origem do conflito, passa a ser atribuída à pessoa que estiver vinculada a essa coisa. Portanto, o relacionamento entre as partes se embaralha com o conteúdo do conflito discutido.

Na mesma perspectiva, “o conflito apresenta custos financeiros e emocionais” Custos esse que vão se acumulando – e se agravando por meio das espirais do conflito – em uma “caderneta de poupança de sofrimentos”, que não possui fundamentos racionais, mas sob argumentos falsos como o de que “depois de tudo o que passamos não podemos voltar atrás” (FIORELLI; FIORELLI; JUNIOR, 2008, p. 41-42).

Essa forma de compreensão distorcida da realidade embasa, de forma geral, muitos pedidos de indenização por danos morais, que na verdade traduzem desgastes emocionais com o conflito.

Sobre o dano moral, temos que:

[...] o mero aborrecimento, irritação ou mudança de humor decorrente de entrechoques cotidianos não caracterizam dano moral. As ações de indenização não são panacéias para os desentendimentos do dia-a-dia. Também não podem servir de pano de fundo para o enriquecimento sem causa de pessoas detentoras de sensibilidade extremada [...] (SARMENTO, 2009, p. 23)

Outra contribuição proposta pelo modelo da negociação baseada em princípios é a diferença entre posição e interesses. Segundo esse modelo, o objetivo de uma negociação é satisfazer os interesses subjacentes dos envolvidos, ou seja, o que se oculta por trás das posições manifestas, do que se afirma desejar, ou seja, o que leva um sujeito a escolher determinada posição. Esse aspecto também foi discutido por Adolfo Braga (2016), em relação à etapa da criação de opções, que devem, segundo ele, buscar atender aos interesses efetivo das partes.

A barganha posicional, onde cada parte se aferra a uma posição, funciona como uma disputa de vontades, agravando o conflito, assim como o embaralhamento entre o relacionamento e a substância do conflito.

Inegavelmente, temos que a descoberta dos interesses das partes, o que de fato eles desejam, é extremamente importante. Para alcançar esse objetivo as emoções não podem ser ignoradas, cabendo ao conciliador, inclusive, estimular o desabafo, pois este é um modo eficaz de lidar com emoções negativas. “As pessoas obtêm uma descarga psicológica por meio do simples processo de relatar suas mágoas para uma audiência atenta”, favorecendo uma conversa mais racional em momento posterior (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 51).

As emoções podem mesmo exercer papel significativo nos momentos iniciais de uma Conciliação, podendo por si só impossibilitar a obtenção de um acordo.

As pessoas normalmente chegam a uma negociação se sentindo ameaçadas e conscientes de que há muito em jogo. Emoções de um lado induzirão emoções no outro. O medo poderá gerar raiva e a raiva, medo. As emoções poderão levar rapidamente a negociação a um impasse ou ao seu fim. (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 49)

Percebe-se, portanto, que apesar de possuir características particulares como a adequação a conflitos que não se derivam de relações continuadas, foco na pauta objetiva e na satisfação pessoal das partes, a Conciliação é um procedimento permeado e continuamente influenciado pelas emoções de todos os envolvidos, o que exige um maior conhecimento sobre o assunto. Cabe, em particular, ao conciliador ser capaz de conduzir o procedimento de Conciliação de forma adequada, possuindo os conhecimentos necessários, que incluem o conhecimento acerca do papel exercido pelas emoções ao longo do procedimento.

Um estudo, tendo como base um caso real, pode proporcionar uma visão mais ampla de fenômeno complexo, como é o relacionamento interpessoal, e a solução de um conflito por meio de uma Conciliação Extrajudicial.

#### **4 Estudo de Caso Encaminhado ao Núcleo de Mediação e Conciliação da UNIFOR**

Participaram da sessão de conciliação dois alunos de graduação em Direito como observadores; a conciliadora; um casal de assistidos – que deram entrada no Núcleo de Mediação e Concilia-

ção da Unifor com a reclamação -; e o vendedor do consórcio de motos, como a outra parte convidada.

A conciliadora designada para o caso iniciou a sessão explicando sobre o Núcleo de Mediação e Conciliação, sobre a ausência de processo judicial instituído sobre o assunto até o momento, sobre as possíveis formas de resolver a questão, assim como as vantagens da conciliação. Foi discutido, também, como deve ser a conduta dos participantes e qual o papel do conciliador.

Além disso, a conciliadora informou aos assistidos sobre a realização de anotações ao longo do procedimento. Momento em que se encerra a primeira etapa da audiência, ou etapa da apresentação.

Em seguida, foi passada a palavra à esposa do assistido que relatou a seguinte situação: ela e seu marido desejavam comprar uma moto por meio de um consórcio de marca específica, conhecida de ambos como sendo de qualidade. Pesquisando na internet, ela encontrou um representante que afirmou ser da referida marca de consórcios, vendedor este que foi na casa do casal para a celebração do contrato de compra de uma moto, em 30 parcelas de R\$ 330,31. Sendo que, a primeira parcela foi dada como entrada no dia da celebração do contrato.

Neste mesmo dia, por meio da identificação do nome da empresa impresso no contrato, a assistida percebeu que o vendedor não estava diretamente vinculado à marca de consórcios desejada, e sim fazendo parte de um grupo representante, que realiza negócios indiretamente com a referida marca. Situação que a deixou desconfiada de possível má-fé por parte do vendedor. Foi ainda informado aos assistidos, pelo mesmo vendedor, que uma pessoa da central de atendimento da empresa ligaria para o casal, por um número 0800, para informar os dados necessários ao prosseguimento da transação. A ligação em questão foi realizada por uma pessoa, que o assistidos identificaram como sendo de número da operadora TIM, informando que o plano de pagamento no qual

havam sido inscritos correspondia à 36 parcelas, e não 30; momento em que decidiram desistir do consórcio.

O casal ligou diversas vezes para o vendedor, na tentativa de reaver o dinheiro dado como entrada no consórcio cancelado, sendo ignorados. Quando, finalmente, conseguiram entrar em contato com o vendedor, este pediu que o casal o encontrasse em um posto de gasolina próximo à casa destes. Durante o encontro, sem sair de seu veículo, o vendedor pegou o contrato que estava com os assistidos, riscou todas as folhas; e propôs a devolução de R\$ 250,00 - pois R\$ 50,00 seriam referentes à taxa de cancelamento, e R\$ 30,00 para a sua gasolina, pois não iria trabalhar para o casal de graça -. O dinheiro foi recusado.

Passando a palavra para o vendedor, este explicou que o nome utilizado por ele na internet devia-se ao fato de ter trabalhado sete anos na empresa de consórcios desejada pelo casal, nome pelo qual era conhecido no Mercado. Tendo deixado esta empresa, passou a trabalhar em outra; que seu fardamento, cartão profissional, crachá e contrato exibiam a logomarca da nova empresa de consórcios, motivo pelo qual considerava estar claro que não teve a intenção de enganar os assistidos.

O fato de ter ignorado as ligações do casal representou sua tentativa, como vendedor, de desestimulá-los a desistir do cancelamento do contrato, dando mais tempo para que a decisão fosse repensada. O distrato, ou cancelamento do contrato, representava fato comum na empresa, e que segundo sua perspectiva não justificava o fato do assistido ter buscado o Núcleo. Quanto à multa por cancelamento, trata-se de protocolo da empresa, e que não houve a intenção de lesar os assistidos.

A mudança no prazo de consórcio de 30 meses para 36 meses aconteceu porque não haviam mais vagas no prazo desejado pelo casal, e cuja mudança, em sua percepção, não traz prejuízo ao consumidor.

Ao longo do diálogo entre as partes, que ficaram bastante exaltadas, a conciliadora chamou a atenção para a falha na comunicação presente entre os envolvidos. Embora houvesse concordância quanto à essa falha, o vendedor apontou como sendo de responsabilidade de outros setores da empresa, que não cumpriram sua função de forma adequada.

A conciliadora reduziu o clima adversarial, em momento de acusações recíprocas, chamando a atenção para o fato de que todos os presentes estavam de boa-fé. E tentou colocar o vendedor no lugar dos assistidos, que receberam do suporte - no caso a central de atendimento -, informações conflituosas, assim como do vendedor.

Em seguida, o assistido afirma que seu maior aborrecimento deveu-se ao acontecido no posto de gasolina, à forma como foi tratado; e que, se o vendedor houvesse devolvido a parcela integralmente nesse dia, ele não teria buscado o Núcleo.

O vendedor ignorou o que foi dito pelo assistido, perguntando o que de fato o assistido buscava ali, que não iria pagar indenização, considerada por ele indevida. Ele reconhecia que o assistido estava insatisfeito com o atendimento dele, vendedor, e não com a empresa. Que foi feito o cancelamento, não havendo mais nada que ele pudesse fazer. A confusão devia-se a uma “chateação” por parte do assistido.

A conciliadora intervém novamente, deixando claro que o passado foi explorado, a situação foi compreendida e que os envolvidos devem pensar em como pode ser construída uma solução para o futuro. Que aquele é o momento de resolver o conflito amigavelmente.

Passa-se nesse momento à fase de criação de opções.

O assistido propõe, então, a devolução da parcela integral de uma única vez. Ele diz que não tem a intenção de prejudicar o vendedor, que sabe ser -como ele -, pai de família e casado. O vendedor concorda com a restituição do valor pago, contanto que seja preenchido um termo reconhecido firma, em que conste o recebimento da parcela paga e outros dados requisitados pela empresa.

O assistido exalta-se diante do aborrecimento de ter que registrar firma do documento desejado pelo vendedor. A conciliadora pergunta, imediatamente, como ele gostaria, então, que a situação fosse solucionada, redirecionando o foco do debate e proporcionando uma maior participação do assistido na formulação do acordo.

Diante das dificuldades apresentadas, a conciliadora começa a oferecer algumas opções de solução, que são discutidas por todos; até que o vendedor sugere o ressarcimento do valor da parcela, além do valor do reconhecimento em firma pago ao cartório, mediante apresentação de nota fiscal.

Ressurgem, nesse momento, diversos aspectos emocionais referentes aos aborrecimentos sofridos com a situação no discurso dos envolvidos. O assistido pede R\$ 350,00 como ressarcimento, porque “ele também não trabalhava de graça” – fazendo referência ao que lhe havia sido dito pelo vendedor -; e no momento do agendamento para a concretização do acordo, o vendedor disse que poderia ocorrer em qualquer dia à tarde, e, mesmo estando desempregado, o assistido disse que só poderia comparecer pela manhã.

Por fim, na fase do acordo, temos que, depois de algumas discussões, o acordo final resume-se na restituição do valor da parcela de R\$ 330,31 à vista, além do valor do reconhecimento em firma pago ao cartório, mediante apresentação de nota fiscal pelo assistido; em troca do termo assinado por este, abrindo mão da exigência de qualquer outro valor decorrente do contrato de consórcio cancelado. O dia e horário para a concretização do acordo foram agendados e tudo ficou registrado em termo extrajudicial de acordo.

## **CONCLUSÃO**

Temos o caso de uma Conciliação Extrajudicial bem sucedida, em que papel exercido pelas emoções fica claro ao longo de todo o discurso das partes, principalmente por meio das acusações contí-

nuas, na menção recorrente do assistido ao acontecido no posto de gasolina, e nos momentos finais elaboração do acordo.

Temos, em resumo, a constatação de que o conhecimento acerca do papel que as emoções desempenham em uma Conciliação é de extrema importância, pois podem ser componentes decisivos para a obtenção ou não de um acordo. Além disso, o conciliador precisa estar capacitado e consciente, de forma a exercer o seu papel, inclusive, no que tange aos aspectos emocionais, pois sua conduta é capaz de influenciar a conduta das partes, em virtude da ignorância e do contágio emocional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tânia. **Mediação e Conciliação: Duas práticas distintas, dois paradigmas diversos**. Disponível em: < [http://www.integrawebsites.com.br/versao\\_1/arquivos/d04950c37715ec7ff4ea7abb85915c9f.pdf](http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/d04950c37715ec7ff4ea7abb85915c9f.pdf) > . Acesso em: 01 jun. 2016.

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial 2015**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/desataques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf> > . Acesso em: 17 de abr. 2016.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; JUNIOR, Marcos Olivé Malhadas. **Mediação e Solução de Conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

NETO, Adolfo Braga. **A Mediação de Conflitos e suas Diferenças com a Conciliação**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb\\_artigo%20adolfo.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_artigo%20adolfo.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2016.

SARMENTO, George. **Danos Morais**. São Paulo: Saraiva, 2009.



# MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NOVO CPC: UMA ANÁLISE À LUZ DAS CONTRIBUIÇÕES DAS SOCIEDADES PRIMITIVAS

Francisco Dias de Oliveira Júnior<sup>19</sup> e Tiago Seixas Themudo<sup>20</sup>

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que a solução extrajudicial de conflitos é uma poderosa ferramenta em face de um Poder Judiciário marcado pela lentidão e pela enorme quantidade de litígios pendentes de uma decisão definitiva.

Atualmente, o cidadão que recorre ao Judiciário sabe – ou deveria saber – que a decisão do litígio pode perdurar por anos, ou até mesmo por décadas. E, ao final, a decisão pode ser favorável ou desfavorável para uma das partes ou, até mesmo, para ambas. Essa demora, não se pode olvidar, tem um custo financeiro, social, psicológico que deve ser considerado.

Por outro lado, na solução extrajudicial dos conflitos há um consenso, ou, pelo menos, uma tendência ao consenso pelas partes. Elas é que conduzem o processo ao seu final, cujo objetivo é a convergência dos interesses conflitantes.

Os mecanismos autocompositivos de conflitos não são uma negação ao Judiciário, nem tampouco uma mitigação do direito cons-

---

19. Mestrando em Direito Privado (Faculdade 7 de Setembro – FA7). Professor do curso de pós-graduação *lato sensu* MBA em Logística da FA7. E-mail: fdoj2009@hotmail.com.

20. Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará – UFC e mestre em Psicologia pela PUC-SP. Professor do Mestrado de Direito em Direito Privado da FA7. E-Mail: tiago.themudo@fa7.edu.br

titucional à inafastabilidade da jurisdição. Afinal, é do Estado-juiz o monopólio da jurisdição. Portanto, tais mecanismos não se apresentam como um substituto do poder constituído (Judiciário), mas como um meio complementar ao mesmo.

Também não se pode olvidar que a escolha dos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, em detrimento da escolha do Estado-juiz, não representa um *pactum de non petendo*, entendido como cláusula de negócio jurídico, pelo qual os contratantes se comprometem a não recorrer ao Poder Judiciário caso surja algum litígio entre os pactuantes.

Dentre os meios de solução extrajudicial de conflitos, a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, de solução e de prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses (litígios) e a quantidade de recursos e de execução de sentenças, conforme se pode observar na motivação da Resolução n° 125/2010-CNJ, de 29/11/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Portanto, o objetivo desta pesquisa é analisar os instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos à luz do novo Código Processual Civil (CPC), enfatizando, por oportuno, quais as origens destes institutos podem estar associadas aos ensinamentos da instituição da chefia indígena das sociedades tribais primitivas (sociedades sem Estado).

Buscam-se aqui as respostas para as seguintes indagações: que ensinamentos das sociedades primitivas podemos associar aos atuais mecanismos de solução de conflitos? Que semelhanças das sociedades primitivas, na solução de conflitos entre seus membros, podem ser associadas às sociedades atuais?

Procura-se, também, investigar, e de certa forma demonstrar que as sociedades primitivas (orais) não são primitivas em qualquer aspecto, pois podemos extrair ensinamentos e comportamentos que podem

ser replicados pela sociedade moderna. Afinal, alerta Anthony Giddens (2003, p. 284) que “[d]evemos ser cuidadosos até com a suposição de que as civilizações são mais complexas do que as culturas orais”.

Como delimitação do escopo de estudo, levar-se-á em consideração apenas os institutos da mediação e da conciliação. Outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive a arbitragem, não serão considerados neste estudo. Inclusive, a arbitragem, um dos métodos mais conhecidos e mais utilizados, assemelha-se a decisão judicial típica, no sentido de que vincula as partes e não necessariamente satisfaz todas as partes litigantes. Por outro lado, na mediação e na conciliação, a decisão integralmente é construída pelas partes e com consentimento mútuo dos litigantes.

Na mediação e na conciliação, diferentemente do que ocorre com o processo judicial tradicional e na arbitragem, o terceiro nada decide. Ele não tem poder para aplicar o direito, quer por força de lei, quer por delegação das partes envolvidas no litígio. Existe a presença do terceiro, mas este não julga, não profere uma decisão a respeito do conflito de interesses.

A problemática se perfaz por meio da busca em relacionar quais características comuns as soluções de conflitos nas sociedades tribais foram trazidas, ou resistiram, até os dias atuais, e, portanto, foram assimiladas pela sociedade moderna brasileira, principalmente, por meio da aplicação do novo CPC.

## **O NOVO CPC E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO**

Uma tendência das legislações modernas é o incentivo à solução dos conflitos de forma extrajudicial. Dentro dessa nova perspectiva, e de forma muito mais enfática que no código anterior, o novo CPC (vigente desde 18/03/2016) prevê a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pelas audiências

de conciliação e mediação (art. 165, CPC); estabelece os princípios que informam a conciliação e a mediação (art. 166, CPC); faculta ao autor da demanda revelar, já na petição inicial, a sua disposição para participar de audiência de conciliação ou mediação (art. 319, CPC); e recomenda, nas controvérsias de família, a solução consensual, possibilitando inclusive a mediação extrajudicial (art. 694, CPC).

Não se pode olvidar que entre as principais mudanças trazidas pelo novo CPC está a ampla instigação à autocomposição, os denominados meios autocompositivos. No novo Código, a conciliação, a mediação e a arbitragem deverão ser estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

## **Mediação**

Além do estabelecido no novo CPC, a Lei n° 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, que entrou em vigor em 26.12.2015, estabelece, no parágrafo único do art. 1°, o seguinte: “[c]onsidera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Estabelece ainda a lei que a mediação deve ser orientada pelos seguintes princípios (art. 2°): imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Conforme art. 165, do novo CPC, é função do mediador atuar de forma a auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A mediação, diferentemente da decisão judicial, busca a solução do conflito, e não somente do processo. Através do reequilíbrio

entre as partes litigantes e não pela vitória de um em detrimento do outro. Retorna o protagonismo da resolução das divergências para as partes. Ela é uma das formas de pacificação autocompositiva e voluntária, em que terceiro imparcial será atuante, proporcionando a retomada do diálogo entre os litigantes. O mediador não fornecerá soluções diretas, mas sim, se utilizará de maneiras de orientação e estimulação de uma solução adequada.

A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. A proposta da técnica é proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as partes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos (TARTUCE, 2008, p. 208).

Segundo Adolfo Braga Neto e Lia Regina Sampaio (2007), a mediação possui como princípios: a autonomia da vontade das partes, imparcialidade, independência, credibilidade, competência, confidencialidade, diligência e acolhimento das emoções dos mediados. A autonomia faz referência a ideia de que a mediação possui caráter voluntário, pois é opção dos mediados seguirem esse método. Também são eles que escolhem o mediador, a escolha do procedimento e a solução do conflito. As partes são gestoras de seu destino. A imparcialidade recai sobre o mediador, que como terceiro deve resguardar seus valores pessoais para que esses não interfiram no andamento do procedimento.

Além do mais, no que se refere à mediação, o envolvimento das partes no processo de superação das divergências promove o comprometimento delas na eficácia do acordo, gerando assim, naturalmente, o cumprimento espontâneo das obrigações assumidas (CAHALI, 2013, p. 43).

## **Conciliação**

No sentido de favorecer e de fomentar o instituto da conciliação, o CNJ, comprometido com o sistema multiportas<sup>21</sup> de solução dos litígios, instituiu a Semana Nacional da Conciliação, que constitui um esforço concentrado para conciliar o maior número possível de demandantes em todos os tribunais do país. Essa é, certamente, uma das principais ações institucionais do CNJ, que foi regulamentada pela Resolução n° 125/2010.

Conforme art. 165 do novo CPC deve-se atuar no sentido de sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

## **Dos pontos comuns entre conciliação e mediação**

Entende-se que a conciliação não se confunde com mediação. Embora possam produzir, para as partes, efeitos ou consequências semelhantes, no decorrer do seu desenvolvimento constata-se diferenças entre uma e outra. Assim, se nos fins, resultados, podem ser tidos como semelhantes, não o são quanto aos meios, já que são coisas distintas. A diferença, como se demonstrará, é de forma.

Parte da doutrina já existente acerca da mediação a confunde com a conciliação, tratando-as como se fossem o mesmo fenômeno ou objeto de estudo. Há muita cizânia a respeito. No entanto, numa análise detalhada, chega-se à conclusão de que se trata de institutos distintos.

Embora institutos diferentes e com finalidades diversas, é possível estabelecer vários pontos de convergências entre a mediação e a conciliação, como por exemplo, ambas pressupõem a intervenção de uma terceira pessoa. Enquanto aquela tem a missão de orientar (auxiliar) as partes, para que as mesmas alcancem a

---

21. O Tribunal Multiportas ou sistema multiportas é um meio pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas, para se buscar a solução adequada de controvérsias. Nesse sistema, cada uma das opções (mediação, conciliação, etc.) representam uma porta, daí o nome sistema multiportas. Referido sistema é baseado no modelo norte-americano denominado *multidoor courtroom*. (CAHALI, 2013, p. 53).

solução da pendência, esta, pelo contrário, o terceiro imparcial se incumbem, não apenas de orientar as partes, mas, ainda, de sugerir-lhes o melhor desfecho do conflito.

Estabelece o art. 166, da Lei nº 13.105/2015, que a “conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”. Além disso, conforme o art. 168, da Lei nº 13.140/2015, as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador/mediador.

### **Princípios gerais aplicáveis à mediação e à conciliação**

Podem ser relacionados como princípios da mediação e da conciliação os seguintes: autonomia privada ou da voluntariedade, intervenção neutra de terceiros, neutralidade no mérito, imparcialidade ou igualdade das partes, autoridade das partes, flexibilidade do processo, informalidade, competência e qualificação do mediador/conciliador, boa-fé, confidencialidade, eficácia, não-adversariedade, dentre outros.

Princípio da voluntariedade: as partes devem participar do procedimento de forma livre, voluntária, exercendo assim em plenitude a autonomia privada da vontade que deve regular essas relações. Significa dizer que as partes devem realizar o procedimento sem qualquer interferência em sua esfera de vontade, ou seja, não pode existir nenhuma coação ilegal.

Princípio da não-adversariedade: as partes, livremente, desejam chegar a um acordo. Elas querem solucionar o problema existente e não meramente discutir, questionar e impor a sua posição. Em suma, busca-se a solucionar o problema existente e não criar outros.

Princípio da intervenção neutra de terceiro: esse princípio deve ser exercido logo no início do procedimento de mediação na fase ainda pré-mediação, quando o mediador antes de iniciar a media-

ção deve perguntar se existe alguma circunstância que possa vir a gerar parcialidade no desenvolvimento da mesma

Princípio da neutralidade no mérito: procura-se preservar o procedimento de mediação/conciliação, independentemente do tipo de questão que se apresente diante do mediador/conciliador, este deverá agir com neutralidade, já que para as partes aquela questão é importante e por isso merece ser respeitada e solucionada.

Princípio da imparcialidade: por esse princípio temos que o mediador se encontra acima das partes e de forma equidistante, isso significa dizer que ele irá ouvir as duas partes de forma igual e não irá representar ou aconselhar nenhuma das partes. Ele é imparcial porque não está do lado de nenhuma das duas partes, ele não tem interesse próprio em nenhuma das questões que estão envolvidas nos conflitos.

Princípio da autoridade das partes: por esse princípio temos que as partes, sempre em conformidade com o princípio da autonomia da vontade podem dispor livremente, desde que não venha a contrariar a ordem pública. Vale dizer, quem detém o poder de decisão são as partes envolvidas no processo.

Princípio da informalidade: como a mediação se caracteriza pela ausência de uma estrutura previamente estabelecida e a inexistência de qualquer norma substantiva ou de procedimento, novamente cabe as partes decidir qual é o caminho a percorrer e como percorrê-lo.

Princípio da competência do mediador: esse princípio também é estruturante da mediação haja vista que se o mediador não tiver competência para realizar a mediação não deverá se envolver nesse procedimento. É preciso que o mediador tenha uma formação compatível com a mediação a ser realizada, isso significa que deverá estar em constante atualização para que a sua formação não fique desatualizada e defasada.

Princípio da consensualidade: esse princípio nos remete a própria essência da mediação onde não é possível impor uma decisão às partes, mas sim se deve levar em consideração o resultado dos

debates entre as partes e dessa vontade é que será extraída a essência do acordo que elas pretendem firmar. Na mediação as partes chegam a um acordo, nada é imposto ou decidido por elas. É preciso que a mediação seja então norteada pelo consenso entre as partes.

Princípio da oralidade: resgata a importância do diálogo entre as partes, intermediada pelo terceiro (mediador/conciliador).

## **SOCIEDADES TRIBAIS PRIMITIVAS: A CHEFIA INDÍGENA E OS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

### **A chefia indígena e os meios de solução de conflitos. Como solucionar conflitos sem uso da força?**

A instituição da chefia, segmento político-jurídico a ser analisado, se apresenta como a principal força responsável pela manutenção da paz social, da unidade social nas sociedades primitivas. No entanto, esta instituição de poder carece do elemento que, em nossa sociedade, aparece como a essência mesma do poder político-jurídico: a capacidade de, em última instância, impor suas decisões ao corpo social. Entretanto, deste tipo de poder, o chefe indígena não dispõe.

O chefe indígena não possui poder, não pode impor sua vontade política ao conjunto da sociedade. Ele atuará mais como uma espécie de mediador/conciliador, tendo como finalidade essencialmente a preservação da unidade social. A vontade do chefe não se constitui como vontade política separada, como corpo político desvinculado do corpo social.

Neste tipo de sociedade, a “instituição da justiça” atua sem violência. O uso da força, no ordenamento das relações privadas, é rejeitado. Não se admite nem mesmo o uso da força, mesmo que moderada, na educação das crianças ou nas relações entre gêneros. Derivaram desta máxima – ou seja, da não violência, no sentido de

não coerção –, todas as características da Justiça Restaurativa moderna<sup>22</sup>. Portanto, fazer a comparação do chefe indígena com o juiz estatal não se constitui em ato arbitrário, nem irresponsável, mas empiricamente possível.

### **Chefia indígena: características marcantes**

O antropólogo francês Pierre Clastres, em seu livro *A Sociedade Contra o Estado*, analisa a instituição da chefia indígena identificando e caracterizando os traços distintivos dessas chefias tribais primitivas.

Verifica-se que, na maioria das sociedades primitivas, a lei era considerada parte nuclear do controle social, sendo, portanto, o “elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social” (WOLKMER, 2006, p. 16).

Não se pode olvidar que, quando se trata das sociedades primitivas, alguns autores, como John Gilissen (apud WOLKMER, 2006, p.17), questionam o uso da expressão direito primitivo. Por isso, aqui nesta pesquisa não se questionará o uso de tais expressões, nem mesmo, se se pode falar em direito primitivo ou arcaico.

Inclusive, Pierre Clastes (2003, p.207), classificou inicialmente as sociedades primitivas como sociedade sem Estado, ou seja, sociedades não divididas em seu corpo social entre dominados e dominantes, comandados e comandantes. Ou seja, são sociedades unidas e indivisíveis, e que concentram a atuação de seus dispositivos políticos-jurídicos na preservação desta unidade. No entanto, a preservação da unidade, valor jurídico fundamental destas sociedades, se faz sem a presença de uma instituição de caráter repressivo e policial como o Estado<sup>23</sup>.

---

22. Os autores Amanda Rodrigues e Tiago Themudo, em excelente *paper*, traçam as características da justiça tribal que foram incorporadas pela justiça restaurativa moderna. (RODRIGUES; THEMUDO, 2015, p. 302).

23. Para maiores detalhes ver também Pierre Clastres (2004, p. 145).

O cerne está – justamente, por meio da análise das práticas de controle social de tais sociedades – em buscar investigar quais as características da instituição da chefia indígena ultrapassaram os tempos e podem ser relacionadas às práticas atuais da conciliação/mediação no Brasil.

Dentre as civilizações arcaicas ou primitivas pesquisadas, podem ser relacionadas as dos aborígenes da Austrália ou da Nova Guiné, dos povos da Papuásia ou de Bornéu, de certos povos índios no Brasil (GILISSEN, 1988, p.35).

Vale destacar que a sociedade primitiva possuía um direito único que não se confundia com as demais formas de associação. No que diz respeito à instituição da chefia, é possível relacionar algumas características comuns.

Vale ressaltar que o direito primitivo não pode, obrigatoriamente, ser qualificados como “antigo”, pois muitas sociedades, até hoje, organizam-se longe dos auspícios do Estado, ainda que, oficialmente, estejam submetidas ao controle estatal. É o caso, por exemplo, dos povos indígenas que se encontram protegidos em reservas legais, ali observando, em maior ou menor grau, um Direito Ancestral, diferentemente do Direito positivo regulado pelo Estado (PALMA, 2011, p. 32).

Segundo Pierre Clastes (2003, p. 46), o atributo mais notável do chefe indígena consiste na ausência completa de autoridade, de poder de comando. Destaca que a autoridade indígena só é explicitamente atestada em alguns grupos localizados no noroeste da América do Sul, vinculada a circunstâncias excepcionas. Em condições normais, o chefe, apesar de reconhecido como tal, não dispõe de maior institucionais, tampouco psicológicos, de impor sua vontade ao conjunto da sociedade. A pergunta que pode ser formulada é: de que forma, então, a chefia atua para garantir o vínculo das pessoas a um código social comum, como consegue

garantir a preservação da unidade social, apesar da existência de forças sociais e naturais de desequilíbrio.

Robert Lowie (apud CLASTES, 2003, p. 47) – ao analisar os traços distintivos do tipo de chefe indígena, em estudos pertinentes as sociedades indígenas sul americana e norte americana, por ele denominado *titular chief* –, destacou três propriedades principais do chefe índio, recorrente ao longo das sociedades estudadas. Quais sejam: a) o chefe é um fazedor de paz (instância moderadora do grupo), b) ele deve ser generoso, e c) somente um bom orador deve ter acesso à chefia.

Ao se referir as características citadas, aduz Pierre Clastes (2003, p. 48), “mais que um juiz que sanciona, ele é um árbitro que busca conciliar”. Nesse sentido, pode-se concluir que o chefe indígena é um conciliador por natureza.

A posição mediadora dos velhos é descrita em muitas outras sociedades indígenas por Seeger (1980). Em relação aos Kayapós setentrionais (especialmente os Gorotire), Terence Turner escreve: “*Os mê be ngê-ê-tê* são os indivíduos de maior prestígio e autoridade na comunidade, depois dos chefes... (Eles) o papel mais passivo de pacificadores e reconciliadores de disputas[...]”. O autor destaca também a posição mediadora dos velhos das sociedades tribais das terras baixas da América do Sul (Apud SEEGER, 1980, p. 74-78).

Pierre Clastes (2003, p. 62) ao falar sobre a qualidade oratória do chefe indígena, deixa claro o poder da palavra como forma de combate ao uso da força e da coerção: “a palavra deve ser interpretada, mais do que como privilégio do chefe, como meio de que dispõe o grupo para manter o poder fora da violência coercitiva, como garantia repetida a cada dia de essa ameaça está afastada”. Ao valorizar a fala, a comunidade desvaloriza o uso da força, da violência e do poder. Esse era a mola mestre da mediação nas sociedades tribais e deve ser a mola mestra também na sociedade moderna. Fazer deste atributo traço distintivo da instituição

política, revela o intuito da sociedade de negar a possibilidade de emergência de um poder desvinculado, de um poder de Estado. Recusa-se ao chefe indígena o que seria a essência mesma do poder em nossa sociedade, a capacidade de mandar.

Essas características são opostas em tempos de guerra e em tempos de paz. Quando estão em expedição guerreira, o chefe dispõe de um poder que pode ser até absoluto sobre os guerreiros. Mas com o retorno da paz, o chefe perde esse poder. Logo, o poder coercitivo só é aceito nas relações externas de caráter belicoso. Essa união entre poder e coerção cessa desde que o grupo esteja em relação somente consigo mesmo. Se ela existisse, já atestaria a presença de um corpo social dividido, hierarquizado, marcado pela presença de relações de dominação.

A autoridade dos chefes tupinambás, por exemplo, incontestada durante a guerra, é submetida ao controle coletivo durante a paz. O poder civil é fundado na sua capacidade de produção de consenso, a função do chefe é, na mesma medida, de pacificador dos interesses em jogo. Ele deve manter a paz e a harmonia. Ele deve apaziguar disputas, regular divergências. Não usando força, pois ele não a possui, e não seria reconhecida, mas com base no seu prestígio. Ele é um árbitro que busca reconciliar. Se o chefe falhar na reconciliação, o conflito permanece, e buscar-se-á outro que ocupe o seu lugar. (CLASTRES, 2003)

Outro traço distintivo da chefia indígena é a generosidade. Todo chefe tribal deve ser generoso, qualidade atestada pela concessão de pequenas dádivas, materiais e simbólicas, do chefe para a comunidade. Tamanho foi o constrangimento dos portugueses eu, ao chegar ao Brasil, procuraram pelo detentor do poder político através de signos de distinção e privilégio. Este tipo de chefe, suposta réplica atrofiada dos reis europeus, os portugueses não encontraram. Normalmente, eram a singeleza e a humildade dos pertences que marcavam a figura

do chefe indígena, a ponto de alguns, esgotados pelas demandas da comunidade, gritarem: que outro seja chefe em meu lugar.

Mas qual a relação da generosidade do chefe com a preservação da unidade social? Por que o chefe, justamente por ser chefe, deve possuir menos, e não mais, que todos os outros indivíduos? É como se as sociedades primitivas negassem à autoridade política justamente aquilo que poderia transformá-la em rei. Recusa-se ao chefe um lugar social que possa associar autoridade política com poder econômico. A generosidade atua como qualidade psicológica que tem como propósito final conjurar, bloquear a emergência de um corpo social dividido. A generosidade, neste sentido, seria contra a emergência do Estado. Lição indígena: poder político como fonte de poder econômico desvirtua a função mediadora e pacificadora da chefia.

### **A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E AS CONTRIBUIÇÕES ADVINDAS DAS SOCIEDADES TRIBAIS PRIMITIVAS**

Se o chefe indígena, em tempo de paz, não dispunha de poder e, portanto, da autoridade coercitiva, como era possível a solução de conflitos dos membros da tribo? Não se pode negar que essa é justamente uma das características do mediador/conciliador que também não dispõe de poder de coerção nem de coação das partes.

Conforme se observou, uma das características do chefe indígena era a qualidade oratória, a capacidade de mobilizar, através da palavra, uma memória comum, um conjunto de valores e normas reconhecido por todos. Não é a força da lei, pois lei não há, mas a força de uma memória comum que atuará como termo de conciliação. Sendo, por seu turno, esta, também, uma das principais características do mediador/conciliador, no novo CPC.

Outra característica marcante da chefia indígena era a pacificação social; ele é um fazedor de paz. Na mediação e na conciliação, ao se buscar a solução do conflito por empenho das próprias par-

tes envolvidas, sem a coerção de um terceiro (Estado-juiz), não há dúvidas de que há uma grande tendência na busca da pacificação social, uma vez que a relação entre as partes após a solução do conflito certamente será mais amistosa do que se o conflito fosse resolvido de forma unilateral pelo Judiciário.

Destaca-se, também, que as características da voluntariedade e da não-adversariedade também estavam presentes na solução dos conflitos das sociedades tribais primitivas e atualmente no CPC.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se que os atuais institutos de autocomposição de litígios, mediação e conciliação, guardam em suas estruturas princípios ou ensinamentos das sociedades primitivas. Alguns desses ensinamentos, por demais explícitos, saltam aos olhos como: a oralidade, o sentido de pacificação (fazedor de paz), a competência e o preparo do mediador/conciliador, a confiança em torno da pessoa do mediador/conciliador. A autonomia da vontade das partes, tanto na sociedade tribal como no novo CPC, pois a busca pela mediação ou conciliação é das partes.

Noutros, não tão explícitos, mas perfeitamente demonstráveis por meio de uma análise hermenêutica, podem ser citados como, por exemplo, o princípio da imparcialidade e da neutralidade do mediador/conciliador, pois este, assim como o chefe indígena, precisam gozar de prestígio perante as partes. Portanto, sempre devem buscar agir de forma neutra e imparcial para manter esse *status* e prestígio. Ou, dito de outra forma, a parcialidade do chefe indígena só será aceita se ela estiver vinculada à vontade geral, e não à sua vontade de chefe.

A mediação e a conciliação transcendem a solução da controversia, dispondo-se a transformar um contexto adversarial em colaborativo, preservando o relacionamento das partes.

Por fim, não é preciso registrar que, à luz desse novo horizonte que se descortina sob a égide do novo CPC, os aludidos operadores do Direito não devem medir esforços em prol da autocomposição

dos litígios, deixando ao Judiciário apenas as situações mais críticas e que sejam de difícil consecução de acordo entre as partes.

A autocomposição dos litígios afigura-se como a maneira mais justa, equânime e pacificadora, uma vez que, as próprias partes, constroem em conjunto a decisão final. Portanto, há uma maior possibilidade de satisfação de ambos os lados do litígio, fato que quase nunca ocorre quando a decisão é do Estado-Juiz, no qual apenas uma das partes satisfaz seus anseios, restando à outra, apenas lastimar a derrota.

## REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2016,

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125/2010, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de

interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> > . Acesso em 19 jun. 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva emenda n.1 de 31 de janeiro de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

\_\_\_\_\_. **Arqueologia da violência**: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. Tradução: Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

LÈVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**. Tradução Beatriz Perrone-Moisés. Paris: Cosacnaify, 1957.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Amanda; THEMUDO, Tiago. Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, nº 1, 2015 p. 302-316.

SEEGER, Anthony. **Os índios e nós**: estudos sobre sociedade tribal brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

# A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM POR EQUIDADE NAS DEMANDAS EMPRESARIAIS

Robert Wallace Anjos Santos<sup>24</sup>•

## 1 Introdução

Atualmente, ante ao excesso de processos em tramitação no Poder Judiciário, tem havido um estímulo pela solução extrajudicial dos conflitos, como meio de acesso a solução dos litígios, sendo elas de quatro tipos reconhecidos pelo ordenamento pátrio: autotutela, auto-composição, mediação e arbitragem (NEVES, 2011, p. 56.), o objetivo deste artigo é discorrer sobre o instituto arbitragem e demonstrar que ele pode ser mais aplicado como acesso do cidadão à justiça.

## 2 Natureza da arbitragem

A arbitragem é técnica na qual: “os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e “imparcial” (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. E, portanto, *heterocomposição*.” (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 110.), ela pode se dar de duas formas: de direito ou por equidade (BRASIL, Lei 9.307, 1996, art. 2º), no último caso: “Ao aplicar a equidade o árbitro se coloca na posição de legislador e aplica a solução que lhe parecer razoável, ainda que haja lei disciplinando a matéria, desde que não se trate de norma cogente.” (SCAVONE JUNIOR, p. 51). O conceito de equidade tem sido disputado, tendo ela algumas

---

24. Bacharel em direito pela Unisal/Campinas, mestrando em direito pela Escola Paulista de Direito, procurador da Câmara Municipal de Campinas, e-mail roberttsantos@yahoo.com.br

concepções diferentes, pois não é um termo unívoco (DINIZ, 1999, p. 242), as diversas acepções do termo equidade ocorrem devido a sua aplicação ao longo do tempo, para Alípio Silveira:

Sob o ponto de vista racional, a equidade vem a equiparar-se ao próprio fundamento do direito e da justiça, fundamento esse que varia com as várias doutrinas jurídico-filosóficas: direito natural (em suas várias concepções), direito justo, direito racional; trata-se de um fundamento de caráter valorativo ou deontológico. Quanto ao ponto de vista social, a equidade considera a realidade social subjacente<sup>25</sup>.

Eis a razão pela qual Pontes de Miranda disse que ela é “apenas palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação.” (MIRANDA, 1958, p. 213), de forma que: “aparece insistentemente no campo jurídico, mas envolta, com frequência, numa certa névoa de imprecisão e ambiguidade.” (CHORÃO, 2000. v. 1, p. 95), Teixeira de Freitas trilha na mesma senda e observou que a palavra é muito utilizada, porém não se consegue satisfazer o seu veraz sentido (FREITAS, 1883, p. 66), na literatura também há a linha diametralmente oposta, pois ela é: “por muitos, objeto de simples notas marginais, enquanto que outros chegam mesmo a apontá-la como um conceito inútil, superado pela certeza das normas, segundo diretrizes objetivas do progresso científico.” (REALE, 1974, p. 9).

Tal dificuldade terminológica é igualmente verificável nos dicionários jurídicos<sup>26</sup>, mesmo quando se busca a raiz etimológi-

---

25. SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica Jurídica – seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro**. v. 4. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 20.

26. No linguajar de Sérgio Sérulo da Cunha, equidade é: “1. Critério básico da justiça, que através das diferenças busca a igualdade (CPC 127; CLT 8º). 2. Critério de julgamento em que, no interesse da justiça, há liberdade para aplicar ou não a norma legal. 3. A justiça do caso concreto.” CUNHA, Sérulo da Cunha. **Dicionário compacto do Direito**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

ca<sup>27</sup>. Insta ressaltar que as diversificadas nuances do sentido da equidade não inviabilizam o uso do instituto jurídico, já que, nas palavras de Ferreira Borges: “a lei sem equidade é nada; os que não veem o que é justo ou injusto senão através da lei, nunca se entendem tão bem, como os que o veem pelos olhos da equidade.” (BORGES, 1843, V. I., p. 50). Há posicionamentos doutrinários<sup>28</sup> e jurisprudenciais<sup>29</sup> que defendem a natureza jurisdicional da arbitragem, sendo esta a posição prevalecente na jurisprudência, no entanto, há quem propugne pela inexistência de caráter jurisdicional<sup>30</sup>. Uma importante característica da sentença arbitral é que ela está obrigada a ser fundamentada ante ao princípio constitucional da fundamentação das decisões (Brasil, Constituição Federal, 1988, art. 93).

### 3 A inter-relação direito empresarial e a arbitragem por equidade

27. AMARAL, Francisco. **A Equidade no Código Civil Brasileiro**. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos Controlados do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 202: *Aequitas* significa basicamente igualdade, proporção, simetria. Embora não fosse sinônimo, tinha um sentido próximo, paralelo ao da *epieikeia* grega, ambas as palavras utilizadas com sentido de uma solução que contorna a rigidez da norma geral e abstrata. A *epieikeia* era, precisamente, uma manifestação da Justiça, antes, um melhoramento, dessa, pois servia para mitigar os excessos decorrentes de seu absolutismo. A sua essência estava na adaptação da lei geral ao caso concreto, no substituir-se ao legislador interpretando-lhe a vontade e a orientação. Enquanto a *epieikeia* grega, aristotélica, criava a norma como princípio ético que se identificava com a Justiça, a *aequitas* romana não criava a norma, apenas adaptava o *ius* aos fatos concretos. Não era superior ao *ius*, estava nele.”.

28. Por exemplo, os autores Humberto Teodoro Júnior, Francisco José Cahali e Carlos Alberto Carmona nas obras: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 373;

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 84-85, p. 88; CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 26, 27.

29. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. 1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral. (...)”. (CC 111.230/DF, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 03.4.2014).

30. Vide Luiz Guilherme Marinoni e Sílvio de Salvo Venosa, nas obras: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006, p. 147; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 586, 587.

Uma forte justificante para o uso da arbitragem por equidade na solução dos conflitos empresariais se dá pelos princípios regentes do direito empresarial, ramo do direito especializado para tratar da atividade empresarial, pois:

É no direito empresarial que iremos encontrar as regras jurídicas especiais para a disciplina do mercado, e para tanto é fundamental que essas regras, em função de sua especialidade, estejam assentadas em uma principiologia própria, que destaque a imprescindibilidade da empresa como instrumento para o desenvolvimento econômico e social das sociedades contemporâneas, nas quais as bases do capitalismo – livre-iniciativa, propriedade privada, autonomia da vontade e valorização do trabalho humano – já estão enraizadas e solidificadas como valores inegociáveis para a construção e manutenção de uma sociedade livre.<sup>31</sup>

O direito empresarial, ramo que mantém sua autonomia (COSTA, 1956, p. 10), apesar do desejo de unificação do direito privado (BITTAR FILHO, 2006, p. 77)<sup>32</sup>, tem fundamento constitucional<sup>33</sup>, princípios e características próprias, tais caracteres reclamam e melhor se ajustam à arbitragem em detrimento de uma ação judicial. A doutrina enumera algumas características, sendo as mais comuns (BERTOLDI, 2014. p. 41): cosmopolismo, onerosidade, informalismo e fragmentarismo, conceitos doravante abordados.

---

31. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 42.

32. BITTAR FILHO, Carlos Alberto; BITTAR, Marcia Sguizzardi. **Código Civil 2002 – Inovações**, 1ª ed. IOB Thomson, São Paulo/SP, 2006, p. 77: “Com efeito, o legislador pátrio, nesse particular, perfilhou a sistemática italiana, procedendo a unificação do Direito Privado no texto da codificação civil. Por consequência, restou revogada toda a primeira parte do velho Código Comercial (CC, art. 2045).”.

33. BRASIL, **Constituição Federal**, 1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”.

Também conhecido como internacionalidade e universalista, o cosmopolismo é predicado que trata da natureza de expansão do direito empresarial, uma vez que a atividade não se encerra num determinado país já que se relaciona com outros povos, gerando daí usos e costumes próprios da atividade empresarial desconsiderando as fronteiras geopolíticas e assim coaduna com a arbitragem, que é o instrumento mais utilizado para sanar conflitos em direito empresarial internacional<sup>34</sup>. Concernente à onerosidade, o âmago da atividade empresarial é o lucro e seus influxos da economia<sup>35</sup>, e é justamente este o ponto diferenciador dentre outros ramos jurídicos (BORBA, 2015, p. 19.), já que a onerosidade é presumida em contraste com o direito civil, por exemplo, onde a presunção é de gratuidade; daí exsurge a relevância do lucro, onde está baseado todo o sistema, interligado pelo chamado elemento de empresa:

(...) o fim último do direito comercial é o lucro, daí falar-se na sua onerosidade. Ela é a regra e se presume nas relações empresariais. O empresário, via de regra, age movido por um fim de lucro, daí falar-se também em individualismo.<sup>36</sup>.

---

34. REQUIÃO, **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1, pg. 29: "Em dissertação anterior acentuamos o traço cosmopolita que caracterizou o direito comercial, desde o seu surgimento. Em Roma aplicava-se ao comerciante o direito dos estrangeiros, o *jus gentium*; o direito marítimo, universalista por excelência, inspirou a criação de diversos institutos mercantis, como a sociedade em comandita, o seguro e, segundo alguns, as próprias sociedades anônimas. Ferreira Borges, um dos clássicos do direito comercial, perfilhou opinião de que os comerciantes constituem um só povo. De fato, a persecução do lucro, que é a meta do comerciante, é um fato universal e desconhece fronteiras."

35. NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia - introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30: "Direito e Economia devem ser vistos, pois, não tanto como duas disciplinas apenas relacionadas, mas como um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário esta influi sobre aquele. Existe, isto sim, uma intrincada dinâmica de interação recíproca entre ambos, donde tornar-se indispensável para o jurista o conhecimento, pelo menos, de noções básicas de Economia e vice-versa para os economistas."

36. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**, v. 1 - 5ª ed. - São Paulo : Atlas, 2013, p. 33.

Tal característica apontada depõe favoravelmente pela arbitragem, que, embora num primeiro momento possa se mostrar mais cara, em cotejo com a jurisdição estatal se torna mais barata. Saliente-se também que é justamente essa análise econômica, seja na interpretação, seja na resolução de uma lide é levada em consideração pelo empresário e/ou sociedade quando contraem obrigações, logo, devem ser preponderantes quando da resolução de conflitos, “generalizando, podemos dizer que a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis.” (COOTER, 2010. p. 25).

Por informalismo se quer contrapor ao formalismo, embora ambos sirvam à mesma finalidade como comprovantes da existência ou ausência de boa-fé:

Também o Direito Comercial se caracteriza pela *boa-fé* em que, sem formalismo, são considerados justos os atos praticados por quem ignorava que o dolo ou a má-fé os viciava. Esse princípio da *boa-fé* a imperar sobre os atos comerciais dá maior rapidez às operações mercantis e maior segurança aos que delas participam. Já no Direito Civil tal não acontece em semelhante escala. A posse de *boa-fé*, em Direito Civil, para gerar efeitos aquisitivos da propriedade, requer um dilatado espaço de tempo, ou seja, o *prazo prescricional*, enquanto que em Direito Comercial a posse de *boa-fé* produz “função legitimadora amplíssima, prescrição instantânea.” Por isso, a própria lei confere a quem detém o título *ao portador* a presunção de legítimo proprietário, sem maiores indagações sobre o modo de aquisição do título, a não ser que se comprove a posse de má-fé.<sup>37</sup>

---

37. MARTINS, Franz. **Curso de Direito Comercial**. 38ª ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 50.

Por fim, há o fragmentarismo o que se quer dizer é da existência de subdivisões, cada uma com suas peculiaridades, por exemplos, societário, cambiário, falimentar, propriedade industrial (RAMOS, 2014, p. 50). Assim, pelo acima exposto, com a utilização da equidade, a técnica arbitragem pode contemplar as aspirações do direito empresarial, pois:

(...) a arbitragem tem muitas vantagens na relação entre o sistema do direito e o sistema da economia. Enquanto o direito tem uma racionalidade própria, com procedimentos de tomadas de decisões que incluem princípios constitucionais inalienáveis, a racionalidade econômica é exclusivamente voltada para o aumento de capital, o que pode ser muitas vezes proporcionalmente inverso ao tempo “gasto” em um litúgio. Ademais, a arbitragem admite outra função além de ser mais rápida que o direito Estatal, desenvolvendo a forma do desse próprio “direito paralelo” da *lex mercatoria*, formando seus princípios e construindo contratos internacionais<sup>38</sup>.

#### **4 Dever jurídico de fundamentação da sentença arbitral**

Se não bastasse o comando constitucional, o dever de fundamentação das decisões arbitrais dar-se-ia por imposição da lei regente (Brasil, Lei 9.307, 1996, art. 26): A razão de tal imposição é simples, a sentença arbitral substitui a vontade das partes litigantes<sup>39</sup>, se cria uma verdadeira norma ao caso concreto<sup>40</sup>, já que:

---

38. LUZ, Cícero Krupp da. **A globalização e o ressurgimento da Lex Mercatoria**. Revista Scientia Iuris - Revista do curso de mestrado de direito negocial da UEL - Londrina, V. 11, p. 23

39. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 2, n. 137, p. 11, tradução de J. Guimarães Menegale, Ed. Saraiva, 1943: “Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”.

40. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos

O ato de decidir implica a eleição entre várias possibilidades. É, por isso, contingente. Quem decide colocar no sistema do direito um novo enunciado escolhe uma opção possível entre as existentes, excluindo as demais alternativas. Pressupõe, portanto, valoração. Tal peculiaridade faz com que a decisão jurídica possa ser observada em dois aspectos, indissociáveis entre si: (i) o elemento decisório, puramente volitivo – *noeses*, e (ii) o conteúdo do que foi decidido – *noema*. Enquanto a primeira perspectiva toma como foco o valor em sua subjetividade, a segunda, dirigindo sua atenção ao que se plasmou no texto, centra-se no valor objetivado. É este último, por estar registrado linguisticamente, que ingressa no ordenamento.<sup>41</sup>

Assim a declinação das razões será a exposição dos motivos que inclinaram o julgador a decidir de um ou de outro jeito, portanto, as decisões arbitrais devem seguir tal princípio<sup>42</sup>, que, na visão de Uadi Lammêgo Bulos:

---

Tribunais, 2000, pp. 188,189: “Em reescritura reduzida, num corte simplificado e abstrato, a norma jurídica apresenta composição dúplici: norma primária e norma secundária. Na primeira, realizada a hipótese fática, i.e., dado um fato sobre o qual ela incide, sobrevém, pela causalidade que o ordenamento institui, o efeito, a relação jurídica com sujeitos em posições ativa e passiva, com pretensões e deveres (para nos restringirmos às relações jurídicas em sentido estrito). Na segunda, a hipótese fática, o pressuposto é o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico) fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária.”

41. TOMÉ, Fabiana Del Padre. Ética e Direito - uma análise pela perspectiva do construtivismo lógico-semântico. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; GOES, Ricardo Tinoco de; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Compêndio de Ética Jurídica Moderna**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 373.

42. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 85: “a legalidade de uma decisão não resulta da simples referência ao texto legal, mas deve ser verificada “in concreto” pelo exame das razões pelas quais o juiz afirma ter aplicado a lei, pois somente tal exame é que pode propiciar o efetivo controle daquela demonstração.”

(...) as decisões devem ser motivadas, sob pena de nulidade, porque em um Estado Democrático de Direito não se admite que os atos do Poder Público sejam expedidos em desapareço às garantias constitucionais, dentre elas a imparcialidade e a livre convicção.<sup>43</sup>

O dever de justificar ganha mais relevo nas decisões arbitrais ante a inexistência de recurso (BRASIL, Lei 9.307 1996, art. 18), e redobra a sua exigência na decisão arbitral por equidade, onde não vige a estrita legalidade (LIMA, 1998, p. 6.) e onde deve ser redobrada a precaução com o contraditório<sup>44</sup>. Ocorre que apenas expor as motivações não resolve o problema da qualidade da justificativa, já que remanesceria a possibilidade de decisões irracionais, eivadas de absurdos jurídicos, o que é oposto ao desejado, que é a correção das decisões; nessa esteira, o direito já foi majoritariamente influenciado pelas correntes jusnaturalista e positivista<sup>45</sup>, atualmente a corrente majoritária é pós-positivista:

Dentro desta proposta a teoria jurídica deve desempenhar, ao mesmo tempo, uma função des-

---

43. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional** - 8. ed. rev. e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014, p. 707.

44. LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 20: "(...) o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no procedimento que prepara o provimento e, por outro lado, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvidas pelos órgãos judicantes."

45. ADERLAN, Crespo. **In Constituição, Estado e Direito: reflexões contemporâneas**. Orgs. AZAR FILHO, Celso Martins; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009, p.131: "O Jusnaturalismo, como o conjunto de direitos fundados na racionalização dos direitos, primados pela natureza, representa todo o esforço de se reconhecer direitos plasmados na própria vida humana, como superior a todo e qualquer Direito Positivo. Já foi presenciado no período clássico como também na Idade Média. (...) O Positivismo jurídico, próprio do pós-iluminismo, localizado no final do século XIX, revelou o sentido institucional do poder político concedido ao Estado, através de seu poder de legislar a favor de seus cidadãos, como também de punir. Assim o positivismo jurídico quer dizer o direito posto pelo legislador, segundo os interesses coletivos, mesmo que seja o direito e privar a liberdade, ou mesmo, retirar a vida de uma pessoa, seja em sociedades mais punitivas, seja em um governo de exceção."

critiva e prescritiva, por deixar de ser mero instrumento de cognição do direito vigente para se tornar também um auxiliar indispensável para o juiz. A teoria jurídica assume uma dimensão prática e funcional extremamente importante para a redução da incerteza do direito, fornecendo os elementos necessários para a solução de problemas estabelecidos por casos difíceis.<sup>46</sup>

Após o fim da Segunda Grande Guerra, o positivismo jurídico perdeu adeptos, já restando claro que o direito meramente formal poderia trazer enormes agruras à humanidade, pois “a lógica formal é insuficiente para a justificação de enunciados jurídicos” (BUSTAMANTE, 2005, p. 59), até então o direito era visto como uma moldura: “dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível.<sup>47</sup>.” (KELSEN, Hans. 2009, p. 150).

Ou seja, caso a norma fosse criada pelo órgão competente e tivesse seguido o procedimento pré-estabelecido, então ela seria válida, ao julgador cabia utilizar o silogismo<sup>48</sup> para resolução das lides. Visando uma guinada na situação anterior, aparecem o pós-positivismo e as teorias da argumentação introduzindo razão ao discurso, considerando que “um enunciado normativo será correto somente se puder ser o resultado de um procedimento comunicativo capaz de lhe conferir um grau satisfatório de racionalidade” (BUSTAMANTE, 2005, p. 68), até pelo fato de se conceituar o direito diferente de antes:

---

46. NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional** - 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: MÉTODO, 2014, pp. 256.

47. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 150.

48. VILANOVA. **Lógica jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 36: “Sempre que três termos estejam entre si em relações tais que o menor esteja contido na totalidade do maior e o médio na totalidade do maior, então há necessariamente entre os extremos silogismo perfeito.”.

Não menos antigo que o reconhecimento do Estado de Direito como ideal político é o reconhecimento do Direito como o campo da argumentação, um ambiente em que a retórica se desenvolve com toda a sua elegante e persuasiva, mas às vezes também dúbia, arte. A retórica, então, pode voltar-se contra si mesma. (...) O Direito é uma disciplina argumentativa. Qualquer que seja a questão ou problema que tenhamos em mente, se os colocarmos como uma questão ou problema jurídicos, procuraremos uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito (ao menos discutivelmente adequada, ainda que o preferível seja uma proposição definitivamente adequada)<sup>49</sup>.

Com a saturação, ou seja, exposição da fundamentação, é que se abre a oportunidade ao controle da correção da decisão arbitral prolatada:

Apresenta-se destarte a equidade, no momento da adaptação da norma à situação de fato, como atenuação do rigor e da rigidez da lei, pois sua aplicação, crua e simples pode revelar-se de uma dureza injusta e, muitas vezes, cruel, conduzindo a uma inconveniência, a um absurdo, a uma iniquidade<sup>50</sup>.

A decisão arbitral por equidade pode também equivaler as partes litigantes, como colmatar as aporias e antinomias, com isso se percebe a sua importância, pois:

---

49. MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. (Trad. de Conrado H Mendes e Marcos Paulo Veríssimo). 1ª ed. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2008, p. 19.

50. ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos**, v. 1, 1943. Ed. Freitas Bastos, p. 246.

A concepção do ordenamento como sistema dinâmico envolve, por fim, o problema de saber se este tem a propriedade peculiar de qualificar normativamente todos os comportamentos possíveis ou se, eventualmente, podem ocorrer condutas para as quais o ordenamento não oferece qualificação. (...) Trata-se da questão da completude (ou incompletude) dos sistemas normativos também conhecida como *problema das lacunas* do ordenamento.<sup>51</sup>

Nesse sentido se perfila a lição de Luiz Antônio Rizzatto Nunes, que diz:

Haverá situações em que o caso concreto apontará um real conflito entre normas ou entre princípios ou entre estes e as normas (...) É como se estivéssemos falando de uma espécie de lacuna semântica ou axiomática. A equidade, então, aí aparece, colmatando esse estranho vazio do sistema, resolver a questão sem tornar ou declarar nenhuma lei inconstitucional nem alguma norma ilegal.<sup>52</sup>

## 5 Conclusão

A Equidade está umbilicalmente ligada à justiça (ABBAGNANO, 2007, pp. 339,340), seja ela no caso concreto, além da lei escrita, ela possui a qualidade de direito que é mais que um direito, possuidoras de múltiplas funções, busca do avanço do direito na colmatação e integração das normas, integra o sistema jurídico direito, equilibra as partes demandantes, ante sua função corretiva. Assim, ao árbitro não é dado desbordar das balizas já assentadas e inverter a essência

---

51. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 218.

52. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 283

da técnica cometendo injustiça<sup>53</sup>. Como toda e qualquer decisão, a por equidade esbarra em limites jurídicos, seja o respeito à dignidade da pessoa humana e seus consectários, seja a necessidade do contraditório (PORTANOVA, 2001, pp. 160, 161), seja a decisão respeitar os bons costumes e a ordem pública. Considerando o acima exposto, da exigência de correta aplicação da técnica, obrigatoriedade de saturação, dever-se-ia haver ampliação do uso da arbitragem por equidade como método da resolução das lides contratuais.

## 6 Referências

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Traduzido por Alfredo Bosi. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, verbete: “equidade”.

ADERLAN, Crespo. **In Constituição, Estado e Direito: reflexões contemporâneas**. Orgs. AZAR FILHO, Celso Martins; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009.

AMARAL, Francisco. **A Equidade no Código Civil Brasileiro**. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. RT. 8ª ed. 2014.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto; BITTAR, Marcia Sguizzardi. **Código Civil 2002 – Inovações**, 1ª ed. IOB Thomson, São Paulo/SP, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 14ª ed. São Paulo : Atlas, 2015.

---

53. Posicionamentos de Délio Maranhão; Maria Helena Diniz Vide: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, **Arnaldo. Instituições do direito do trabalho**. LTR, vol. 1, p. 169; DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 489.

BORGES, Ferreira. **Dicionário jurídico-comercial**. Pernambuco: Typographia de Santos e Companhia, 1843, V. I. Verbete “equidade”.

BRASIL, **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL, **Lei 9.307**, 1996.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional** - 8. ed. rev. e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, (tradução de J. Guimarães Menegale), v. 2, nº 137, Ed. Saraiva, 1943.

CHORÃO, Mário Bigotte. **Introdução ao direito**. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.

CUNHA, Sérvulo da Cunha. **Dicionário compacto do Direito**. 10<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- COSTA, Philomeno Joaquim da. **Autonomia do Direito Comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1. 14<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos**, v. 1, 1943. Ed. Freitas Bastos.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREITAS, Teixeira de, **Vocabulário jurídico: com apêndices**, Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883. Verbete equidade.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6<sup>a</sup> ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: um novo campo de trabalho**. – 2<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. - São Paulo: Iglu, 1998.

LIMA, Fernando Rister de Sousa; GOES, Ricardo Tinoco de; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Compêndio de Ética Jurídica Moderna**. Curitiba: Juruá, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. (Tradução de Conrado H Mendes e Marcos Paulo Veríssimo). 1ª ed. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2008.

MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições do direito do trabalho**. LTR, vol. 1, p. 169;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS, Franz. **Curso de Direito Comercial**. 38ª ed. São Paulo: Forense, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª ed. Tomo II. São Paulo: Revista Forense, 1958.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de direito processual civil** - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional** – 9ª ed. rev. e atual. - São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- REALE, Miguel. **A equidade no Direito do Trabalho**. Revista da Faculdade de Direito, vol. LXIX, fasc. I, São Paulo: USP, 1974.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, 1º v. – 29ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião – São Paulo: Saraiva, 2012.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica Jurídica – seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro**. v. 4. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**, v. 1 - 5ª ed. - São Paulo: Atlas, 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2003.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- VILANOVA. **Lógica jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.



# MEDIAÇÃO E DIREITO FRATERO EM UM CENÁRIO DE LITÍGIOS: O DIÁLOGO COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO NA ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA ATIVA

Tauã Lima Verdan Rangel<sup>54</sup>

## **1 O SISTEMA ADVERSARIAL BRASILEIRO E O ACIRRAMENTO DA LITIGIOSIDADE**

Em um primeiro comentário, faz-se notório destacar que o *conflito* é algo intrínseco à condição humana, tendo o seu nascedouro desde os primórdios da formação da sociedade e se consolidando com as pretensões adversas apresentadas pelos indivíduos em contínua convivência. Neste sentido, o conflito materializa o dissenso, decorrendo das expectativas, valores e interesses contrariados. “Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga”, como complementa Vasconcelos (2012, p. 19). Desta feita, é oportuno assinalar que a percepção do *conflito* experimentada pela sociedade contemporânea transmuda a parte como adversária, apenas por apresentar objetivos distintos e dissonantes, tal como responsabiliza aquela como causadora do

---

54. Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (2015-2018). Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2013-2015). Telefone: (28) 999836721. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>. E-mail: [tauã\\_verdan2@hotmail.com](mailto:tauã_verdan2@hotmail.com)

conflito, sendo, portanto, a raiz do problema que atenta contra a pacificação social, devendo, pois, ser expurgado. Ao lado disso, a partir de uma perspectiva puramente legal, “o conflito é resultado de uma violação da lei ou de uma desobediência a um padrão, fato que lhe confere uma aversão social”, conforme pondera Foley (2011, p. 246).

É verificável uma conjunção de esforços, por vezes sobre-humanos, para concentrar todo o raciocínio e elementos probatórios na busca insaciável de alcançar novos fundamentos para fortalecer o posicionamento unilateral, com o objetivo único de enfraquecer e destruir os argumentos apresentados pela parte *ex-adversa*. O crítico cenário descrito é plenamente observável, especialmente, em processos judiciais, nos quais o desgaste das pessoas diretamente afetadas pelo litúgio é ofuscante, quer seja em razão da morosidade, quer seja em decorrência do comprometimento psicológico daqueles na questão discutida. A visão tradicional que envolve o conflito, como sendo algo ruim, é tão arraigada na sociedade contemporânea que obsta os envolvidos de analisarem a questão de forma madura, compartilhando a responsabilidade sobre a questão, mas sim promovendo uma constante busca em transferir “ao outro” a culpa pelo surgimento e o agravamento do conflito. Ao invés de envidar esforços para tratar o conflito, por meio de estratégias sóbrias e racionais, a abordagem tradicional do dissenso concentra todos os empenhos em identificar o culpado pelo surgimento do conflito e puni-lo.

Seguindo as ponderações apresentadas por Pinho e Paumgarten (s.d.), a explosão de litigiosidade que caracteriza, de maneira geral, as sociedades contemporâneas é dotada de elevada complexidade, sendo, sem dúvidas, alimentada, de maneira abundante, por sistemas extremamente normativos, que de forma isolada, sem a intervenção do Poder Judiciário, não consegue prevenir o surgimento e, por vezes, agravamento do conflito. É experiência peculiar de países com ordenamento jurídico pouco efetivo e diminuta credibilidade social, que dificulta o conhecimento ou confunde a população, tor-

nando, comumente, verdadeiro obstáculo ao cumprimento de tal arcabouço jurídico. Há que reconhecer que a litigiosidade encontra caudalosa fonte no fato de algumas sociedades ao desenvolvimento e emprego da autocomposição dos conflitos, seja por uma cultura demandista/adversarial ou em razão da atuação do Poder Judiciário que, em um contínuo processo de inchaço, não admite a perda do controle e poder sobre a sociedade, culminando em uma sobrecarga e o exaurimento da capacidade produtiva jurisdicional.

O sistema jurídico apresenta como robusto aspecto a confrontação entre as partes em litígio, agravando, corriqueiramente, conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando o confronto entre os envolvidos no dissenso causador da lide. Trata-se da valoração do dualismo perdedor-ganhador fomentado pelo sistema processual adotado, no qual, imperiosamente, a morosidade do processo acarreta o desgaste ainda maior, comprometendo, por vezes, o discernimento dos envolvidos para uma abordagem madura da questão. No sistema vigente, pautado na conflituosidade que caracteriza os procedimentos judiciais, os litigantes são obrigados, comumente, a apresentar motivos justificadores a existência do dissenso, buscando se colocar em situação de vítima e a parte *ex-adversa* como culpada pela ocorrência do conflito, utilizando, por vezes, de argumentos que são hipertrofiados e que não refletem, em razão do grau de comprometimento psicológico dos envolvidos, a realidade existente, aguçando, ainda mais, a beligerância entre os envolvidos.

A solução transformadora do conflito reclama o reconhecimento das diferenças e do contorno dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, já que a relação interpessoal está calcada em alguma expectativa, valor ou interesse comum. Já restou devidamente demonstrada que a visão tradicional não produz os resultados ambicionados, já que a eliminação do conflito da vida social é algo que contraria a existência e interação em sociedade. O mesmo pensamento vigora com a premissa de que a paz social só pode ser alcançada, essencial-

mente, com a erradicação do conflito; ao reverso, a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas e sociedades que apreendem a abordar o conflito de forma consciente e madura, dispensando um tratamento positivo, em prol do crescimento e amadurecimento dos envolvidos e não como elemento de destruição.

Segundo Foley (2011, p. 246), toda situação conflituosa deve ser analisada como uma oportunidade, na proporção em que possibilita a veiculação de um processo transformador. Os conflitos são detentores de sentidos e, quando compreendidos, as partes neles envolvidas têm a possibilidade de desenvolver e transformar a sua vida, logo, como são elementos constituintes da vida humana, não podem ser concebidos como exceção, mas sim como mecanismos oriundos da coexistência em sociedade que permite o amadurecimento dos envolvidos e, por vezes, a alteração da ótica para analisar as situações adversas a que são submetidos. Conceber o conflito como uma aberração social é contrariar a própria essência do convívio em sociedade, no qual indivíduos complexos, com entendimentos e posturas variadas e plurais, em convívio contínuo, tendem a apresentar interesses opostos, os quais, inevitavelmente, entram em rota de colisão.

É imperioso a ressignificação do vocábulo “conflito”, adequando-o à realidade contemporânea, de modo que não seja empregado apenas em um sentido negativo, mas sim dotado de aspecto positivo, permitindo aos envolvidos o desenvolvimento de uma análise madura e sóbria da questão, de modo a enfrentar o dissenso como algo corriqueiro e integrante da vida em sociedade e não como uma exceção a ser combatida. Ressignificar o conflito é extrair a moldura tradicional que desencadeia a incessante busca dos envolvidos em determinar o culpado e demonizá-lo, mas sim assegurar que haja o tratamento dos motivos e causas que desencadeiam os dissensos, propiciando a estruturação cultural de uma nova visão do tema.

## **2 O DIREITO FRATERO COMO ALICERCE TEÓRICO DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS**

Cuida estabelecer uma crítica a oferta monopolista de justiça que foi incorporada no interior do sistema de jurisdição, delegado a receber e a regular uma escalada de conflitualidade. Entretanto, o que culminou a altos índices de ineficiência do sistema de jurisdição está arrimado no crescimento vertiginoso das expectativas e das perguntas a isso referidas. “Em sentido técnico, chama-se explosão da litigiosidade, possuindo muitas causas, nunca analisadas com profundidade. O fato é que a atenção sempre esteve mais voltada para os ‘remédios’ (no sentido de constantes reformas nas normas)” (SPENGLER, 2006, p. 51), em detrimento da abordagem das causas da litigiosidade crescente, que, tradicionalmente, encontra tradução na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários.

É cristalina que a regulação dos conflitos, dentro de uma sociedade, se transforma no tempo e no espaço, estabelecendo os *remédios* a serem aplicados, sendo que a ineficácia em sua aplicação desencadeia a novação equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, além de outros. Ora, o remédio age apenas sobre a ferida existente, não atacando a causa desencadeadora. É justamente, nesse cenário, impulsionado pela cultura adversarial abordada anteriormente, que o problema tende a ser agravado, porquanto reafirma uma cultura adversarial, pautada na ideologia do ganhador-perdedor e alimentada pela rivalidade geradora do conflito. Assim, em busca do estabelecimento de uma resposta, na grande maioria dos conflitos, ocorre a demanda processual, em que, como dito algures, a arena da litigiosidade ganha contornos mais robustos e as partes processuais passam a se encarar como rivais.

Resolver o conflito judicialmente, porém, significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem

perde a demanda. É oportuno consignar, em tal cenário, o fortalecimento da cidadania e o enfraquecimento da cidadania ativa, na qual os envolvidos no conflito possuem um comportamento amadurecido apto a conduzir a administração do litígio e, em conjunto, apresentar soluções. “Vai nesse sentido a afirmativa de que quando se vai ao juiz se perde a face, uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força” (SPENGLER, 2006, p. 52).

Em alinhamento com as ponderações apresentadas até o momento, cuida assinalar que a proposta fraterna substancializa, segundo as ponderações apresentadas por Ghisleni e Spengler (2011), o embasamento teórico da mediação e dos demais métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos sociais, porquanto insere uma parcela de complexidade no primado do justo sobre o bom, buscando estabelecer contornos dessemelhantes daqueles que tendem a emoldurar as relações. Sem embargo, há que sustentar, também, que ao postulado da fraternidade está atrelado, imperiosamente, o ideário de amizade, “na medida em que prevê a ‘comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças’” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 24). Para Eligio Resta (2004), o Direito Fraternal compreende um modelo de direito que abandona a tradicional visão fechada da cidadania e passa a olhar em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelo mercado, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo ou pelos poderes informais que à sua sombra governam e decidem.

Entretanto, é imprescindível destacar que o vocábulo *fraternidade*, em tal contexto, possui um sentido vagamente anacrônico, porquanto, quando comparada a outros ideais presentes no cenário da revolução iluminista, pode ser considerado dotado de menor proeminência, eis que permaneceu inédita e não resolvida em relação aos demais temas da liberdade e da igualdade. Mais que isso, a fraterni-

dade indicava apenas um dispositivo de etérea solidariedade entre as nações; guardando maior vinculação com os princípios de um direito internacional nascente, que deixava intacta, tal como pressupunha uma comunidade política assentada nos corolários dos Estados nacionais, porém sua solidificação é capaz de inaugurar uma nova oportunidade no tratamento de conflitos (RESTA, 2004, p. 09-12).

A vinculação entre direito e fraternidade, além de ser uma tentativa de valorizar uma possibilidade diferente, recoloca em destaque um modelo de regra da comunidade política: modelo não vencedor, mas possível. Destarte, é um trecho do direito vivo que não deve ser analisado sempre como o direito vencedor. Ora, por meio do binômio em comento retorna um modelo *convencional* de direito, “‘jurado conjuntamente’ entre irmãos e não imposto, como se diz, pelo ‘pai senhor da guerra’. Jurado conjuntamente, mas não produzido por um ‘conluio’” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 25). Em decorrência disso, é decisivamente não violento, ou seja, capaz de não se apropriar da caracterizadora violência pertencente ao *querer combater*. Em arremate, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Paumgarten (s.d.) evidenciam que um dos pilares mais relevantes do Direito Fraternal encontra consolidação sob o alicerce de uma sociedade humana, retratando um Direito não violento, despido da beligerância e dos enfrentamentos desnecessários, buscando, doutro viés, a inclusão e a ruptura do binômio ganhador-perdedor/amigo-inimigo, convenção arraigada do processo judicial tradicional.

É oportuno, ainda, apontar que o Direito Fraternal encontra sustentação por meio dos direitos humanos, que se estabeleceram com o decurso da história da humanidade e que possuem aspecto de universalidade, eis que são aplicados a todos os cidadãos. Ao lado disso, os direitos humanos resultaram, por consequência, de múltiplos processos históricos e que ainda hoje sofrem alterações em decorrência da globalização mundial. Em complementação, Resta (2004) sublinha que o Direito Fraternal coincide com o *locus* de re-

flexão associados ao tema dos Direitos Humanos, conferindo uma consciência a mais, a saber: a de que a humanidade é apenas um lugar comum, somente em cujo interior é possível pensar no reconhecimento e na tutela. É necessário, também, estabelecer a diferença existente entre *ser homem* e *ter humanidade*. Há que se destacar, nesta linha de exposição, que o fato de *ser homem* não assegura que haja o sentimento singular de humanidade; a linguagem, com a variabilidade de sentido que encerra, substancializa um infinito observatório dos paradoxos com os quais o ser humano convive.

O novo modelo de composição dos conflitos que floresce no Direito Fraternal está centrado na criação de regras de compartilhamentos e de convivência mútua que desbordam dos tradicionais litígios judiciais, arvorando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais. Em uma seara essencialmente judicial, existem mecanismos extrajudiciais de tratamento das demandas, sendo possível citar a conciliação, a arbitragem e a mediação. Cuida-se, portanto, de elementos que possuem como ponto comum serem extrajudiciais, porém não estranhos ao Poder Judiciário, operando na busca da *face* perdida das partes processuais numa relação de cooperação pactuada e convencionada, estabelecendo uma *justiça de proximidade* e, sobremaneira, uma filosofia de justiça calcada no modelo restaurativo que compreende estruturas de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisivo, como observa Resta (2004).

Mais que isso, há que reconhecer que o conflito também se tornará essencialmente prejudicial quando os mecanismos para tratamento são considerados inadequados, por retirar do conflito o que ele tem de melhor, a saber: sua capacidade de gerar a satisfação de interesses e resoluções construtivas. “Quando esses mecanismos são descartados, a função do conflito é a produção de violência ou outros conflitos. A decisão judicial pode interromper ou acelerar o processo de causa e efeito, mas não propicia a mudança necessária para a evolução que o conflito pode provocar” (PINHO; PAUMGARTTEN,

s.d., p. 08). Ora, o processo competitivo adversarial estabelece ganhadores e perdedores, ao passo que o processo cooperativo, assentado na doutrina do Direito Fraternal, determina apenas ganhadores. “Entende-se até de um modo amplo, que mesmo a parte vença uma disputa, não logra um conflito construtivo, pois a satisfação de objetivos unilaterais, unicamente individuais, cristaliza o egocentrismo, auxiliam o totalitarismo e provocam com o tempo, consequências sempre destrutivas” (PINHO; PAUMGARTTEN, s.d., p. 08).

Em tal trilha de insatisfação, cujo nascedouro está ancorado na insuficiência estatal para atender as demandas sociais e os conflitos de interesse, de maneira geral, estão delineados, com entusiasmo, o sistema de métodos alternativos à jurisdição ou *alternative dispute resolution* (ADR) para o tratamento dos conflitos, assentado numa prática discursiva, criando através do diálogo e não da força coercitiva, um tratamento para o conflito, cuja legitimidade deste resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou. Assim, com o escopo de avançar no exame da temática, faz-se imprescindível analisar, pormenorizadamente, a mediação como método extrajudicial de tratamento de conflito e a valorização do diálogo para administrar o conflito e na promoção da cidadania ativa, o que será feito na seção subsequente.

### **3 O EMPREGO DA MEDIAÇÃO EM UM CENÁRIO DE LITÍGIOS: O EMPODERAMENTO DOS INDIVÍDUOS NA ADMINISTRAÇÃO DOS CONFLITOS**

Ao partir da necessidade de mudança de paradigmas no tocante ao tratamento dispensado ao conflito, é possível, utilizando a definição apresentada por Roberto Portugal Bacellar (2003, p. 174), que mediação consiste em uma técnica lato senso que tem como assento a aproximação das pessoas interessadas no tratamento de um conflito, induzindo-as a encontrar, por meio do estabelecimento de um

diálogo, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas. Em mesmo sentido, Vasconcelos (2012, p. 42) descreve mediação como “um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, em ambiente seguro e ambiência de serenidade, com a colaboração de um terceiro [...], expõem o problema, são escutadas e questionadas”, estabelecendo um diálogo construtivo e identificando interesses em comuns, opções e, de maneira eventual, estabelecer um consenso.

Distintamente do sistema adversarial processual que vigora, a mediação busca a estruturação de uma mudança cultural, especialmente no que se refere ao poder dos indivíduos de tomar às decisões que influenciam a realidade em que se encontram inseridos. Conforme Waltrich e Spengler (2013, p. 172) apontam, a mediação, na condição de espécie do gênero justiça consensual, permite uma acepção ecológica de tratamento dos conflitos sociais e jurídicos, na qual o escopo de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada proveniente de uma sanção legal. A mediação possibilita um tratamento igualitário entre os envolvidos, na condição de seres humanos, observando as características de cada indivíduo, não comportando qualquer forma de julgamento, mas sim fomentando uma compreensão recíproca e uma responsabilidade compartilhada.

A mediação é considerada, contemporaneamente, como forma ecológica de tratamento dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Está assentado na ótica segundo a qual um terceiro neutro tenta, por meio da organização de trocas entre as partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e procurar, com seu auxílio, uma solução para o conflito que os opõe. “Atualmente a mediação é considerada um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da

cientificidade como argumento persuasivo” (SPENGLER, 2006, p. 53). Ora, diz-se dela que é uma forma consensuada de tratamento do litúgio, porquanto o terceiro mediador é dotado de um poder de decisão limitado ou não autoritário, ajudando as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um consenso, mutuamente aceitável com relação às questões colocadas em disputa.

Desconstrói-se a figura da vítima e do agressor, do autor e do réu, erigindo, em seu lugar, os “mediandos”, em situação de igualdade e, a partir da edificação de diálogos e responsabilização compartilhada, amadurecidos para promover, culturalmente, a mudança de paradigmas no enfrentamento do conflito, de modo que não há uma busca sedenta pelo estabelecimento do culpado, mas sim na construção de um consenso proveniente da vontade dos envolvidos. Opondo-se à dogmática tradicional, que busca a eliminação do conflito por meio da simples emissão de um pronunciamento do Estado-juiz, a mediação, alçado a método transformador de uma cultura adversarial, objetiva o enaltecimento da dimensão afetivo-conflituosa, tratando as origens, as causas e as consequências advindas do conflito.

Supera-se o ranço tradicional de transferir para o Estado-juiz, de maneira exclusiva, a possibilidade para a resolução dos conflitos, notadamente os inseridos na esfera privada, assegurando, por consequência, o empoderamento dos envolvidos, de modo a desenvolver a cidadania e autonomia para a construção de consensos e promover a cultura de paz. Trata-se, com efeito, de privilegiar a autonomia da vontade das partes, ao invés de recorrer a um terceiro que decida por eles, sendo que o Estado-juiz é o último recurso, quando todas as vias de negociação fracassaram. Com destaque, o provimento jurisdicional prestado pelo Estado-juiz, comumente, está revestido apenas da técnica processual, pautado na legislação fria e em precedentes jurisprudenciais, poucas vezes envolvendo um olhar sensível para as peculiaridades e nuances que emolduram a situação concreta levada a Juízo. Por mais uma vez, há que se res-

gatar que, diante da política de números e estatísticas que passou a inundar o Judiciário, o qual busca incessantemente demonstrar a concreção do acesso à justiça e a duração razoável do processo, o que importa é a finalização de processos, sem que isso, necessariamente, reflita na construção de consensos entre os envolvidos.

A visão transformativa propiciada pela mediação, consoante Foley (2011, p. 247), permite que o conflito seja encarado como uma oportunidade dúplice, na qual, concomitantemente, há o desenvolvimento e exercício da autodeterminação, consistente no empoderamento dos mediandos, e na confiança mútua, por meio do fomento à reciprocidade entre os envolvidos no conflito. Com destaque, a resposta ideal ao conflito não consiste em buscas desenfreadas e beligerantes de extirpá-lo para promover a resolução do problema; ao contrário, o conflito reclama uma gestão madura, a fim de materializar um processo de transformação dos indivíduos nele envolvidos. Neste passo, a mudança paradigmática de ótica no tratamento do conflito é responsável por alterar o comportamento dos mediandos diante do dissenso, fomentando a responsabilidade compartilhada e solidarizada, de modo a não estabelecer polos antagonistas, mas sim partes complementares.

Warat (2001, p. 80-81) já se posicionou no sentido que a mediação não está cingida a somente o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos, alheia à moldura factual que enquadra o dissenso entre os envolvidos. De igual maneira, a mediação, na condição de método extrajudicial de tratamento de conflitos, não busca como única finalidade a obtenção de um acordo que, corriqueiramente, não reflete substancialmente a vontade das partes nem permite a responsabilização solidária dos envolvidos. Ao reverso, o fito maior é ajudar os interessados a redimensionar o conflito, compreendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que foram responsáveis por causar a colisão entre as atitudes e os interesses no relacionamento de pessoas envolvidas. A perspectiva

valorada não está assentada no ideário puramente acordista, que concebe o acordo como o fim último do processo, o qual transmite o ideário mascarado de tratamento do conflito, colocando fim em mais um número que tramita nos sistemas de gerenciamento de dados dos Tribunais de Justiça. Ao reverso, a ótica privilegiada está calcada na construção paulatina e imprescindível do consenso, no qual o mediador atua na construção de uma relação alicerçada no diálogo, possibilitando o entendimento de sentidos, a partir da determinação da autonomia e empoderamento dos indivíduos.

É necessário colocar em destaque, também, que a mediação, na condição de método de tratamento extrajudicial de conflitos, combate a escalada de desentendimentos decorrentes do moroso e litigioso procedimento adotado no cenário jurídico vigente, não permitindo que as partes alcancem o conflito extremo, permitido pelo sistema adversarial. “A ideologia ganhador-perdedor vigente no sistema tradicional judiciário é substituída por uma nova abordagem baseada na cooperação entre as partes envolvidas e não na competição” (SANTA CATARINA, 2004, p. 04). Deste modo, a mediação, apesar de ser método com longo percurso de aplicação, apresenta-se como forma inovadora, no território nacional, de abordagem jurídica e também como alternativa ao sistema tradicional judiciário adotado para tratar os conflitos, nos quais se valoram a cooperação e a disponibilidade em promover a solução, destacando-se, via de consequência, como elementos imprescindíveis para a construção de um consenso entre os mediandos.

É plenamente perceptível que a mediação exige terreno próprio para atuação, em decorrência dos aspectos a que se propõe, notadamente a mudança cultural no tocante ao enfrentamento do conflito, já que suas bases se pautam na busca de um consenso qualitativo que só pode ser alcançado com o tempo e com a mudança cultural das partes que preferencialmente esperam ouvir, atender uma ordem do Estado a tomar uma decisão por si. Sobre tal assunto, Dier-

le José Coelho Nunes (2011, p. 174) afirma “que existem situações em que os acordos são impostos, mesmo quando sejam inexecutáveis para permitir a pronta “resolução do caso”, com a adequação à lógica neoliberal de produtividade”, e isso, por óbvio, não é o que se espera da mediação de conflitos. Neste passo, a mediação propõe a responsabilização dos envolvidos para tratarem o conflito, de maneira que consenso seja resultante da conjunção de esforços e reflita as vontades dos mediandos, não se traduzindo, via de consequência, em um pronunciamento emanando por um terceiro (Estado-juiz), alheio às nuances e particularidades que emolduram o dissenso.

#### **4 PONDERAÇÕES FINAIS: O DIÁLOGO COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO NA ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA ATIVA**

Diante do cenário apresentado, é possível pontuar que, conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também nomeada de “Constituição Cidadã”, assegurar, formalmente, o acesso à justiça, há que se salientar que o Poder Judiciário, em decorrência do pragmatismo existente e da visão processual adotada, diariamente, frustra a promoção de tal direito. Na realidade, a busca insaciável por diminuição de processos, com emissões de pronunciamentos do Estado-juiz, pautado, corriqueiramente, na distorcida visão do acordo como elemento de satisfação das partes, apenas atende o aspecto quantitativo de índices e dados que buscam demonstrar que o Judiciário, como zeloso e sensível Poder constituído, trava uma batalha pela materialização do princípio da duração razoável do processo. Ora, a falaciosa cultura acordista, adotada no modelo nacional, não trata o conflito nem as causas que o desencadeiam; ao reverso, fomenta apenas o tradicionalismo adversarial arraigado que, imperiosamente, agrupa os envolvidos em polos conflitantes que, uma vez infantilizados pelo monopólio

na solução dos litígios, transferem ao terceiro, Estado-juiz, a capacidade de gerir o dissenso e determinar, a partir do arcabouço jurídico posto, qual dos envolvidos é detentor do direito pleiteado ou mesmo quem ganha e quem perde.

Não mais vigora a ideologia dualística do ganhador-perdedor, mas sim uma ótica segundo a qual o diálogo estruturado permite que ambos os envolvidos experimentem uma nova percepção do conflito, algo intrínseco e inseparável da convivência em sociedade. A cultura de empoderamento dos indivíduos possibilita que seja desenvolvida uma autonomia participativa que refletirá diretamente na construção dos consensos formados, eis que derivarão da conjunção de esforços e anseios dos envolvidos. Trata-se, com efeito, de reconhecimento e fortalecimento da cidadania ativa como instrumento capaz de conferir amadurecimento aos indivíduos, inclusive na condução e administração do conflito, sem que isso se reflita no fortalecimento da tradicional infantilização social e estandania. Neste cenário, o consenso é fruto da vontade dos envolvidos que, uma vez empoderados, logram êxito na gestão do conflito e no melhor mecanismo para tratá-lo, distinguindo-se, via de consequência, do pronunciamento estatal que, corriqueiramente, é imposto pelo julgado, alheio às nuances e aspectos caracterizadores dos envolvidos, estando atrelado apenas ao arcabouço jurídico.

Ora, há que reconhecer que em prol da edificação de um sistema pautado no empoderamento dos mediandos e no fortalecimento, por consequência, da cidadania ativa, o protagonismo está vinculado àqueles em detrimento do Estado-juiz. Mais que isso, em tal cenário, inexistente a figura do juiz togado, cuja legitimidade é proveniente do reconhecimento dispensado pelo Estado e pelo sistema burocrático, mas sim o mediador, o terceiro imparcial, escolhido consensualmente pelos envolvidos, cuja legitimação decorre do próprio reconhecimento da comunidade que, ao invés de emanar uma decisão, apenas orientará a condução do diálogo, permitindo

que os mediandos alcancem o tratamento mais adequado ao conflito existente. Assim, a mediação, em tal cenário, se apresenta como instrumento capaz de resgatar a capacidade do indivíduo de se expressar ativamente, manifestando-se na administração dos conflitos em que está envolvido, tal como permitir que o litígio não fosse encarado como algo destrutivo, uma arena de combate, mas sim um campo de amadurecimento, emancipação e cidadania ativa.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FOLEY, Gláucia Falsarella. A Justiça Comunitária para Emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas César (org.). **Justiça Restaurativa e Mediação: Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos Sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à jurisdição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NASCIMENTO, Vanessa do Carmo. Mediação comunitária como meio de efetivação da democracia participativa. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br> > . Acesso em 18 ago. 2016.

NUNES, Dierle José Coelho Nunes. **Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. **O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário**. Disponível em: < <http://www.reajdd.com.br/html/humberto.pdf> > . Acesso em 18 ago. 2016.

RESTA, Elígio. **O Direito Fraterno**. VIAL, Sandra Regina Martini (trad.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SANTA CATARINA (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mediação Familiar: Formação de Base**. Florianópolis: 2004, 98p. Disponível em: < <http://www.tj.sc.gov.br> > . Acesso em 18 ago. 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. Uma nova abordagem dos conflitos sociojurídicos por meio do Direito Fraterno. **Direito em Debate**, n. 26, jul.-dez. 2006, p. 33-56. Disponível em: < <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/676/393> > . Acesso em 18 ago. 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

WALTRICH, Dhieimy Quelem; SPENGLER, Fabiana Marion. Reflexões acerca da Mediação Comunitária como Estratégia Prática de Cidadania Participativa. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, a. 17, n. 25, 2013, p. 161-181. Disponível em: < <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/546> > . Acesso em 18 ago. 2016.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

# **TRABALHO E CONFLITOS**



# A NECESSIDADE DO DESCANSO E A INDISPENSABILIDADE DO TRABALHO

Armenia Cristina Dias Leonardi

## **INTRODUÇÃO**

A pesquisa será realizada através da análise histórica da vida das pessoas idosas no Brasil, através do estudo da obra *A Velhice no Brasil*, de Mário Filizzola, utilizando como base documentos históricos que descrevem até hoje a atual situação de muitos idosos no Brasil. Será analisada a forma como a sociedade pode reconhecer na pessoa idosa o reflexo de sua própria pessoa e a importância de sentir

A conexão entre a pesquisa histórica e os dados atuais possibilita e facilita a investigação social em relação à necessidade e importância do trabalho para os idosos.

A metodologia aplicada, inicial e principal, será a pesquisa bibliográfica e os dados estatísticos a respeito do trabalho dos idosos, que pode causar benefícios e malefícios trabalho para os idosos.

## **1 - IDOSO NA HISTÓRIA DO BRASIL: A PROTEÇÃO AOS IDOSOS DO SÉCULO XVII AO XIX**

Na década de 1970, Mario Filizzola<sup>1</sup>, em seu livro *A velhice no Brasil* (1972), faz um relato histórico da trajetória da proteção aos idosos na História do Brasil. Inicia definindo como “Etarismo” o preconceito contra a velhice e equipara-o ao racismo.

O indivíduo é utilizado como um meio para atingir um fim, contrariando a teoria de Immanuel Kant, não há humanismo e sim utilitarismo, o envelhecimento desamparado e marginalizado se torna doloroso e a dor na alma é lancinante para um indivíduo que construiu toda uma existência.

A primeira ação executada pelo Estado de proteção ao idoso na história do Brasil é a criação da “Casa dos Inválidos” pelo Quinto Vice Rei, Conde de Resende, em 1792, para proteger os “*soldados avançados em anos e cansados de trabalho*” vindos de Portugal para lutar nas guerras de proteção ao território do Rio Grande do Sul. (FILIZZOLA, p. 26, 1972).

O termo “inválido” foi importado da França pelo Conde de Resende e possuía um significado diferente do atual. As ideias iluministas difundidas na França do século XVIII pregavam o humanismo como forma de evolução cultural de uma sociedade através do conhecimento do indivíduo e de suas condições humanas. O ser humano e sua conduta ética são as bases da dignidade e racionalidade o que justifica o respeito e solidariedade entre os indivíduos. (FILIZZOLA, p. 26, 1972)

O exército Francês utilizava o termo “*invalidé*” para se referir aos soldados incapacitados para o trabalho por velhice ou ferimentos de guerra, porém eram respeitados pelo Estado Francês e pela sociedade, que reconheciam os trabalhos prestados em favor da pátria e admitia o dever de assistência a esses indivíduos, prestando tratamento diferenciado e especial. (FILIZZOLA, 1971, p. 24)

A preocupação inicial com os soldados idosos e doentes nasce a partir da determinação de Portugal ao Quinto Vice Rei Conde de Resende para priorizar as questões militares, em virtude da necessidade de defesa do Brasil de possíveis ataques estrangeiros e a preocupação do Conde, posteriormente, estende-se a toda a população.

Evidentemente, o objetivo da corte não era a proteção dos soldados idosos e doentes, como na França, mas sim a revitalização

da tropa e a diminuição das “despesas” com um efetivo que não possuía condições físicas para defender o Brasil, o que corrobora a questão do descaso histórico do Estado com as pessoas idosas.

Os idosos e doentes eram chamados de “tropa morta” e os soldados ativos eram chamados de “tropa viva” (FILIZZOLA, p. 44, 1972), cujo termo é pejorativo e demonstra a discriminação contra os idosos e não uma preocupação com sua dignidade. Os militares, para receber pela prestação do serviço, continuavam nas “fileiras das tropas pagas”, ou seja, não havia descanso para os militares idosos, lutavam até sua morte mesmo que natural:

A situação encontrada no Brasil pelo Vice Rei Conde de Resende era decadente, e debilitada não somente para os militares, mas também para toda a cidade, assolada por diversas doenças endêmicas e epidêmicas, mas, apesar de receber ordens inflexíveis da Corte para que priorizasse as forças militares e diminuísse as despesas, confrontou todas as normas da época para criar a “Casa dos Inválidos”, uma nova instituição, para proteger os militares idosos e enfermos que não possuíam condições de trabalho. Era uma sociedade ausente de solidariedade e o amparo aos necessitados era incentivado pela religião através do sentimento de “pena”, incentivo da mendicância e oferta de esmolas. (FILIZZOLA, 1972)

O exemplo dos militares idosos e feridos de guerra no Brasil do século XVIII demonstra o indivíduo utilizado como um meio para atingir um fim, neste caso, lutar em defesa do território sem qualquer reconhecimento e respeito pelo Estado e sociedade, contrariando a teoria de Immanuel Kant, em nome da dignidade humana, que afirma que o ser humano deve ser o fim e não um meio: *“age de tal forma que trates a humanidade, na tua pessoa ou na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca apenas como um meio.”* (KANT, 2003.)

Em 1793, o Conde de Resende escreve a Portugal dizendo que *“os soldados velhos pelos seus serviços se fazem dignos de uma descansada velhice”*, surgindo a partir do sentimento deste Vice-Rei o in-

centivo ao sentimento de gratidão aos velhos, o que significa desenvolvimento cultural de um povo. O Conde de Resende, aos 42 anos, traz para o Brasil “*um sentimento novo*”, desconhecido pelo povo e pelo Estado, a “*gratidão aos velhos*”, considerado na Europa uma evidência de “*desenvolvimento cultural*”. (FILIZZOLA, p. 70, 1972)

Ao difundir o pensamento humanista diante da situação do desprezo aos “velhos” e desamparados, não só aos militares, mas aos integrantes idosos e demais pessoas excluídas da população civil, o Conde de Resende semeia a “gratidão” como um “novo sentimento” entre a sociedade e o Estado.

Anteriormente à chegada do Conde de Resende ao Brasil, em 1794, nenhuma autoridade preocupou-se com os “*direitos da velhice*”, até então nunca reconhecidos pelo Estado “*sem que nesses direitos se misturassem quaisquer vestígios de caridade pública*”, ou seja, a assistência prestada pela sociedade e pelo Estado era puramente baseada na “*caridade pública*” (FILIZZOLA, p. 71, 1972)

Até a intervenção do Conde de Resende, o amparo social predominante era exercido mediante o incentivo religioso ao “*sistema de esmola*”, a prática da “caridade pela piedade”, isto é, o costume da sociedade no século XVIII encontrado pelo Conde de Resende era o hábito de “pedir esmolas”, cuja estrutura assistencialista não mais satisfazia a carência da sociedade da época. A conduta de “pedir esmolas” foi instituída pelo clero e era normal entre várias classes sociais, mas principalmente entre as pessoas humildes, grupo constituído por escravos velhos e “estropiados”, marinheiros estrangeiros que abandonaram os navios para permanecer no Rio de Janeiro e pessoas que não desejavam trabalhar (FILIZZOLA, p. 72, 1972).

A assistência social não era organizada e o Estado não desempenhava seu dever de amparo aos doentes, apesar de haver várias leis, decretos e outros documentos legais que obrigassem a prestação do amparo aos necessitados, porém, que ficava a cargo da iniciativa social, principalmente, pelas irmandades.

Evidencia-se que os ideais de solidariedade foram transmitidos pela sociedade brasileira pelas autoridades vindas da Europa, Vice-Reis, utilizando como meio a divulgação e conscientização social sobre as necessidades da “velhice”, porém, não obstante a propagação das ideologias humanitárias, de valorização da vida humana e da liberdade a partir do século XVIII, não progrediu no século XIX em relação à situação das pessoas idosas excluídas.

Após os esforços do Conde de Resende para ressaltar os serviços prestados pelos soldados e instituir uma política assistencialista em substituição à mendicância sob a égide da piedade, retorna-se à precariedade da caridade e da esmola através da religião que *“prometia aos velhos uma recompensa em outro mundo”* (FILIZZOLA, 1972).

Os idosos continuam carentes de um amparo eficaz também no século XX. A Constituição 1967, em seu artigo 167, § 4, insere a família, conceituando-a como aquela proveniente do casamento, garante o amparo à maternidade, infância e adolescência e a cultura, inclusive aos *“documentos, obras e locais de valor histórico”*, previsto no artigo 172, da Constituição de 1967, sob a proteção do Estado, mas omite os idosos. Estabelece a relevância da cultura e desvaloriza o idoso quando coloca a “cultura” sob a proteção do Estado sem incluir os idosos, o que significa mais um retrocesso em relação ao *“Direito dos Velhos”* e mais uma vez a coisificação da vida humana: *“(…) concluindo-se que a Carta Magna de 1967 a “coisa” tem precedência sobre a “pessoa humana”, doutrina evidentemente materialista e anticristã.* (FILIZZOLA, p. 152, 1972)

O ser humano é protegido enquanto pode servir ao regime, ao Estado, à sociedade, após sua vida produtiva, é abandonado à própria sorte. É o valor da “coisa” sobrepondo-se ao valor do “ser humano”.

Durante a década de 1970, o Estado da Guanabara começa a elaborar políticas de desenvolvimento do Estado com objetivos específicos para atender aos jovens, crianças, idosos e deficientes

físicos, com base na inclusão social, medicina preventiva e construção de hospitais destinados a doentes crônicos.

O preconceito etarista é predominante também no século XX e a política assistencial para os idosos não tem como objetivo a inclusão social que é tão importante para sua sobrevivência digna. (FILIZZOLA, p. 195, 1972)

A Secretaria de Saúde na década de 1970 era a responsável pela assistência ao “velho doente” e a Secretaria de Assistência Social era responsável pelas ações de integração social do idoso desamparado, porém, não havia entrosamento entre as duas secretarias, o idoso continuava sem a assistência necessária de forma plena. A velhice continua em “*uma espécie de zona de ninguém*” por pura luta burocrática entre órgãos estatais. (FILIZZOLA, p. 193, 1972)

A política assistencial para os idosos não se resume a recolhimento em albergues ou hospitais sem as mínimas condições de tratamento digno, o idoso doente necessita de tratamento adequado e o idoso ainda saudável necessita de medicina preventiva, ações políticas e sociais que não são aplicadas até os dias atuais.

A primeira Constituição Brasileira a tratar dos direitos sociais foi o documento de 1824, que mencionava os “socorros públicos”, em seu artigo 179, inciso XXXI, no entanto, não previa meios para indivíduo cobrar esta garantia do Estado, o que tornava a norma absolutamente ineficaz. (NOLASCO, disponível em [http://www.ambito-jurídico.com.br/site/?\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11358revista\\_caderno=20](http://www.ambito-jurídico.com.br/site/?_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11358revista_caderno=20) pesquisado em 29 de maio de 2016.)

Em 1891, a Constituição Brasileira inseriu duas normas referentes aos direitos sociais: o artigo 5º, que estabelecia sobre o dever da União em prestar de socorro aos estados em calamidade pública e o artigo 75, que ordenava sobre a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos totalmente custeada pelo Estado, sem a necessidade de contribuição do funcionário. Também normas que não previam exigibilidade, porém, ineficazes. (NOLASCO, 2012)

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever o sistema tripartido da previdência social, em que havia a contribuição do empregador, do empregado e do Estado para garantir um meio de sobrevivência, a aposentadoria, àqueles que não possuíam mais condições de trabalhar. A Constituição de 1937, em seu artigo 137, alínea “m”, normatizou os seguros para acidentes de trabalho, seguros de vida e de velhice, mencionando o termo “seguro social”.

A Constituição de 1946 deixa de mencionar o termo “seguro social” e o substitui pelo termo “Previdência Social”, responsável pela edição da Lei Orgânica da Previdência Social, em 1960, que compilou todos os dispositivos infraconstitucionais relativos à Previdência Social. **A Emenda Constitucional n. 1 de 1969, Constituição de 1967, institui o seguro desemprego e o salário família, anteriormente somente com previsão infraconstitucional. A partir da Emenda Constitucional n.1 de 1969, nascem vários decretos referentes à assistência social.** (NOLASCO, 2012)

A Constituição Federal de 1988, que institui o Estado Democrático de Direito, prevê os direitos fundamentais e sociais especificando a proteção ao idoso, porém, apesar de todo o contexto histórico da situação dos idosos desamparados, a formulação de leis e a previsão constitucional para garantia de seus Direitos.

## **2 - A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DESTINADAS AOS IDOSOS**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, delimitou os Direitos Humanos essenciais após a Segunda Guerra Mundial, período em que a humanidade encontrava-se extremamente abalada e temerosa com o futuro dos seus direitos elementares e fundamentais

à existência humana. (Disponível em <https://nacoesunidas.org/docs/> - pesquisado em 07 de junho de 2016.)

A Convenção Interamericana sobre a proteção dos Direitos dos Idosos, em seu preâmbulo, reconhece que o idoso “À medida que envelhece, deve seguir desfrutando de uma vida plena, independente e autônoma, com saúde, segurança, integração e participação ativa nas esferas econômica, social, cultural e política de suas sociedades.” (Disponível em <https://nacoesunidas.org/docs/> pesquisado em 07 de junho de 2016.)

Ressalta a dignidade humana do idoso e garante os mesmos direitos humanos e fundamentais em termos de igualdade aos demais seres humanos, não sendo permitida a discriminação em razão da idade. (Disponível em <https://nacoesunidas.org/docs/> pesquisado em 07 de junho de 2016.)

Celso Campilongo afirma que os direitos humanos encontram dificuldade para sua efetivação nas “*sociedades mais complexas, como a atual*” por ausência da compreensão de seus integrantes no tocante aos idosos, principalmente, pela junção entre “*produtividade e custos pessoais dos idosos*”.

No âmbito previdenciário, os idosos têm direito ao Benefício Assistencial ao Idoso e à Pessoa com Deficiência (BPC/LOAS)- Lei Orgânica de Assistência Social, mas a maioria dos idosos não tem conhecimento deste benefício previdenciário. O idoso maior de 65 anos que nunca contribuiu para a Previdência social possui a garantia de um salário mínimo mensal, porém, por ser um benefício e não estar atrelado às contribuições ao Instituto Nacional de Seguro Social, não há direito a pagamento de décimo terceiro salário e não deixa pensão por morte. (Disponível em <http://mtps.gov.br> - pesquisado em 17 de junho de 2016.)

Para ter direito ao benefício, o idoso deve comprovar idade maior de 65 anos, renda familiar até  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo por pessoa do grupo familiar, inclusive o próprio idoso, pois será con-

siderada a renda familiar como um todo, ser brasileiro, possuir residência fixa no país e não receber outro tipo de benefício da Previdência Social. (Disponível em <http://mtps.gov.br> – pesquisado em 17 de junho de 2016.)

O Estatuto do Idoso possui como proposta inicial, em sua justificativa, de consolidação de inúmeras leis e decretos federais, estaduais e municipais já existentes e ignoradas, bem como disseminar os direitos dos idosos para conhecimento de todos e assim conceder eficácia à lei e a concretização dos direitos, com a criação de políticas sociais públicas para “*aproveitamento de seu potencial produtivo, respeito à cidadania e às suas características físicas, intelectuais e psíquicas*”. (PAIM, Paulo. Lei 10.741/03, p.7/8, 1997 – disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/arquivos-pdf/idoso> - pesquisado em 17 de junho de 2016.)

O idoso passa a sentir-se inútil e desvalorizado, quando excluído pela sociedade por não possuir mais a capacidade de produzir, e é levado à depressão, atualmente derivada pela estimulação do sistema capitalista somente privilegia os jovens e adultos capazes de trabalhar: “É o trabalho que permite o ato de existir enquanto cidadão e auxilia na questão de se traçar redes de relações que servem, determinando, portanto, o lugar social e familiar.” (MENDES, p.424, 2005 – Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ape/v18n4/a11v18n4.pdf> - pesquisado em 12 de junho de 2016).

Sua sabedoria provém da essência da vida e sente-se valorizado ao transmitir sua experiência aos mais jovens. O idoso é o agente transmissor responsável por essa memória a qual desenha a identidade do ser humano.

Em decorrência deste desamparo histórico, muitas pessoas idosas precisam continuar trabalhando, mesmo com sua saúde abalada pela idade, para garantir o mínimo para sua sobrevivência. Em outra vertente, o trabalho também enobrece o idoso que ainda tem saúde e ainda pode e quer se sentir útil.

### **3- A NECESSIDADE DO DESCANSO E A INDISPENSABILIDADE DO TRABALHO**

O trabalho para a pessoa idosa possui duas faces. Há idosos que trabalham por opção, por terem boa saúde e sentirem-se bem com o ofício que exercem e outros idosos trabalham por necessidade. Aqueles que têm aposentadoria não conseguem sobreviver com os baixos valores e, neste caso, o trabalho é necessário para a manutenção de sua vida.

Quando o idoso trabalha por ter ainda condições físicas e psicológicas, a atividade funciona como um instrumento fundamental para sua qualidade de vida, porém, quando existe a necessidade de trabalhar por sobrevivência, quando o cansaço da idade já alcançou o indivíduo idoso, o trabalho passa a ser um malefício, pois o descanso é imprescindível a uma velhice digna.

O idoso tem o direito de trabalhar, mas não deve trabalhar até o fim da vida se não possui condições físicas e mentais, já que o descanso também é seu direito. O idoso tem direito ao trabalho e ao descanso, ou seja, exercerá estes direitos de acordo com suas condições.

Quando o idoso trabalha por necessidade, retorna-se aos dados históricos a respeito da situação dos idosos nos séculos iniciais da história do Brasil: o “soldado velho sem direito a descanso”, os idosos que viviam da mendicância e da caridade por não possuir nenhum tipo de auxílio do Estado, vez que este não desejava “despesas” com aqueles que não mais serviam ao trabalho.

Segundo as estatísticas, no Brasil há, aproximadamente, quinze milhões de idosos no mercado de trabalho, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE - indicando as pesquisas que esse número tende a aumentar. (Disponível em [http://www.ibge.gov.br/home/pesquisa/pesquisa\\_google.shtm?cx=009791019813784313549%3Aonz63jzsr68&cof=FORID%3A9&ie=ISO-8859-](http://www.ibge.gov.br/home/pesquisa/pesquisa_google.shtm?cx=009791019813784313549%3Aonz63jzsr68&cof=FORID%3A9&ie=ISO-8859-) pesquisado em 07 de outubro de 2016)

As ações que resguardam a formação do ser humano ou a desconstrução de seu “ser” para uma integração à sociedade devem ser compostas por condutas que salvaguardem tanto a integridade física quanto a integridade emocional, por isso, a importância do amor e do afeto por parte dos indivíduos que lidam com seres humanos, principalmente aqueles em situação de risco e vulnerabilidade como os idosos.

## **CONCLUSÃO**

As regras estabelecidas pela legislação garantem os direitos humanos, fundamentais a uma existência digna, porém, são somente regras práticas, utilitaristas, que não bastam, não satisfazem as necessidades do ser humano.

A construção da identidade humana percorre o caminho das ações e reações do ser humano, suas experiências e aprendizado adquirido no mundo até atingir a alteridade, e, conseqüentemente, a solidariedade, elemento substancial à alteridade e componente de uma sociedade saudável, cumpridora dos direitos humanos fundamentais, constituindo um ciclo de vivência humana. O ciclo da vivência humana inicia-se com o nascimento do indivíduo e termina com a morte, passando por várias fases: a criança, o adolescente, o jovem, o adulto e o idoso.

Os direitos humanos decorrentes do princípio da dignidade humana são direitos de todos, independente da idade do ser humano, porém, durante toda a história, não só do Brasil, mas em todo o mundo, o idoso sempre foi menosprezado e discriminado.

Atualmente existem leis protetivas aos idosos, tanto em no ordenamento jurídico pátrio como internacional, mas não bastam para suprir suas necessidades, pois o amor e o afeto devem estar presentes.

O idoso tem esperança sempre, pois não há como prever a hora da morte, o idoso quer contar suas experiências, histórias, estórias e memórias, e através delas é que a sabedoria será propagada às demais gerações, que um dia também envelhecerão e terão a mesma

necessidade de atenção, amor e afeto para propagar também suas memórias. É esse o ciclo da vida.

Apesar de não ser possível a imposição de amor aos idosos pelo Estado, pelas leis, estes sentimentos devem estar presentes em todas as pessoas, principalmente, nos indivíduos que lidam diretamente com os idosos através do Imperativo Categórico de Kant.

Com o aumento dos anos de vida, muitos idosos sofrem sem acesso à saúde e a uma sobrevivência digna causada pelo despreparo da própria do Estado, da sociedade e das famílias para receber, aceitar e amparar estes idosos, em razão, muitas vezes, da mudança social e econômica, justificada pela necessidade de todos os seus familiares estarem inseridos no mercado de trabalho e não dispensar ao idoso a atenção, o carinho e as necessidades físicas fundamentais ao seu envelhecimento digno.

A análise da teoria de Immanuel Kant possui uma estreita relação com o ideal de uma sociedade equilibrada, justa e igualitária.

Immanuel Kant tem como base de sua ética o imperativo categórico: o indivíduo moralmente responsável deve agir de acordo com sua consciência, sobrelevando os valores morais em relação ao seu desejo natural, o homem não deve ser um meio e sim o fim. A tomada de decisões deve ser baseada em atos morais, sem afetar seus semelhantes.

Para atingir o ideal de sociedade almejado, com os direitos humanos garantidos, por meio da construção do ser humano e da compreensão do “outro” por cada indivíduo integrante do grupo social, deve ocorrer a integração entre estes dois elementos: identidade e alteridade, que resultam na solidariedade. Entretanto, para que efetivamente a sociedade justa e igualitária se concretize, a solidariedade deve estar aliada ao amor e ao afeto ao idoso excluído.

As regras estabelecidas pela legislação que garantem os direitos humanos, fundamentais a uma existência digna, porém, somente práticas utilitaristas não bastam. As ações que resguardam a formação do ser humano ou a desconstrução de seu “ser” para uma in-

tegração à sociedade devem ser compostas por condutas que salvaguardem tanto a integridade física quanto a integridade emocional, por isso, a importância do amor e do afeto por parte dos indivíduos que lidam com seres humanos, principalmente aqueles em situação de risco e vulnerabilidade, como os idosos.

Conclui-se que é por meio da conscientização, dos ensinamentos dos princípios morais, éticos e culturais de uma sociedade que o ser humano constroi ou reconstrói sua identidade, logo, é indispensável que os indivíduos integrantes desta sociedade e responsáveis pela integração deste “ser” exerçam conduta não somente conforme o que a legislação estabelece, mas também com a dose de amor inerente à alteridade e solidariedades necessária à composição positiva do ser.

O idoso tem esperança sempre, pois não há como prever a hora da morte, o idoso quer contar suas experiências, histórias, estórias e memórias, e através delas é que a sabedoria será propagada as demais gerações, que um dia também envelhecerão e terão a mesma necessidade de atenção, amor e afeto para propagar também suas memórias. É esse o ciclo da vida.

As famílias, a sociedade e o Estado devem se conscientizar que os idosos merecem e necessitam de amor e atenção, como qualquer outro ser humano em qualquer fase da vida, com o agravante sua fragilidade mental e emocional trazidas pela longevidade.

Não é possível admitir a exclusão e o abandono dos idosos como uma atitude normal dos seres humanos. Não há mais, no século XXI, espaço para a desumanidade contra os grupos minoritários da sociedade e não é aceitável o final de vida dos idosos como a trajetória da personagem “mocinha” narrada por Lispector (1999), em que a última família para a qual foi levada, em Petrópolis, colocou-a na rua:

Clarisse Lispector, ao narrar este conto, ecoa sensivelmente a voz da solidão de inúmeros idosos, que apesar de todos os bons e maus momentos vividos, a esperança e a vontade de viver são as

últimas a morrer. A morte para os idosos chega com a ausência de significado e importância para sua vida.

Apenas com a edificação de um ser humano com princípios morais e éticos é possível uma sociedade equilibrada, justa, igualitária e, conseqüentemente, respeitadora dos direitos humanos, direitos de todos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Marroni. Disponível em <http://marronialves.blogspot.com.br/2012/05/>

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2013.

BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Rio de Janeiro: Record, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAVO, Milra Nascimento. *Cemitérios dos desprivilegiados no Rio de Janeiro Escravista*. [http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1338426057\\_ARQUIVO\\_TextoANPUH-2012-MILRAversaofinal.pdf](http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1338426057_ARQUIVO_TextoANPUH-2012-MILRAversaofinal.pdf)

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1 ed., 2, tir. São Paulo: Saraiva, 2006

BUNNIN, Nicholas e TSUI-JAMES, E.T. *Compêndio de Filosofia*. Edições Loyola: São Paulo, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito da sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CASANOVA, Marco Antonio. *Comprender Heidegger*. Editora Vozes: Petrópolis, 2009.

DOCUMENTÁRIO: Abandono aos Idosos - uma realidade despercebida - Publicado em 13 de jul de 2015 - PEC - Projeto Experimental em Comunicação realizado pelos acadêmicos, Diego Becker e Suelen Eskelsen, de Jornalismo da faculdade Ibes Sociesc, em Blumenau (SC). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=cBrvEUI9uGc>, pesquisado em 20 de junho de 2016.

DOCUMENTÁRIO: *Idosos na Sociedade* – Michel Lima – (Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=s1mdB4gD0rw> – pesquisado em 20 de junho de 2016)

EDWARDS, Fred. *What is Humanism?* 1989. [http://infidels.org/library/modern/fred\\_edwards/humanism](http://infidels.org/library/modern/fred_edwards/humanism). Consultado em 06 de maio de 2016.

FAZENDA, José Vieira. *Antiquilhas e memórias do Rio de Janeiro*. Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro: Rio de Janeiro, 1903

FILIZOLLA, Mario. *A velhice no Brasil*. Companhia Brasileira de Artes Gráficas: Rio de Janeiro, 1972

GARCIA, Maria. LEITE, Flavia Piva Almeida. SERAPHIM, Carla Matuck Borba. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. Comentários ao *Estatuto do Idoso*. Saraiva: São Paulo, 2016.

HEIDEGGER, Martin. *Interpretações Fenomológicas de Aristóteles*. Stuttgart: Reclam, 2001. \_\_\_\_\_. *Ser e Tempo*. Tradução Márcia de Sá Cavalcanti. Editora Vozes: Petrópolis – Rio de Janeiro, 1988.

HOFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Martins Fontes: São Paulo, 2005.  
<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/um-idoso-e-agredido-a-cada-dez-minutos-no-brasil/>

<http://direitoidoso.braslink.com/01/artigo008.html>

<http://memoria.oglobo.globo.com/jornalismo/reportagens/cri-mes-contra-idosos-8836097>

<http://mydestinationanywhere.com/2013/10/24/palacio-dos-invalide-museu-de-guerra/>

<http://old.cremerj.org.br/jornais/mostraMateria.php?idJornal=25&idMateria=273>

<http://www.abrigodocristoredentor.com.br/index.php> - consultado em 13 de maio de 2016.

[http://www.afrid.faefi.ufu.br/sites/afrid.faefi.ufu.br/files/Doc/completo\\_8.pdf](http://www.afrid.faefi.ufu.br/sites/afrid.faefi.ufu.br/files/Doc/completo_8.pdf).

<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/07/assistencia-social-esta-presente-em-98-4-dos-municipios>.

<http://www.defensoria.rj.def.br/> - pesquisado em 11 de julho de 2016.

<http://www.dgabc.com.br/Noticia/320441/delegacia-ouvira-dono-atual-e-antigo-de-clinica-fechada-no-rj>

<http://www.dizerodireito.com.br/2015/05/stf-decide-que-defensoria-publica-pode.html>

<http://www.dudh.org.br/declaracao/>

<http://www.hce.eb.mil.br/>

<http://www.ibge.gov.br/home/-pesquisado> em 12 de maio de 2016.

<http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/11076/t/lei-eloi-chaves,-a-mae-da-previdencia-social-brasileira>

<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2016/04/18/defensoria-publica-obtem-liminar-para-pagamento-imediato-de-aposentados-e-pensionistas/>

<http://www.mprj.mp.br/areas-de-atuacao/idoso-e-pessoa-com-deficiencia>

<http://www.oabrp.org.br/noticia/73793-justica-gratis-mais-perto-dos-maiores-de-60-anos->

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm)

<http://www.portaldoenvelhecimento.com/direitos-e-politicas/item/3677-aprovada-a-convencao-interamericana-sobre-a-protecao-dos-direitos-humanos-das-pessoas-idosas>

<http://www.rio.rj.gov.br/web/fpj/exibeconteudo?id = 5836181>

<http://www.saudeidoso.icict.fiocruz.br/pdf/PoliticaNacionaldeSaudeIdosa.pdf>

<http://www.scielo.br/pdf/csp/v16n2/2103.pdf>[http://www.scielo.br/scielo.php?pid = S0100-512X2006000200002&script = sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid = S0100-512X2006000200002&script = sci_arttext)

[http://www.ibge.gov.br/home/pesquisa/pesquisa\\_google.shtm?cx=009791019813784313549%3Aonz63jzsr68&cof=FORID%3A9&ie=ISO-8859-](http://www.ibge.gov.br/home/pesquisa/pesquisa_google.shtm?cx=009791019813784313549%3Aonz63jzsr68&cof=FORID%3A9&ie=ISO-8859-) pesquisado em 07 de outubro de 2016)

<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/legislacao>

<http://www.tjmg.jus.br/portal>

<http://www.tjrj.jus.br>

<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/32701>

<http://www2.trf4.jus.br/trf4/>

<https://books.google.com.br/books?hl=pt->

<https://ihgb.org.br/component/k2/itemlist/filter.html?category=29&moduleId=149&Itemid=148>

<https://nacoesunidas.org/docs/>

<https://www.facebook.com/HCERJ/reviews/>

<https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/arquivos-pdf/idoso>

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Edições 70: Lisboa – Portugal, 2011.

KARPF, Anne. *Como envelhecer*. Tradução: Michele Gerhardt. Objetiva: Rio de Janeiro, 2015.

KARPF, Anne. *Como Envelhecer*. Tradução: Michele Gerhardt. Objetiva: Rio de Janeiro, 2015.

LISPECTOR, Clarice. *A Legião Estrangeira. Contos*. Rocco: Rio de Janeiro, 1999.

MEMÓRIA O GLOBO - disponível em [https://www.google.com.br/search?hl=pt-BR&site=imghp&tbm=isch&source=hp&biw=1366&bih=667&q=clinica+santa+genoveva&oq=clinica+santa+genoveva&gs\\_l=img.12..0i30j0i24l5.3657.11696.0.13316.22.15.0.7.7.0.135.1497.9j6.15.0....0...1ac.1.64.img..0.22.1526...0j0i8i30.HM-odh8-MGI#imgrc=A2iSJ5JwCJgKpM%3A](https://www.google.com.br/search?hl=pt-BR&site=imghp&tbm=isch&source=hp&biw=1366&bih=667&q=clinica+santa+genoveva&oq=clinica+santa+genoveva&gs_l=img.12..0i30j0i24l5.3657.11696.0.13316.22.15.0.7.7.0.135.1497.9j6.15.0....0...1ac.1.64.img..0.22.1526...0j0i8i30.HM-odh8-MGI#imgrc=A2iSJ5JwCJgKpM%3A)

MENDES, Ana Cristina Mancussi e FARO. *Cuidado com os pés: um processo em construção*. Dissertação. Acta Paul Enfermagem. 2005; 18(4):422-6. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina - <http://www.scielo.br/pdf/ape/v18n4/a11v18n4.pdf>

MENDES, Gilmar Pereira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2009.

MONEZE, Ricardo. Disponível em <http://www.portugalsenior.org/solidao-e-sensacao-de-inutilidade-comprometem-a-saude-dos-idosos/>

MORALES DE LOS RIOS FILHO, Adolfo. *O Rio de Janeiro Imperial*. Rio de Janeiro: Editora A Noite, 1946.

NIETZSCHE, Friederich. *100 aforismos sobre o amor e a morte*. Tradução: Paulo Cesar de Souza. Penguin Companhia das Letras: São Paulo, 2015

NOLASCO, Lincoln. *Evolução histórica da previdência social no Brasil e no mundo*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11335&revista\\_caderno=20](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11335&revista_caderno=20)> . Acesso em 29 de maio 2016.

NORONHA, Santos. *Chorographia do Districto Federal*. Rio de Janeiro : B. de Aguila, 1913.

PAIM, Paulo. *Justificativa da Lei 10.741/2003*. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/> -

PAZ, SANTOS e EIDT, p.399, 2005 – disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/38467/000564712.pdf?sequence=1>

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. Saraiva: São Paulo, 2001.

RICOEUR, Paul. *O Justo 1*. Tradução de Ivone C. Benedetti. Martins Fontes: São Paulo, 2008.

SALLES, Sérgio. *Paul Ricoeur: a Declaração Universal dos Direitos Humanos – um novo sopro*. Disponível em Synesis, <http://seer.ucp.br/index.php/synesis>, v. 5, n. 2, p. 211-213, dec.2013.ISSN 1984-6754.

SANTA CASA ([http:// www.dichistoriaesaude.coc.fiocruz.br-pesquisado](http://www.dichistoriaesaude.coc.fiocruz.br-pesquisado) em 20 de maio de 2016)

SCHEREIBER, Herman. SCHEREIBER, Georg. *História e mistério das sociedades secretas*. Ibrasa: São Paulo, 1956.

SILVA, José Antônio da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Marleth. *Quem vai cuidar dos nossos pais?* Rio de Janeiro: Best Sellers, 2016.



# DIÁLOGO ENTRE O PASSADO E O PRESENTE SOBRE O TRABALHO ESCRAVO

CARLA SENDON AMEIJERAS VELOSO<sup>55</sup>

## INTRODUÇÃO

O trabalho escravo contemporâneo é um tema que enseja recentemente uma preocupação no Estado Brasileiro. Tal fato se justifica, pois o Estado Brasileiro precisa após denúncia na Corte Interamericana de Direitos Humanos, confessar a existência, em pleno século XXI, deste tipo de trabalho.

Através disso, este trabalho procura demonstrar a especificidade do trabalho escravo no Brasil.

Há uma questão cultural muito forte em nosso país referente a escravidão, assim como na atualidade podemos destacar o analfabetismo, exclusão social, abismo econômico que acarreta na pobreza e desemprego. Tudo isso é somado a ausência eficaz estatal em todos os recantos do nosso país.

Além disso, o aspecto psicológico do escravizado e o medo da denúncia aos órgãos competentes dificulta o flagrante e consequentemente a sua libertação.

A luta pela sobrevivência de um lado pelo trabalhador e a visão de um lucro exorbitante pelos empregadores facilita a mitigação de custos, a violabilidade dos direitos e a perpetuação do trabalho escravo.

---

55. PROFESSORA DA UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ. MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PETRÓPOLIS. E-MAIL: [carlaamejeras@gmail.com](mailto:carlaamejeras@gmail.com)

O intuito de estabelecer as notas históricas serve para diferenciar o tratamento e a dinâmica que ocorria no passado e que ocorre atualmente.

Enquanto desde a antiguidade a escravidão era um fato legislado e permitido, na atualidade é proibido e imoral.

No mundo contemporâneo, não há mais distinção entre a etnia, raça, cor, idade, origem para o aliciamento do trabalhador escravo, que, vai voluntariamente prestar serviços em busca de uma vida melhor, e, se depara com uma rede indissolúvel e que parece sem fim.

Utilizamos a metodologia bibliográfica através da análise de literatura sobre o tema.

## **ESCRavidÃO NA ANTIGUIDADE:**

Existem relatos que a escravidão teve seu início na Pré-História há aproximadamente dez mil anos, ou seja, há muito tempo a escravidão está presente na história da humanidade.

Conforme preceitua Suely Robles Reis Queiroz (QUEIROZ, 1987, p. 5 - 6), a escravidão é instituição tão antiga quanto o gênero humano e de amplitude universal, posto que, legitimada pelo direito do mais forte, ocorreu em todos os tempos e em todas as sociedades. Basta a leitura da Bíblia ou de outros livros que também tratem de épocas remotas para se ter uma ideia de sua antiguidade.

Não há consenso quanto ao início da escravidão na civilização. Há quem sustente que a escravidão surgiu no final do Período Neolítico e no início da Idade dos Metais, por volta do ano 6000 a.C, com a descoberta da agricultura, quando o homem deixou de ser nômade para se fixar à terra. Este fato, conhecido como Revolução Agrícola, ocorreu inicialmente no Oriente Médio, em um local conhecido como crescente fértil, região com forma de meia-lua, banhada pelos rios Tigre, Eufrates, Nilo e Jordão (BELI-SÁRIO, 2005, p. 85; SANTOS, 2003).

Já para outra corrente, entretanto, os primeiros registros históricos da escravidão remontam ao ano 3000 a.C, no Egito e no Sul da Mesopotâmia. (SHWARZ, 2008, p. 89).

Durante os anos 3000 a.C a 2001 a.C, o sistema escravagista expandiu-se a outros países da região, como *AcaadeUr*, assim como ao Vale do Rio Indo (Oriente Antigo). No período de 2000 a.C a 1001 a.C, o escravismo atingiu também a Assíria, a Fenícia, a Pérsia, a Índia e a China. Na Europa, o sistema escravagista intensificou-se, por volta dos anos 800 a.C a 501 a.C, na Grécia, e de 500 a.C a 301 a.C, em Roma (ANDERSON, 1994, p. 21)<sup>56</sup>.

A escravidão no início consistia em um meio de subjugação do vencedor pelo vencido, como consequência direta das guerras que os diversos povos travavam entre si. Na região da Mesopotâmia, por exemplo, sumérios, acádios, amoritas, assírios e caldeus combatiam uns aos outros, sucedendo-se no domínio da região, mediante a escravização dos sucedidos. (SANTOS, 2003). Outros-sim, informações históricas retratam a escravidão ou servidão por dívida, como bem salienta Perry Anderson (1994, p. 21).

O Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas na Mesopotâmia, por volta do século XVIII a.C, pelo Rei Hamurabi da primeira dinastia Babilônica. O Código é baseado na lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”.

É composto por duzentos e oitenta e uma leis que foram talladas numa rocha de diorito de cor escura. Escrita em caracteres cuneiformes, as leis dispõem sobre regras e punições para eventos da vida cotidiana. Tinha como objetivo principal unificar o reino através de um código de leis comuns. Para isso, Hamurabi mandou espalhar cópias deste código em várias regiões do reino.

---

56. De acordo com Anderson (1994, p. 21), embora o Mundo Antigo nunca tenha sido continuamente marcado pela predominância do trabalho escravo, suas grandes épocas clássicas, quando floresceu a civilização na Antiguidade, a Grécia, nos séculos V e IV a.C, e Roma, do século II a.C ao século II d.C, foram aquelas em que a escravidão foi generalizadamente explorada entre outros sistemas de produção.

Pode-se, asseverar através da leitura do Código de Hamurabi, que há leis que possibilitam a utilização da escravidão.

Há previsão legislando sobre a licitude da escravidão, *in verbis*:

“se uma dívida pesa sobre um awilume ele vendeu sua esposa, seu filho ou sua filha ou entregou em serviço pela dívida, durante três anos trabalharãona casa de seu comprador ou daquele que os têm em sujeição, no quarto ano será concedido sua libertação”<sup>57</sup>

No direito Hebraico surge a Lei de Deuteronômio que estabelece que em Israel, os prisioneiros de guerra não israelitas são vendidos como escravos (BÍBLIA, Deuteronômio, 21:10) ou podem ser comprados em tiro, gaza ou aço; o tráfico esta principalmente, nas mãos dos fenícios. É proibida a compra de escravos israelitas por israelitas, embora um israelita possa se vender para pagamento da dívida como escravo. A lei indica que esta escravidão não poderia ser eterna:

“Quando um dos teus irmãos, hebreu ou hebréia, for vendido a ti, ele te servirá por seis anos. No sétimo ano tu o deixarás ir em liberdade, não o despeças de mãos vazias: carrega-lhe o ombro como presentes do produto do teu rebanho, da tua eira e do teu lugar (BÍBLIA, Deuteronômio, 15: 12-14)”

“mas se ele (escravo) diz: não quero deixar-te, se ele te ama e à tua casa, e está bem contigo, tomarás então um sovela e lhe furarás a orelha contra a porta, e ele ficará teu servo para sempre. O mesmo farás com tua serva”(BÍBLIA, Deuteronômio, 15: 16-17)

---

57. awilum quer dizer “homem livre, com todos os direitos de cidadão. este é maior grupo da sociedade hammurabiana e compreendia tanto ricos quanto pobres que fossem livres.

Datada de 450 a.C, a Leis das XII Tábuas também estabelecem previsão acerca da escravidão:

“Tábua Segunda - dos Julgamentos e dos Furtos  
4. Se o furto ocorre durante o dia e o ladrão é flagrado, que seja fustigado e entregue como escravo à vítima. Se é escravo, que seja fustigado e precipitado do alto da rocha tarpéia.”

Analisando e história da humanidade pode-se afirmar que sempre houve escravidão. Embora o trabalho compulsório tenha assumido, ao longo do tempo, uma variedade considerável de formas, essas são bem diferentes daquela resultante do trabalho assalariado, que exige a abstração conceitual da força de trabalho do trabalhador que a detém. Nas sociedades mais antigas, o trabalho assalariado livre ocorre apenas casual e marginalmente, tanto que no grego ou no latim não existe uma palavra que expresse a noção de trabalho como função social geral. Foi apenas com o desenvolvimento do capitalismo que o trabalho assalariado alcança a forma característica de labor para outrem, tornando-se a força de trabalho uma das principais mercadorias à venda. No caso da escravidão, no entanto, a mercadoria é o próprio trabalhador (FINLEY, 1991, p. 70-71).

Oportuno, destacarmos, que são os gregos e os romanos que transformam a escravidão, de forma inédita na história da humanidade, em um sistema institucionalizado de uso, em larga escala, tanto no campo como na cidade (FINLEY, 1991, p. 69).

No mundo Grego Antigo, o escravo não possui cidadania, sendo, alijado do processo político e desconstituído de direitos civis. O seu Senhor em contrapartida figura com superioridade e em razão desse fato possui cidadania, direitos e obrigações, constituindo parte integrante da sociedade.

Tanto na Grécia Clássica quanto em Roma é o sistema da escravidão, que predomina sobre os demais sistemas de trabalho (ANDERSON, 1984, p. 99-111).

Na Antiguidade Clássica é irrelevante para a condição de escravo a cor da pele, forma dos olhos ou lugar de origem. O que é predominante e relevante é a conquista, nascimento ou dívida.

Os antigos defendem a escravidão com uma forma de subdivisão de ocupações para a manutenção da vida, desvinculando-se da lucratividade.

Importante, salientar, que na antiguidade não há a utilização dos escravos com o intuito de obtenção de mão de obra barata, ou seja, lucro.

Vale asseverar, que a escravidão para a sociedade patriarcal grega, torna-se cada vez mais necessária e a *polis* grega, com a sua democracia e liberdade emergentes, jamais a questionou; os cidadãos passam a dedicar-se aos negócios públicos, às artes, à guerra e à filosofia, enquanto que o trabalho manual é compulsoriamente transferido aos escravos, visto que estes jamais se tornariam cidadãos, pois estavam fora da esfera dos direitos democráticos (MELTZER, 2004, p. 58).

Aos poucos, a escravidão, passa a representar um meio de enriquecer as elites, aumentar o exército ou garantir o serviço público, torna-se a quantidade de escravo uma das medidas do poder de um império (VIANA, 2007).

Com o declínio da escravidão surge na Europa as servidões que se caracterizam pelo senhor e o servo. O servo deve obediência ao dono da terra e é atrelado a esta. Embora seja livre passa a condição de servo para seus herdeiros.

Após a ruína da servidão emerge as corporações de ofício que são compostas pelos mestres, companheiros e aprendizes. O desenvolvimento da obra mestre é o que caracteriza a figura do mestre que irá determinar as funções e comercializar internamente as mercadorias.

Nos modelos de produção anteriores ao capitalismo o que se observa é a relação de submissão entre o trabalhador e o detentor dos meios de produção.

Tanto na época da escravidão quanto no período do regime servil e, até mesmo, nas corporações de ofício instauradas na Idade Média, o obreiro sujeita-se pessoalmente ao senhor ou ao mestre.

“A Europa de Marx e Engels se caracterizavam por uma transformação social, econômica e política radical, com o fim da servidão e das relações sociais feudais, com o advento da moderna indústria fabril e da urbanização, com a propagação de ideias iluministas questionadores de privilégios naturais e com a emergência de conflitos sociais acirrados. Os temas do trabalho fabril, da polarização entre as classes sociais e das transformações que a nova ordem capitalista impunha se revelaram centrais nas preocupações dos autores, embora contrastassem com a realidade em que viviam na Alemanha que não acompanhava seus vizinhos no desenvolvimento político e econômico, embora permitisse um desenvolvimento cultural relevante”. (RISQUES *et al.*, 2015, p. 30).

A Revolução Francesa condena a existência das Corporações de Ofício e lança os ideais de Igualdade, Liberdade e Fraternidade, e, com isso passa a compreender que os cidadãos são livres para negociar suas condições de trabalho, sem a interferência do Estado.

O “Estado Liberal” caracteriza-se pelo ditame da não intervenção estatal, tanto na economia como nas relações sociais.

Ao Estado cabe apenas criar as condições necessárias para que a indústria prosperasse. Sua única preocupação é a de manter a ordem pública. Vigora o *laissez-faire* e o *laissez-passer* do Código

de Napoleão. A livre concorrência dita, por si só, as regras da sociedade contemporânea (OLIVEIRA, 1997, p. 63)

Não existe Direito do Trabalho, e, portanto normas que regulem especificadamente as relações de trabalho. O que há é o Direito Civil, originário do Direito Romano.

O que ocorre nas relações contratuais trabalhistas é a aplicabilidade do Direito Civil. Neste, as partes individuais são consideradas em um patamar de igualdade, sendo certo que isso não corresponde a realidade trabalhista, visto ser o trabalhador hipossuficiente na relação contratual.

Com a descoberta da máquina à vapor surge a Revolução Industrial que possui com o característica marcante a opressão dos trabalhadores que são denominados proletários frente aos empregadores que se denominam burguesia. Comprova-se através de manifestações a necessidade de uma intervenção estatal nas relações de trabalho e daí surge o direito do trabalho.

Várias leis são criadas no continente antigo para a regulamentação do trabalho livre.

Coexiste, neste período, a utilização dos escravos como meio de produção e geradores de lucros e trabalhadores livres. As sociedades vão se desenvolvendo através da utilização da mão de obra escrava, fato este visto pelo próprio Marx.

Karl Marx acredita que o trabalho é um processo vital do qual participam o homem e a natureza e, dessa forma, um meio de satisfazer anecessidade física de cada ser humano, identifica diferentes formas de trabalho, que se desenvolvem de acordo com a categoria das sociedades em que são realizados, pensamento esse que pode ser aplicado perfeitamente à escravidão. A esse respeito, menciona:

“A sociedade antiga, a sociedade feudal, a sociedade burguesa, são exemplos de conjuntos de relações de produção, em que cada um deles ca-

racteriza ao mesmo tempo uma etapa específica de desenvolvimento na história da humanidade”. (MARX, 1982, p. 32)

E falando mais especificamente sobre a escravidão, Octávio Ianni (1988, p. 65) ensina que,

“O regime econômico social escravista funda-se em um modo peculiar de conexão entre os meios de produção e o trabalho produtivo. A maneira pela qual a força de trabalho é cristalizada em produto de valor define a escravatura como uma forma singular de organização das atividades econômicas, gerando uma configuração histórico social. Em outros termos, as estruturas econômico-sociais dependem diretamente da maneira pela qual os meios de produção (terra, ferramentas, máquinas, matéria-prima, etc.) combinam-se com força de trabalho (escravo, servo, trabalhador livre, artesão doméstico, sitiante etc.). “Quaisquer que sejam as formas sociais de produção”, diz Marx, “seus fatores são sempre os meios de produção e os trabalhadores”, sendo que “as duas diversas combinações distinguem as diferentes épocas econômicas da estrutura social”.

Ao ler a Introdução à Leitura de Hegel de Alexandre Kojève (Kojève, 2002) pudemos perceber que Hegel pensa a dialética do senhor e do escravo na perspectiva da luta pela sobrevivência e pelo reconhecimento do Outro. Sendo que, o escravo e o senhor possuem uma relação de interdependência buscando um a morte do outro. Marx retira a ideia da angústia da morte e mostra como se dá esta relação entre o senhor e o escravo nos meios de produção.

São dois os grandes comentadores importantes das obras de Hegel que influenciam gerações e gerações do século XX, sendo esta a razão de utilizarmos o Alexandre Kojève e Jean Hyppolite.

O senhor detém os meios de produção e o escravo somente possui a força bruta do trabalho.

Observamos, a partir da revolução industrial que várias leis vão sendo criadas, principalmente na Inglaterra e França, para a proteção dos trabalhadores livres.

Vale asseverar que as primeiras leis são direcionadas a categorias específicas, como produtores de moinhos, menores e mulheres. Aos poucos, as leis se ampliam para todos os trabalhadores.

Essa visão vai se expandindo pelo Mundo e a primeira Constituição Federal que estabelece direitos trabalhistas é do México em 1917.

Enquanto isso, coexiste em nosso país a escravidão colonial. Embora a Constituição Federal do Império fale timidamente das cooperações de ofício e do trabalho, a realidade é a escravidão.

O Brasil vive na contramão dos movimentos mundiais, tendo em vista que perpetua a utilização dos escravos como meio de desenvolvimento comercial.

No Estado Moderno há uma série de direitos conferidos aos trabalhadores livres, que se inicia através dos movimentos sociais, principalmente na Inglaterra.

No Brasil, ainda há a escravidão colonial que se perpetua até 1888 com a abolição da escravatura.

Pode-se afirmar que a base econômica brasileira durante o Brasil Colônia é a mão de obra escrava. Os senhores possuem enorme influência política, o que permite a perpetuação desta situação contraditória.

Para tanto, se faz necessário um estudo sobre as diferenças entre a escravidão colonial que se funda no trabalho escravo, sendo este considerado coisa e propriedade do senhor por meio de legislação, e, a do Estado Contemporâneo, em que há uma expressa vedação legal, mas uma realidade mascarada.

No Estado Contemporâneo, o trabalho escravo possui como similitude a ausência da dignidade da pessoa humana e de sua liberdade de ir e vir. A mera ausência do cumprimento dos direitos trabalhistas não caracteriza o escravo contemporâneo. É necessário demonstrar a falta de liberdade.

(LALANDE, 1993, p. 615) Em um sentido primitivo o homem “livre” é o homem que não é escravo ou prisioneiro. A liberdade é o estado daquele que faz aquilo que quer e não aquilo que outrém pretende que faça; é a ausência de constrangimento alheio.

Podemos afirmar que o sentido negativo de liberdade utilizado nesta dissertação é o caracterizador do trabalhador escravizado na contemporaneidade.

Para melhor entender a prática do trabalho escravo contemporâneo faz-se necessário remontar ao histórico da escravidão no Brasil.

## **ESCRavidÃO NO BRASIL COLÔNIA**

O território descoberto pelos portugueses, em 1500, denominado, primeiramente de Terra de Vera Cruz, e, posteriormente, Brasil, é o lugar onde os portugueses trazem aqueles que já não eram bem-vindos ao continente europeu, ou seja, os degredados, que são os que, posteriormente capturam escravos para venderem aos senhores de engenho, que visam apenas o lucro (BUENO, 1999, p. 14).

O tráfico negreiro é ampliado e passa a servir como principal fonte de mão de obra, o que traz posteriormente o massacre dos indígenas.

## **A ESCRavidÃO CONTEMPORÂNEA**

A sujeição do ser humano do passado vem sendo adaptada ao mundo atual. Se, por um lado, não existem mais correntes ou senza-

las, por outro, são inúmeras as semelhanças relatadas por trabalhadores de condições que remetem a uma escravidão contemporânea.

Ameaças de morte, castigos físicos, dívidas que impedem o livre exercício do ir e vir, alojamentos sem rede de esgoto ou iluminação, sem armários ou camas, jornadas que ultrapassam 12 horas por dia, sem alimentação ou água potável, falta de equipamentos de proteção, promessas não cumpridas, ou seja, uma pressão psicológica tão forte e degradante que impossibilita que o trabalhador se permita sair da condição de escravo e conseqüentemente seja liberto, tornando-se um ciclo vicioso de submissão.

Para melhor distinção e criação de um novo conceito de escravidão, o sociólogo americano Kevin Bales, especialista no tema, traça paralelos entre a escravidão histórica e a escravidão contemporânea (Quadro 1).

**Quadro 1 – Comparação entre a escravidão histórica e a escravidão contemporânea:**

	ESCRavidÃO HISTÓRICA	ESCRavidÃO CONTEMPORÂNEA
Propriedade legal	Permitida	Proibida
Custo de aquisição de mão de obra	Alto. A quantidade de escravos era medida de riqueza.	Muito baixo. Não há compra e muitas vezes gasta-se apenas o transporte.
Mão de Obra	Escassa. Dependia do tráfico negroiro	Descartável. Devido a um grande contingente de trabalhadores desempregados.
Relacionamento	Longo período. A vida inteira do escravo e seus descendentes.	Curto período. Terminado o serviço não é mais necessário prover o sustento.

Diferenças étnicas	Relevante para a escravidão	Pouco relevantes. Qualquer pessoa pobre e miserável são o que se tornam escravos, independente da cor da pele.
Manutenção	Violência Física	Violência Psicológica
Ordem	Punições exemplares e até assassinatos	Ameaças, violência psicológica, coerção física, punições exemplares e até assassinatos

*Adaptado de BALES (1999).*

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2012, p.43), estabelecem que a pessoa humana, com sua dignidade, constitui o ponto central do Estado Democrático de Direito. Daí que estabelecem determinadas constituições o princípio da dignidade da pessoa humana como a diretriz cardinal de toda a ordem jurídica, com firme assento constitucional.

## **CONCLUSÃO**

Os relatos de escravidão contemporânea no Estado Brasileiro remontam ao ano de 1971, embora somente a partir do acordo firmado no Caso José Pereira, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é que o Brasil tornou-se uma referência ao combate ao trabalho escravo.

A problemática sobre a aplicabilidade dos mecanismos de combate ao trabalho escravo contemporâneo, inicia-se na dificuldade em estabelecer um conceito preciso para caracterizar esta temática, o que incide muitas vezes, na inviabilidade da sua concretização.

Um dos elementos que evidencia a ineficácia destes mecanismos diz respeito ao aspecto subjetivo do trabalhador envolvido, uma vez que muitos dos trabalhadores não se sentem escravos e por isso impedem as ações de combate. Somado a isso há uma

cultura do medo que é instaurada para evitar denúncias sobre a existência nos locais de trabalho escravo.

Há outros elementos impeditivos que reforçam a falta de sucesso em várias operações, tais como, locais de trabalho em difícil acesso, país com densidades demográficas complexas, redes gigantescas envolvidas nesta operação e mitigação do psicológico do trabalhador que passa a ver que não há outra solução senão perpetuar sua vida em escravidão.

Há o medo da denúncia devido aos inúmeros assassinatos que ocorrem nas tentativas de fuga dos trabalhadores escravizados. Estes que permanecem em cativeiro são vigiados constantemente e tem totalmente suprimido qualquer raio de liberdade.

Observamos que as pessoas aliciadas não encontram trabalho em seus locais de moradia e dada a ausência do Estado são facilmente enganadas e aliciadas pelos “gatos” e quando percebem já estão presas na rede do trabalho escravo.

Embora já tenha havido uma valorização crescente das condenações de danos morais, inexistente condenação penal ou mesmo pecuniária que cause impacto suficiente para coibir a prática da escravidão.

Mesmo com vários libertados, ainda estamos longe do fim, e, o índice de reincidência é muito grande. Tal fato ocorre, tendo em vista que o trabalhador escravizado tem suprimida toda a sua dignidade e não se vê em uma situação de recolocação como cidadão.

Apesar de todos os esforços resta constatada a existência em pelo século XXI de trabalho escravo contemporâneo em nosso território nacional.

As limitações na conceituação do trabalho escravo prejudica a libertação de trabalhadores em condições de escravidão e a punição com a desapropriação das terras que foram flagradas com mão de obra nesta condição.

A realidade é que constatamos mais de 125 anos após a abolição da escravatura, que o Estado Brasileiro ainda é insuficiente

e ineficaz no combate ao trabalho forçado, valendo destacar, que muitas pessoas são libertadas todos os anos no país em condições análogas à de escravos, e, tantas outras permanecem sem a efetiva aplicação da proteção estatal.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALBUQUERQUE, Wlamayra R. de. **Uma história do negro no Brasil**. Brasília: Centro de Estudos Afro-Orientais; Fundação Cultural Palmares, 2006

ALVES, Daniela. Espanhola põe à venda órgãos para evitar despejo. **Blog Daniela Alves -Base de Dados sobre o Tráfico da Vida Humana**. Acessado em 15 mai 2016.

ANDERSON, Perry. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. Tradução de Beatriz Sidou. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ANDERSON, Perry. O modo de produção escravista. In. PINSKY Jaime(Org.). **Modos de produção na antiguidade**. 2 ed. São Paulo: Global, 1984.

ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar. A servidão por dívidas e o princípio da dignidade humana. Apontamentos sobre trabalho escravo, forçado e degradante. **Revista Synthesis: direito do trabalho Material e Processual**. São Paulo, n 42, 2006.

AUDI, Patrícia. A Organização Internacional do Trabalho e o combate ao trabalho escravo no Brasil. In: CERQUEIRA, Gelbaet al (org.). **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: contribuições críticas para sua análise e denúncia**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

BELISÁRIO, Luiz Guilherme. **A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravo: um problema de direito penal trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

BÍBLIA. Deuteronômio. Bíblia de Jerusalém. São Paulo: Paulus, 2002. Deuteronômio, 15, vers. 12-14 e 16-17; 21, vers. 10.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do cristianismo**. São Paulo. Fundamento. 2012

BUENO, Eduardo. **Capitães do Brasil: a saga dos primeiros colonizadores**: Rio de Janeiro: Objetiva, 1999 (Coleção Terra Brasilis, v. 3).

COSTA, Emilia Viotti. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. São Paulo: Editorial Grijalbo, 1977.

COSTA, Emília Viotti. **Da senzala à colônia**. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Ciências Humanas Ltda, 1982.

CONRAD, Robert. **Os últimos anos da escravatura no Brasil (1850-1888)**. 2<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ltr, 2006.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Escravidão Contemporânea no Brasil: Quem Escraviza**. Brasília. 2003. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasilianinfo/download/escravidaocontemporanea.pdf>> Acesso: 10 abr. 2016.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. Condenados à escravidão. In: MOREYRA, Sérgio Paulo (Org.). **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo**. São Paulo. Loyola, 1999.

LEITE, Carlos Henrique. **Ministério Público do Trabalho**. 2<sup>a</sup>. ed. rev., aum e atual. São Paulo: Ltr, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. O trabalho escravo está mais próximo do que você imagina. Brasília: 2014. Disponível em <[http://portal.mpt.mp.br/wps.wcm/connect/portal\\_mpt/11](http://portal.mpt.mp.br/wps.wcm/connect/portal_mpt/11)> . Acesso : 01/06/2016

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho Escravo Contemporâneo - conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ltr. 2015.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Trabalho escravo no Brasil do século XXI**. Coordenação de Leonardo Sakamoto. Brasília: OIT, 2006. Disponível em ,[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf)> . Acesso em: 24 set. 2016.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Não ao trabalho forçado. Relatório global do seguimento da declaração da OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho. Relatório I (B)**, Conferência Internacional do Trabalho, 89<sup>a</sup> Reunião, Genebra, 2002, tradução Edilson Alckimim Cunha.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Uma aliança global contra o trabalho forçado. Relatório global do seguimento da declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho. Relatório I (B)**, Conferência Internacional do Trabalho, 93<sup>a</sup> Reunião. Genebra, 2005, tradução de Edilson Alckimim Cunha.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). **As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil: a erradicação do trabalho análogo**

**ao de escravo.** Brasília: OIT, 2010. Disponível em <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/labour\\_inspection/pub/trabalho\\_escravo\\_inspecao\\_279.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/labour_inspection/pub/trabalho_escravo_inspecao_279.pdf)> Acesso em 18 mai 2016.

OLIVEIRA, José César de. Formação histórica do direito do trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). **Curso de Direito do Trabalho. Estudos em homenagem a Célio Goyatá.** 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 1997.

PARO, Walter Roberto. Trabalho Forçado e a Justiça do Trabalho. **Revista Semestral Synthesis – Direito do Trabalho Material e Processual.** Órgão Oficial do TRT da 2<sup>a</sup> Região, São Paulo, n. 38, 2004.

PAULO NETTO, José. BRAZ, Marcelo. **Economia Política: uma introdução crítica.** 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil.** 6<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Global, 1987.

PIOVESAN, Flávia. Trabalho Escravo e Degradante como forma de Violação Aos Direitos Humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (coords.). **Trabalho escravo contemporâneo.** 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: LTR, 2011.

PIRES, Aurélio. Direito do Trabalho e trabalho escravo. **Suplemento Trabalhista,** São Paulo, ano 41, n5/05, p. 17-20, 2005.

PRADO, Erlan José Peixoto do. Ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In. VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (coord). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação.** São Paulo: Ltr. 2008, p. 186-205

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil, Atuação Investigativa do Ministério Público**. Ed. Revista dos Tribunais, 2001

PYL, Bianca; HASHIZUME, Maurício. Costureiras são resgatadas de escravidão em ação inédita. **Repórter Brasil**, 17 de novembro de 2010. Disponível em < <http://reporterbrasil.org.br/2010/11/costureiras-sao-resgatadas-de-escravidao-em-acao-inedita/> > Acesso em 15 mai 2016.

PYL, Bianca; SANTINI, Daniel. Acordo entre Zara e MPT descarta dano moral coletivo. **Repórter Brasil**, 19 de dezembro de 2011. Disponível em < <http://reporterbrasil.org.br/2011/12/acordo-entre-zara-e-mpt-descarta-dano-moral-coletivo/> > Acesso em 15 mai 2016.

QUEIROZ, Suely Robles Reis. **Escravidão Negra no Brasil**. São Paulo: Ática. 1987.

ROMERO, Adriana Mourão; SPRANDEL, Márcia Anita. **Trabalho escravo: algumas reflexões**. Revista CEJ, v. 7, n. 22, jul./set. 2003 Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/572/752> > . Acesso em: 1 jun. 2016.

RISQUES, Eduardo Name *et al.* **Filosofia da Ciência**. Ribeirão Preto: UniSEB e Rio de Janeiro: Editora Universidade Estácio de Sá, 2015.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **A escravidão por dívida nas relações de trabalho no Brasil contemporâneo**. Revista do Ministério Público do Trabalho, ano 13, n. 26, set. 2003.

SATA, Paula. **O que caracteriza o trabalho escravo hoje no Brasil**; Revista Escola, maio de 2009.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: Ltr, 2000.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil**. São Paulo: Ed. LTR, 2001.

SHWARZ, Rodrigo Garcia. **Trabalho Escravo: a abolição necessária**. São Paulo: LTr., 2008, p. 89.

SILVA, Ligia Osório. **Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850**. Campinas. Ed. da Unicamp, 1996.

SILVA, Marcelo Ribeiro. **Execução do Termo de Compromisso Firmado perante o Ministério Público do Trabalho na Justiça Obreira - possibilidade à luz do ordenamento jurídico-normativo vigente**. São Paulo. Revista Ltr., 2000.

SILVA, Marcelo Ribeiro. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema**, 2010. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiânia, UFG, Goiânia, 2010.

SMANIO, Gian Paolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**, 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SUTTON, Alison. **Trabalho escravo: um elo na cadeia da modernização no Brasil de hoje**. Tradução de Siani Maria Campos. São Paulo: Loyola, 1994.

THÉRY, H. et. al. **Atlas do trabalho escravo no Brasil**. São Paulo: Amigos da Terra, 2009. Disponível em: < <http://amazonia.org.br/wp-content/uploads/2012/05/Atlas-do-Trabalho-Escravo.pdf> > . Acesso em 19 mai. 2016.

TOJO, Liliana; LIMA, Ana Luíza. **O Brasil e o sistema de proteção dos direitos humanos**. Rede Social de Justiça e Direitos Humano, 2004. Disponível em < <http://www.social.org.br/relatorio2004/relatorio037.htm> > . Acesso em 20 jan 2016.

VIANA, Márcio Túlio. **A proteção social do trabalhador no mundo globalizado - o direito do trabalho no limiar do século XXI**. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> ed., 2000.

VIANA, Márcio Túlio. **Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha**. *Revista Ltr: Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 71, n.8, p. 925-938, ago 2007.

VIANNA, Segadas. **Antecedentes históricos**. In: Arnaldo Sussekind. *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. 16<sup>a</sup>. ed. atual., São Paulo: Ltr, 1996.

VIEIRA, Jorge Antonio Ramos. **Trabalho escravo: quem é o escravo, quem escraviza e o que liberta**. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8<sup>a</sup> Região*. Belém. v.37. n.72. p.84. jan./jun. 2004.

WOLF, Francis. **Aristóteles e a política**. Tradução de Thereza Christina Ferreira Stummer e Lygia Araujo Watanabe. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.



# A DIFUSÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REFORMA DA BASE LITIGIOSA PARA O ATENDIMENTO AO DIREITO FUNDAMENTAL DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E PACIFICAÇÃO SOCIAL

Claudia Abbass Corrêa Dias<sup>58</sup>

## **Introdução**

O objeto de estudo do presente trabalho é a difusão do instituto da mediação de conflitos como instrumento de reforma da base litigiosa para o atendimento ao direito fundamental da efetividade do processo, insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República e conseqüentemente a pacificação social.

Insta observar que a pacificação social constitui um dos escopos do Direito, eis que o objetivo primeiro da norma jurídica é prevenir conflitos, e não sendo possível passa-se a composição do mesmo. Isso se dá por uma necessidade de organização social, sob pena de romper-se a ordem e resultar num estado de caos social.

O estudo do instituto da mediação de conflitos revela-se como um instrumento de grande valia para obtenção da paz social, eis que objetiva a satisfação das partes envolvidas no conflito, ou seja, seu escopo fundamental é a pacificação social através do desenvolvimento da escuta ativa dos litigantes que através da interlocução de

---

58. Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Professora do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá - UNESA. *E-mail: claudia.abbass@gmail.com*

um terceiro, imparcial, que identifica pontos convergentes e retoma a comunicação não violenta, tira o véu da contenda para que os próprios contendores possam sair da posição de vítima e acusador para a posição de mediandos e busquem a melhor solução para ambos.

Nesta seara, faz-se mister observar que a mediação visa evitar o chamado perde-ganha tão comum na modalidade de resolução de conflitos tradicional em que o Estado, através de seu poder de tutela jurisdicional declara quem tem o direito, o que acarreta a figura do vencido e do vencedor, imprimindo um sentimento de injustiça para uma das partes.

Notáveis juristas e pesquisadores de áreas como a Sociologia, Antropologia e Psicologia demonstram a efetividade da mediação, sobretudo, narrando que uma das missões desta forma de solução de conflitos é a satisfação das partes, através do chamado ganha-ganha em antagonismo a modalidade tradicional de resolução de conflitos estatal. Isso, porque as partes ao retomarem a escuta produtiva, percebem que almejam, em primeira análise, um objetivo comum, qual seja, resolver o conflito, e a partir daí, analisam de forma mais clara e objetiva alternativas viáveis para atingir o fim comum.

Curial destacar que a análise do presente tema visa demonstrar a efetividade da mediação de conflitos na sociedade brasileira, notadamente o impacto das Leis 13.140/2015, que institui o Marco Legal da Mediação no Brasil e Lei 13.105 de 16/03/2015 que instituiu o Novo Código de Processo Civil, sendo certo que este último diploma legal prestigia e fomenta a mediação de conflitos, seja em etapa pré-processual, seja dentro do processo, bem como visa-se traçar um paralelo com outros sistemas jurídicos que já utilizam a mediação e seus resultados.

No que tange a metodologia será feita uma análise de textos legislativos, jurídicos e de outras disciplinas afins, eis que a mediação de conflitos é um instrumento multidisciplinar, além da análise de dados estatísticos coletados com base em resultados obtidos no Tri-

bunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que desde o ano de 2009 (dois mil e nove) instalou o Centro de Mediação da Capital, através do Ato Executivo TJ n° 5555/2009, bem como será utilizado dados constantes de cadastros nacionais que deverão ser instituídos pelos Tribunais em atendimento a norma ínsita no art. 167, §§ 3° e 4° do Novo Código de Processo Civil, que determina a sistematização de dados sobre a performance do profissional da mediação, o sucesso e insucesso da atividade e sobre a matéria que versar o conflito.

## **2. Fundamentação Teórica**

O Direito como ciência social e através da norma jurídica possui dois objetivos bem delineados, o primeiro referente à prevenção do conflito e o segundo, se não for possível o cumprimento do primeiro, que haja a composição do conflito, como forma de obter a pacificação social.

Todavia, como é sabido, a norma jurídica possui como consecratório um preceito maior que traduz a eficácia primária, isto é, a norma é cumprida pela sociedade devido ao respeito espontâneo por parte dos indivíduos, ao passo que possui um preceito secundário, em que a eficácia da norma resulta da repressão do Estado.

Neste diapasão assevera-se que se a norma jurídica não é espontaneamente observada por parte dos cidadãos, o Estado através do poder de tutela jurisdicional age de forma repressiva para resolver o conflito e retomar a paz social.

Todavia, este poder-dever de tutela de jurisdicional que é investido o Estado, acarreta numa sobrecarga demasiada para o Poder Judiciário, que não consegue cumprir de forma escorreita sua missão, posto que o processo judicial, como instrumento da jurisdição torna-se cada vez mais demorado, não satisfazendo o ideário de justiça.

Mister destacar que um processo considerado justo e eficaz é aquele em que é prestado dentro dos ditames legais e com rapidez, pois de nada adianta ter assegurado o direito no caso concreto, após

longos 20 (vinte) anos de trâmite processual, pois a parte reclamante sofreu com a lesão durante todo esse período.

Nessa esteira, renomados juristas, como, Mauro Cappelletti, Humberto Bernardino Dalla, Luís Roberto Barroso, lecionam acerca da onda renovatória do neoprocessualismo, investigando a crise do Direito, eis que não vem conseguindo atender aos anseios sociais no que pertine a pacificação social, com a entrega do processo justo e efetivo.

Hodiernamente, o legislador constitucional erigiu a categoria de direitos fundamentais, além do princípio do devido processo legal, os princípios da celeridade e da razoável duração do processo, insculpidos no art. 5º, incisos LIV e LXXVIII da Constituição da República, como forma de realizar o ideário de justiça.

Imperioso se faz analisar que baseado no fenômeno do neoprocessualismo, foram criados métodos alternativos de resolução de conflitos, com vistas a entregar uma prestação justa à sociedade, situando-se nesta esteira a mediação de conflitos.

Atento a eficácia da mediação de conflitos ínsita em outros ordenamentos jurídicos como, por exemplo, Estados Unidos da América, Inglaterra, Itália, Espanha e Argentina, onde vários *cases* foram solucionados, os Tribunais pátrios passaram a instituir centros de mediação de conflitos, sendo o pioneiro o Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Imperioso trazer à baila que o legislador pátrio interessou-se pelo instituto da mediação a partir da década de 1990, devido à forte influência da legislação argentina sobre o assunto e que entrou em vigor em 1995.<sup>59</sup>

No Brasil, o primeiro Projeto de Lei recebeu o nº 4.827/1998, proposto pela Deputada Zulaiê Cobra, sendo certo que o texto inicial que foi levado à Câmara propunha uma regulamentação concisa estabelecendo a definição do instituto da mediação e arrolando algumas disposições a respeito.

---

59. *Ley nº 24.573*, posteriormente substituída pela *Ley nº 26.589/2010*.

Vale destacar que na Câmara dos Deputados o aludido projeto, em 2002, foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado, onde recebeu o nº PLC 94, 2002

Já no ano de 2005, o Governo Federal, a partir do Pacote Republicano, por ocasião da Emenda Constitucional nº 45, datada de 8 de dezembro de 2004, que instituiu a aclamada “Reforma do Poder Judiciário”, apresentou vários projetos de reforma do então vigente Código de Processo Civil de 1973, o que culminou com um novo relatório do PLC nº 94, mudando substancialmente suas proposições.

Nessa esteira, insta salientar que foi aprovado o Substitutivo do PLC 94, conhecido como Emenda nº 1- CCJ, restando prejudicado o projeto inicial, e sendo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho de 2006. Já no dia 1º de agosto, o projeto fora encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. No entanto, tal projeto não fora movimentado, “caindo no esquecimento”, o que culminou com o seu arquivamento, frustrando a expectativa do marco legal da mediação no Brasil, tão aguardada pela classe jurídica.

Ainda dentro deste contexto, é importante trazer à destaque que na última versão do PL nº 94, o artigo 1º, propunha a regulamentação da mediação paraprocessual, que poderia assumir as seguintes feições: a) prévia; b) incidental; c) judicial; e d) extrajudicial. A mediação prévia poderia ser feita no âmbito do processo judicial ou extrajudicialmente. Já em se tratando de mediação judicial, o seu requerimento seria suficiente para interromper a prescrição e deveria ser concluído o aludido procedimento no prazo inferior a 90 dias.

A mediação incidental seria obrigatória, como regra, no processo de conhecimento, exceto em casos como: a) ação de interdição; b) quando o autor ou ré fosse pessoa de direito público e o litígio versasse sobre direitos indisponíveis; c) na recuperação judicial, falência e na insolvência civil; d) no arrolamento de bens e no inventário; e) nas ações que tenham por base a imissão na posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; f) na ação de retifica-

ção de registro público; g) quando o autor optar pelo procedimento especial da arbitragem ou do juizado especial; h) nas ações de natureza cautelar; i) quando na mediação prévia não tiver ocorrido acordo nos 180 dias anteriores ao ajuizamento da ação.

O projeto determinava que a mediação deveria ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo obtido acordo, dar-se-ia continuação ao processo judicial. Desta feita, a mera distribuição da petição inicial ao juízo interromperia a prescrição, induziria litispendência e produziria os demais efeitos previstos no Código de Processo Civil.

Caso houvesse pedido liminar, a mediação só iria ser iniciada após o exame dessa questão pelo juiz da causa.

Em 2009 (dois mil e nove), o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através do Ato Executivo TJ n° 5555/2009, criou o Centro de Mediação da Capital, e posteriormente em 2010 (dois mil e dez), através do ato Executivo TJ n° 1597/2010, instalou os demais Centros de Mediação no Estado do Rio de Janeiro.

Consoante várias práticas frutíferas no âmbito dos Tribunais de Justiça acima mencionados, o Conselho Nacional de Justiça, em atenção aos reclamos sociais e da frustração do PL n° 94, que culminou com o arquivamento por “descuido” do legislador, normatizou para o Poder Judiciário, através da Resolução n° 125/2010, a mediação para todos os tribunais do país, constituindo um importante avanço na efetividade do processo justo.

A Resolução n° 125 do CNJ, institui as seguintes premissas fundamentais para a mediação:

a) O direito do Acesso à Justiça insculpido no art. 5º, inciso XXX da Constituição da República, além da vertente formal perante os órgãos judiciários implica no acesso à ordem jurídica justa;

b) Assim, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em grande escala na sociedade, de modo a organizar no âmbito nacional, não apenas os serviços prestados

nos processos judiciais, mas também os que possam sê-los através de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a conciliação e a mediação;

c) A necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aprimoramento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos;

d) A conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no Brasil tem reduzido a demasiada judicialização dos conflitos de interesses, o volume de recursos e de execução de sentenças;

e) É imprescindível o estímulo, apoio e difusão da sistematização e o aperfeiçoamento das práticas já adotadas pelos tribunais;

f) A relevância e necessidade de organização e uniformização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de resolução de conflitos, a fim de evitar disparidades de práticas e orientações, bem como para salvaguardar a boa execução da política pública, respeitando-se as peculiaridades de cada segmento da Justiça.

**A norma contida no bojo do art. 1º da Resolução em epígrafe, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, cujo objetivo precípua é o de assegurar a todos os indivíduos o direito à solução dos conflitos através de métodos adequados, consignando ainda, que é dever do Poder Judiciário, além da resolução dos litígios mediante sentença, ofertar outras formas de solução de lides, com destaque especial para os chamados métodos consensuais, como a conciliação e a mediação, assim como prestar atendimento e orientação ao cidadão.**

Ficou determinado que os Tribunais de todo o país deveriam instituir os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos assim como a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, capacitação dos conciliadores

e mediadores, bem como o registro e acompanhamento estatístico de suas atividades e da gestão dos referidos Centros.

Consoante a necessidade de prementes mudanças das formas de pacificação social, em 2009 começaram os trabalhos da Comissão de Juristas, capitaneada pelo Ministro Luiz Fux, cujo fim colimado era apresentar um Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, com objetivos bem definidos no sentido de imprimir maior celeridade e efetividade do processo. Tal Anteprojeto foi recebido como Projeto de Lei nº 166/2010, no Senado Federal.

Nessa esteira, em dezembro de 2010, foi apresentado um Substitutivo que foi aprovado naquela casa legislativa e então foi encaminhado à Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 8.046/2010.

Já em 2011 muitas discussões sobre o referido projeto tomaram corpo, e principalmente em torno dos métodos de solução de conflitos, notadamente com relação a mediação já praticada por vários tribunais pátrios, e que se apresentavam excelentes resultados, o que chamou a atenção para a necessidade de uma regulamentação com status de “lei” para o referido instituto.

Em 2015, o legislador promulgou a lei 13.105 de 16 de março, que institui o Novo Código de Processo Civil, e que consagra dentro da norma processual a mediação, não mais como forma alternativa de resolução de conflitos, mas sim como forma efetiva de resolução de litígios.

Mister destacar que durante o processo de tramitação do Novo Código de Processo Civil, e que culminou com a sua festejada aprovação, nesse interim tramitou no Congresso Nacional projeto de Lei que institui o Marco Legal da Mediação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo aprovado em 2 de junho de 2015, resultando na esperada Lei 13.140/2015.

Nesse diapasão cabe trazer à lume que o Novo Código de Processo Civil consigna sete princípios norteadores da mediação e conciliação, no bojo de seu artigo 166, a saber: a) independência; b)

imparcialidade; c) autonomia da vontade; d) confidencialidade; e) oralidade; f) informalidade; g) decisão informada.

O novel Código de Processo Civil com o objetivo de delinear o contorno dos institutos, sobretudo quanto a função dos profissionais envolvidos nestes métodos de solução de controvérsias, no seu artigo 165, §§2º e 3º estabelece traços distintivos entre conciliadores e mediadores, por dois critérios objetivos: pela postura do terceiro e em razão do tipo de controvérsia.

Desta forma, vislumbra-se que o conciliador é aquele profissional que pode apontar soluções para a lide, ao passo que o mediador auxilia os envolvidos a identificarem os pontos convergentes e divergentes, a fim de que por si próprios enxerguem alternativas para benefícios mútuos. Isso é uma legítima atividade de cooperação entre os envolvidos que abandonam a atividade de contenda para construir a melhor solução para si.

Desta feita, consoante a importância do instituto da mediação, sobretudo, valendo destacar que nesta modalidade de resolução de conflitos, ainda tida como alternativa até então, a pacificação social revela-se eficaz, pois são as próprias partes em litígio que constroem o acordo, o que resulta no cumprimento do mesmo e a eliminação do conflito do seio social, eis que se tem uma genuína restauração de vínculos na maioria dos casos.

## **2. Resultados alcançados**

No que tange a atual discussão sobre o assunto, cabe observar que o neoprocessualismo está intimamente ligado ao neoconstitucionalismo, cujo foco do estudo se explica, em primeiro lugar, pelo fenômeno da expansão da judicialização do litígio, vivenciada nas últimas décadas, decorrente da ampliação e fomento do acesso à justiça.

Não se pode olvidar que a grande crise da prestação jurisdicional consiste na realização de sua missão, qual seja, prevenir e compor os conflitos. Um processo efetivo e justo é aquele que entrega a pres-

tação jurisdicional de forma ágil e eficaz. Todavia, o conceito de eficácia da pacificação torna-se relativo, pois nem sempre a imposição da decisão judicial extirpa o conflito do seio social, notadamente, quando há demora na entrega da tutela jurisdicional, o que acaba fomentando o crescente sentimento de injustiça e impunidade.

Ora, tais sentimentos acabam por insuflar a desordem e o caos social, fruto da falência institucional, sem contar que atingem um dos mais caros bens jurídicos, como a dignidade da pessoa humana, igualmente inculpada na Constituição da República, no bojo de seu artigo 1º, inciso III.

Nessa linha de pensamento, curial trazer à baila a lição do estudioso Eduardo Cambi, em seu artigo *Neoprocessualismo e Neoconstitucionalismo*, que assim leciona:

A Constituição brasileira de 1988 ao contemplar amplos direitos e garantias fundamentais tornou *constitucional* os mais importantes fundamentos dos direitos materiais e processuais (fenômeno da *constitucionalização do direito infraconstitucional*).

Deste modo, alterou-se, radicalmente, o modo de construção (exegese) da norma jurídica. Antes da constitucionalização do direito privado, como a Constituição não passava de uma Carta Política, destituída de *força normativa*, a lei e os Códigos se colocavam no centro do sistema jurídico.<sup>60</sup>

A mediação de conflitos ganhou força e amplo destaque com a constitucionalização do direito processual civil resultando no estudo e implementação desta forma de resolução de conflitos como alternativa em primeira análise, para desafogar o Poder Judiciário.

---

60. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, in, Panóptica, Rio de Janeiro, ano 1, n. 6.

Todavia, constatou-se que o instituto da mediação é eficaz na composição do conflito e na pacificação da sociedade, evitando, inclusive a reincidência do litígio, sobretudo na área de Direito de Família.

Nesta esteira, cabe inclusive destacar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 2009 ao instalar o Centro de Mediação da Capital, concentrou o foco do procedimento de mediação de conflitos em processos oriundos das Varas de Família da Capital. Posteriormente, em 2010 foram instalados outros Centros de Mediação de Conflitos nas Varas Regionais e Comarcas com o mesmo fito.

Cabe ilustrar que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em consonância com a tendência do Tribunal de Justiça, igualmente se organizou e vem atuando em processos de mediação de conflitos, como forma de atender ao jurisdicionado hipossuficiente.

### **3. Conclusões**

Vislumbra-se que o Direito, como ciência social, possui como missão prevenir e compor os conflitos surgidos na sociedade. Cabe ao Poder Judiciário a função de restaurar a paz social através da composição dos conflitos, sendo seu dever, posto que o Estado invoca para si o poder de dizer quem tem o direito no caso concreto.

Contudo, como é notório o Poder Judiciário encontra-se assobado de demandas que se arrastam durante anos, sem a devida solução, o que causa grande insatisfação e instabilidade social, pois não há a entrega justa e efetiva da prestação jurisdicional.

Assim, atento aos reclamos sociais de uma efetividade na resolução de conflitos, surge no ordenamento jurídico pátrio, o instituto da mediação que possui como foco a restauração do diálogo produtivo entre os litigantes, que passam da atividade de concorrência para a atividade de cooperação, na intenção de resolverem o conflito da melhor forma para ambos, acabando, destarte, com a cultura do perde-ganha, vencido e vencedor, para se ter a cultura do ganha-ganha, em que ambas as partes sentem-se aliviadas com a solução encontrada, e sobretudo, com a satisfação do seu ideário de justiça.

## **Principais referências bibliográficas:**

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, in, *Panóptica*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 6.

CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*, in *Revista de Processo*, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 82/97.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardino; Cabral, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “*Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*”, in “*Acesso à Justiça: efetividade do processo*, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O NOVO CPC E A MEDIAÇÃO: REFLEXÕES E PONDERAÇÕES*. Disponível em: <http://>

www.humbertodalla.pro.br/arquivos/O\_novo\_CPC\_e\_a\_Mediacao.PDF. Acesso em: 02 julho 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação – á luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-e-o-projeto-de-lei-.html>>

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos*. Revista Seqüência, no 54, p. 95-106, jul. 2007



# O JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Deisy Alves Teixeira<sup>61</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico objetiva conceitualizar o jus postulandi na esfera trabalhista e ainda pretende abordar questões doutrinárias relevantes sobre o tema e a importância do advogado bem como a permanência do instituto na Justiça do Trabalho.

Para o melhor compreensão o presente trabalho o tema será abordado analisando a evolução histórica da Justiça do Trabalho, a conceito do instituto do jus postulandi, definições e capacidade postulatória.

Abordarei, outrossim, as principais discussões entre o jus postulandi e seus conflitos legislativos, tais como o disposto no artigo 133 da Carta da República, Lei Ordinária número 8096/2004, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, artigo 114, da Constituição da República Federativa do Brasil, após a edição da EC 45, bem como a Súmula 425, TST.

O tema possui imensa relevância para a academia, tendo em vista a previsão legal inserta da Consolidação das Leis do Trabalho e sua inaplicabilidade no meio jurídico.

A pesquisa possui cunho bibliografia, bem como estudo jurisprudencial, destacando, os principais questionamentos, trazidos pelos nossos doutrinadores.

---

61. Professora da Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito pela Universidade Cândido Mendes. E-mail: advdeisy@gmail.com

## 2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Desde a pré-história o homem teve a necessidade de exercer alguma atividade laborativa para manter-se vivo, seja ela para melhorar o ambiente habitado, defender-se, abrigar-se ou para simples manutenção de sua subsistência e de sua família.

Com o passar do tempo, o homem ainda primitivo aprimorou os seus instrumentos de trabalho, que antes eram desenvolvidos de forma primitiva, aprendeu a polir suas armas para a caça como também para a luta e notou a necessidade de cooperação, o que originou uma organização social e divisão de trabalho.

Neste contexto afirma Carlos Alberto Barata Silva:

“O trabalho, além de ser um dos direitos naturais do homem, é um dever pessoal e um dever social. Como direito, a dedução é lógica. Tem por fim a conservação da vida. Logo, tem o ser humano direito ao meio de conservar a vida. Devemos, pois reconhecer o direito ao trabalho, direito este que radica no próprio direito a vida”.<sup>62</sup>

A evolução do homem continuou com a “Era dos Metais”, depois com a invenção da roda, de forma que a humanidade caminhava com passos largos rumo à civilização, reconhecendo que seria impossível viver de forma isolada.

Com o passar dos anos, o trabalho continuou a modificar-se influenciado pelas questões sociais e humanistas de cada época, sendo por um período, até mesmo considerado, uma atribuição apenas de servos e escravos.

---

62. SILVA, Carlos Alberto Barata. Aspectos Fundamentais do Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 1991, p 9.

Nota-se que nesta época o trabalhador não possuía direito algum, apenas o direito de trabalhar sem qualquer garantia, referente aos seus direitos sociais.

Com relação à servidão podemos citar a época do feudalismo, em que os senhores feudais exigiam dos servos, parte de sua produção rural em troca de proteção política e militar que estes recebiam como também do uso da terra.

Outro momento histórico marcante foi a Revolução Francesa ocorrida em 1789 na França, tal fato foi considerado o primeiro grande movimento popular e de massa na articulação de reivindicações brilhantes e consistente sendo a responsável pelo advento do trabalho livre, de acordo com Mozart Victor Russomano<sup>63</sup>, pois a partir de tal movimento foi implantado nas relações de trabalho o princípio da vontade e a liberdade de contratar.

Da Revolução Burguesa ocorrida nos séculos XVII e XVIII surgiu o Estado Liberal, o qual é caracterizado pela subordinação total ao direito positivo, contudo ainda não havia o intervencionismo estatal. No modelo político liberal são reconhecidos os direitos humanos de primeira dimensão, ou seja, direitos civis e políticos. Outra característica importante do processo no Estado Liberal é o conceitualismo em que todos são tratados em Juízo como sujeitos de direito, neste contexto, todos indiscriminadamente são tratados como iguais.

Com o passar do tempo, o modelo político liberal perdeu força devido ao quadro de injustiças e desigualdades sociais.

Na Inglaterra em meados do século XVIII adveio a Revolução Industrial, com o surgimento de máquinas na produção. Houve uma grande mudança no ambiente de trabalho, o que fez necessária a implantação de nova condição laboral para adaptar os obreiros à nova mecanização industrial.

A partir de então os próprios obreiros que estavam empregados buscaram reivindicações para melhorar suas condições de trabalho

---

63. RUSSOMANO, Mozart Victor, Curso de Direito do Trabalho, 9º ed. 7º reimpr. Curitiba: Juruá, 2010 p.26

e melhores salários, iniciando desde então os conflitos trabalhistas entre o empregador e os empregados.

Em busca dos direitos coletivos de trabalho iniciou-se a suspensão da prestação de trabalho como o exercício coercitivo de um direito, ou seja, os obreiros paravam a produção e prometiam voltar ao trabalho apenas depois de atendidas suas reivindicações, é o início do que chamamos de greve.

Com a Revolução Industrial houve a mecanização dos meios de produção face à invenção da máquina a vapor e a substituição da mão de obra pela máquina.

Neste contexto histórico, nasceu o Estado Social, sendo um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Tem como o objetivo a adoção de políticas públicas para melhorar as condições de vida dos mais necessitados, em especial a classe trabalhadora. A característica deste Estado, também chamado de Estado de providência, é o constitucionalismo social, a função social da propriedade, participação política dos trabalhadores na elaboração da ordem jurídica e intervenção do Estado na economia por meio de leis que criam direitos sociais, assim cabem a este garantir serviços públicos e proteção aos cidadãos.

Como consequência do Estado Social o Brasil percebeu a necessidade da intervenção estatal na Justiça do Trabalho. Os legisladores, então elaboraram algumas leis que se aplicam a seara trabalhista, a assistência judiciária gratuita com a lei nº 1.060 de 1950, o jus postulandi das partes.

Surge então, o Estado Democrático de Direito cujos fundamentos são embasados nos direito de primeira (direitos civis e políticos), segunda (direitos sociais e econômicos) e terceira dimensão (direitos difusos). Desta forma, afirma Carlos Henrique Bezerra Leite:

“Podemos dizer, portanto, que o Estado Democrático de Direito tem por objetivos fundamentais

a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, a correção das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem estar e justiça sociais para todas as pessoas, o desenvolvimento socioambiental, a paz e a democracia”.<sup>64</sup>

A partir daí o Estado iniciou a preocupar-se e a legislar sobre os assuntos trabalhistas limitando a autonomia da vontade, ou seja, procurou buscar o equilíbrio nos contratos de trabalho, com a imposição de regras conformadoras da vontade das partes. Desta forma, o trabalhador passou a ser protegido pelo Estado, através do intervencionismo estatal que objetivava o bem estar social e a melhora nas condições de trabalho protegendo o menos favorecido para compensar a desigualdade econômica, buscando uma relação mais igualitária entre as partes.

Assim surge a Justiça do Trabalho com o objetivo de solucionar controvérsias existentes entre empregador e empregados, decorrentes da relação de trabalho sejam eles conflitos individuais ou coletivos.

Após as inúmeras mudanças sociais, econômicas e políticas ocorridas na Europa no século XIX, a sociedade brasileira sentiu a necessidade de aprimorar suas leis para mediar tais conflitos que poderiam surgir com a industrialização e tecnologia que chegava ao país, já no início do século XX, contrapondo-se ao modelo agrícola que se encontrava na oligarquia cafeeira base de sustentação política econômica da época.

Portanto, com as inovações e com elas o surgimento de inúmeros conflitos trabalhistas houve a necessidade da regulamentação das leis trabalhistas no país como também a criação de um órgão julgador, pois até o presente momento prevalecia à figura do mais forte, no caso empregador.

---

64. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 39

Assim, no Brasil entre 1907 e 1911, foram instituídos os primeiros órgãos para tentar mediar tais conflitos os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, mas não foram colocados em prática, contudo tal fato foi considerado o primeiro marco legislativo no país, nossa primeira tentativa de criar um órgão especializado para julgar demandas trabalhistas.

O Estado de São Paulo tornou-se o precursor na criação de um órgão especializado, os Tribunais Rurais, para solucionar conflitos, tendo em vista que a economia de nosso país era eminentemente rural. Os Tribunais Rurais foram criados pela lei nº 1.869 de 1922, e eram compostos por um Juiz de Direito e representantes dos trabalhadores e dos proprietários rurais, tal tribunal funcionava de forma semelhante como uma Junta de Conciliação, tal experiência não produziu resultados satisfatórios.

Entretanto, em 1931, havia no país milhões de desempregados principalmente nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, de forma que foi imprescindível que o governo ajustasse as políticas em relação a essa parte significativa da população.

Apenas em 1930 com presidente Getúlio Vargas o país deu os primeiros passos decisivos para a origem da Justiça do Trabalho no país, através de uma legislação trabalhista como também de uma instância do poder público, para procurar solucionar os conflitos entre empregados e empregadores. No período compreendido como Era Vargas, entre 1930 e 1943, foi elaborada toda a estrutura da Justiça do Trabalho e da legislação trabalhista no Brasil, sendo que a partir de então todas as Constituições dispuseram sobre os direitos sociais do trabalhador.

Um dos primeiros atos de Vargas, como chefe do Governo provisório, foi à criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio em 26 de novembro de 1930, com tal medida o governo interveio fortemente na questão trabalhista que foi o marco do intervencionismo estatal no país.

O Decreto 22.132 de 1932 deu origem as Juntas de Conciliação e Julgamento, constituídas em instância única, a fim de dirimir os dissídios individuais de trabalho, porém, só poderiam propor ações os trabalhadores sindicalizados.

Até tal momento histórico a Junta não fazia parte do poder judiciário e não possuía autonomia, portanto o Juiz do Trabalho poderia avocar qualquer processo, no período de seis meses, a pedido da parte interessada, nos casos de flagrante de parcialidade dos julgadores ou violação do direito.

A Constituição de 1934 em seu artigo 122 previu a instituição da Justiça do Trabalho, contudo não chegou a ser criada por lei. Da mesma forma a Constituição de 1937 em seu artigo 139 repetiu o preceito, porém apenas em 1º de maio de 1941 a Justiça do Trabalho era instalada em todo país, vinculada ao Ministério do Trabalho Indústria e Comércio como parte administrativa Federal.

Assim, em 1º de maio de 1943 foi sancionado o decreto lei nº 5.452, a Consolidação das Leis Trabalhistas, que esta em vigor até hoje, a partir de então foram criadas as primeiras Juntas em cidades do interior.

Apenas na Constituição Federal de 1946, ocorreu à integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário Federal, encerrou assim o vínculo com o Ministério do Trabalho na vida funcional da Justiça do Trabalho.

Com relação à integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, segue entendimento de Amauri Mascaro Nascimento:

“(...) é consequência natural da evolução histórica dos acontecimentos. Na sociedade empresarial, as controvérsias entre trabalhadores e empresários assume especial significado. O Estado, intervindo na ordem econômica e social, não pode limitar-se a dispor sobre matéria trabalhista. Necessita, também, de aparelhamento adequado

para a solução dos conflitos de interesses, tanto no plano individual como no coletivo. Assim, a existência de um órgão jurisdicional do Estado para questões trabalhistas é o resultado da própria transformação da ideia de autodefesa privada em processo judicial estatal, meio característico de decisão dos litígios na civilização contemporânea”.<sup>65</sup>

A Carta magna de 1967 e a partir de novembro de 1968, em virtude do recesso do Congresso Nacional, o retorno dos decretos leis expedidos pelo Poder Executivo, tornaram possível a elaboração mais rápida de novas leis. Essas leis alteravam, profundamente, trechos bastante longos da CLT, quer quanto à identificação profissional, quer quanto à regulamentação do contrato individual do trabalho, a reforma da legislação sindical e as normas processuais que aperfeiçoaram o funcionamento da Justiça do Trabalho.

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, basicamente protecionista, são tratados direitos trabalhistas em mais de 40 dispositivos legais que versam sobre direitos individuais e coletivos do trabalho, incluindo o trabalho como um direito social.

A Emenda Constitucional 24 de 1999, extinguiu a representação classista, transformando as Juntas de Conciliação em Julgamento em Varas do Trabalho, entretanto, os mandatos classistas em andamento a época foram garantidos até seu cumprimento.

Logo após, com o advento da EC n. 45/2004 publicada em 31 de dezembro de 2004, a competência da Justiça do trabalho foi ampliada, pois passou a processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, nos termos do art. 114 da CF, e não mais apenas da relação de emprego.

---

65. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.50; 8 RUSSOMANO, Mozart Victor, Curso de Direito do Trabalho, 9° ed. 7° reimpr., Curitiba: Juruá, 2010 p.33; 9 MARTINS, Sergio Pinto, Direito do Trabalho, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

Ademais, a Emenda 45 de 2004 além da reforma do poder judiciário, trouxe inovações ao criar o Conselho de Justiça do Trabalho, que vinculado ao TST, exerce a supervisão administrativa e financeira dos TRTs, dotadas suas decisões em caráter vinculante. E ainda procedeu a recomposição no número de Ministros para 27 e eliminou a existência de pelo menos um TRT por Estado, além de prever a possibilidade de atuarem por meio de câmara descentralizadas.

Tal assunto, no decorrer deste trabalho será abordado novamente, contudo, sem o objetivo de exaurir o tema.

### **3. A ORIGEM DO JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL**

A Justiça do Trabalho, desde a criação da sua estrutura, era considerada parte administrativa federal vinculada ao Ministério do Trabalho Indústria e Comércio, portanto não se tratava de uma esfera judicial e sim administrativa não havendo a necessidade de ser patrocinado por advogado.

O governo provisório de Getúlio Vargas instituiu as Juntas de Conciliação Prévia para solução de dissídios individuais, a época compostas por um Juiz Presidente com exercício de dois anos podendo ser reconduzidos e dois vogais, sendo um representando os empregados e outro os empregadores, que deveriam ser imparciais, contudo inúmeras vezes atuavam em defesa do interesse de algumas classes.

Outra criação da Era Vargas foi as Comissões Mistas para solução de conflitos coletivos que eram somente órgãos julgadores, sem poder impositivo.

O jus postulandi é considerado, sem dúvida nenhuma, uma conquista democrática juntamente com a elaboração da Consolidação das Leis Trabalhistas, mas como é sabido, não é uma conquista exclusiva do poder judiciário de nosso país, posto que o instituto está presente em demais legislações estrangeiras, sendo que em nenhum outro país tentou extinguir tal direito.

O jus postulandi das partes adveio com os artigos 40 a 44 da Lei n° 1.237 de 1939, ainda em 1940 foi instituído o Decreto Lei n° 6.596 de 12 de dezembro de 1940 que confirmou em seu artigo 90 e ss., a possibilidade das partes comparecerem em juízo sem a presença de advogado, ou seja, a capacidade postulatória dos litigantes. Logo após, foi mantido o instituto através da criação das leis trabalhistas a nossa CLT.

O jus postulandi na Justiça Comum em regra é que as partes não podem requerer pessoalmente a tutela de seus direitos, devendo fazê-lo por intermédio de advogado, salvo exceções nos Juizados Especiais e nas ações de alimentos.

Na seara trabalhista o “jus postulandi” é conceituado como a capacidade das partes, sujeitos da relação de emprego, postularem em juízo sem a necessidade de outorgar mandato a advogado, ou seja, trata-se de autorização legislativa, disposta no artigo 791 da CLT, para praticar atos processuais.

Essa capacidade postulatória é facultativa aos sujeitos da relação de emprego, tanto para empregados como empregadores, conforme disposto no artigo 791 da CLT.

Nesse diapasão, o artigo 839, CLT estabelece que a reclamação pode ser apresentada de maneira verbal ou escrita.

Portanto, tal instituto tem sua origem fundamentada na Consolidação das Leis Trabalhistas, com a finalidade de proteger a parte, em especial o trabalhador, a fim de abster-lo dos ônus processuais, bem como à custa do processo trabalhista e principalmente dos honorários advocatícios.

Ressalta-se que com a EC n° 45 de 2004, conforme entendimento do TST, os sujeitos que podem utilizar do instituto do jus postulandi são apenas empregados e empregadores da relação de emprego, de forma que, os trabalhadores das ações oriundas da relação de trabalho devem estar representados por advogado.

Neste sentido, o TST elaborou a IN 27 de 2005, a qual conclui que nas novas demandas que passaram a ser competência da Justiça do Trabalho é indispensável o patrocínio de advogado.

O instituto do jus postulandi também é garantia para micro empresário e empregadores domésticos nos casos em que estes não tenham condição de contratar advogado. Também não é obrigatória a participação do advogado nos dissídios coletivos conforme o §2º do artigo 791 da CLT, que dispõe: “nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência de advogado”.

O jus postulandi foi inspirado nos princípios que destacam as características do processo trabalhista, quais sejam: da celeridade, economia processual, informalidade e simplicidade processual, diante disso o legislador procurou proteger o trabalhador e o bem jurídico por ele valorado no caso em questão “o trabalho” tendo em vista que o crédito trabalhista tem natureza alimentar o que impossibilita a espera exacerbada para a efetivação do adimplemento por parte do empregador.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e logo após com a Lei nº 8.096 de 1994 adveio varias críticas sobre este instituto bem como divergências doutrinárias que serão abordadas em momento oportuno.

#### **4. CAPACIDADE POSTULATÓRIA**

A capacidade postulatória, nada mais é do que a capacidade para postular em juízo, ou seja, a capacidade de requerer em juízo e de acompanhar o desenvolvimento do processo.

A CLT em seu artigo 791 dispõe “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final”, sendo este o traço marcante na seara trabalhista.

O doutrinador civilista Ovídio A. Batista da Silva, ensina:

“Além da capacidade de ser parte e da plena capacidade processual (*Legitimatio ad processum*), nossa lei veda que os interessados realizem pessoalmente os atos processuais e requeiram em juízo sem a assistência de uma pessoa especializada e legalmente habilitada, dotada do chamado *ius postulandi*. As partes desde que dotadas de capacidade processual, devem, mesmo assim, estar representadas em juízo por advogado habilitado, o que significa dizer advogado em pleno gozo de suas prerrogativas profissionais, a quem a parte haja outorgado o competente mandato para representa-lo em juízo.”<sup>66</sup>

## **5. O JUS POSTULANDI E OS CONFLITOS ATUAIS**

O *ius postulandi* desde sua origem na Justiça do Trabalho em nosso país convive com inúmeras críticas, pois a doutrina majoritária entende que tal instituto pode trazer danos irreparáveis as partes. Muitas foram as tentativas de extinguir o *ius postulandi* das partes no processo trabalhista, afirmando que o instituto é não foi recepcionado por nossa constituição atual, contudo todas foram infrutíferas devido ao reconhecimento de constitucionalidade pelo STF.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, discutiu a continuação do *ius postulandi* diante a redação do artigo 133, o qual determina que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Alguns Tribunais após a redação passaram, até mesmo, a restringir o serviço encarregado de receber petições verbais, enquanto, alguns juízes chegaram até mesmo a rejeitar as reclamações não subscritas por advogados, embasados, precipitadamente, no

---

66. SILVA, OVIDIO A. Batista da Silva. Curso de Processo Civil. Vol1. 4° ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.246

entendimento de que o artigo 791 da CLT não era recepcionado pela Constituição Federal vigente.

A partir disso o instituto do jus postulandi sofreu inúmeras críticas, pois muitos operadores do direito acreditavam que a aplicação da redação causava um desequilíbrio na relação jurídica, haja vista, a ausência de conhecimentos técnicos das partes, inclusive do empregado que move uma ação trabalhista contra o empregador que na maioria das vezes comparece em audiência acompanhado e instruído por advogado.

Com relação à discussão envolvendo o jus postulandi e o desequilíbrio processual decorrente do conflito de normas, a 4º Turma do TST, julgou o Agravo de Instrumento, firmando o seguinte entendimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. JUS POSTULANDI. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, que, também, veio subscrito pelo reclamante. O jus postulandi está agasalhado no art. 791 da CLT, que preceitua: “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”. A expressão “até o final”, portanto, deve ser interpretada levando-se em consideração a instância ordinária, já que esta é soberana para rever os fatos e as provas dos autos. O recurso de revista, por sua natureza de recurso extraordinário, exige seja interposto por advogado devidamente inscrito na OAB, a quem é reservada a atividade privativa da postulação em juízo, incluindo-se o ato de recorrer – art. 1º da Lei nº 8.906/94. Agravo de instrumento não conhecido. (TST-AIRR-886/2000-401-05-00.1)

Na jurisprudência acima nota-se a necessidade do conhecimento técnico de advogado para interpor recurso extraordinário na Justiça do Trabalho, no caso, o Recurso de Revista, de forma que o artigo 791 da CLT deve ser interpretado de uma maneira que o *jus postulandi* das partes prevaleça apenas até o Recurso Ordinário.

Porém, tal entendimento a época da redação do artigo não era unânime no TST, uma vez que, existia ainda perante tal tribunal julgamentos de processos pautados no artigo 791 da CLT, na qual permanecia a aplicabilidade da expressão “até o final”.

Portanto, o *jus postulandi* das partes, disposto no artigo 791 da CLT, não foi revogado pelo artigo 133 da Constituição Federal permanecendo inaplicável na esfera trabalhista qualquer norma que com este entre em conflito.

A EC n° 45 de 2004 ampliou a competência da justiça do trabalho com a nova redação do artigo 114 da Constituição Federal, antes a Justiça do Trabalho estava limitada apenas à solução de litígios entre empregados e empregadores. Destaca-se que a EC n° 45 de 2004 é de competência do Congresso Nacional, pois trata de Lei Federal.

Com a ampliação da emenda a redação do artigo 114, *caput*, da Constituição Federal, a competência da Justiça do Trabalho passou a conciliar e julgar além dos dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. Ainda, incluiu na competência os entes de direito público externo, da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Contudo, preliminarmente, é oportuno, para entender melhor a ampliação da competência na seara trabalhista discorrer sobre jurisdição e competência. Na visão de Leonardo Greco a jurisdição é um serviço público essencial, vejamos:

“(...) é a tutela, a proteção, o reconhecimento ou a prevalência das situações fático-jurídicas de

são titulares determinados sujeitos em relação a outros ou em relação a toda sociedade. Mesmo quando esses interesses possuem a mais ampla extensão subjetiva, abrangendo todos os cidadãos, como, por exemplo, quando o Ministério Público propõe a ação penal pública ou ação civil pública em defesa da qualidade do ar, a finalidade da jurisdição, exercida por um juiz equidistante entre esses interesses e qualquer outro de qualquer sujeito que a ele se contraponha, é tutela aquele interesse que vier a ser reconhecido pela lei como prevalente, público ou privado, de toda sociedade ou de apenas um indivíduo”.<sup>67</sup>

Na visão do autor a jurisdição nada mais é que a tutela de direitos ou interesses individuais, reconhecidos pelo ordenamento jurídico aos indivíduos que diretamente ou através de representantes legais invocam a prestação do serviço público jurisdicional.

Portanto, a EC 45 de 2004, adveio com o preceito de aprimorar o acesso à justiça no país, ampliando a competência da Justiça do Trabalho não apenas para as relações de emprego e sim para todos os trabalhadores, profissionais que prestam serviços em troca de uma contraprestação e não necessariamente possuam vínculo trabalhista, ou seja, nos casos de relação de trabalho.

## **6. O JUS POSTULANDI E A POSIÇÃO DA SUMULA Nº 425 DO TST.**

No transcorrer do trabalho ficou claro que o jus postulandi, nada mais é que a possibilidades das partes de postular em juízo sem a obrigatoriedade da assistência de profissional com forma-

---

67. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. V. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 62; 35 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. V. I. São Paulo: RT, 2000. P. 135. 36SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para Concursos Públicos. 13º ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. P.46;

ção técnica, ou seja, advogado. Embora, o Tribunal Superior do Trabalho pondere a importância e a complexidade dos Recursos Extraordinários no processo do trabalho, compreende a necessidade da elaboração de uma Súmula a qual teria a função de limitar a abrangência da norma do artigo 791 da CLT.

Nesta linha de pensamento o TST, após um conjunto de decisões jurisprudenciais a respeito do tema, aprovou através de seu plenário a Súmula nº 425 que limita a capacidade postulatória.

Nota-se que a Súmula restringiu o jus postulandi das partes na justiça do Trabalho, limitando o instituto, apenas até o Recurso Ordinário, ou seja, pode a parte ingressar com reclamação trabalhista junto a Vara do Trabalho e acompanhar o processo sem assistência profissional de advogado até o TRT na interposição de Recurso Ordinário.

Desta forma, caso a parte tenha necessidade de interpor recursos a outros órgãos do Poder Judiciário terá a necessidade de contratar os serviços de um advogado, devidamente habilitado, inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

## **CONCLUSÃO**

Após pesquisa desenvolvida para este trabalho, pode-se afirmar que o instituto do jus postulandi é que a possibilidade das partes, sujeitos de uma relação oriunda de emprego, atuarem na Justiça do Trabalho sem opatrocínio de advogado.

Nota-se, que o jus postulandi é um instituto que tende a proteger a parte menos favorecida nos processos trabalhistas, o empregado.

No entanto, não podemos, atualmente, dizer que seu objetivo é alcançado, ou seja, à proteção do hipossuficiente ao invés de beneficiá-lo vem prejudicando-o, pois coloca o empregado em condição desvantajosa quando em audiência encontra se com um empregador acompanhado de advogado e muito bem instruído.

Em contrapartida, alguns doutrinadores defendem a permanência do instituto na Justiça do trabalho, pois consideram o jus postulandi uma conquista do empregado, sendo que mesmo aquele

que não possui recursos financeiros pode reclamar a tutela de seu direito junto ao judiciário, não necessitando arcar com custas processuais e honorários advocatícios.

No entanto, verifica-se que mesmo com a criação do instituto almejando um maior acesso a justiça pelas partes, é indiscutível a complexidade dos processos tanto na Justiça Comum quanto na Especializada, fato este que dificulta as partes envolvidas, êxito na demanda.

Ademais, entre os deveres constitucionais do Estado esta a prestação de assistência jurídica as pessoas carentes, ressalta-se ainda, a obrigação dos sindicatos, considerados complemento do jus postulandi, em dar total assistência aos seus associados.

Muitos doutrinadores defendem esta posição e ainda anseiam a extinção do instituto bem como o arbitramento de honorários advocatícios de sucumbência.

Na tentativa de amenizar os arquivamentos processuais e o prejuízo das partes, o TST elaborou a Súmula 425, limitando a abrangência do jus postulandi apenas ao Recurso Ordinário e não mais “até o final” do andamento do processo trabalhista, como dispõe o artigo 791 da CLT.

Assim para interpor Recurso de Revista a parte terá a necessidade de contratar os serviços de um advogado, devidamente habilitado, inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Tal Súmula é totalmente compreensível tendo em vista as particularidades do processo trabalhista, em especial, na fase recursal, de forma que, é difícil imaginar um leigo a interpor um Recurso de Revista e obter êxito.

Portanto, verifica-se que o instituto em apreço está em decadência, pois nos dias atuais, diminuiu muito o número de pessoas que utilizam o jus postulandi no âmbito trabalhista, uma vez que é uma justiça especializada e está em constante modificação, exigindo das partes maior desenvoltura e conhecimentos técnicos jurídicos.

Ante todas as considerações elencadas neste trabalho, é indiscutível a importância do advogado no mundo jurídico em especial na justiça especializada como o processo trabalhista.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BUENO, Silveira. Minidicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: FTD, 2000.

CARION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 34 ed. atual. Por Eduardo Carion. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do Trabalho, 16 ed. ver. Ampliada. Atual. E adaptada - São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. V I. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. Manual de Direito Processual do Trabalho. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

# PENSANDO O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO NA AMAZÔNIA<sup>68</sup>

Emerson Victor Hugo Costa de Sá<sup>69</sup>

## INTRODUÇÃO

A dinâmica produtiva global impacta diretamente na conformação das relações laborais. O sistema capitalista realinha-se constantemente para superar as barreiras surgidas, o que geralmente resulta em prejuízo a quem se encontra na base da cadeia produtiva e ao aparato protetivo trabalhista, sujeitando a classe obreira vulnerável a condições inadequadas de trabalho, como ocorre no caso do trabalho escravo.

Marca negativa da história brasileira, a cultura escravocrata baseia-se na exploração do labor humano e corresponde a uma prática conhecida nessas terras desde a chegada dos portugueses, tendo negros e índios como vítimas. O Brasil viu-se compelido a abolir a escravidão, por pressão comercial inglesa motivada pela necessidade de expansão do mercado consumidor dos bens produzidos em maiores quantidades depois da Revolução Industrial. Surgiram nesse contexto a Lei do Ventre Livre, de 1871, e a Lei Áurea, de 1888.

No entanto, o encerramento da escravidão ocorreu apenas no plano formal. A exploração do labor humano ainda persiste, agora com diferente roupagem. Escravidão moderna, contemporânea,

---

68. Artigo submetido, aprovado e defendido no Grupo de Trabalho "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável" do "IV Congresso Internacional de Direito Ambiental", realizado em Belo Horizonte - MG, no período de 21 a 23 de setembro de 2016.

69. Auditor Fiscal do Trabalho, mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: emersonvictor.sa@gmail.com

neoescravidão ou trabalho análogo ao de escravo são algumas das nomenclaturas utilizadas para referenciar o contexto pós-abolição. Entretanto, o termo trabalho escravo continua sendo largamente empregado, inclusive ao longo do presente texto.

O regime vigente apresenta-se mais cruel que o anterior. No passado, o escravo era visto como um bem oneroso a ser preservado. Hodiernamente, o desprezo em relação ao trabalhador acontece por ser considerado descartável e de baixo custo. A inadmissibilidade dessa prática resulta da ofensa ao postulado da não mercantilização do labor, estampado no Anexo à Declaração de Filadélfia<sup>70</sup> – referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – como símbolo da luta pelo trabalho decente.

No contexto da Amazônia brasileira, a grande concentração de casos de trabalho análogo à escravidão necessita de maior atenção por envolver aspectos sociais e ambientais, vinculados ao avanço do arco do desmatamento em direção ao extremo norte do país. As principais atividades econômicas atreladas a essa frente de exploração consistem na comercialização da madeira, na extração para uso em carvoarias e na derrubada de floresta para a instalação de monoculturas (soja, milho e outras) e a criação de gado.

Com previsão em instrumentos normativos internacionais – como a Convenção 81 da OIT, ratificada pelo Brasil –, a Auditoria Fiscal do Trabalho apresenta-se como instituição essencial para a erradicação do trabalho escravo. Isso porque desempenha o poder de polícia estatal em defesa dos direitos fundamentais do trabalho, com amparo no art. 21, XXIV, da Constituição da República de 1988 (CR/88).

O desenvolvimento da pesquisa compreende, inicialmente, a exposição do panorama normativo internacional e doméstico acerca do trabalho escravo. Nesse ponto, destaca-se a prioridade do tema no âmbito da OIT e a evolução política e legislativa interna, posterior-

---

70. A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes: a) o **trabalho não é uma mercadoria**; [...] (grifei).

mente à assunção de compromissos pelo Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – órgão componente da estrutura da Organização dos Estados Americanos (OEA) –, no caso José Pereira. Em seguida, trata-se da questão amazônica associada à intensa retomada da exploração da força laboral, sobretudo na base das cadeias produtivas. Por fim, abordam-se as medidas de prevenção e repressão, momento em que são versados assuntos como o papel da fiscalização trabalhista e das políticas públicas.

Estudar o aumento das situações de trabalho escravo na Região Amazônica e as medidas de combate mostra-se imprescindível. Nesse sentido, questiona-se: Quais os motivos para a elevada incidência dessa prática na Amazônia? Como combater o trabalho escravo? Que medidas podem ser adotadas pelo Estado brasileiro para romper o ciclo da escravidão?

A abordagem metodológica desenvolveu-se a partir de pesquisa bibliográfica e documental, tendo como parâmetros livros, artigos científicos e textos normativos.

## **1. PANORAMA NORMATIVO INTERNACIONAL E DOMÉSTICO SOBRE A VEDAÇÃO AO TRABALHO ESCRAVO**

O trabalho apresenta-se como direito humano e suporte para o acesso a outros bens jurídicos não menos importantes, reunindo os conceitos de dignidade, cidadania e justiça social. Há significativo respaldo nas diretrizes da OIT e no tratamento normativo interno conferido aos direitos e garantias fundamentais do trabalhador para se afirmar a preferência pelo labor digno e socialmente incluyente, que permita o desfrute de bens materiais e da vida profissional, familiar e comunitária (DELGADO e RIBEIRO, 2014).

A comunidade internacional estimula o combate ao trabalho forçado em documentos como a Convenção sobre Escravatura de 1926, o Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre Abo-

lição à Escravatura de 1956, todas da Organização das Nações Unidas (ONU); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948 (art. 4º, 23 e 29); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966 (art. 8º); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966 (art. 6º e 7º); e a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL (art. 5º).

Dentre as pautas prioritárias da OIT, tem-se a eliminação do trabalho forçado. É o que se depreende da leitura do art. 2º, “b”, da Declaração de Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho de 1998. Antítese do trabalho decente, a escravização configura grave violação aos direitos humanos e fundamentais do trabalho (SCHMIDT, 2014) e sua eliminação compõe o núcleo duro que vincula os Estados membros da OIT pelo simples fato de a integrarem, ainda que não tenham ratificado os documentos específicos (*core obligations*). Sobre o tema, os principais documentos são as Convenções 29 e 105.

Labor forçado ou obrigatório é aquele exigido de uma pessoa, sob a ameaça de sanção e para a qual não tenha se oferecido espontaneamente (GUNTHER, 2011, p. 63), vontade que não pode ser entendida como livre quando a pessoa se encontra em condição de vulnerabilidade social e econômica. Trabalho escravo configura crime (art. 149 do Código Penal) e caracteriza-se pelo vício de consentimento.

Geralmente representado pela figura do “gato” (intermediador de mão-de-obra), o empregador ilude a vítima com falsas promessas de boas condições de emprego e remuneração. O obreiro aceita o trabalho. Todavia, o desenvolvimento da atividade dá-se em condições aviltantes à dignidade (CALVET e GARCÍA, 2013, p. 13), em nada se aproximando do quadro narrado no momento da oferta. Além do intermédio dos “gatos” no aliciamento e na contratação e das falsas promessas de boas condições de trabalho e salário, o trabalho escravo contemporâneo também se caracteriza pela servidão por dívidas (*truck system*) – aprisionamento moral dos trabalhadores, os quais se

veem obrigados a quitar a dívida assumida, ainda que excessiva; pela coação física; pelo abuso sexual; pelo abandono do trabalhador em local isolado; e pela vigilância armada (FLAITT, 2014).

A escravidão contemporânea nasce da ameaça associada à miséria e à ignorância do trabalhador e impede a livre movimentação dos trabalhadores, por meio da vigilância ostensiva e da coação psicológica (CIRINO, 2014, p. 105). Além da restrição de liberdade ou da exigência de trabalhos forçados – constrangimento físico ou moral –, com a alteração promovida pela Lei 10.803/2003, o conceito passou a abranger expressamente a jornada exaustiva e as condições degradantes.

A adoção de condições de trabalho análogas às de escravo tem a finalidade de reduzir os custos de produção e a maximizar os lucros. Ou seja, a principal causa da escravidão continua sendo a exploração econômica. Encontra-se vinculada a fatores sociais e possui como pressupostos as precárias condições de vida na região de origem do indivíduo trabalhador. Jornadas extensas, salários irrisórios, discriminação e outras ofensas são suportadas pelas pessoas sem alternativa de trabalho digno, compelidas pela necessidade de subsistência própria e familiar. É um contexto que facilita a negação aos direitos fundamentais laborais, não obstante a figura do explorador geralmente se confunda com a do proprietário rural instruído, que vive nos grandes centros urbanos do país e possui assessoria contábil e jurídica (PALMA e GEREMIAS, 2015, p. 238 e 242).

Como direitos frequentemente suprimidos, citam-se a ausência de registro formal (art. 41 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT); a falta de anotação da Carteira de Trabalho (art. 29 da CLT); a violação do salário (art. 462 da CLT); o abuso quanto aos limites de jornada (art. 59 da CLT); e o descaso relativo às normas de saúde e segurança, consubstanciadas nas Normas Regulamentadoras (NR) – expedidas pelo Ministério do Trabalho, com respaldo nos art. 157, I, e 200 da CLT –, evidenciado pela falta de proteções coletivas e individuais e pelas precárias condições sanitárias, de alojamento e de alimentação.

A preservação da dignidade humana é condição para a pacificação social dos conflitos, fim maior do Direito. Ao lado da postura de abstenção quanto aos comportamentos ofensivos, a proteção e a promoção desse valor fundamental (art. 1º, III, CR/88) demandam a intervenção estatal e particular. Trata-se de norma jurídica cogente que possui função unificadora – confere unidade de sentido à ordem constitucional – e hermenêutica – ponto de partida e de chegada de normas jurídicas voltadas à regulação das relações sociais, influenciando na sua criação, interpretação e aplicação (BELTRAMELLI NETO, 2014).

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são colocados no mesmo plano pela Constituição Republicana (art. 1º, IV). Significa que o desenvolvimento econômico não deve ser atingido por meio da consideração do ser humano como mero fator produtivo. Pelo contrário, deve ser concebido como sujeito que busca no labor a realização material, moral e espiritual (SILVA NETO, 2005). Como fundamentos do Estado brasileiro, a livre iniciativa e a valorização do trabalho precisam ser compatibilizadas, de modo que a solução para eventuais impasses seja equilibrada e observe a dignidade intrínseca ao homem.

O art. 23 da DUDH<sup>71</sup> consagra o direito ao trabalho e tutela da qualidade do emprego, que deve ser realizado em condições justas e favoráveis. O art. 7º do PIDESC<sup>72</sup> segue o mesmo caminho

---

71. Art. 23. I) Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. II) Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. III) Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. IV) Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

72.

Art. 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; b) A segurança e a higiene no trabalho; c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias

de outras normas infraconstitucionais, que defendem a superação do desemprego, eliminação do trabalho precário e a promoção do trabalho decente, em prol dos direitos fundamentais e da dignidade humana (SANTOS e BORGES, 2015, p. 245).

Em conjunto com outros instrumentos internacionais (art. 5, § 2º)<sup>73</sup>, a Constituição deve ser visualizada como um patamar mínimo de direitos, passível de ampliação para o alcance da dignidade pelo trabalho (art. 7º, *caput*). É nesse quadro de progressividade dos direitos humanos que o labor escravo merece a conjugação de esforços estatais e privados para identificação e tratamento apropriados.

## **2. NEGAÇÃO E RECONHECIMENTO DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL**

Em 1994, ganhou destaque na comunidade internacional o caso José Pereira. As organizações não governamentais Americas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram uma petição à CIDH, contra o Estado brasileiro, na qual expuseram uma situação de trabalho escravo e violação do direito à vida e à justiça, no sul do estado do Pará. Segundo o documento, na tentativa de escapar da Fazenda Espírito Santo em 1989, José Pereira foi gravemente ferido e outro trabalhador rural foi morto. Esses empregados, juntamente com outros sessenta, foram atraídos por falsas promessas de boas condições de trabalho, mas terminaram submetidos a trabalhos forçados, sem liberdade de locomoção, em condições desumanas e ilegais.

A petição mencionou a falta de proteção e garantias do Estado brasileiro, que não agiu adequadamente frente às denúncias e consentiu tacitamente com a persistência da irregularidade. Afirmou-se o desinteresse e a ineficácia das investigações e dos processos referentes aos assassinos e responsáveis pela exploração. As peticioná-

---

periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

73.

Art. 5º [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

rias aduziram que o Brasil violou os artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e à integridade pessoal), XIV (direito ao trabalho e a uma justa remuneração) e XXV (direito à proteção contra a detenção arbitrária) da Declaração Americana sobre Direitos e Obrigações do Homem; e os artigos 6º (proibição de escravidão e servidão); 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), conjugados com o artigo 1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em 2003, o Estado brasileiro assinou um acordo de solução amistosa, no qual reconheceu perante a comunidade internacional a responsabilidade pela omissão e assumiu compromissos relacionados ao julgamento e punição dos responsáveis, às sanções pecuniárias de reparação, às ações de prevenção, às modificações legislativas, às medidas de fiscalização e penalização, e à conscientização social acerca do trabalho escravo.

O caso José Pereira foi emblemático e consolidou a mudança de comportamento do Brasil diante da exploração do labor humano em condições de escravidão. A partir de então, o combate ao trabalho escravo ganhou força. No que tange à repressão, destacam-se as seguintes posturas: intensificaram-se as ações de fiscalização, com a criação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel de Combate ao Trabalho Análogo à Escravidão (GEFM), no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT); promoveu-se o resgate de quase cinquenta mil trabalhadores; ampliou-se o conceito de trabalho escravo para abranger a jornada exaustiva e as condições degradantes; e possibilitou-se a informação da sociedade e a restrição de crédito em instituições públicas (art. 4º da Lei 11.948/2009 e art. 106, § 1º, IV, da Lei 13.080/2015), mediante a divulgação do Cadastro de Empresas e Pessoas Autuadas por Exploração do Trabalho Escravo (“lista suja”).

Relativamente à prevenção e ao acolhimento do trabalhador resgatado, listam-se as seguintes medidas: garantiu-se renda aos trabalhadores libertados pela fiscalização laboral, com a instituição de uma modalidade específica de seguro-desemprego; viabilizou-

-se o controle dos movimentos migratórios, com a implantação da Certidão Declaratória de Transporte de Trabalhadores (CDTT), a ser apresentada aos órgãos do Ministério do Trabalho nas localidades de origem e de destino, no transporte de pessoas contratadas para trabalhar fora da região de domicílio; fortaleceu-se a prevenção e a reinserção do obreiro no mercado de trabalho em condições dignas, com a assinatura do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil e a implantação de projetos específicos baseados na articulação interinstitucional e na participação da iniciativa privada, como o Movimento Ação Integrada.

O Movimento Ação Integrada corresponde a uma iniciativa do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), da OIT e do Ministério Público do Trabalho (MPT), e ganhou o nome do exitoso projeto desenvolvido pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Mato Grosso (SRTE/MT). Em cinco anos de funcionamento, o projeto qualificou profissionalmente e alfabetizou 643 trabalhadores dos 1.648 abordados. O projeto de referência compreende a articulação dos parceiros envolvidos, para formar uma rede de proteção, qualificação e reinserção dos egressos do trabalho escravo no mercado. Objetiva-se encerrar o ciclo do trabalho escravo, por meio da eliminação da reincidência e do direcionamento de atenção ao trabalhador resgatado e seus familiares, para afastá-los de condições precárias de empregabilidade.

Destaca-se, ainda, a alteração promovida pela Emenda Constitucional 81 de 2014 (EC 81/2014). A partir dessa modificação, o art. 243 da CR/88 passou a conceber a expropriação de propriedade urbana ou rural utilizada para fins de exploração do trabalho escravo, destinando-as à reforma agrária e aos programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e independentemente de outras sanções previstas em lei.

De imediato, formou-se no Congresso Nacional um movimento em defesa da alteração do conceito de trabalho escravo, com a

pretensão de esvaziamento da tipificação contida no art. 149 do Código Penal, para afastar a jornada exaustiva e as condições degradantes. Todavia, ressalta-se que não falta regulamentação. Eventual sucesso desse movimento ocasionará a redução do alcance do texto constitucional e o retrocesso da noção vanguardista que o Brasil desenvolveu acerca do tema, notadamente depois do caso José Pereira. Trata-se, na verdade, de mais um instrumento à disposição da rede de combate para auxiliar na busca pela eliminação do labor escravo no território nacional.

### **3. CAPITALISMO, PRECARIZAÇÃO LABORAL E ENVOLVIMENTO DAS CADEIAS PRODUTIVAS**

O trabalho escravo apresenta-se como efeito colateral do avanço do sistema capitalista pelo mundo. A consolidação do regime promoveu a integração dos mercados e a modificação das estruturas econômicas. Revoluções industriais incentivaram a globalização e a implantação de diferentes políticas produtivas, orientadas pela redução dos custos e maximização dos lucros. Essas medidas refletem diretamente na qualidade das relações laborais. O capitalismo prioriza os objetivos de lucro dos detentores dos meios de produção em detrimento dos anseios do proletariado por melhores condições de trabalho e remuneração. O conflito de interesses resolve-se desfavoravelmente ao lado mais frágil.

Amparada no direito de propriedade, a ideologia liberalista demanda contínuas alterações nos modos de produção e nas relações laborais, e promove transformações sociais. Em superação ao taylorismo e ao fordismo, surgiu o toyotismo. Esse modelo persiste dominante e prega as ideias de produção enxuta – proporcional à demanda – e de estoque mínimo, para atender às exigências do mercado no menor tempo e com maior qualidade. Com essa nova concepção, fragmenta-se a organização e a exploração do trabalho. Troca-se a

estrutura vertical pela horizontal, com vistas à melhoria do produto e do tempo de resposta aos pedidos do mercado consumidor. Tornam-se comuns as redes de empresas coligadas em substituição ao paradigma da empresa completa, propugnada pelos modelos anteriores. As relações de trabalho seguem a mesma sistemática de flexibilização. Como consequência, a base das cadeias produtivas revela situações de precarização e de exploração do labor.

Ao tratar da realidade incentivada pelo atual modelo produtivo, Teitelbaum (2000, p. 27-29) afirma que “el empresario ya no ve al trabajador como un factor de producción y también como un consumidor (fordismo), sino sólo como un factor de producción cuyo costo hay que reducir en aras de la competitividad internacional”. Frisa que a ameaça de perder a ocupação e os empregos precários contribuem para diminuir a qualidade da vida ativa, citando como exemplos a “irregularidad y extensión en los hechos del horario de trabajo, incremento de la insalubridad y la inseguridad laboral, aumento de los accidentes de trabajo, de las enfermedades profesionales y del stress”.

Em tempos de globalização e de crise econômica estrutural, torna-se indispensável a luta em favor da preservação dos direitos sociais, como o direito ao trabalho. Nesse sentido, Gadotti (2000, p. 136) identifica a globalização capitalista como um “modelo de dominação econômico, político e cultural totalitário e excludente”, ao tempo em que reconhece no processo de globalização da sociedade civil a possibilidade de “novos movimentos sociais, políticos e culturais, intensificando a troca de experiências de suas particulares maneiras de ser, questionando as desigualdades no interior dos Estados-nações”. A globalização torna a sociedade cúmplice e culpada pelo que ocorre com as outras pessoas sobre a Terra (SANTOS e BORGES, 2015, p. 252), pensamento que deve servir para reforçar o compromisso em torno da superação das desigualdades e do fortalecimento da perspectiva democrática no âmbito da sociedade civil (GADOTTI, 2000, p. 136).

Inspiradas nesse anseio de coparticipação e interdependência, as ações fiscais buscam identificar o poder econômico relevante, responsável pela cadeia produtiva. O desvirtuamento da terceirização material, a presença de dependência econômica ou subordinação jurídica – subjetiva ou clássica, objetiva, integrativa ou estrutural – e a precarização das condições laborais são fatores que orientam a inspeção do trabalho na busca pelo principal beneficiário da rede de contratações que alimenta o trabalho escravo.

Desvirtua-se a finalidade original de focalização, pregada pelo toyotismo, para se promover a coisificação do obreiro. Essa postura não se alia ao banimento da comercialização do trabalho estampado no Anexo à Declaração de Filadélfia, que reconhece o valor social do trabalho e da dignidade humana, ao preconizar que o trabalho não é uma mercadoria.

Há que se combater a subordinação laboral à lógica da flexibilidade. Para Antunes e Druck (2014, p. 17), o capital reafirma a força de trabalho como mercadoria, compreendendo o descarte e a superfluidade como fatores determinantes da instabilidade e da insegurança no trabalho, como nunca antes alcançado. Os autores revelam, também, que a centralidade da terceirização na estratégia patronal concretiza formas de compra e venda da força de trabalho e disfarça ou traveste as relações sociais entre capital e trabalho, que na verdade amparam-se em contratações de pessoal por tempo determinado, flexíveis, em função do ritmo produtivo das tomadoras e das oscilações de mercado que desestruturam o trabalho.

Esconde-se o ponto fundamental, concernente no fato de a terceirização – sucessiva, no caso das cadeias produtivas – ter como objetivos centrais a redução dos salários, a constante retração dos direitos do trabalho e o aumento da fragmentação, para desorganizar a classe trabalhadora na esfera sindical e nas distintas formas de solidariedade coletiva. Salários menores, jornadas mais extensas e altas taxas de rotatividade revelam que a terceirização domina o

processo de corrosão do trabalho, razão pela qual está no centro dos debates mundo afora (ANTUNES e DRUCK, 2014, p. 24).

O trabalho não pode ser visualizado como uma simples mercadoria de troca pela sobrevivência ou subsistência, pois consagra valores que dignificam o ser humano no contexto social, psicológico e cultural. O empreendimento vincula-se à ordem econômica estruturada pela Constituição, que estabelece como fundamentos a dignidade humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (art. 1º, IV) e a função social da propriedade (art. 170, III), demandando a ação empresarial responsável como instrumento de proteção ao ambiente laboral. As organizações devem absorver, não apenas as externalidades positivas (crescimento econômico), mas também as externalidades negativas (degradação ambiental e prejuízos sociais). Segundo o tripé do desenvolvimento sustentável, precisam ser atendidos os critérios de relevância social, prudência ecológica e viabilidade econômica (CIRINO, 2014).

No exercício da atividade fiscalizatória, aplicam-se estudos e teorias jurídicas de responsabilidade objetiva e subjetiva, como a teoria da cegueira deliberada, do avestruz ou do domínio do fato, com origem no direito penal americano; da *ajenidad*, alheamento ou alteridade (art. 2º da CLT), que trata da assunção dos riscos pelo tomador da força de trabalho; do risco proveito, segundo o qual quem auferir o bônus deve suportar o ônus (art. 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor – CDC); e do risco criado, risco da atividade ou risco sistêmico, na forma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002.

A gravidade das situações encontradas pela fiscalização normalmente exige o resgate dos trabalhadores, por meio da rescisão indireta do contrato de trabalho e do pagamento das verbas correspondentes, emissão da guia de seguro-desemprego, bem como, eventualmente, arbitramento de dano moral individual mínimo, sem prejuízo de os obreiros buscarem judicialmente outros pleitos,

ou dos pedidos promovidos pelo MPT em ações coletivas ou em Termos de Ajuste de Conduta (art. 5º, § 6º, Lei 7.347/85).

Quando possível a reversão do quadro com a manutenção do vínculo empregatício, as exigências para a regularização passam, inexoravelmente, pelo atendimento mínimo das seguintes obrigações (MELO, 2012): reconhecimento do liame empregatício - anotação da Carteira de Trabalho e registro formal em livro, ficha ou sistema eletrônico; depósito das contribuições fundiárias (FGTS) e previdenciárias (INSS); remuneração adequada e pagamento dentro do prazo legalmente estipulado; respeito aos limites de jornada diário e semanal, e aos contornos legais para a exigência de horas extras; concessão de repouso semanal e férias, devidamente remunerados; zelo pela higidez do meio ambiente laboral, com vistas à implementação dos instrumentos normativos específicos, tais como a NR 04 (SESMT), a NR 05 (CIPA), a NR 07 (PCMSO), a NR 09 (PPRA), a NR 17 (análise ergonômica de trabalho), a NR 18 (PCMAT), a NR-24 (condições de higiene e conforto das instalações) e a NR-31 (trabalho rural).

Na região Amazônica, a inspeção do trabalho já constatou trabalho escravo em atividades como o plantio de milho, arroz e soja; o desmatamento ilegal, para comercialização de madeira; a abertura de área para pasto; as carvoarias, para fornecimento de matéria prima utilizada no ramo da siderurgia; e a extração e beneficiamento da castanha de caju.

Os riscos ambientais atrelados ao avanço em direção à floresta exigem profundas discussões acerca da disseminação do trabalho escravo na Amazônia e dos rumos que essa prática pode tomar, caso não seja devidamente enfrentada e efetivamente combatida pelo poder público e pela sociedade.

#### **4. TRABALHO ESCRAVO NO CONTEXTO AMAZÔNICO**

Estudos sobre os casos de escravidão no Brasil identificaram como foco das ocorrências a região sudeste do estado no Pará (FER-

NANDES, 2006). A análise do processo histórico do trabalho escravo na Amazônia e da racionalidade econômica por trás dessa prática identificou a expansão do sistema capitalista como um dos fatores para a retomada da escravidão nos anos 1960.

Aponta-se a instalação de grandes empreendimentos, apoiados direta ou indiretamente pelo Estado, como circunstância histórica que propiciou o avanço do arco do desmatamento e do trabalho escravo na Amazônia, a partir do regime militar. Depois do sistema de aviamento (período da borracha), esse novo marco deu-se em virtude da política de abertura e integração da região à economia nacional, por meio de investimentos públicos na iniciativa privada, da distribuição de terras e da colonização, que intensificaram os fluxos migratórios desregrados (FERNANDES, 2006).

Conforme observa Mesquita (2011, p. 47), “quase meio século de crescimento econômico pouco alterou o perfil socioeconômico da população ali residente e/ou articulada à produção”. Afirma que, na verdade, a crise da borracha deixou parcela significativa da população ainda mais depauperada e sem alternativa em razão do baixo preço do produto, o que redundou no retorno de uma parcela dos envolvidos aos locais de origem e na infiltração de outros na floresta à procura de sobrevivência.

A contraposição entre o incentivo à monocultura (Revolução Verde) e a concepção baseada na reforma agrária (anseio social) revolveu-se em favor daquela. Como distorções do modelo desenvolvimentista (FERNANDES, 2006), notam-se a desregionalização do capital (empresários não residentes); o baixo grau empregabilidade (expropriação e exploração do trabalho); a prevalência de projetos agropecuários (quanto maiores as porções de terra, maior o investimento estatal e menor o custo); os ganhos especulativos sobre a terra subutilizada; os conflitos sociais violentos resultantes na expulsão de camponeses; a acelerada degradação ambiental; e, por fim, a confusão entre as noções de crescimento

econômico e de desenvolvimento social, tendo esse último sido prejudicado pela omissão e ausência estatal.

Além de ausente, o Estado brasileiro funcionou direta ou indiretamente como maior responsável por essa reconfiguração, e, conseqüentemente, pelo conflito territorial daí emergente. As empresas estatais, o financiamento público e o grande capital atuaram sobre territórios e áreas secularmente apropriados, forçando a uma nova estruturação desse espaço, com exclusão de antigos sujeitos que agora não conseguem reconquistá-lo e ou serem realocados (MESQUITA, 2011, p. 51-52). Quanto a esse ponto, Costa (2009, p. 21) lembra que “persistem a mentalidade e os métodos arcaicos de séculos passados, expressos na violência com que populações tradicionais são expulsas das terras que ocupam e na submissão de milhares de homens a condições de trabalho análogas à escravidão”.

Os principais setores econômicos relacionados ao trabalho escravo na Amazônia são a pecuária, a extração de madeira e a exploração do carvão vegetal, que representa 90% do abastecimento da indústria siderúrgica (FERNANDES, 2006). Ao tratar do rápido aumento da extração de madeira na Amazônia, Fearnside (2012, p. 123) observa que normalmente isso ocorre em áreas onde o acesso a mercados e portos é relativamente fácil, “como o sul do Pará, norte do Mato Grosso, e Rondônia; naquelas localidades, atualmente, ocorre uma exploração sem precedentes no número de serrarias”.

Nota-se, então, que o capital escraviza para reduzir os custos da cadeia produtiva e manter preços competitivos no panorama econômico global. A floresta e o conjunto de trabalhadores explorados sofrem para proporcionar a geração de produtos com lugar certo no mercado mundial. O Pará tem a maior incidência de trabalho escravo e o segundo maior índice de grilagem de terra. No estado, os trabalhadores escravizados geralmente são provenientes da região Nordeste. Mais vulneráveis, tornam-se presas fáceis dos “gatos”. Por desconhecerem a geografia do estado e não saberem a

localização precisa, não têm meios para fugir, além de serem alvos de vigilância constante (LOUREIRO e PINTO, 2005, p. 89).

Para romper o ciclo da escravidão, levando em consideração as sugestões de Fernandes (2006) e acrescentando-se outras, pode-se apontar a implementação da reforma agrária; o investimento em agricultura familiar; a adoção de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais (educação, saúde e trabalho); a intensificação das ações fiscais; a efetiva punição dos responsáveis; a continuidade de iniciativas como a “lista suja”, o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo e o envolvimento dos principais beneficiários das cadeias produtivas, no controle da atividade laboral sustentadora da rede de fornecimento; e a aplicação de confisco previsto pela EC 81/2014, que trata da expropriação de propriedade urbana ou rural utilizada para fins de exploração do trabalho escravo (art. 243 da CR/88).

Dessa relação, ressalta-se que os planos de ação governamental de enfrentamento da exploração do labor escravo devem compreender a educação e o fomento de políticas públicas de desenvolvimento das regiões de origem dos obreiros, para evitar a migração para fins de labor escravo. Além da postura repressiva, necessita-se de desenvolvimento humano e da geração de postos de trabalho e nessas localidades (NASCIMENTO, 2012, p. 170).

Ademais, conforme Palma e Geremias (2015, p. 247), as ações governamentais de divulgação devem ter como principais destinatários as comunidades em situação de vulnerabilidade social e contribuir para a conscientização da sociedade civil, no que tange à erradicação do trabalho escravo contemporâneo e à importância da colaboração com denúncias e informações relevantes.

Também pode ser avaliada a criação de um selo de certificação do produto socialmente limpo, como reconhecimento aos produtores que respeitem as normas trabalhistas. A aplicação do selo de procedência agregaria valor aos produtos e o consumidor final estaria adquirindo um produto social e ecologicamente correto. Para tanto,

deve-se analisar toda a cadeia, do fornecimento da matéria prima até o produto final, para saber se houve trabalho escravo no processo. A visibilidade e a informação funcionariam, assim, como armas para o combate ao trabalho escravo (NASCIMENTO, 2012, p. 160).

## **5. IMPORTÂNCIA DO INVESTIMENTO NAS AÇÕES DE FISCALIZAÇÃO**

A Auditoria Fiscal do Trabalho possui previsão constitucional (art. 21, XXIV) e supralegal (Convenção 81 da OIT; art. 4º, II, e 5º, § 2º, CR/88) ou legal (art. 626 a 634 da CLT), e consiste em instituição promotora dos direitos fundamentais do trabalho. O fortalecimento do órgão de fiscalização detentor do poder de polícia administrativa em matéria trabalhista pode contribuir para a maior efetividade da proteção dos direitos do trabalhador, especialmente nas localidades fornecedoras de mão de obra escrava e de destino, para a garantia do atendimento aos direitos sociais mínimos a essas pessoas.

Para tanto, necessitam-se, além de outras, das seguintes atitudes: reconhecimento da relevância e da autonomia administrativa e orçamentária para o desempenho das atribuições, por meio da aprovação de Lei Orgânica específica; e repreensão das medidas retaliatórias adotadas em desfavor da inspeção do trabalho – como no caso da Chacina de Unaí, em que foram vitimados um motorista e três Auditores Fiscais do Trabalho –, pois a falta de punição enfraquece o combate à escravidão e deixa de garantir a função pedagógica do Direito Penal.

Outro ponto a ser ressaltado consiste na urgência da realização de concursos públicos periódicos, para recomposição dos quadros defasados em quase um terço – atualmente, são mais de mil vagas disponíveis; criação de novos cargos, nos moldes preconizados pela OIT – segundo a instituição, o Brasil deveria manter nove mil fiscais, praticamente o quádruplo do quantitativo existente; estipulação de remuneração condigna com os encargos assumidos; e

o restabelecimento do número de equipes do GEFM, afetado pela redução dos quadros e dos investimentos estratégicos na área.

A atuação da inspeção do trabalho é fundamental para o funcionamento dos órgãos da rede de proteção do trabalho, pois se articula com o MPT (para a propositura de TAC e o ajuizamento de ações coletivas, com eventual pedido de dano moral coletivo); a Polícia Federal e o Ministério Público Federal (responsabilização criminal).

Imprescindível também é a contribuição do órgão para a responsabilização judicial do explorador, o que se dá por meio da lavratura de autos de infração (art. 628 da CLT), da confecção de relatórios circunstanciados e da prestação de depoimento em juízo, para complementar as informações sobre os procedimentos fiscalizatórios (art. 400 da CLT), ou objetivo diverso pretendido pelo magistrado (art. 131 do CPC e art. 765 da CLT).

## **6. CONCLUSÃO**

O constante remodelamento do sistema capitalista implica em mudanças dos modelos produtivos e, ao mesmo tempo, das relações de trabalho. Todavia, os interesses dos detentores dos meios de produção devem ser conjugados com os direitos fundamentais laborais, e não desconsiderá-los. A defesa do trabalho decente consiste em um desafio a ser superado cotidianamente contra a exploração obreira. O combate ao trabalho escravo busca afastar esse quadro de descaso e precarização.

Cuida-se para que o desempenho da livre iniciativa ocorra em atenção à função social, ao princípio da não mercantilização do trabalho e a todo o plexo de direitos fundamentais relacionados ao labor, conquistados ao longo da história e reconhecidos pelo texto constitucional e pelas normas internacionais integrantes do ordenamento pátrio.

Garantir as ações de fiscalização, a punição dos responsáveis e o pagamento das verbas devidas são uma pequena parte da solução do problema. Além de se basear majoritariamente em medidas

paliativas e posteriores, a atuação estatal deve ser antecedente e preventiva. O rompimento do ciclo da escravidão e a retirada do trabalhador da condição de vulnerabilidade dependem do investimento em políticas públicas, do envolvimento de outras esferas estatais e da sociedade civil organizada, da disseminação de informações a respeito da prática, e da formação e qualificação adequadas das pessoas sujeitas à exploração.

Se antes a cultura escravocrata baseava-se preponderantemente na exploração do labor negro e indígena, a realidade atual demonstra que os fatores social e econômico são determinantes para viabilizar a subjugação de um ser humano pelo outro. A abolição da escravidão clássica, em que o Estado reconhecia a propriedade de um indivíduo sobre o outro, atingiu apenas o plano da formalidade. Deixou-se de tolerar aquela prática; no entanto, o mesmo sistema capitalista que demandou a libertação dos escravos para inserção no ciclo de consumo e produção mundial tratou de incentivar uma nova concepção de trabalho escravo.

Esse quadro desenvolveu-se a partir da omissão estatal e da interferência direta ou indireta de recursos públicos. Foi o que se verificou no período integracionista, a partir da década de 1960, em que se intensificaram a exploração de recursos naturais e humanos envolvidos na expansão sobre o território amazônico. O avanço do arco da escravidão decorre da demora do Estado em reconhecer e adotar medidas efetivas para evitar e reprimir o trabalho escravo na Amazônia. A luta contra a escravidão nessa região do Brasil precisa ser travada com seriedade, sob pena de a exploração extrema do labor perdurar enquanto houver floresta a ser derrubada e bens naturais a serem explorados.

Quantos “José Pereira” ainda precisam ser subjugados para que o trabalho escravo seja efetivamente punido no país e haja investimento em medidas preventivas, como a melhoria das condições sociais da população vulnerável? O crescimento econômico deve

estar atrelado ao desenvolvimento humano. Poder público e sociedade precisam atuar conjuntamente para banir essa prática da realidade brasileira. Nenhuma riqueza pode ser nobre se amparada no tratamento desumano das pessoas que contribuem para gerá-la.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. A epidemia da terceirização. In: ANTUNES (org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil III**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, p. 13-24, 2014.
- BELTRAMELLI NETO, Sílvio. **Direitos Humanos**. Salvador: JusPodivm, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > . Acesso em: 10 jun. 2016.
- CALVET, Felipe; GARCÍA, Eloá dos Santos Marques. Os 70 anos da clt – avanços e retrocessos. In: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (70 anos da CLT)**, v. 2, n. 24, p. 12-17, out 2013.
- CIRINO, Samia Moda. Sustentabilidade no meio ambiente de trabalho: um novo paradigma para a valorização do trabalho humano. In: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Direito e sustentabilidade)**, v. 3, n. 28, p. 85-115, 2014.
- COSTA, Kelerson Semerene. Apontamentos sobre a formação histórica da Amazônia: uma abordagem continental. In: **Série Estudos e Ensaios**, Ciências Sociais, FLACSO Brasil, 25p, jun. 2009.

DELGADO, Gabriela Neves; Ana Carolina Paranhos de Campos, RIBEIRO. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. In: DELGADO Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo Britto (org.). **Trabalho, constituição e cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.

FEARNSIDE, Philip M. Modelos de uso de terra predominantes na amazônia: um desafio para sustentabilidade. In: **Amazônia: uma perspectiva interdisciplinar**. Universidade Federal do Amazonas, p. 103-154, 2012.

FERNANDES, Luciana Sá. **Contabilizando os custos do trabalho escravo em empresas e fazendas**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Pará, Belém, 2006. Disponível em <<http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/1872>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

FLAITT, Isabela Parelli Haddad, O trabalho escravo à luz das convenções 29 e 105 da organização internacional do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; REZENDE, Lorena de Mello (coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014.

GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da terra**. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2000.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A OIT e a uniformização das normas trabalhistas. In: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região** (Normas internacionais), v. 1, n. 3, p. 11-78, dez. 2011.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky; PINTO, Jax Nildo Aragão. A questão fundiária na Amazônia. In: **Revista Estudos Avançados da USP**, v. 19, n. 54, p. 77-98, 2005.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MESQUITA, Benjamin Alvino de. A dinâmica recente do crescimento do agronegócio na Amazônia e a disputa por territórios. In: SAUER, Sérgio; ALMEIDA, Wellington (org.). **Terras e territórios na amazônia: demandas, desafios e perspectivas**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 45-65, 2011.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do. **Políticas públicas de combate ao trabalho escravo rural contemporâneo no Brasil: análise da responsabilidade do estado na erradicação da exploração da mão de obra escrava a partir dos paradoxos da realidade normativa, jurisprudencial e social brasileira**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2012. Disponível em < <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/5642> > . Acesso em: 30 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Conferência Internacional do Trabalho. Convenção 81. **Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio**. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/457> > . Acesso em: 13 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Declaração relativa aos fins e objetivos da organização internacional do trabalho**. Disponível em < <http://www.dgert.msess.pt/declaracao-de-filadelfia> > . Acesso em: 13 jun. 2016.

PALMA, Darléa Carine; GEREMIAS, Elizabete. As políticas públicas de combate ao trabalho escravo contemporâneo como instrumento de efetivação do direito fundamental ao trabalho digno. In: BIER, Clerilei Aparecida; BADR, Eid; XIMENES, Julia Maur-

mann (coord.). **Direitos sociais e políticas públicas**. CONPEDI/UFS (org.). Florianópolis: CONPEDI, p. 228-250, 2015.

SANTOS, Leyde Aparecida Rodrigues dos; BORGES, Amanda Tavares. Projeto de lei 4330/04 - novos rumos da terceirização no Brasil. In: NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; CECATO, Maria Aurea Baroni (coord.). **Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II**. CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara (org.). Florianópolis: CONPEDI, p. 244-269, 2015.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. O trabalho forçado contemporâneo – comentários às convenções fundamentais 29 e 105 da organização internacional do trabalho – o texto e o contexto. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; REZENDE, Lorena de Mello (coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

TEITELBAUM, Alejandro. La crisis actual del derecho al desarrollo. **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**, n. 11. Bibao: Universidad de Deusto, 2000.

IMIGRAÇÃO PARA O TRABALHO:  
ACESSO DOS TRABALHADORES  
ESTRANGEIROS À JUSTIÇA NO BRASIL  
Erica Ribeiro Guimarães<sup>74</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Apesar da crise política, o Brasil ainda tem se revelado no cenário internacional como um país de economia emergente, porquanto possui perspectivas de crescimento baseadas, principalmente, na exportação de commodities agrícolas e minerais, bem como no desenvolvimento da indústria.

Acrescenta-se que, após a estabilização no cenário político, as expectativas são que o Brasil retome o crescimento. Ao lado disso, observa-se que o contexto político e econômico de muitos países da América Latina - marcados pela desaceleração da economia, desemprego, instabilidade política e até mesmo conflitos armados - tem levado milhares de pessoas a vislumbrarem o Brasil como o “país emergente”. Por tais razões, verifica-se um crescimento potencial do número de imigrantes que ingressaram legalmente e/ou de forma irregular em terras brasileiras, a maioria em busca de trabalho ou fugindo da precária situação que o seu país de origem vivencia.

Assim, há de se questionar: Como esses imigrantes ilegais podem ter seus direitos trabalhistas tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro? Quais os meios podem ser utilizados para o efetivo acesso à justiça para os estrangeiros? Esse artigo se propõe a trazer

---

74. Advogada. Aluna Especial do Programa de Pós Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada em Direito pela UFBA em 2015.2.

ao debate acadêmico-jurídico o fato social da migração para o trabalho, no intuito de repensar a maneira como muitos operadores do direito entendem a aplicação das leis trabalhistas.

Com o fenômeno da mundialização e integração das normas jurídicas nos dias atuais, não há que se cogitar a interpretação das leis por mera subsunção do enunciado normativo ao caso concreto. Ao revés, as leis devem ser observadas conforme a Constituição e aos valores que norteiam a dignidade da pessoa humana.

## **2. BUSCA POR TRABALHO E CIDADANIA**

Um dos principais motivos que levam milhares de pessoas a deixarem seu país de origem rumo a uma terra desconhecida é a busca por trabalho. Os imigrantes, na maioria das vezes, estão em busca de um país estável economicamente, pacífico e que ofereça boas condições de trabalho, contudo, quando vivenciam a realidade da sua “nova terra” nem sempre é como a sonhada (PRADO, 2015, p. 225).

A precarização do trabalho para esses imigrantes tornou-se algo corriqueiro, haja vista que a maior parte encontra-se em situação irregular no país. Alguns porque adentram ao território com visto temporário (turistas, estudantes, cientistas, negociantes, correspondentes de rádio, jornal, televisão ou agência de notícias estrangeiras, dentre outros) e permanecem no Brasil trabalhando de maneira clandestina. Outros, como os fronteiriços e refugiados, por não conseguirem autorização para trabalhar, também mantem-se às escondidas com subempregos (CORTES, 2016).

Sem a carteira trabalho, os estrangeiros só conseguem algum emprego de maneira clandestina e frequentemente não gozam dos direitos trabalhistas, ao contrário, são altamente explorados, sendo submetidos a condições análogas ao trabalho escravo (COLOMBO, 2015, p. 89). Outros, ao seu passo, aventuram-se como vendedores ambulantes nas ruas das grandes cidades, como *e. g.*, na metrópole São Paulo, eles

vendem artesanatos, roupas, utensílios domésticos, comidas, dentre outros produtos que possam garantir à sua sobrevivência.

No Brasil, a concessão da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) aos imigrantes depende da condição que o estrangeiro se encontra no país, por exemplo, aqueles que já conseguiram o *status* de refugiado possuem maior facilidade na obtenção da CTPS em relação àqueles que solicitaram o refúgio e ainda estão aguardando a decisão de deferimento ou indeferimento do pedido. Semelhantemente, ocorre com os que requerem o asilo político no Estado brasileiro. Além desses, tem-se os imigrantes fronteiriços, temporários, permanentes, maiores de 51 anos ou deficientes físicos, dependente de pessoal diplomático e consular de países que mantém convênio de reciprocidade para o exercício de atividade remunerada no Brasil, dentre outros; o fato é que cada um deles deverá se submeter a um rito burocrático diferenciado para a concessão da carteira de trabalho (CARTEIRA..., 2016).

No caso dos imigrantes provenientes de países que integram o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL mais Bolívia e Chile, em 6 de dezembro de 2002, foi celebrado um Acordo de Regularização Migratória e de Residência, com a participação da Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Bolívia e Chile (BRASIL. Decreto n. 6.975, 2009). Contudo, tal tratado internacional apenas se consolidou em 7 de outubro de 2009, data em que surge o Decreto de nº 6.975.

Foi a partir desse diploma legal é que os direitos previstos no referido Acordo para nacionais dos Estados partes do MERCOSUL mais Bolívia e Chile, finalmente, puderam ser exigidos no território brasileiro. Este que, dentre outros direitos, dispôs:

IGUALDADE DE DIREITOS CIVIS: Os nacionais das Partes e suas famílias, que houverem obtido residência, nos termos do presente Acordo, gozarão dos mesmos direitos e liberdades civis,

sociais, culturais e econômicas dos nacionais do país de recepção, em particular o direito a trabalhar e exercer toda atividade lícita, nas condições que dispõem as leis; peticionar às autoridades; entrar, permanecer, transitar e sair do território das Partes; associar-se para fins lícitos e professar livremente seu culto, conforme as leis que regulamentam seu exercício. (BRASIL. Decreto n. 6.975, 2009). (grifou-se)

Infere-se, assim, que a maior parte do fluxo migratório, na América do Sul, ocorre em busca de melhores condições de vida e trabalho, de modo que o Brasil tem atraído milhares de estrangeiros que sonham em construir um futuro no maior país da região. A despeito de o Acordo de Regularização Migratória e de Residência ser um avanço por prever direitos aos sul-americanos, há muito a ser feito, principalmente porque ainda paira sobre as relações de emprego a ideia de que o imigrante é um “estranho”, que não merece ser tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio.

### **3. ACESSO DOS TRABALHADORES ESTRANGEIROS À JUSTIÇA NO BRASIL**

Como é cediço, o acesso à justiça não se concentra somente no acesso ao Judiciário quando se postula ao Estado-juiz, é mais que isso, pois “significa também o direito ao devido processo, vale dizer, direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz” (SOUZA, 2011, p. 26). Noutras palavras, o acesso à justiça permeia todo o ordenamento jurídico, de tal modo que impõe o acesso a uma ordem jurídica justa, respeitando-se todas as garantias processuais existentes (CAPELLETTI, 1988, p. 15).

Não por outro motivo, o Prof. Dr. Wilson Alves de Souza explica que:

(...) o acesso à justiça é, ao mesmo tempo, uma garantia em si mesmo e também um direito fundamental; mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça. (SOUZA, 2011, p. 84)

Assim, pode se inferir que o acesso à justiça existe para todas as pessoas, independentemente de origem, raça, condição econômica, religião, etc., isso porque é, acima de tudo, um valor fundamental, inerente à dignidade da pessoa humana. Logo, é primordial à efetivação desse direito, tanto na ordem jurídica interna como na ordem internacional (CESAR, 2002, p. 46).

Nesse mesmo entendimento, afirmam os ilustres mestres Cappelletti e Garth: “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPELLETTI, 1988, p. 12).

No Brasil, comumente os conflitos de interesses intersubjetivos, sejam relacionados ao Poder Público ou não, quando não solucionados na esfera da autonomia privada ou por outras vias administrativas, em regra, podem ser levados ao Poder Judiciário. Isto porque cabe à Justiça interpretar e aplicar, aos casos concretos, os direitos e obrigações que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

Desse modo, compete à Justiça do Trabalho julgar conflitos individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, incluindo aqueles que envolvam entes de direito público externo e a administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, o estrangeiro que trabalha no Brasil, ainda que informalmente, pode reivindicar as

garantias trabalhistas previstas na Constituição Federal, mediante provocação na Justiça Especializada.

Vale lembrar, “a Justiça que a Constituição faz referência não remete apenas ao Poder Judiciário, mas à Justiça em sentido material, que, conforme se deduz, não é outra senão a justiça social, cujos ditames devem conduzir ao bem-estar exigido para uma existência digna” (DANTAS, 2013, p. 199).

### **3.1 Situação jurídica dos estrangeiros residentes**

A Constituição do Brasil, promulgada em 1988, dispõe no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, *caput* do art. 5º:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) (BRASIL, 1988) (grifou-se).

A partir desse dispositivo constitucional, pode-se notar que para os estrangeiros residentes no Brasil impera o princípio da igualdade, ressalvadas algumas poucas exceções trazidas pela própria Constituição.

Essas exceções estão no artigo art. 12, § 3º da CF/88, que determina a exclusividade para brasileiros natos dos seguintes cargos: Presidente e Vice Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Diplomacia, Oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa. Outra diferenciação encontra-se no inciso LI, do art. 5º da CF que autoriza a extradição apenas do brasileiro naturalizado nos casos de crime comum praticado antes da naturalização e/ou comprovado envolvimento em tráfico ilícito

de entorpecentes e drogas afins, não importando quando houve a naturalização (ANJOS FILHO, 2015, p. 52).

Ressalvadas essas situações, qualquer discriminação por motivo de procedência nacional é inaceitável, tendo em vista a prevalência do postulado da isonomia de tratamento. Além disso, é também crime, como acentua a Lei nº 7.716/89, em seu art. 20, *in verbis*:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) (grifou-se)

Nesse sentido, a Lei Federal mexicana em 2003, buscando prevenir e eliminar a discriminação adicionou no parágrafo único do art. 4º a previsão expressa relativa à proteção aos estrangeiros (MALLETT, 2013, p. 55): “Tambien se entendera como discriminacion la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones”.

Em síntese, é inconstitucional qualquer tratamento diferenciado a estrangeiros residentes no país em relação a brasileiros natos, seja para beneficiar àqueles<sup>75</sup>, ou mesmo, para favorecer o trabalho de nacionais em detrimento dos estrangeiros<sup>76</sup>, isto porque a Constituição os iguala, de sorte que qualquer discriminação necessita ser inserida expressamente na Lei Maior do Brasil.

Com base nos princípios constitucionais do acesso à justiça (inciso XXXV, do art. 5º da CF/88) e da isonomia (*caput*, do art.5º da CF) foi que a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho

---

75. O STF julgou ofensivo ao princípio da igualdade a não extensão a trabalhadores brasileiros de regime de vantagem previsto em regulamento de empresa, com aplicação restrita aos trabalhadores nacionais do país do empregador (STF, 2ªT., RE n. 161.243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, jug. em 29.10.1996).

76. A proporcionalidade imposta pelos artigos 352 e seguintes da CLT é considerada inconstitucional por afronta ao princípio da isonomia, conforme MALLETT, Estêvão.

(TST) manteve decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT-10) que reconheceu a competência da Justiça do Trabalho do Brasil para julgar reclamação trabalhista movida por um etíope em face de um diplomata brasileiro<sup>77</sup>.

Ocorreu que certo cidadão etíope prestou serviços para embaixadas do Brasil na África e em ilhas do Caribe, exercendo funções de motorista e auxiliar de serviços gerais para o embaixador brasileiro. Ademais, o autor sustentou no processo judicial que foi levado para o Rio de Janeiro, com o propósito de trabalhar diretamente para o embaixador. Sucedeu que o estrangeiro foi despedido sem justa causa, quando então, mudou-se para o Distrito Federal e ingressou com uma reclamatória trabalhista na 3ª Vara do Trabalho de Brasília.

O diplomata, réu na demanda, arguiu a incompetência da Justiça brasileira para julgar o feito, sob a alegação de que a prestação de serviço nunca ocorreu no Brasil, bem como, por ser o empregado estrangeiro. Sustentou, ainda, em sua defesa que o autor somente esteve no Rio de Janeiro para gozar férias e fazer tratamento ocular.

No julgamento da primeira instância, o processo foi extinto sem julgamento do mérito, na fundamentação, a juíza expôs que como não houve prova sobre a atividade no Brasil e o trabalhador é estrangeiro aplica-se o § 2º, do art. 651 da CLT, em que a competência da Vara do Trabalho é determinada pelo local da prestação dos serviços e se estende para atender às demandas que envolvam empregados brasileiros que trabalham em agência ou filial em outra nação, desde que não haja convenção internacional dispondo o contrário. Logo, defendeu a magistrada que, o caso em apreço, não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas para atuação da Justiça Obreira do Brasil.

Houve recurso para o TRT da 10ª Região, movido pela parte autora. No acórdão proferido, o Tribunal decidiu que os dispositivos legais da CLT precisam ser interpretados conforme a Constituição Federal, de modo que a limitação prevista no parágrafo 2º, do art.

---

77. Processo Nº RT-842-16.2013.5.10.0003, julgado em 30/01/2014 pela 3ª Vara do Trabalho.

651 da CLT, não condiz com os princípios constitucionais do acesso à justiça (sendo este também uma garantia) e o princípio da igualdade, os quais se destinam a toda pessoa que esteja no Brasil, independentemente de sua procedência nacional. Acrescenta-se, ainda, que o acórdão reconheceu a competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 12 do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pois o diplomata tem domicílio no Brasil. Assim, foi declarada a competência da Justiça brasileira, determinando o retorno do processo ao juízo de primeiro grau, a fim de prosseguir com o julgamento do mérito.

Em seguida, a parte ré interpôs Recurso de Revista (RR), buscando reverter a decisão, sendo este inadmitido no juízo preliminar de admissibilidade dos recursos. Por fim, foi ajuizado Agravo de Instrumento ao Recurso de Revista (AIRR) para o TST, contudo, a ministra Delaíde Miranda Arantes, negou conhecimento ao recurso movido pelo reclamado. Segundo a ministra, o julgamento sobre a competência territorial foi uma decisão interlocutória, tendo em vista se tratar de questão incidente, acessória aos principais pedidos. Esclareceu ainda que, na Justiça do Trabalho, não cabe RR imediato contra decisão interlocutória, salvo às exceções previstas na Súmula 214 do TST, porém, *in casu*, não são aplicáveis, consoante se vislumbra na ementa do julgado<sup>78</sup>:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. TRABALHADOR ESTRANGEIRO A SERVIÇO DE BRASILEIRO NO EXTERIOR. **LIMITAÇÃO LEGAL (CLT, ART. 651, § 2.º) DE CARÁTER NITIDAMENTE DISCRIMINATÓRIO. NÃO RECEPÇÃO PELA ORDEM CONS-**

---

78. PROCESSO Nº TST-AIRR-842-16.2013.5.10.0003. 2ª Turma, Ministra Delaíde Miranda Arantes, julgado em 31/08/2016. Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=255170&anoInt=2014>, acesso em 28 de set. de 2016, às 11h28min.

TITUCIONAL ATUAL (CF, ART. 5º, XXXV). INCI-DÊNCIA DA REGRA GERAL DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DA JUSTIÇA BRASILEIRA (CPC, ART. 88, II). CRITÉRIO MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RECLAMADO DOMICILIADO NO BRASIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA (SÚMULA 214 DO TST). Não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos contidos no art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido. (grifou-se).

Dado o exposto, vislumbra-se que os princípios do acesso à justiça e da isonomia são postulados que não podem ser desprezados por concepções discriminatórias, não condizentes com Estado Democrático de Direito e, ainda, com o valor máximo que norteia todo o sistema jurídico moderno: a dignidade da pessoa humana.

### **3.2 Estrangeiros em situação irregular**

Diferentemente dos estrangeiros que possuem visto permanente no Brasil, os que possuem visto temporário, salvo algumas exceções, estão proibidos de trabalhar no território brasileiro. Por essa razão, muitos estrangeiros embora tenham conseguido entrar no Brasil de forma legal, permanecem no território brasileiro de maneira irregular, mormente por não conseguirem a renovação do visto.

Importante frisar que a permissão para o ingresso de estrangeiro em território nacional é ato discricionário do Estado, logo, o visto não constitui um direito subjetivo à entrada e, muito menos, à permanência no território, representando mera expectativa de direito (Migrações..., 2016).

Quando os estrangeiros precisam trabalhar e não conseguem a autorização legal para tanto (carteira de trabalho), passam a exercer atividades laborativas de maneira irregular, seja como empre-

gados subordinados não registrados ou como autônomos no mercado informal. Destarte, considerando que a Justiça do Trabalho tem como função essencial a efetividade dos direitos trabalhistas, evidente se torna a necessidade de se valorizar a realidade em detrimento da mera formalidade documental (VILLELA, 2010, p. 74), de modo a preservar a garantia do acesso à justiça para todos, independentemente de sua nacionalidade. Noutras palavras, segundo Fábio Goulart Villela (2010, p. 74), significa afirmar que a relação jurídica estipulada pelos contratos ou qualquer outro documento formal precisa estar conforme a realidade objetiva dos fatos.

Caso contrário, tais arcabouços formais serão considerados nulos, consoante dispõe o art. 9º da CLT, *in verbis*: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, 1943).

Assim, uma relação de emprego pode ser configurada - se presentes os requisitos do art. 3º da CLT - mesmo que exista documento formal dispondo o contrário, de sorte que prevalece o *modus operandi* em que se desenvolveu a prestação do serviço (VILLELA, 2010, p. 75).

O princípio da primazia da realidade pode ser observado à luz do acesso à justiça tendo em vista que, como afirmado alhures, o acesso à justiça ultrapassa os limites do acesso ao Judiciário, já que representa a garantia de uma ordem jurídica justa (equitativa).

Portanto, “(...) não há lugar, na atualidade, para a afirmação de que acesso à justiça significa apenas manifestar postulação ao Estado-juiz, como se fosse suficiente garantir ao cidadão o direito à porta de entrada dos tribunais” (SOUZA, 2011, p. 25). Nesse raciocínio, esclarece ainda a Professora Maria Tereza Sadek (2001, p. 7):

Os direitos são letra morta na ausência de instâncias que garantam o seu cumprimento. O Judiciário, deste ponto de vista, tem um papel

central. Cabe a ele aplicar a lei e, consequentemente, garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos.

Conquanto, a legislação pátria tenha diversos dispositivos vedando a contratação de estrangeiros não registrados (arts. 359 da CLT e 4º, 5º, 15, 30, 48, 97 e seguintes da Lei nº 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro) e, por conseguinte, inibindo a atuação desta Justiça Especializada nessas lides; os Tribunais da Justiça Obreira têm entendido que se houve a relação de emprego - nos termos do art. 3º da CLT -, com base nos princípios da primazia da realidade e inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), há competência para a Justiça do Trabalho do local da prestação de serviço no Brasil para processar e julgar os feitos envolvendo trabalhadores estrangeiros, ainda que estes estejam em situação irregular.

Embora ainda existam oscilações na jurisprudência brasileira, tem prevalecido o entendimento de que se aplicam as garantias trabalhistas previstas no art. 7º da CF/88 aos trabalhadores estrangeiros que foram contratados irregularmente (desde que não exerçam atividade ilegal). Dessa forma, os efeitos da relação de emprego são anuláveis (ex-nunc), ou seja, apenas produzem efeitos do momento da decisão para o futuro, sendo-lhes garantidos os direitos trabalhistas consolidados.

Outro raciocínio diferente desse pode representar um incentivo à precarização das relações laborais, já que ao negar aos estrangeiros sem registro a aplicabilidade das normas protetivas ao direito do trabalho, certamente, haverá um incentivo para a contratação destes em detrimento dos trabalhadores brasileiros, uma vez que os nacionais poderiam ser socorridos pela Justiça, enquanto os estrangeiros não<sup>79</sup>.

---

79. Nesse sentido, encontra-se o RO 0000583-15.2011.5.01.0432, proferido pelo Des. Rel. Gustavo Tadeu Alkmim, do TRT 1ª Região, julgado em 29/05/12. Ressalta-se um trecho do voto: "Dessa forma, não se pode negar ao estrangeiro, ainda que em situação irregular no Brasil, direitos concedidos pela lei a qualquer trabalhador, uma vez constatado, como é o caso dos autos, a existência de uma relação típica de emprego, nos moldes da CLT. Seria um incentivo à precarização das relações laborais, um desprezo à dignidade da pessoa humana, que não se restringe aos brasileiros, os quais, por muito tempo, já sofreram esse tipo de discriminação no então chamado "Primeiro Mundo". Nem se diga, como atualmente alguns defendem, em razão do êxodo haitiano, que

Demais disso, a garantia da inafastabilidade de jurisdição (inciso XXXV, art. 5º, CF) não pode ser desprezada por uma lei infraconstitucional, consoante acentua Nelson Nery Jr., “(...) o jurisdicionado tem o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional *adequada*. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação” (NERY JR., 2013, p. 188) (sic).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto alhures, embora alguns juízes ainda insistam em realizar uma interpretação legalista da CLT – pois aplicam friamente o disposto no § 2º, do art. 651 da CLT - há decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho no sentido de reconhecer o vínculo empregatício, bem como os direitos trabalhistas dos estrangeiros no Brasil. Isso se torna ainda mais evidente quando se trata de trabalhadores sul-americanos, uma vez que existe um acordo internacional de regularização migratória e de residência (entre a Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Bolívia e Chile).

Além disso, o não reconhecimento dos direitos trabalhistas aos imigrantes que laboram no Brasil – desde que obedecidos os requisitos previstos no art. 3º da CLT - vai de encontro ao disposto na própria Constituição Federal, haja vista a prevalência dos princípios da isonomia e do acesso à justiça, sendo estes bases do Estado Democrático.

Logo, vislumbra-se que tal discriminação não coaduna com o ordenamento jurídico pátrio e, muito menos, com o sistema inter-

---

esse tipo de postura ameaça o mercado de trabalho para os nativos aqui. Ao contrário. Negar aos estrangeiros em situação irregular direitos trabalhistas, isso sim, incentivará a contratação deles em detrimento dos brasileiros, já que esses últimos podem recorrer à Justiça se forem lesados.

Por fim, cabe lembrar o **princípio da primazia da realidade, informador do Direito do Trabalho, segundo o qual a nulidade dos atos não alcança os planos jurídicos da existência e da eficácia, sendo devidas todas as parcelas de natureza trabalhista decorrentes da força despendida**. Ou seja, ante a impossibilidade de restituição ao status quo ante do trabalhador, deve ser reconhecido o vínculo empregatício e pagas todas as obrigações trabalhistas”. (grifou-se).

nacional, que cada vez mais tem avançado na globalização dos direitos humanos e na integração entre as normas jurídicas.

Conclui-se, portanto, que a atividade laborativa é essencial para a consolidação da cidadania, porquanto é por meio do trabalho, seja ele intelectual ou físico, que o homem conquista sua independência, não apenas financeira, mas também pessoal e moral.

Por tais razões, os imigrantes buscam de diversas formas se inserirem no mercado de trabalho e, quando não conseguem, permanecem exercendo atividades laborativas de maneira clandestina e quiçá gozam das garantias trabalhistas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. *Direito Constitucional*. São Paulo: Podivm, 2015.

BEIGUELMAN, Paula. *A crise do escravismo e a grande imigração*. São Paulo, SP: Brasiliense, 1981.

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

\_\_\_\_\_, Defensoria Pública da União do. *Trabalho Escravo: cartilha de orientação* / Defensoria Pública da União. – Brasília: DPU, 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 6.975 de 7 de outubro de 2009*. Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6975.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6975.htm)

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.>

[planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em 06 de out. de 2016.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988.

CARTEIRA DE TRABALHO. Disponível em <http://www.migrante.org.br/index.php/2014-01-14-00-36-49/98-imdh/270-servico-como-tirar-a-carteira-de-trabalho>. Acesso em 27 set. 2016 às 10h15min.

COLOMBO, Marcelo. *A vulnerabilidade do migrante trabalhador como instrumento para o tráfico de pessoas e o trabalho escravo*. In: PRAADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (org.). *Migrações e trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

CORTES, Lourdes; ALVIM, Rafaela. *O trabalhador estrangeiro no Brasil*. Disponível em [http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/2254060](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2254060). Acesso em 29 set. de 2016.

DANTAS, Miguel Calmon. *Justiça de bem-estar e a tutela do direito fundamental ao máximo existencial*. In: SOUZA, Wilson Alves; CARNEIRO, Wálber Araújo; HIRSCH, Fábio Peliandro de Almeida. *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade sócio-econômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador: Dois de Julho, 2013

Estatísticas CNIg. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/dados-abertos/trabalho-estrangeiro/estatisticas-imigracao/conselho-nacional-de-imigracao-cnig>. Acesso em 05 out. de 2016, às 16h:20min.

*Eradicação do trabalho escravo*. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/erradicacao-do-trabalho-escravo>. Acesso em 05 out. 2016 às 15h15min.

HIRST, Paul Q; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, (tradução: Wanda Brant), p. 39.

LESSER, Jeffrey. *Immigrants, ethnicity and national identity in Brazil, 1808 to the present*. Cambridge, Cambridge Press University, 2013.

MAIA, Samanta. Renner está envolvida com trabalho escravo. *Carta Capital*. Publicado em 28/11/2014. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/revista/828/renner-esta-envolvida-com-trabalho-escravo-1352.html>. Acesso em 01 out. de 2016.

MALLET, Estevão. *Igualdade e Discriminação em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge. Nações Unidas Comissão Econômica para América Latina e Caribe. *América latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*. Santiago de Chile, CL: CEPAL, 2008.

*Migrações e refúgio*. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/erradicacao-do-trabalho-escravo>. Acesso em 05 out. 2016 às 15h15min.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (org.). *Migrações e trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015, p. 225.

Refugiados e CONARE. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/153-refugiados-e-o-conare>. Acesso em 05 out. de 2016, às 16h:18min.

SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, p. 26.

SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 7.

VILLELA, Fábio Goulart. *Manual de Direito do Trabalho: teoria e questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.



# SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS PELA COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA UNIVERSIDADE IGUAÇU – UNIG

Henrique Lopes Dornelas<sup>80</sup> e Vinícius Dornelas Camara<sup>81</sup>

## 1. Introdução

O objetivo deste artigo é abordar as práticas restaurativas de conflitos como mediação e conciliação utilizadas pela Comissão de Mediação e Arbitragem, COMAR, órgão vinculado ao Núcleo de Prática Jurídica, NPJ, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas da Universidade de Nova Iguaçu, UNIG. Deste modo, serão analisado os pontos distintos entre a conciliação e mediação e, também, a abordagem destes recursos no Código de Processo Civil de 2015.

Via de regra, o processo funciona como instrumento para satisfazer o direito material, a questão do litígio de fato, e tem como objetivo a pacificação da lide entre as partes envolvidas. Neste ínterim, o Código Processual de 1973, Lei N° 5.869 de 1973, tornou-se

---

80. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF), Especialista em Direito Público pela UGF, Especialista em Direito Tributário pela UCAM, Professor do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas da Universidade de Nova Iguaçu (UNIG), da Faculdade Gama e Souza - FGS e do Centro Universitário ABEU - UNIABEU, e-mail: hldornelas@gmail.com

81. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - (PUC-MG), graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Iguaçu (UNIG), graduado em Matemática (Licenciatura e Bacharelado) pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), Professor da Secretaria Estadual de Educação do Estado do Rio de Janeiro (SEEDUC/RJ) e-mail: vinicius\_dornelas@yahoo.com.br

obsoleto por não acompanhar os anseios sociais, favorecendo, de certo modo, a judicialização dos conflitos.

Assim sendo, a grande quantidade de demandas ocasionadas pelo aumento da judicialização dos litígios expõe a tutela jurisdicional, emanada pelo Estado em cheque, influenciando na morosidade do sistema judiciário brasileiro, além de, promover a perda de sua função social, pois, sob certo ângulo, o conceito de justiça torna-se cada vez mais distante para o cidadão.

Em tal contexto, a garantia constitucional do acesso à justiça representa uma conquista social assegurada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). Caso o Estado não se precaveja para cumprir, com efetividade, este preceito constitucional, ter-se-á a morosidade da prestação jurisdicional, que, por fim, reflete num Estado que não atende à sociedade.

Nesse contraponto, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) dispõe que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos no Art. 1º da CF/88. Dessa forma, o processo torna-se um instrumento fundado em valores constitucionais, tais como o fim social a que se destina o processo, a fundamentação das decisões e dos julgados de forma expressa, o bem comum, a razoabilidade, a dignidade da pessoa humana, o contraditório, a razoável duração do processo, a publicidade, a eficiência e a igualdade (Art. 1º. e 5º. da CF/88).

Pode-se dizer, então, que a notável inovação do NCPC é a de que as partes integrantes de um determinado conflito possam, a qualquer tempo, buscar a melhor maneira de compor o conflito. Nessa vertente há duas possibilidades: (1) acionar o Poder Judiciário para dirimir a causa de maneira litigiosa ou (2) utilizar de meios consensuais para compor o conflito.

A mediação pode ser utilizada tanto pelos tribunais quanto pelas câmaras privadas. Tal instituto foi regulamentado pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dependendo hoje, de sua implementação

nos órgãos judiciais, uma vez que, pela via extrajudicial, depende somente da abertura de câmaras privadas para mediação e conciliação.

Neste sentido, a partir de uma abordagem doutrinária, pretende-se, com este artigo, destacar de maneira formal, a diferença entre mediação e conciliação, através da análise de dados do COMAR frente aos dissensos observados no Município de Nova Iguaçu.

## **2. Da Mediação**

Entre os equivalentes jurisdicionais destacam-se a mediação e a conciliação, sendo que a mediação pode ser entendida como um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões, sendo que o papel desse interventor é de ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos (SERPA, 1999, p. 90). Desta forma, como um agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

Nesse sentido:

A mediação, numa definição bastante singela, como o instrumento de solução de um conflito, por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial, e que seja detentor de sua confiança. Esse terceiro, como visto, não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto); e é justamente isso que faz com que as partes procurem o mediador e exponham de forma mais sincera os seus problemas. Cabe ao mediador auxiliá-las na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o lití-

gio como alternativa ao embate. Normalmente, ao fim de um procedimento exitoso de mediação, as partes compreendem que a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que um problema circunstancial e, por vezes, temporário. Como explicaremos mais adiante, a mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros (PINHO; DURÇO, 2010).

A mediação é o instituto que visa compor a demanda por convenção das partes envolvidas através de um mediador, terceiro não interessado, que deve ser imparcial, de forma ativa ou passiva, antes ou depois de instaurado o processo e com o objetivo de facilitar o diálogo e o consenso entre as partes envolvidas.

Vasconcelos (2014, p. 54), define que:

A mediação é o método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitem terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumo do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar de posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo.

O Manual de Mediação Judicial (AZEVEDO, CNJ, 2015), define a mediação como uma política pública por meio da qual o conflito é percebido como parte construtiva das relações sociais e que pode promover a qualidade em processos autocompositivos.

Como disciplina a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, em seu Art. 1.º, Parágrafo Único, considera-se mediação “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

### **3. Da distinção entre Mediação e Conciliação**

O novo contexto processual brasileiro destaca a possibilidade de novas medidas para a composição do conflito, institucionalizando instrumentos que venham a se adequar de acordo com o caso concreto, podendo, as partes optarem pela solução adversarial ou autocompositiva, acionando, ou não, à justiça para findar o conflito (MELLO e BAPTISTA, 2024).

Nesse desiderato, emergem a negociação, a conciliação e a mediação, no espaço judicial e extrajudicial, como alterações importantíssimas, onde, todos os agentes que participam do clássico modelo processual, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, deverão estimular tais institutos, inclusive no curso do processo (Art. 3º, § 2º, NCPC).

Portanto, é importante distingui-los, pois cada um deles deverá ser estimulado e utilizado no caso concreto, ressaltando as peculiaridades de cada um, visando sempre a celeridade e a razoável duração do processo.

Em relação a este tema, Tavares (2002, p.16) ensina que

A autocomposição, menos estuda ocorre quando as próprias partes, sem auxílio de terceiro,

resolvem suas controvérsias. A intermediação, também chamada de mediação (*lato sensu*), por outro lado, ocorre sempre que houver um terceiro interveniente, para facilitar o entendimento entre as partes na solução da controvérsia. Divide-se, basicamente, em quatro espécies: arbitragem, mediação (*stricto sensu*), negociação e conciliação.

Em relação à negociação, registra-se que esta deve ser entendida como um modelo onde as partes envolvidas compõem a lide sem a intervenção de qualquer terceiro, ocorrendo de modo competitivo/ distributivo ou colaborativo/ integrativo (LEWICKI; SAUNDERS e MINTON, 2002).

O método competitivo caracteriza-se quando um dos interlocutores objetiva maximizar vitórias sobre o outro. É o chamado ganha-perde, no qual o resultado substantivo, objetivo, tem valor preponderante, em detrimento do resultado subjetivo representando pela criação de um bom relacionamento entre os envolvidos (MORAES, 2016).

Por outro lado, a postura colaborativa, permite que os envolvidos cheguem num consenso, através de uma dialética enriquecedora permitindo, com efeito, a prática da cultura de paz, é o chamado ganha-ganha (SALES, 2006).

No mesmo sentido, Vasconcelos (2014, p.54) explica que

Negociação é o planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses.

Complementa ainda que nem sempre é possível resolver uma disputa negociando diretamente com a outra pessoa envolvida, tendo assim, que, para retomar o diálogo, será preciso contar com a colaboração de uma terceira pessoa, que atuará como mediadora.

O referido autor, ainda caracteriza a mediação como

*Método dialogal e autocompositivo, no campo da retórica material, e também como uma metodologia, em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, do direito e da teoria dos sistemas. E é, também, como tal, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador* (VASCONCELOS, 2014, p.55).

No mesmo entendimento, vale registrar a ideia de Serpa (1997, p.20), onde

A mediação é o desenvolvimento da negociação de interesse, assistido por terceiro (mediador), o qual é encarregado pelo Estado a facilitar os passos do processo, cabendo a ele, desta forma, administrar os fatos e conduzir as pessoas a uma solução que pacifique o conflito e atenda as necessidades de ambas as partes.

Conforme o ensinamento de Pinho (2004, p.09), o mediador pode ser classificado em ativo ou passivo:

Na mediação passiva o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes. No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar

propostas, soluções alternativas e criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

Ainda o mesmo autor, complementa que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente para os relacionamentos interpessoais continuados, oportunidade em que faz distinção entre dois tipos de conflitos: aqueles oriundos de uma relação jurídica descartável, como numa ação indenizatória de ato ilícito qualquer) e aqueles de uma relação continuada (aquela que vai subsistir, quer as partes queiram, quer não queiram, após a solução daquele conflito, como é o caso da convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados).

Em outras palavras, a COMAR/UNIG define a mediação como um meio extrajudicial de resolução de conflitos, utilizado para solucionar ou prevenir situações de litígio ou de impasse na comunicação ou na negociação. É a criação da oportunidade para que as partes discutam, questionem e contestem os seus conflitos abertamente, com fim de solução consensual.

Em suma, a mediação é o instituto em que as partes chegam num consenso, sendo auxiliadas por um terceiro imparcial, com o objetivo de garantir a paz social. A mediação não é um instrumento objetivo, com fim para definir o litígio, mas, sim, de plena satisfação entre as partes envolvidas, uma vez que existe o desgaste emocional entre elas. Nota-se que a mediação enfatiza os sujeitos do conflito, pois, eles mantêm autonomia e controle do procedimento, viabiliza acordos onde todos ganham, reforçando o sentimento de justiça e satisfação social.

Por outro lado, outro método para autocomposição de um conflito é já conhecida conciliação, a qual, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015), trata-se de um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o

conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

É papel do conciliador oferecer às partes uma alternativa para a solução da controvérsia. Entretanto, não poderá impor a elas uma decisão: o conflito é resolvido com um ajustamento de vontade das partes que aceitem a proposta realizada pelo conciliador. Tal prática é comumente adotada nos Juizados Especiais (Lei Nº 9099/95), onde a conciliação é conduzida por um juiz togado ou por um conciliador. (FIGUEIREDO; JÚNIOR, 2010).

A grande polêmica acerca da conciliação consiste no fato de que o Código de Processo Civil de 1973, as audiências de conciliação em Varas Cíveis, por exemplo, parecem meramente burocráticos, que acontecem simplesmente porque, assim determina o Código de Processo Civil, sem uma preocupação efetiva com o entendimento das partes e com o consenso, ao contrário do que sustenta o discurso institucional (MELLO; BAPTISTA, 2014).

Nesse raciocínio, a mediação se distingue da conciliação, pelo fato de estar atrelada a findar conflitos nas mais diversas relações sentimentais conflituosas, pois, as partes terão tempo para praticar o diálogo e buscar o entendimento. Por outro lado, a conciliação, que busca tão somente busca o acordo, as partes partem inicialmente de uma visão mais adversarial, depositando a confiança no conciliador, que agirá de maneira ativa, com o objetivo de se chegar num acordo que pode não atingir a paz social.

Em sendo assim, nota-se que o NCPC busca resgatar esta audiência de conciliação, não só com a finalidade de por fim ao processo, mas também, de se importar, de fato, com a questão subjetiva, humana. Nesse norte, o NCPC disciplina que os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e

pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (Art. 165. NCPC).

Desta forma, destaca-se que a definição aludida por Grinover (2013) é pertinente, visto que na conciliação as tratativas voltam-se diretamente ao problema – e não primeiramente ao relacionamento interpessoal existente, como na mediação –, o que permite ao conciliador sugerir diversas propostas de acordo.

Com a regulamentação da autocomposição de conflitos, a conciliação no NCPC é mais completa e tende a ser mais eficaz, resguardando princípios constitucionais, pois, passa a exigir profissionais especializados na condução da transação, profissionais estes que podem trabalhar o antagonismo existente entre as partes de forma direcionada.

Há distintos meios de composição de um conflito regulamentados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Cabe às partes, em conjunto com seus advogados, escolher o melhor meio para compor o conflito, seja através da tutela jurisdicional, seja pela arbitragem, ou ainda através das câmaras de conciliação e mediação disponíveis nos tribunais ou nas câmaras privadas.

#### **4. Os princípios norteadores da mediação de conflitos**

A mediação para ser efetiva e alcançar o seu fim deve estar pautada em uma série de princípios constitucionais, mas, também, atrelada aos valores e culturas sociais. Dessa forma, ao se violar um princípio, viola-se não só a norma disposta no ordenamento jurídico, mas, também, a cultura e os costumes de um sistema social. Sendo a forma mais grave de transgredir o valor moral instituído numa sociedade (MELLO, 1980).

Neste sentido, segundo Vasconcelos (2014, p.119):

A mediação de conflitos não se dá à margem dos princípios jurídicos. Os valores jurídicos mais próximos, mais vinculados à mediação de conflitos,

são os que consubstanciam os Direitos Humanos. Uma visita a esses princípios fundamentais, constitucionais e internacionais é requisito necessário à formação dos mediadores. Do ponto de vista do direito, os princípios fundamentam a criação e aplicação de todas as regras do ordenamento jurídico.

Ademais, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação, definindo inicialmente este instituto e regula a utilização deste na administração pública, *in verbis*:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Portanto, essa relação entre as partes e o mediador, deve estar pautada em princípios. Deste modo, o Art. 2º da Lei 13.140/2015, disciplina que “a mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé.

Os princípios aqui citados pautarão as pessoas em litígio de modo que elas possam tomar consciência da natureza social do conflito e da possibilidade de se chegar a alternativas de resolução dos mesmos com autonomia justamente porque tendo todos os aspectos explicitados e cognitivamente percebidos, os indivíduos pa-

recem capacitados a tomar decisões. É neste sentido que o conflito é considerado positivo (BAPTISTA; MELLO, 2014).

Nota-se que o Estado regula tal instituto com a finalidade incorporar a mediação no processo civil, objetivando a diminuir a judicialização dos conflitos e proporcionar a sociedade a cultura da pacificação, desafogando desta forma o Poder Judiciário.

## **5. Da Comissão de Mediação e Arbitragem (COMAR) da Universidade Iguazu - UNIG**

A Universidade Iguazu - UNIG possui na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas (FaCJSA) o Centro de Formação Profissional Dr. Paulo Fróes Machado (CFP), que incorpora as atividades práticas do curso de Direito e Administração.

Com relação ao curso de Direito, o Centro de Formação Profissional é organizado pelo Núcleo de Prática Jurídica (NPJ), órgão acadêmico, que tem como um dos objetivos oferecer, aos alunos do 9º e 10º períodos, sempre acompanhado dos professores orientadores, a prática forense, mediante prestação de serviços de consultoria, assessoria e assistência jurídica às pessoas que buscam o NPJ.

O NPJ, ao longo de suas atividades, tem procurado concentrar seus esforços em dois pontos fundamentais:

a) O primeiro, atividade precípua, dando aos alunos uma visão prática e eficiente da atuação do Advogado, preparando-o não só tecnicamente, mas, sobretudo, fomentando a formação de uma consciência profissional, visando ao sucesso de cada um e à melhoria da qualidade do advogado, e, conseqüentemente, da Justiça que se procura distribuir com a prestação jurisdicional do Estado, sem divorciar-se das questões éticas no trato com os assistidos.

b) O segundo, mas não menos importante, consiste em proporcionar um atendimento de qualidade às pessoas carentes, que, ao procurar os serviços do NPJ, depositam, neste, talvez, as últimas esperanças de solução para questões fundamentais de suas vidas.

Por essa razão, o atendimento deve ser feito, sempre, com cortesia, competência, e, sobretudo, com carinho, como é feito habitualmente.

O NPJ possui três setores autônomos, que são: (1) Escritório de Assistência Jurídica (ESAJUR); (2) Programa de Defesa do Consumidor (PROCON/UNIG) e (3) Comissão de Mediação e Arbitragem (COMAR).

### **5.1. Breve relato do procedimento de atendimento**

Inicialmente, no NPJ, num primeiro momento, verifica-se se o atendido preenche os requisitos para ser atendido, os quais são: residência no município de Nova Iguaçu e renda de até três salários mínimos. Sendo possível, indaga-se ao assistido sobre o desejo e a possibilidade de realizar a mediação; existindo a vontade, agenda-se a data para mediação, convocando-se a outra parte. Nessa oportunidade já é solicitada a documentação pertinente.

Cabe mencionar, que não há limites fixos ou prazos para que ocorra o consenso, podendo a mediação durar mais de dois meses, uma vez que o sistema não adversarial, ganha-ganha, não está difundido na sociedade.

Caso a parte não deseje realizar a mediação, serão solicitados os documentos necessários para a propositura da ação, nesse contexto, apesar da parte não ter optado pela mediação, ela é sempre informada das vantagens que esta possui sobre o processo judicial.

Iniciada a mediação e não havendo o consenso, a parte retorna ao atendimento do NPJ para a propositura da ação litigiosa.

### **5.2. Análise dos dados das mediações realizadas no COMAR/UNIG**

Os dados analisados e expostos a seguir são concentrados nos três últimos períodos letivos, 2014.II; 2015.I e 2015.II, uma vez que as atividades iniciadas no COMAR datam de 2014.II.

Em 2014.II, do número total de atendidos pelo NPJ, 36 optaram por iniciar o procedimento de mediação. Desse total, 18 mediações foram homologadas; em dez casos as partes optaram por demandar judicialmente e em oito dos casos as partes convocadas desistiram.

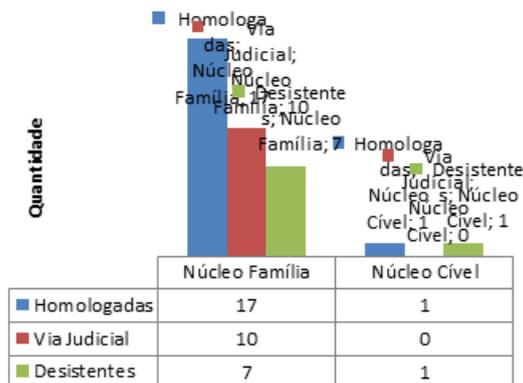


Figura 1 - Mediações Núcleo Família e Cível Iniciadas em 2014.II.

Fonte: Autoria própria.

Ao analisar os dados, observa-se que no primeiro período em que foi instituída pelo NPJ, o COMAR, teve um aproveitamento de 18 mediações positivas em 36, representando 50% dos casos atendidos.

Cabe Ressaltar que o núcleo de família atendeu 34 casos, já o núcleo cível, dois. Ora, desses 34 casos, o núcleo de família teve 17 mediações positivas, onde as partes chegaram num consenso, evidenciando o êxito de 50%. Por outro lado, o núcleo Cível atendeu dois casos, onde apenas em um deles foi possível a mediação (pacto de extinção de conflitos), equivalendo, também a 50% dos casos.

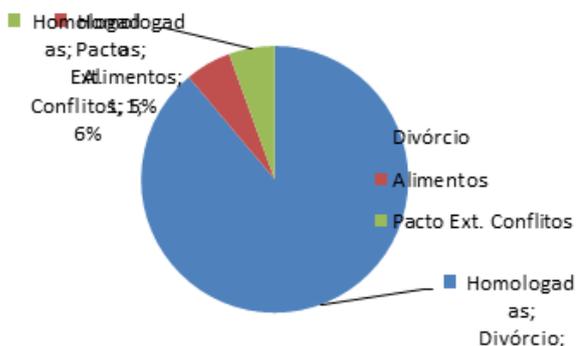


Figura 2 - Mediações Homologadas em 2014.II

Fonte: Autoria própria.

Com respeito as mediações homologadas, observa-se que o núcleo de família foi responsável por 94%, onde 89% versaram sobre divórcio e 5% de alimentos, tendo o núcleo cível com apenas 6%.

Em 2015.I, o COMAR iniciou o procedimento de mediação em 65 casos, representando um aumento de 71% com relação ao período de 2014.II. Aumento este, devido ao grande números de pessoas que buscam a gratuidade de justiça, por não terem condições de constituir advogado particular e, também, por ter a Defensoria Pública sobrecarregada para atender os anseios sociais.

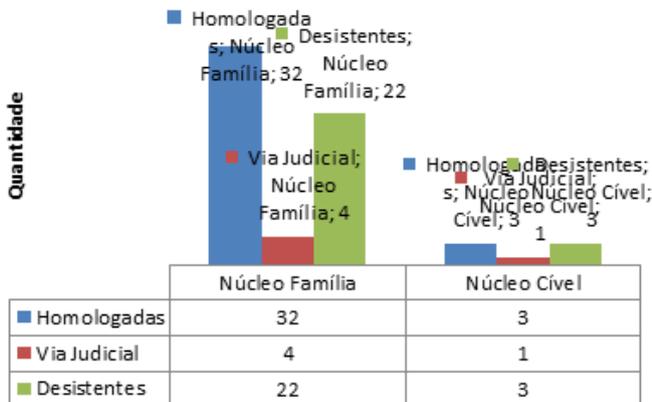


Figura 3 - Mediações Iniciadas em 2015.I

Fonte: Autoria Própria.

O COMAR obteve aproveitamento de 54% dos casos mediados, superando não só as taxas das mediações realizadas em 2014.II, mas também, os números de casos, que foi de 35.

O núcleo de família iniciou a mediação em 58 casos, obtendo um aproveitamento de, aproximadamente, 55%. Já no núcleo cível, observa-se que das sete mediações iniciadas, três obtiveram sucesso, representando, aproximadamente 42% de sucesso.

Analisando a figura 4, tem-se que das 35 mediações realizadas, 91% representam o núcleo de família e 9% o núcleo cível. Ademais, 26 casos foram mediações sobre divórcio, equivalendo 74% das mediações homologadas e seis sobre alimentos, correspondendo a 17% das homologações. Já no núcleo cível houve duas ações relativas à cobrança e uma relativa a dano moral, representando, 6% e 3% respectivamente.

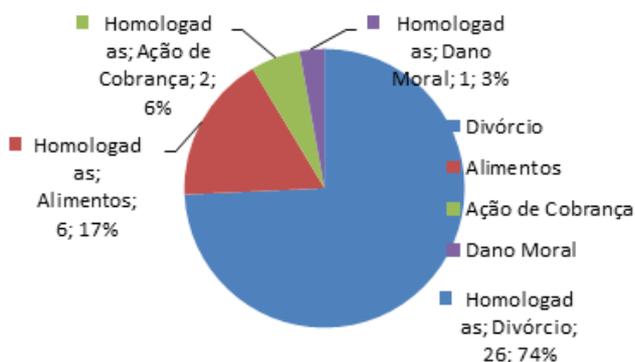


Figura 4 - Homologações das mediações em 2015.I

Fonte: Autoria própria.

No período de 2015.II, o COMAR iniciou o procedimento de mediação em 73 casos, sendo 69 relativos ao núcleo de família e quatro ao núcleo cível. O sucesso na mediação ocorreu em 48 casos, representando, aproximadamente, 66% dos casos mediados (figura5).

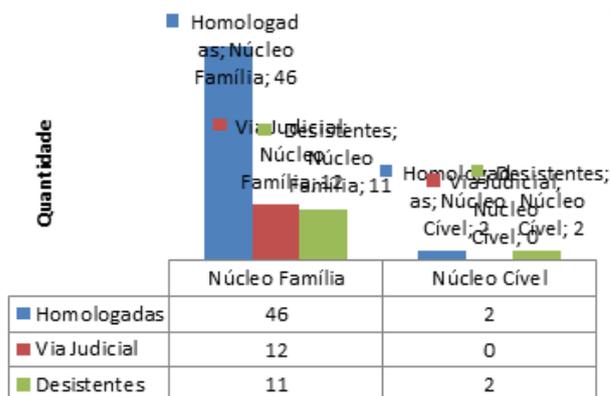


Figura 5 - Mediações Iniciadas em 2015.II

Fonte: Autoria própria.

Neste raciocínio, observa-se que 69 atendidos versavam sobre o núcleo de família, enquanto quatro sobre o núcleo cível. Ainda interpretando a figura 5, a taxa de aproveitamento da mediação foi de 67%, um aumento considerável em relação aos números absolutos, pois foram 48 mediações realizadas frente a 35 do período anterior.

Mais uma vez o núcleo da família obteve destaque, representando, aproximadamente, 96% das mediações iniciadas, ao passo que o núcleo cível apresentou 4%.

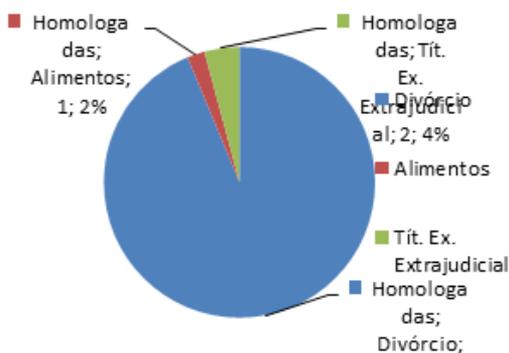


Figura 6 - Mediações Homologadas em 2015.II

Fonte: Autoria própria.

Das 48 mediações homologadas, 45 casos versavam sobre divórcio (94% dos casos), apenas um caso de alimentos (2% dos casos) e o núcleo cível com apenas 4%, correspondendo a duas homologações sobre título executivo extrajudicial.

Por fim, o núcleo de família representa 91% das decisões homologadas e, conseqüentemente, o núcleo cível, 9%. No âmbito da família, 74% das mediações homologadas versavam sobre divórcio e 17% sobre alimentos. No que diz respeito ao núcleo cível, 3% com relação ao dano moral e 6% sobre ação de cobrança. Observa-se o núcleo de família representa mais de 90% das decisões homologadas, enquanto no âmbito do direito civil sequer se chega aos 10%.

## 6. Conclusão

Com base em todo o exposto, pode-se concluir que o Novo Código de Processo Civil (NCPC) permite que as partes interessadas construam a melhor solução para o conflito, através do diálogo e do empoderamento social. Tendo a necessidade de analisar o conflito sob a perspectiva positiva.

Ademais, com a regulamentação da Lei de Mediação e o advento do NCPC, instaurou-se a possibilidade de que as partes busquem a qualquer tempo a resolução consensual do conflito, tanto pela via judicial, como pela extrajudicial.

Dessa forma, é primordial que os meios de solução consensual de conflitos principalmente, a conciliação e mediação, sejam estudados e compreendidos por todos que integram o processo, além de que a capacitação orientada e fiscalizada pelo CNJ seja exercitada de fato, a fim, sempre, de garantir a satisfação da sociedade.

Neste sentido, é relevante o trabalho realizado pelo COMAR/UNIG. Desde o período de 2014.II até 2015.II, o número de mediações realizadas subiu de 36 para 73, representando um aumento 37 casos (102%).

Cabe ressaltar que dentre as 101 mediações homologadas durante o período citado, 95 versavam sobre o direito de família (94%) e seis sobre o direito civil (6%). O número de divórcios homologados foi de 87 (86%), indicando a preferência de uma parcela da sociedade iguaçuana de utilizar a mediação para compor os conflitos de família.

Ainda com relação à atuação da UNIG, é primordial o trabalho que os docentes e os discentes do núcleo de Direito e os funcionários do NPJ realizam na atividade prática, salientando a função social que a COMAR/UNIG possui no município de Nova Iguaçu.

Por fim, espera-se que com o advento do NCPC o processo se torne mais célere, porém, sem perder a qualidade jurisdicional. Ademais, que os Cursos de Direito possam prestar esse serviço de

mediação à sociedade, fomentando não só a pesquisa, mas também, o desenvolvimento social e democratizando o acesso à justiça.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) > Acesso em: 02 de abril de 2016.

BRASIL. **LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm) > . Acesso em: 10/04/2016.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Dispõe sobre o novo Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) > . Acesso em: 20/04/2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. Brasília: 2015.

BAPTISTA, B. G. L.; MELLO, K. S. S. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e Significados. **Utilização da conciliação e mediação de conflitos no âmbito do Poder Judiciário**, Rio de Janeiro, v.1, p.1-26, 2014.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

DIDIER JR, F. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, vol. 1, 11ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

- FIGUEIREDO, F. V.; JÚNIOR, L. F. F. **Sínteses Organizadas Saraiva: Conciliação, mediação e arbitragem**. vol.46, São Paulo: Saraiva, 2010.
- GARCEZ, J. M. R. **Negociação. Mediação. Conciliação e arbitragem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. LEWICKI, R. L. *et al.* **Fundamentos da negociação**. Porto Alegre: Bookman, 2002.
- MELLO, C. A. B. de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980.
- PINHO, H. D. B. de. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, vol. 17, pp. 09/14. São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.
- PINHO, H. D. B. de; DURÇO, K. A. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. Disponível em **Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume II**, Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual> > , Acesso em: 12/09/2010.
- SERPA, M. de N. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- TAVARES, F. H. **Mediação e conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- VASCONCELOS, C. E. de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.



# A TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA ATUALIDADE

LUIZ EDUARDO DA SILVA PINTO<sup>82</sup>

## 1 Introdução

O tema pesquisado aborda a terceirização no Direito do Trabalho, efetivamente nas últimas três décadas, enfatizando o seu aparecimento e a incorporação como estratégia empresarial.

Justifica-se a escolha do tema fruto da sua relevância como hipótese de intermediação de mão-de-obra, ou seja, exceção permitida e admitida pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, o instituto sobre análise foi introduzido visando a otimização de rotinas, diminuição dos gastos com pessoal, e especialização da atividade preponderante ou fim da empresa.

Diante desse contexto há necessidade de se investigar a repercussão da sua implementação, desdobramentos e adequações jurídicas que se fizeram necessários. De forma geral, investiguei não só com a introdução do instituto, assim como com a sua permanência em nosso ordenamento jurídico, os esforços implementados foram suficientes para que se mantivesse a integridade e dignidade do trabalhador que deve sempre nortear o direito do trabalho alicerçados pelos princípios, legislação e entendimentos dos nossos tribunais.

Além disso, pretende avaliar o fenômeno da globalização dentro do contexto socioeconômico e sua influência na sistemática de contratação mencionada. Diante disso, será abordado o desenvolvimento

---

82. Professor da Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito na Universidade Católica de Petrópolis; e-mail. [lesilvapinto@gmail.com](mailto:lesilvapinto@gmail.com); telefone (21)99677-0070

histórico, em seguida o surgimento do Instituto, os aspectos relevantes da Terceirização, evolução legislativa e seus desdobramentos, com base nos aspectos doutrinário, legal e jurisprudencial, demonstrando as transformações efetivamente ocorridas de forma a privilegiar o acesso a justiça respaldado no melhor interesse social e jurídico

## **1.1 Desenvolvimento histórico**

Desde que o mundo existe, nós seres humanos lutamos pela nossas necessidades. Sabemos que com o passar do tempo essas necessidades foram aumentando as fontes de riqueza passaram a ficar cada vez mais nas mãos de uma minoria, enquanto a maioria esmagadora se via obrigada a se submeter a condições adversas só realmente mudando a época, a sociedade.

Todo esse discurso tem o objetivo de traçar uma linha do tempo e ilustrar a trajetória das nossas sociedades e seu processo de evolução.

Um dos grandes marcos a ser menciona sem sombra de duvidas é a Revolução Industrial. Observou-se a evolução dos tempos com a chegada da maquina e o progresso trazendo prosperidade e acen-tuando em contrapartida desigualdades sociais.

A principal característica da mutação mental que ocorreu no século XVII foi a afirmação do homem como sujeito que representa a realidade, seu objeto.

Isso implicou a valorização do elemento fundamental desse sujeito: aquilo que faz do homem, um ser inteligente - a Razão foi a época do Racionalismo de Descartes.

Essa principal característica da mutação mental do século XVII implicou a compreensão da Natureza, do Universo, como coisas mutáveis, em constante movimento. E o século XVIII deu continuidade a essa concepção do Retomando a revolução industrial, enfatizamos que as mudanças que ocorreram nos séculos XVIII e XIX, tendo

com peculiaridade a substituição da mão-de-obra artesanal pelo assalariado aliado a utilização das máquinas. (AQUINO et al, 1978, p. 114)

Há que se destacar que o processo produtivo era dominado pelos denominados artesãos que se aglomeravam no campo, até os idos do século XVIII.

Nesse contexto, França e Inglaterra grandes potências, possuíam as chamadas manufaturas, ou seja, grandes oficinas de processamento manual, onde laboravam os artesãos subordinado ao proprietário da manufatura.

O direito do trabalho é produto do capitalismo, atado ao desenvolvimento histórico desse sistema, retificando as distorções econômicas-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento da empresa. (GODINHO, 2008)

Contudo, o direito do trabalho não apenas serviu ao sistema econômico desenvolvido com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra. Na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia. (GODINHO, 2008)

## **1.2 Surgimento do Instituto - A mutabilidade das relações de trabalho**

Antes mesmo do aprofundamento da abordagem da terceirização, frise-se que muito embora tenhamos várias teorias a respeito do surgimento da globalização o fato é que a partir da década de 1990, foi impulsionado por uma série de fatores.

O Fundo Monetário Internacional (FMI) identificou quatro aspectos básicos da globalização<sup>83</sup>: comércio e transações financeiras,

---

83. The Future of Globalization. O artigo completo, em inglês, pode ser lido em <http://gw Russell.nfshost.com/home/writing/writing/future.html>. Acessado em 10/12/2013.

movimentos de capital e de investimento, migração e movimento de pessoas e a disseminação de conhecimento.

A globalização trouxe, sem sombra de dúvidas, uma maior integração da nossa sociedade. Também é verdade que o fator econômico está e sempre esteve intimamente ligado ao tema em questão.

Indubitavelmente a economia mundial está interligada, atrelada as intercorrências, as ações governamentais implementadas, evidenciando tanto a robustez, assim como as fragilidades dos sistemas.

É dentro desse panorama que as empresas perceberam que a redução de custos, otimização de rotinas, e especialização seria inevitável para consecução dos seus objetivos e manutenção dentro de um mercado cada vez mais competitivo.

Isso deve-se a forma como foram implementadas as mudanças, reflexo de oscilações econômicas e adequações necessárias.

Desse modo, tornou-se inevitável ações visando acompanhar e adaptar as necessidades exigidas pelo sistema capitalista, adequando-as a realidade das sociedades.

Visando uma maior competitividade no mercado, a intermediação de mão-de-obra apareceu numa clara tentativa de adequação a realidade econômica e social trazendo com isso fatalmente uma serie de consequências.

Logico que as adequações não se tratavam somente do lado comercial, havia a necessidade de adaptação jurídica para amparar a nova realidade que emergia.

Nesse contexto, alguns ingredientes contribuiriam para a grande preocupação com a nova sistemática. Sabemos que a desigualdade social, o desemprego são fatores alarmantes dentro de uma sociedade.

Certamente o poder judiciário não poderia ficar de fora de todas essas mudanças sendo basicamente obrigado a admitir outras hipóteses de contratação dentro do contexto da intermediação de mão-de-obra.

## **2.0 Aspectos Relevantes da Terceirização**

Após a explanação do surgimento do instituto, adentrarei aos aspectos conceituais e legais do tema proposto. Inicialmente, apresentando os conceitos dos autores festejados abaixo.

Segundo a Professora Volia Bonfim,

Terceirização é a relação formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal. (BONFIM, 2008,p.492).

Também merece destaque a definição conceitual de Mauricio Godinho *in verbis*:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jurstralabista que lhe seria correspondente. É o mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador.(GODINHO, 2008,p.430)

Prosseguindo, farei uma breve exposição e transposição para fins de sequencia logica e cronológica sem que se perca de vista o foco principal.

Em regra vigora a contratação realizada diretamente entre empregado e empregador. Sem duvida era esse o pensamento do legislador se coadunando com o principio da proteção evitando a burla a legislação.

Durante muito tempo a única hipótese de contratação diferenciada da regra foi justamente a subempregada. Nesse sentido, enfatizamos que a terceirização pode ser dividida em permanente ou temporária; atividade fim ou meio, regular ou irregular e voluntária ou obrigatória, ligadas as Leis 6019/74 e 7102/83. (BONFIM, 2008)

Por outro lado acrescenta-se a esse rol o entendimento Godinho que adiciona a classificação mencionada à terceirização lícita e ilícita (Godinho 2008, p.440).

A terceirização permanente ou temporária está vinculada ao período de duração, demanda acidental ou contínua.

No que toca a atividade meio ou fim, relaciona-se aos serviços prestados em relação a atividade do tomador, que pode ser por exemplo para substituição de mão-de-obra de pessoal regular e permanente, conforme as Leis 6019/74 e 7102/83.

No que concerne a voluntária ou obrigatória relaciona-se diretamente com os serviços prestados por vigilantes, amparados pela Lei 7102/83.

Para uma melhor elucidação dos pontos que merece e sempre mereceu atenção, finalizarei com a classificação da regularidade ou irregularidade.

A classificação apontada diz respeito justamente a prestação dos serviços direcionados a atividade meio ou fim do tomador e as consequências pela inobservância da previsão legal.

Dai porque os autores divergirem eventualmente na nomenclatura, sem contudo deixar de apontar a licitude se amparada em virtude de lei ou ausentes os requisitos do artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Ou ainda, conforme Godinho (2008), se relacionadas a previsão da sumula 331 do TST ou se afastada desta para caracterizar a licitude ou ilicitude da contratação.

Outrossim, é de bom alvitre mencionar que a administração pública não é defesa a contratação de empresa interposta, contudo, não há possibilidade de formação de vínculo nos moldes do art.3º,

por total afronta ao art.37 da Constituição Federal<sup>84</sup> que veda o ingresso na administração publica sem concurso publico.

## **2.1 Evolução Legislativa e Seus Desdobramentos**

Acabamos de relacionar os aspectos relevantes da terceirização. Percebemos que algumas leis foram os embriões e até hoje permanecem em nosso sistema, acrescido do entendimento do TST.

Como mencionado anteriormente, durante muito tempo a única hipótese de contratação diferenciada da regra foi a subempregada.

Vólia Bonfim (2008) salienta tal hipótese ressaltando o art.455 da CLT que aduz justamente sobre o tema. Alias, primeira hipótese legal versando sobre terceirização e a responsabilidade do contratante.

Menciona ainda a autora o decreto 200/67 em seu art.10º, paragrafo 7º como forma de incentivo a descentralização da administração publica. Contudo só regulamentado pelo art.3º, paragrafo único da lei 5645/70 (revogado pela Lei 9527/97)

Timidamente, a terceirização foi ganhando forma e o setor privado também cedeu a nova forma de contratação. Surgiu então a Lei 6019/74 (trabalho temporário) e 7102/83 (vigilantes), restritos em seus efeitos.

À época, como eram bastante restritas as hipóteses de terceirização, sobreveio então a edição da sumula 256 do TST, que versava sobre o contrato de prestação de serviços e sua legalidade, aduzindo somente a possibilidade das leis mencionadas sem o que formaria o vinculo diretamente com o tomador dos serviços, sumula atualmente cancelada.

É de suma relevância mencionar que a Lei 6019/74, basicamente precursora sobre o tema, limitando-se a contratos de curta duração, mais especificamente, por três meses prorrogáveis por mais três, com a devida autorização pelo órgão responsável, para

---

84. Para leitura na integra do Artigo 37 da Constituição Federal: [http://www.sena-do.gov.br/legislacao/const/const1988/CON1988\\_13.07.2010/art\\_37\\_shtm](http://www.sena-do.gov.br/legislacao/const/const1988/CON1988_13.07.2010/art_37_shtm). Acessado em 10/12/2013.

atender as hipóteses de acréscimo extraordinário ou substituição de pessoal regular e permanente.

A já anteriormente citada lei 7102/83 tinha como foco os trabalhadores da categoria dos bancários. Fica claro que existiu um lapso temporal de aproximadamente 10 anos entre uma lei e outra, até a promulgação da Constituição Federal em 1988, que vedou qualquer hipótese de reconhecimento de vínculo com a Administração Pública sem concurso público, insculpido no art.37.

Além das citações acima, convém também fazer alusão ao art.442 parágrafo único da CLT acrescida pela Lei 8949/94, tratando das cooperativas e que segundo Godinho (2008): “O objetivo da regra teria sido o de retirar do rol das relações empregatícias próprias as cooperativas – desde que não comprovada a roupagem ou utilização meramente simulatória da tal figura jurídica”.

Godinho (2008), muito oportuno sintetiza a *mens legis* ao pronunciar apenas um favorecimento da ordem a prática cooperativista, que envolve produtores e profissionais efetivamente autônomos, criando em favor dessas entidades, a presunção de ausência de vínculo empregatício, sem afastar as possíveis e eventuais fraudes.

Posteriormente adveio a Lei 8036/90 que versa sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e tentou reunir as figuras conceitualmente de empregado e empregador nos moldes relação de emprego típica e trilateral. Mais precisamente em seu artigo 15, parágrafo 1º *in verbis*:

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encon-

trar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

Dando prosseguimento a Lei 8212/91 trata do custeio da previdência social também faz menção em seu art.31 e seu paragrafo 1º ao ressaltar a retenção do percentual de 11 % do valor bruto da nota em relação a a cessão de mão-de-obra incluindo o trabalhador temporário, vigilância e segurança, limpeza, conservação e zeladoria.

Em 1993, foi editada a sumula 331 do TST diante de um cenário de retração do mercado de interação universal sob a influencia da globalização.

No sentido de firmar um entendimento sobre a terceirização, hipóteses e responsabilidades, o TST editou e se posicionou afim de contextualizar de forma clara no sentido de dirimir eventuais duvidas e interpretações equivocadas.

Pela leitura da aludida sumula, percebe-se nitidamente que a intenção da corte foi justamente limitar e delimitar o tema ao afirmar a questão da intermediação da mão-de-obra, hipótese de legalidade ou ilegalidade, tendo como consequência a formação do vínculo com o tomador dos serviços, salvo quando se tratar da Administração Publica Direta ou Indireta.

Além, disso, alude da mesma forma a questão da responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações salientando a obrigação subsidiaria do tomador do serviço.

Aliás, o próprio TST se posicionou no sentido da necessidade de comprovação da culpa ou dos cuidados devidos para responsabilização da Administração Pública em recente manifestação que será abordada a seguir.

## **2.2 O ENTENDIMENTO DO TST**

Primeiramente, deve ser mencionada a hipótese anteriormente aludida, ou seja, da subempreitada que na realidade foi a primeira previsão legal registrada tratando sobre o tema terceirização de mão-de-obra elencado no art. 455 da CLT.

Para tanto, transcrevo abaixo decisão sobre o tema para ratificar o posicionamento sobre a contratação e responsabilidade *in verbis*:

### **EMPREITEIRO PRINCIPAL. SUBEMPREITEIRO. RESPONSABILIDADE**

Não há dúvida de que o empreiteiro principal e o subempreiteiro se beneficiam do esforço laboral do Reclamante, que representa o elo mais frágil desta negociação entre as empresas. Assim, a responsabilidade solidária do primeiro se impõe, diante da interpretação que se faz do disposto no art. 455 da CLT, que caracteriza como co-responsável o empreiteiro principal pelos créditos dos empregados do subempreiteiro. Recurso de revista de que se conhece parcialmente e não provido. (TST-RR 4612648519985125555 461264-85.1998.5.12.5555- João Oreste Dalazen- DJ 05/04/2002.)

Por outro lado, também versando sobre o tema contrato de empreitada e responsabilidade a OJ 191 da SDI ITST preconiza a forma de responsabilização pelo contratante senão vejamos:

Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro,

salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

**RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CONTRATO DE EMPREITADA E SUBEMPREITADA.**

Consignada pelo Tribunal Regional a existência de relação de empreitada e subempreitada, a responsabilidade do empreiteiro principal pelas obrigações do subempreiteiro é a solidária, nos termos do art. 455 (RR 8876920105010037 887-69.2010.5.01.0037-Relator-ValdirFlorindo-2ª Turma-julgamento 04/09/2013)

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE EMPREITADA E SUBEMPREITADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896, c, da CLT, quanto à responsabilidade da empresa subempreiteira, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 455 da CLT, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. 1) **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE EMPREITADA. FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA ESPECIALIZADA EM PINTURA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. OJ 191/SBDI-I/TST. SÚMULA 331, III, DO TST. SÚMULA 126/TST.** As situações - tipo de terceirização lícita estão, hoje, claramente assentadas pelo texto da Súmula 331/TST. Constituem quatro grupos de situações sócio jurídicas delimitadas: a) situações empresariais que autorizem

contratação de trabalho temporário; b) atividades de vigilância regidas pela Lei 7.102 /83; c) atividades de conservação e limpeza; d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador; desde que, nas três últimas situações-tipo, inexistam pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços. Outrossim, nas hipóteses de empreitada para contratação de serviços ligados à construção civil, esta Corte entende que, -diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora-, conforme o teor da OJ 191/SBDI-I/TST. No caso concreto, o Tribunal Regional consignou que a tomadora de serviços (MOINHO PACÍFICO INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA) é empresa do ramo alimentício, tendo contratado, em regime de empreitada, a empresa BUHLER. Esta, por sua vez, realizou contrato de subempreitada.

**Dono da obra. Acidente de trabalho. Indenização por danos morais, materiais e estéticos. Pretensão de natureza civil. Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-I. Não incidência. Envolvimento na execução dos serviços. Omissão em relação à segurança do ambiente laboral. Culpa comprovada.**

A aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-I tem sua abrangência restrita às obrigações trabalhistas não alcançando pleitos de indenização por danos morais, estéticos e materiais decorrentes de acidente de trabalho na me-

dida em que apresentam natureza civil, oriundos de culpa por ato ilícito (arts. 186 e 927, “caput”, do Código Civil), não constituindo, portanto, verba trabalhista “stricto sensu”.

Ainda que assim não fosse, o quadro fático delineado nos autos revelou o envolvimento do dono da obra na execução dos serviços contratados e no desenvolvimento das atividades do reclamante, bem como a culpa pelo acidente que vitimou o trabalhador, ante a comprovada omissão em relação à segurança do ambiente laboral, atraindo, assim a responsabilidade solidária pelo pagamento das indenizações pleiteadas. (TST-E-RR-9950500-45.2005.5.09.0872 SBDI-I, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 22.11.2012 -Informativo nº 31)

**Terceirização ilícita. Configuração. Empregado contratado por empresa especializada em vigilância e transporte de valores. Exercício de atividades tipicamente bancárias. Reconhecimento do vínculo de emprego. Súmula nº 331, I, do TST.**

Configura terceirização ilícita a utilização por instituição financeira de empregados contratados por empresa especializada em vigilância e transporte de valores para a prestação de serviços diários de tesouraria, in casu, o recebimento, abertura, conferência de conteúdo e encaminhamento de envelopes recolhidos em caixas eletrônicos, na medida em que tais atribuições se relacionam com a atividade fim dos bancos.

Adotando essa premissa, a SBDI-1, por unanimidade, conheceu do recurso de embargo por contrariedade à Súmula nº 331, I, do TST e, no mérito, deu-lhe provimento para restabelecer a sentença que reconheceu o vínculo de empre-

go diretamente com o banco-reclamado. TST-E-RR-2600-75.2008.5.03.0140, SBDI-I, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6.9.2012. (Informativo nº 21)

Finalmente, é de suma importância salientar que recentemente o STF estabeleceu novo posicionamento em relação a sumula 331 do TST.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade- ADC nº16 declarou a constitucionalidade do art.71 da Lei 8666/93 o qual estabelece que:

§1º - a inadimplência dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais pelo contratado não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento.

Com esse posicionamento da Corte Suprema, ao examinar a redação anterior da sumula 331 em seu item IV, nota-se que a redação era contrária ao entendimento do STF esposado após o julgamento em comento.

Nesse diapasão, parecia inevitável um novo posicionamento do TST no sentido de adequar-se ao novo entendimento e assim como era esperado, tal hipótese não tardou a ocorrer.

Houve então o pronunciamento do TST acerca do tema editando o item V da sumula 331, transcrita na íntegra:

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não

decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

É importante pontuar que a alteração se refere diretamente na questão da responsabilização da Administração Pública, desde que comprovada, ou seja, investigada se houve ou não conduta comprovada de culpa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Contudo, as alterações da sumula mencionada não pararam por aí, tendo em vista o acréscimo do item VI que versa sobre a responsabilidade do tomador quanto as verbas condenatórias, *in verbis*: “VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

É notório que o TST procurou esgotar em sua edição e reedição, qualquer dúvida ou equívoco, assim como adequar-se ao novo posicionamento da Corte Suprema.

## **Considerações Finais**

Após a realização deste trabalho, é possível, diante da análise do tema, compreender que os fatos sociais influenciaram e influenciam sem sombra de dúvidas o nosso cotidiano.

Aliás, nas últimas três décadas muitos foram os avanços tecnológicos e científicos que acabaram influenciando as relações de trabalho levando as empresas a uma adequação de uma realidade forçadamente para se manter dentro do mercado cada vez mais exigente e competitivo.

É nesse contexto que se desenvolveu a terceirização da mão-de-obra, ou seja, a intermediação de empresa interposta para consecução de serviços especializados. Introduzida em nosso sis-

tema pelas necessidades das empresas, na otimização das suas, rotinas, redução dos custos e especialização.

Nota-se que vários fatores contribuíram para que o instituto nascesse e sobrevivesse em razão do dinamismo da sociedade e em contrapartida a necessidade de regulamentação de uma nova sistemática de contratação.

Como citado ao longo de toda exposição, o fator econômico foi preponderante para essa nova realidade desde os primórdios e mais precisamente com a revolução industrial em todas as suas fases.

Indubitavelmente que as desigualdades sociais foram acentuadas e há uma tentativa através do judiciário trabalhista de se manter atento aos rumos das transformações sem perder de vista os objetivos que sempre o norteou.

Nesse contexto constata-se que há edição e reedição de posicionamentos e frequentes decisões reiterando as bases do instituto no sentido de acompanhar a mutabilidade social e evitar que as mudanças possam retroceder aos direitos sociais tão arduamente conquistados.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AQUINO, R; ALVARENGA, F.; FRANCO, D. e LOPES, O. História das Sociedades. Rio de Janeiro, Ao Livro Técnico, 1ª ed., 1978.

ADMINISTRAÇÃO Federal - Decreto 200/67 disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.html)

BRASIL, Constituição (1988).. **Constituição da República Federativa, do Brasil.** disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial 193. SDI I TST**

disponível em [www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_181.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.html)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Enunciado 331** – Contrato de Prestação de Serviços

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**.2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Impetus,2008.

CLT - Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943, disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)

CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – Lei 8212/91 disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.7<sup>a</sup> ed., São Paulo : LTr,2008.

FGTS–Lei 8036/90 disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8036consol.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.html)

LICITAÇÕES–Lei 8666/93 disponível em : [www . planalto . gov . br / ccivil \\_ 03 / leis / l8666 cons.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.html)

TEMPORÁRIO - Lei 6019/74 disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6019.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.html)

SEGURANÇA BANCARIA- Lei 7102/83 disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7102.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.html)



# O DESAFIO DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Márcia dos Santos Pimentel Nunes<sup>85</sup> e Maria Cristina Ribeiro  
Dantas<sup>86</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O atual modelo de monopólio estatal não mais atende aos fins a que se destinam, isto é, não tem capacidade operacional de atender de modo satisfatório aos jurisdicionados, haja vista as dificuldades quantitativas e qualitativas enfrentadas pelos nossos tribunais, que se revelam pelos inúmeros processos que se acumulam nas estantes de suas Secretarias, e não obstante a isso a longa duração para o julgamento das demandas que lhes são apresentadas, e, por conseguinte, a ineficácia para o cumprimento de suas sentenças.

Os tribunais têm uma carga excessiva de processos a julgar. E a solução de conflitos através da negociação, mediação ou arbitragem é uma ótima alternativa para garantir que as disputas não cheguem ao Judiciário e se solucionem de forma mais justa, célere e eficiente.

E, por isso, o Estado está apostando em políticas e regras para aperfeiçoar a resolução dos conflitos e, sobretudo, agilizar o fluxo dos processos judiciais. No Brasil, se sobressai a implementação de uma Política Judiciária Nacional voltada ao devido tratamento dos conflitos de interesse através da Resolução 125/2010 do CNJ (Conse-

---

85. Bacharel de Direito pela Universidade . Especialista em Direito do Trabalho;

86. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

lho Nacional de Justiça), o reconhecimento da jurisdição arbitral e a acessão do emprego de métodos de solução consensual de conflitos por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial pelo Novo Código de Processo Civil, a Lei 13.105/2015, que alterou a Lei da Arbitragem e a Lei 13.140/2015, que regulamenta a mediação entre particulares e a auto composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Para o efetivo acesso à Justiça, a partir da análise das teorias defendidas por Cappelletti e Garth, destacamos a mediação como meio alternativo de solução de conflito, cujos atores que a manejam são considerados facilitadores do diálogo e denominados mediadores.

Com efeito, a mediação é um meio não adversarial que busca o reestabelecimento do diálogo entre os mediados, dando a eles maior independência na solução de seus anseios e interesses, pois não dependem de um terceiro para definir o que é bom ou ruim sobre determinado aspecto de grande relevância para sua história, mas sim de pessoas que agem como facilitadores e colaboradores para que eles cheguem a um consenso com base em suas próprias autonomias de vontade.

Todavia, a mediação não é aceita por todos. Há quem considere haver negação de acesso ao poder judicial, desvantagens aos hipossuficientes, sem falar na possibilidade real da sua institucionalização<sup>87</sup> e da obrigatoriedade de submissão ao método<sup>88</sup>.

Em particular, a mediação é fundamentalmente um método extrajudicial para solução de conflitos. As partes envolvidas num problema devem espontaneamente procurar a mediação para resolvê-lo se acaso não o conseguem por si sós.

---

87. Cf. PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Side-Effects of the Growing Trend towards the Institutionalization of Mediation. *Panorama of Brazilian Law*, v.1, p.173-186, 2013.

88. Cf. PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: SOARES, Fabiane Verçosa; MUNIZ, Joaquim Paiva; PANTOJA, Fernanda; ALMEIDA, Diogo Assumpção. Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014; e PAUMGARTTEN, Michele. O futuro da mediação na Itália após a decisão da Corte Constitucional da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.XI, p.404-419, 2013.

O mediador, mediante técnicas que buscam a paz entre os indivíduos, ajudará na abertura dos caminhos que promovem a discussão, a fim de que os próprios envolvidos no conflito se esforcem para a sua solução, de comum acordo, contribuindo assim para a preservação de relacionamentos que precisam ser mantidos, e para a composição da matriz de uma justiça coexistencial.

É certo que a mediação não serve para solucionar qualquer conflito, tampouco para resolver a crise do Judiciário<sup>89</sup>. Pois, cada dilema possui características distintas, sendo o primeiro desafio para solucioná-los o de justamente encontrar a forma mais adequada dentre as várias opções que a sociedade disponibiliza.

No que tange o acesso à justiça, com fulcro na mediação, o papel colaborativo do advogado muito se fará necessário, como na esfera judicial, inclusive nos conflitos inevitavelmente submetidos ao Estado-Juiz, como na extrajudicial, com a participação direta dos mediados e mediadores, em especial quando da elaboração dos acordos, e, por óbvio, nos procedimentos de homologação judicial dos respectivos acordos advindos da mediação extrajudicial.

E, por isso, o presente trabalho visa delinear a função do advogado como figura essencial nos procedimentos da mediação, enquanto meio alternativo de solução de conflitos e instrumento de acesso à Justiça, atuando ao lado dos mediadores, em que pese a sua formação acadêmica de natureza adversarial que decorre do exercício da advocacia.

Não à toa, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 erigiu a profissão do Advogado como indispensável à administração da justiça, nos termos do seu artigo 133.

Inclusive, o artigo 48, e seus parágrafos 4º e 5º, do novel Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB - (Resolução N. 02/2015), dispõe sobre os honorários advocatícios nos meios alternativos de solução de conflito.

---

89. MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MATOS, Eneas de Oliveira (Org.). *Acesso à justiça*. Florianópolis: Funjab, 2012, p.370-397.

Tanto sob a ótica da jurisdição como para os procedimentos extrajudiciais, cumpre trazer à baila que a novel mudança na Ordem Jurídica brasileira, certamente, contribuirá para o fortalecimento e a eficiência na solução pacífica dos conflitos, de um modo geral, prestigiando, com isso, o Estado Democrático de Direito, como preceito estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil, solidificando o acesso à justiça de modo completo e satisfativo para todas as classes sociais.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 PRESTAÇÃO JURISDICIONAL JUSTA**

O que seria uma prestação jurisdicional justa? Uma razoável duração do processo? Vale lembrar que o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição brasileira de 1988 garante a razoável duração do processo a todos que buscam a tutela do Estado. E em sendo a razoável duração do processo uma garantia fundamental, também se traduz como um direito humano.

A questão do tempo no processo filia-se à própria ideia de justiça e é tão difícil de defini-lo como a justiça, que é vista de diversas formas, seja no campo da sociologia, da filosofia ou do direito. Para melhor entendermos, ficaremos com a perspectiva aristotélica de justiça como uma mediania. Ou seja, a justiça é uma virtude e se traduz em uma mediania, a justa medida (*in medios virtus*).

Esta concepção aplica-se ao tempo no processo, vez que a prestação jurisdicional apressada pode significar verdadeira injustiça, pois a jurisdição exige reflexão. Por isso, não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de denegação da justiça. Por outro lado o excesso de tempo na prestação jurisdicional é uma verdadeira sonegação de justiça. Como ensina Rui Barbosa: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

De certo que a decisão justa não se esgota apenas no conteúdo, mas também na forma em que é produzida, quer dizer, deve estar

consoante com os princípios processuais, aos quais a atividade jurisdicional deve obediência.

Assim, pode se dizer que uma decisão só é justa quando é formal e materialmente justa. A forma da decisão (decisão formalmente justa) refere-se ao tempo. Uma decisão justa não pode ter o aodamento e a irreflexão, incompatíveis com a atividade jurisdicional, tampouco pode ter a morosidade destrutiva da efetividade da jurisdição. Quer dizer, há de se encontrar a justa medida para se fazer justiça.

E para tal, o desenvolvimento deste trabalho tem por meta defender que a mediação por ser uma opção mais célere e eficiente da entrega da prestação jurisdicional, o advogado como parte integrante deve informar aos seus clientes as vantagens advindas da mediação, notadamente a confidencialidade, a redução de custos, a manutenção do relacionamento, o controle dos resultados pelas partes.

Em conclusão, o que a sociedade anseia é a realização de um processo em tempo razoável, ou ao processo justo e equitativo. Ou seja, o processo com duração razoável nada mais é do que uma consequência lógica do devido processo, uma garantia constitucional de todo cidadão, a despeito dos nossos tribunais já não mais alcançar a efetivação da prestação jurisdicional de forma eficiente. Razão pela qual, deve-se promover a aplicação de métodos mais adequados para a solução dos conflitos, e sobretudo a valorização do profissional do direito como figura essencial nessa mudança de paradigma.

## **2.2 ORIGENS**

A mediação, em síntese, visa aproximar as partes conflitantes para que cheguem por elas próprias a um acordo. O mediador, que é o terceiro, apenas conduz de maneira neutra o diálogo, é um facilitador do entendimento. O mediador não julga nem aconselha, apenas ouve e busca junto com as partes encontrar o que é realmente relevante para elas.

Essa forma de solucionar controvérsias remonta antes mesmo do Direito Romano ou do Código de Hamurabi. Os povos anterior-

res a Cristo já empregavam métodos análogos à mediação para pacificarem seus conflitos.

É bom que se ressalve que, na antiguidade, a mediação era mais voltada para contendas comerciais; e somente na era moderna a mediação passou a ser utilizada em outros segmentos, dentre os quais a mediação familiar.

Impelida pela necessidade do acesso universal à justiça, a mediação ressurgiu como alternativa para solução de conflitos extrajudiciais, reguladas certamente pelas leis vigentes em cada país.

A mediação se insere no sistema endógeno heterocompositivo, pois, não obstante haver a participação de um terceiro estranho a relação conflituosa, isto é, o mediador, este não julga as partes, não aconselha, nem apresenta proposta para aos envolvidos no conflito.

Para tanto, a doutrina moderna exalta a observância dos princípios que regem a mediação, com cunho ético e funcional, os quais devem ser observados tanto pelos mediadores, como pelos mediados e advogados, sob pena de todo o procedimento ser declarado nulo, sendo eles: autonomia; confidencialidade; oralidade; informalidade; consensualismo; boa-fé. E, em relação aos mediadores, temos: independência; imparcialidade; diligência; empoderamento; validação; facilitação de decisão informada.

O NCPC na seção V, Capítulo III, Título IV, do Livro III (Dos Sujeitos do Processo) se dedica aos institutos da mediação e da conciliação, o que significa que o legislador pretende facilitar a solução de conflitos por meios adequados e alternativos ao processo judicial. Assim, ressaltamos brevemente os princípios gerais que norteiam a mediação e a conciliação: princípio da confidencialidade; princípio da oralidade; princípio da informalidade; princípio da decisão informada.

Destacamos, também, o Código de ética dos mediadores Extrajudiciais de autoria do CONIMA, que inclui os princípios da credibilidade; diligência. O Código de ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – CNJ, apresenta como princípios e garantias: a competência; o respeito as ordens públicas e as leis vigentes.

Ademais, a Resolução 125/2010 estabeleceu a regência do procedimento de conciliação e mediação, cujas regras citam: informação; autonomia de vontade; ausência de obrigação de resultado; desvinculação da profissão de origem; compreensão quanto à conciliação e à mediação.

Verifica-se, pois, que os princípios não se distinguem, mas se completam, haja vista a consonância entre os princípios estabelecidos no art.166 do novo CPC, com aqueles dispostos no artigo 2º da Lei da Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015).

### **2.3 A FORMAÇÃO ADVERSARIAL DO ADVOGADO**

Nesse primeiro momento, traçaremos, em síntese, uma análise das mais importantes características da profissão do advogado, que são observadas ao longo da formação acadêmica e da formação prática do profissional, a fim de se obter a habilitação de bacharelado ao final do curso.

Não obstante ser uma profissão cuja formação é predominantemente humanista, na qual o profissional se prepara para lidar com questões direcionadas à justiça e à sociedade em suas múltiplas vertentes, o profissional do Direito deve compreender as leis e a subsunção da hermenêutica.

Dentre as profissões dadas como clássicas, a advocacia remonta aos primórdios da civilização, e na antiguidade aqueles quem davam aconselhamento aos governantes e aos líderes de classes consideradas abastadas, no sentido de melhor solucionar os conflitos, eram intitulados de “jurisconsulto”.

Em Roma, era de grande relevância o papel do Advogado, nas figuras dos patronos, possuidores de enorme saber jurídico. A eles cabiam aconselhar e defender seus clientes, particularmente os que mesmo residindo em Roma não possuíam a cidadania romana, os chamados “gentios”.

Na Roma antiga, já existia a representação judicial por meio dos *advocati*. Os litígios eram resolvidos na presença do Senado ou do imperador.

A palavra advogado deriva do latim *ad-vocatus*, e significa “o que é chamado em defesa”. Ou seja, aquele que é chamado para defender uma causa, e cumprir sempre o seu dever com dignidade e competência, buscando mais a realização da justiça do que os honorários, embora devidos.

Desde a mais remota antiguidade, a balança de dois pratos simbolizava a Justiça. No Antigo Testamento a Justiça era apresentada como um instrumento para pesar as ações humanas. Na Grécia antiga, era Zeus a segurar a balança, sendo mais tarde no templo de Hesíodo substituído por sua filha e de Thémis, a deusa Dikê, de pé e de olhos abertos, tendo na mão direita uma espada e na esquerda a balança de dois pratos, sem fiel ao meio. Tal representação para os gregos significava que o justo, o direito, era visto como igual e se verificava quando os dois pratos estivessem no mesmo nível.

Tal simbologia foi importada pelos romanos, que apenas substituíram Zeus por Júpiter segurando a balança, mas com fiel ao meio e sem espada. Mais tarde, no tempo da república, aparece a deusa *Iustitia*, de pé e com os olhos vendados. Para os romanos haveria justiça quando o fiel estivesse a prumo, perfeitamente reto, isto é, quando fosse realizado o direito.

É certo que a formação clássica ainda influencia a formação do advogado contemporâneo, basta observar suas características nos ensinamentos acadêmicos sobre a argumentação jurídica voltada para as teses e antíteses que se pronunciam nas rebuscadas narrativas forenses de ataque e contra-ataque.

Com isso, tanto a entonação de voz quanto a postura do advogado deve revelar um aspecto ativo, pois o profissional sem esses atributos é facilmente subjugado e até desprezado em seu meio.

Obviamente que com a mudança de paradigma nas soluções dos conflitos, esse modelo clássico se transformará já nas universi-

dades, sugerindo uma nova postura e ideias aos estudantes e profissionais do Direito. No entanto, àqueles que se educaram sob o rigor da cultura do comportamento imperioso, lhes caberá um maior esforço para uma reflexão acerca dessas mudanças.

## **2.4 O ADVOGADO, A MEDIAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.**

O advogado pode atuar como mediador se tiver capacitação técnica para tanto, mas deve afastar a sua profissão de origem e atuar somente como um facilitador para o entendimento das partes, ou como assessor jurídico de um dos participantes. No papel de assessor jurídico, sua função será a mesma de qualquer outro método de resolução de conflitos: a busca pela concretização dos interesses de seu cliente.

Entretanto, diferentemente do que ocorre no processo adversarial, sua postura deve ser colaborativa. Ao advogado compete auxiliar na escolha do mediador, na identificação dos interesses de cada um dos participantes, no oferecimento dos marcos legais, na busca por soluções mutuamente inclusivas, na redação de um acordo com validade e eficácia legal, e, no caso de acordo parcial, conferir seguimento ao processo judicial ou a outro método adequado de resolução de conflitos.

Portanto, o papel do advogado na condição de assessor jurídico de uma das partes nas sessões de mediação é o de esclarecer as dúvidas jurídicas de seu cliente, não devendo se pronunciar, vez que os protagonistas são as próprias partes.

Na Mediação, é preferível que as pessoas se expressem livremente, embora os advogados possam manifestar-se, quando pertinente.

O papel mais importante do advogado na Mediação consiste na propositura de soluções criativas de mútuo benefício, mesmo porque para os envolvidos no conflito, costuma ser mais difícil a tarefa de vislumbrar novas opções.

A Constituição da República traz, em seu preâmbulo, a solução pacífica das controvérsias como um compromisso da sociedade bra-

sileira. Não obstante, confere ao princípio da dignidade da pessoa humana o status de fundamento de validade de toda Ordem Jurídica, e elenca, dentre seus princípios a liberdade, igualdade, solidariedade e fraternidade. Tendo em vista que a Mediação concretiza todos esses princípios constitucionais, tem-se no método uma forma adequada, efetiva e tempestiva de acesso à Justiça.

A legislação infraconstitucional legitima a Mediação expressamente em diversos casos, como, por exemplo, no Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, no Código Civil, quando trata do instituto da Guarda Compartilhada de filhos menores, na Ouvidoria de Instituições Financeiras etc.

## **2.5 O ADVOGADO, A MEDIAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015.**

O NCPC tem como meta a melhora na prestação jurisdicional, objetivando a celeridade processual, e assim aliviando o Poder Judiciário com suas quase 96 milhões de demandas judiciais pendentes de julgamento (Fonte: CNJ – Conselho Nacional de Justiça, 2016).

Para tal, dentre outras coisas, trouxe a figura da chamada conciliação ou mediação obrigatórias como etapa inicial do procedimento a ser seguido pelas partes da lide, ressalvados os casos em que a matéria sob litígio não comportar autocomposição.

Pelo teor do artigo 334 do NCPC, assim que recebida a petição inicial, o juiz é obrigado a designar audiência de conciliação ou mediação, citando o réu e intimando-o a comparecer à audiência designada. Inclusive, é aplicada multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa ao autor ou ao réu que não comparecerem a referida audiência, a rigor do parágrafo 8º do mencionado artigo.

Essa audiência somente não ocorrerá se ambas as partes informarem ao juiz seu desinteresse na tentativa de composição ami-

gável. Assim, basta uma das partes ter interesse na audiência, que ela necessariamente ocorrerá.

Muito embora a audiência de conciliação já existisse em etapa intermediária do processo no CPC revogado, a referida etapa inicial criada pelo NCPC trouxe muitos questionamentos entre os juristas e partes sobre seu objetivo e as reais consequências que a sua aplicação poderia ocasionar ao desenvolvimento dos processos judiciais.

Uma desses questionamentos diz respeito à efetividade dos métodos consensuais da conciliação e mediação na resolução dos conflitos. E, aqui, vale a pena se trazer informações já levantadas nos últimos anos pelas Câmaras ou Centros de Conciliação criados pelos Tribunais de todos os Estados. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os Centros Judiciários de Resolução de Conflito e Cidadania (CEJUSCS) em 8 (oito) estados brasileiros, criados pela Resolução CNJ 125/2010, evitaram que pelo menos 270 mil processos viessem a engrossar ainda mais as filas intermináveis de processos que aguardam julgamento. E, isso, somente no ano passado!

Outro ponto controverso é a questão relacionada ao momento inicial definido pelo NCPC para a audiência de tentativa de resolução consensual do litígio. A maioria das lides se inicia logo após as partes, ou pelo menos uma delas, ter tentado resolver a contenda de forma amigável, seja por meio das reclamações, notificações, reuniões, dentre outros meios. Por isso, no momento do início do litígio, não raro, as partes estão com os nervos à flor da pele, já sem qualquer intenção de resolver a questão e, algumas vezes, sem qualquer interesse, inclusive de se encontrarem frente a frente.

Portanto, pode ocorrer que uma tentativa de conciliação logo no início do processo pode parecer não ser o momento ideal para se buscar a resolução do litígio pela via consensual.

Por outro lado, nas segundas instâncias dos Tribunais, tem-se obtido muito sucesso nas sessões de conciliação nos últimos anos. Isto se deve ao fato de que após o longo tempo dos trâmites judi-

ciais do processo na primeira instância, quando este se encontra em grau de recurso, mormente as partes muitas das vezes não possuem o mesmo ímpeto e anseio de litígio. Daí, estarem mais propícias a uma conciliação.

Outro aspecto importante ressaltado pelo NCPC é a presença obrigatória do advogado para assistir a parte nas audiências iniciais de conciliação e mediação (art. 334, §9º, do NCPC). Esta previsão nos leva à reflexão do papel do advogado em incentivar tais métodos consensuais de resolução de litígio junto aos seus clientes e de participar de forma construtiva na formação do consenso durante as sessões de conciliação e mediação. Tal incentivo começa desde a apresentação ao cliente de todos os riscos envolvidos na condução do litígio, incluindo-se os custos, as taxas judiciárias, as multas por recursos meramente protelatórios, as verbas sucumbenciais, os juros legais, até a demonstração racional de que muitas vezes a resolução imediata da lide pode lhe gerar economia financeira e até mesmo novas oportunidades de negócio.

Em resumo, são grandes as chances e os desafios trazidos com o NCPC, que com o desafio de coibir incidentes ou fases protelatórias e auferindo importância aos métodos consensuais, tem como sua maior contribuição dar maior celeridade aos processos judiciais. No entanto, o papel principal cabe aos magistrados, aos advogados, aos conciliadores e às partes, que é o de utilizarem de forma eficiente os meios consensuais do NCPC.

## **2.6 ESCOLAS CLÁSSICAS DA MEDIAÇÃO**

Para se falar em Mediação como ciência, enfatizamos três Escolas basilares voltadas ao conhecimento teórico e prático da Mediação, são elas: (i) o Modelo Tradicional-Linear de Harvard; (ii) o Modelo Transformativo de Bush e Folger; (iii) o Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb.

Contudo, fazemos menção, na oportunidade, ao modelo Tradicional-Linear de Harvard, (Harvard *Law School*), com fundamento na negociação voltada para a seara empresarial. Pois, atualmente o modelo Tradicional-Linear é aplicado no âmbito familiar, e no trato das questões envolvendo relação continuada, como divergências entre vizinhos ou colegas de trabalho, empregado e empregador (entidades coletivas). Preceitua Willian Ury, professor da Universidade de Harvard, que a comunicação para ser eficaz deve passar pela negociação, o que traduz privilegiar o bom-senso. O modelo de Harvard busca a resolução do conflito por meio do acordo, ou seja, pela negociação.

Já o Modelo Circular- Narrativo de Sara Cobb se baseia na comunicação circular e se refere a um processo que agrega ao modelo de Harvard premissas da teoria dos sistemas de Luhmann. É uma oscilação entre o foco na resolução do conflito e a transformação das pessoas, abrangendo desde o modelo de Harvard ao modelo Transformativo.

## **2.7 O MODELO TRANSFORMATIVO DE BUSH E FOLGER**

Por fim, o modelo transformativo de Bush e Folger se baseia também na comunicação, porém com ênfase no aspecto relacional, visando o empoderamento das partes, que aliás são os responsáveis por suas ações. Tal método prepondera o outro como protagonista de sua vida e coprotagonista do conflito. Ainda nas palavras de Ilana Martins Luz: “[...] o mérito da mediação transformativa é o incremento do poder das partes, que devem protagonizar o seu conflito e, por meio do processo mediativo, recuperar a sua autoestima, rompida com o problema vivenciado”.

Esse modelo é radical quanto à transformação das pessoas, ficando o acordo como uma questão secundária. Sendo, portanto, o oposto do modelo Harvardiano, que objetiva o acordo enquanto o transformativo foca nas relações.

Em resumo, o modelo transformativo leva em consideração o conflito como uma oportunidade de crescimento, pois estabelece uma situação de antagonismo com o outro, relevando as diferenças entre as partes.

### **3. CONCLUSÃO**

É de suma relevância, até imprescindível, o papel do advogado para a disseminação da cultura da mediação. É um desafio e tanto romper com o paradigma e a cultura já enraizados do confronto, do ataque e do contra-ataque. Afinal, vem sendo assim desde tempos remotos. No entanto, a mediação é um caminho mais curto, e menos desgastante para todos os envolvidos.

Por se o advogado a primeira, e não raro, a única opção de ajuda para pessoas que estão em situação de aflição, nessa oportunidade ele tem a chance de propor ao seu cliente a resolução do seu problema pelas técnicas de mediação, reconhecidas pelo Novo Código de Processo Civil.

A mediação é a melhor opção de compor os conflitos por que a solução é construída pelas próprias partes, ajudadas é claro por seus advogados e assessores jurídicos, nos seus tempos próprios e de acordo com as características dos fatos. E, sobretudo, efetiva, pois que as partes tendem a cumprir o combinado por livre e espontânea vontade.

Além do que, a mediação visa o entendimento da adversidade das pessoas, incentivando o diálogo e o respeito ao que é diferente. E, por conseguinte, o amadurecimento de todos os envolvidos no conflito.

Vale lembrar que não cabe somente à Justiça patrocinar o devido acesso à prestação jurisdicional justa, o advogado também é peça importantíssima quando incentiva a solução extrajudicial dos conflitos pela mediação.

### **4. REFERÊNCIAS**

**ALMEIDA**, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. *A mediação no novo código de processo civil*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

- AZEVEDO**, André Gomma. *Manual de Mediação Judicial*. 6ªed. Brasília: CNJ,2016.
- BOBBIO**, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo:Icone, 2006.
- MEIRELES**, Delton Ricardo Soares; **MATOS**, Enéas de Oliveira. *Acesso à justiça*. Florianópolis: Funjab, 2012.
- MOORE**, Christopher W., O processo de mediação, 2ª ed. Brasil: Artmed, 1998.
- PAUMGARTTEN**, Michele; **PINHO**, Humberto Dalla Bernardina de. *Side-Effects of the Growing Trend towards the Institutionalization of Mediation. Panorama of Brazilian Law*, v.1, n.1, 2013.
- WATANABE**, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- VASCONCELOS**, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ZIMMERMANN**, Augusto. *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro:Lumen Júris, 2002.



CONDIÇÕES ANÁLOGAS À  
ESCRAVIDÃO E A NÃO EFETIVIDADE  
DAS NORMAS PROTETIVAS  
RENATA LIMA SEQUEIRA D'ARROCHELLA<sup>90</sup>

### **INTRODUÇÃO**

Ao longo do artigo serão analisadas as formas de trabalho consideradas análogas à escravidão, conforme a Lei e o entendimento do Ministério do Trabalho e Emprego, dos órgãos jurisdicionais e do Legislativo pátrio, e a efetiva aplicação, quando da verificação de existência de escravidão nas empresas nos meios rural e urbano.

Neste momento há que se esclarecer que o conceito de trabalho escravo nada tem a ver com aquele que conhecemos do passado, onde basicamente se teria o cerceamento de liberdade por completo de determinado grupo étnico, no caso, negros.

Insta salientar que, apesar de se tratar de tema ancestral, conforme demonstrado, e constantemente debatido, não há no Brasil entendimento consolidado sobre quais as formas que este tipo de exploração ao trabalhador se desdobrou, mas pode-se considerar análoga à escrava, para efeitos deste artigo, as que constam do artigo 149 do Código Penal.

Observar que as normas, leis, convenções ou acordos internacionais citados ao longo do trabalho não excluem outras que tratam do assunto, não sendo mencionadas apenas por questões metodoló-

---

90. Pós Graduanda em Direito do Trabalho no Centro de Ensino Renato Saraiva  
e-mail: darrochella@gmail.com / tel. 2567-3996 / 997050299

gicas para o cumprimento adequado das formalidades ou por mero cuidado em não alargar em demasia o objetivo básico do trabalho.

## **DIREITOS HUMANOS**

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) foi criada em 1919, após a Primeira Guerra Mundial, sob o fundamento que os direitos dos trabalhadores, na lógica da paz mundial, deveriam cuidar também das questões referentes ao trabalho em todo o mundo.

Com a mudança da localização da sede da OIT de Genebra para Montreal, no Canadá, por força da 2ª Guerra, fora possível constituir uma nova Carta de princípios e objetivos da Organização, em 1944, que veio a ser utilizada de base para a Organização das Nações Unidas, criada em 1946, aventar a sua própria Declaração.

Em 10.12.1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também chamada de Declaração do Homem e do Cidadão, em seu artigo IV, deixa claro que a escravidão deveria ser combatida e que nenhum homem poderia ser mantido em condições de escravidão.

Apesar de o Brasil ter assinado na mesma data tal Declaração de Direitos Humanos, esta só fora inserida na ordem jurídica brasileira, em sua plenitude, em 1988, com a promulgação da nova Carta Constitucional.

Neste sentido, a Constituição de 1988 abarcou como princípio a ser protegido a dignidade da pessoa humana, não só em seu preâmbulo, quando fala dos direitos sociais e individuais a serem protegidos, como em seu artigo 1º, inciso III. Certo é que, sua violação trouxe consequências em toda a ordem jurídica, de Direitos Humanos, do direito posto e demais ciências. Corroborar ao alegado, Flávia Piovesan (FLÁVIA PIOVESAN, ANDREA SAINT PASTOUS NOCCHI; GABRIEL NAPOLEÃO VELLOSO; MARCOS NEVES FAVA (coord.) – 2011) na passagem que trata “o trabalho escravo e degradante como grave forma de violação de direitos humanos, sendo, ao mesmo tempo, resultado de um padrão de violação de direitos e causa de violação de outros direitos”.

Dito isto, o Brasil somente reconheceu em 1995 que vivia esta condição, criou o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) e o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (Gertraf), atuando na fiscalização e resgate de trabalhadores em condições análogas a de escravos.

## **AFASTABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – ART. 5º CRFB**

Há que se mencionar de pronto que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana trata da proteção de toda e qualquer pessoa, sem exclusão de cor, raça, etnia, nacionalidade ou condição social, sendo pertinente mencionar o conceito de Ingo Sarlet (INGO WOLFGANG SARLET,- 2004), “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte dos Estados e da comunidade”.

Neste contexto, pode-se verificar que há o afastamento direto deste Princípio Constitucional e Universal tão importante quando realizada a prática de exploração da força de trabalho e de tempo do trabalhador de forma exacerbada, sem o mínimo de condições de higiene, segurança, alimentação, moradia dentre outros, já que este é digno de respeito e consideração por todos.

Inegável que o legislador procurou trazer a máxima proteção almejada pela OIT e pela ONU em suas declarações e convenções para dentro do Direito brasileiro, notadamente na Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, e, principalmente, da Constituição de 1988, arts. 1º, 3º e 5º, e do Direito Penal em 2003.

Contudo, indo na contramão da legalidade, o empregador abusa do seu poder diretivo, provocando sorrateiramente a escravidão de seus trabalhadores através do cerceamento de sua liberdade de ir e vir de um lugar a outro sem permissão, pela falta de trabalho digno como acordado no momento de contratá-los, não realizando a paga correspondente aos seus esforços, mantendo-o em condições

de plena falta de segurança na execução de suas funções e demais formas que serão descritas a frente.

Portanto, quando verificada a existência de trabalho escravo dentro de atividades empresariais, restam afastados todos os princípios, implícitos e explícitos, existentes em tais documentos, não tão somente os citados neste artigo.

Cumpre dizer, portanto, a Dignidade da Pessoa Humana é uma qualidade intrínseca do ser humano, logo, algo que não tem preço ou valor pecuniário e, por tal, não se compra ou vende. Superexplorar e levar o homem ao limite de suas forças física e mental, atinge diretamente sua dignidade, quiçá até a forma que este enxerga a si, como um ser digno de conquistar o melhor para ter do melhor, trazendo assim até consequências psicológicas.

Numa segunda linha de observação, as situações descritas anteriormente implicam também no afastamento de outro princípio importantíssimo, o da Liberdade, já que, mesmo não sendo àquele trabalho escravo das épocas coloniais, há privação da locomoção do trabalhador por completo na maioria dos casos apresentados a justiça brasileira, seja por dívida ou confisco de seus documentos, quando não, a situação de restrição do direito a liberdade deste empregado fica limitada ao comando de seu empregador.

Com isto, e por fim, tendo em vista que tais princípios mencionados constam da Constituição Federal, e intrinsecamente em demais normas vigentes no direito interno e externo, por via reflexa o Princípio da Legalidade sucumbe, presente no art. 5º, inciso II da Carta Magna, já que empregador furtar-se a lei, realizando vez pós outra atos *contra legem*.

## **DIREITO SOCIAL**

O artigo 7º da Constituição Federal, introduzido no nosso ordenamento em 1988, se valeu de trechos da redação já existente na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. XXIII,

itens 1, 2 e 3, além do art. XXIV, que formam os direitos mínimos do homem-trabalhador.

Neste sentido, defende Bitencourt (CEZAR ROBERTO BITENCOURT,- 2009) que a conduta de reduzir alguém à condição análoga de escravo afasta todos os direitos sociais e fundamentais de forma direta, conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana como relatado, “despojando-o de todos os seus valores ético-sociais, transformando-o em coisa, no sentido concebido pelos romanos”.

Com este conjunto de normas, adicionados os derivados de leis infraconstitucionais, aparenta ter o trabalhador seus direitos assegurados, mas a sensação de impunidade, ilegalidade e falta de aplicação efetiva das sanções previstas no âmbito jurídico, no caso em comento, são muito intensas, já que não se coíbe veementemente tal prática de recrutamento dos trabalhadores para regiões do País onde se concentra a massa de empregadores que atentam contra todos os princípios e regras já citadas.

## **DA CRIAÇÃO DO GERTRAF do CONATRAE**

Após reconhecer que no Brasil ainda persistia o trabalho escravo, mesmo que de forma análoga, o governo brasileiro buscou criar mecanismos de repressão à prática, criando assim órgãos fiscalizadores que deveriam cuidar da sistemática de endurecimento no sentido de reprimir tais atos e, ainda, para impedir novas escravizações e fiscalizar as leis que viriam a ajudar nesta tarefa. Porém, como veremos, a tarefa é árdua e tal conduta persiste em nosso país.

O Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (Gertraf) criado em 1995 através do Decreto 1.538/95, conforme seu art. 1º foi idealizado com objetivo de “coordenar e implementar as providências necessárias à repressão ao trabalho forçado”, competindo a este órgão a elaboração e implementação de programas integrados a fim de coibir a prática de trabalho análogo a de escravo, coordenação de órgãos que visem o cumprimento dos programas, a articu-

lação com a OIT e dos Ministérios Público da União e Estados para que a legislação pertinente seja cumprida e, além disso, propor atos normativos para a melhor implementação destes propósitos.

Através do Gertraf, que tem como formação representantes de diversos Ministérios, como exemplos, MTE (Ministério do Trabalho e Emprego), Ministério da Justiça, Ministério da Agricultura, Ministério da Indústria, Comércio e Turismo, foram criados outros grupos de combate que, em conjunto, realizam ações especiais de fiscalização, empreendidas pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel, dirigidas às situações mais graves, como de trabalho degradante e/ou escravo e de ações permanentes, através de suas Delegacias Regionais do Trabalho, de equipes de fiscalização que devem atuar permanentemente no combate às situações irregulares de trabalho, tudo isto ocorrendo com o apoio da Polícia Federal.

Ocorre que, penoso admitir que este grupo não tenha conseguido coibir tais práticas de forma a erradicar o trabalho análogo ao de escravo, não por sua culpa, mas tendo em vista que o número de Auditores Fiscais do Trabalho é infinitamente diminuto frente ao tamanho do Brasil, já que suas Regiões são vastíssimas, sendo as mais longínquas, ou de difícil acesso, merecedoras de atenção redobrada, e portanto de maior efetivo de fiscais da lei.

O mesmo ocorre em relação ao número de Delegacias Regionais do Trabalho (DRTs) que encaminham as denúncias recebidas ao Grupo Móvel (*longa manus* do Gertraf), Polícia Federal, MPT (Ministério Público do Trabalho) e MPF (Ministério Público Federal) para providências de fiscalização e resgate dos trabalhadores explorados.

Em nova tentativa de aperfeiçoamento institucional, em 2003, fora criado o CONATRAE (Coordenadoria Nacional de Combate ao Trabalho Escravo), tendo este como objetivo central, acompanhar o cumprimento do Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, a tramitação de projetos de leis no Congresso, além de propor atos normativos, acompanhar e avaliar projetos de cooperação

técnica entre o Brasil e organismos internacionais, elaborar estudos e pesquisas e realizar campanhas relacionadas à erradicação do trabalho escravo, entre outros.

Neste passo, a observação destes fatores chama a atenção para a ineficácia da fiscalização que por si só não gera punição, se transformando em verdadeiro trabalho de “enxugar gelo”, isto porque, mesmo havendo lei específica para conter em seu grau máximo a prática de aliciamento de trabalhadores e exploração dos mesmos, esta não é aplicada por magistrados, em ações, e/ou delegados, em inquéritos policiais, conforme veremos mais adiante, ficando a cargo tão somente da Justiça Trabalhista corrigir as distorções criadas em sua esfera de competência.

## **CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO NA ATUALIDADE E DESDOBRAMENTOS**

Não há no Brasil um entendimento pacificado sobre a conceitualização doutrinária e legislativa do que seria trabalho análogo a escravidão, apesar das fontes, da lei penal e demais normas o definirem para fins de aplicação da lei penal e trabalhista ao caso concreto, permanecendo, enquanto isso, alguns milhares de empregados em escravidão análoga, não percebendo retorno das horas despendidas com sua força de trabalho e sofrendo por meses pressão psíquica, pois aqueles que deveriam estar cumprindo penas em regime fechado prisional permanecem inseridos na sociedade.

De acordo com o Ministério Público Federal, que também possui competência para ajuizar as ações coletivas pertinentes ao trabalho escravo, quando praticado no meio rural, o crime ocorre principalmente em atividades como a pecuária, em plantações, na extração de carvão vegetal, na agroindústria e no desmatamento. No meio urbano, os destaques vão para as confecções de roupas e para a construção civil. As vítimas são de todos os tipos: crianças, mulheres e homens mais jovens no geral, e quanto a isto não há desarmonia entre legislador, doutrinadores e pesquisadores do tema.

A divergência está, não exclusivamente, no *caput* do art. 149 do Código Penal que definiu, o que é o núcleo do tipo, tendo certo que se trata de reduzir alguém a trabalhador análogo à escravo, mas a leitura literal da lei por aqueles que querem burla-la.

Portanto o que diverge, ao que parece, é a justiça trabalhista condenar o empregador ao pagamento das verbas salariais e de rescisão de contrato tácito, e na seara penal absolver o empregador que se beneficiou economicamente da força do trabalho do seu explorado reduzindo-o a condição de coisa.

O conceito de trabalho análogo a escravo esta íntima e diretamente ligado a suas características, visto que procura atender também o art. 5º, III da Constituição Federal, que imperativamente diz que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, se encaixando perfeitamente no caso em análise.

Neste momento é apropriado observar um breve trecho de Relatório da OIT, que segue transcrito abaixo, para melhor compreender porque no Brasil ainda se usa a expressão trabalho escravo e como isso acaba por interferir no tipo penal abordado.

“Relatório da OIT – Maio/2005 (...) No Brasil, a expressão usual para referir-se à prática de trabalhos forçados em zonas remotas é ‘trabalho escravo’. Todas as situações abarcadas por esta expressão se enquadram no princípio (da proteção do trabalhador) dentro do âmbito de aplicação das Convenções da OIT sobre trabalho forçoso”.

Partindo de tal observação, seguem tais características enumeradas na redação do art. 149 do CP:

Caput - Submeter a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva trabalhador, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer res-

tringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto;

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003);

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

Verificada as características descritas no art. 149 do CP, há que ser dito que na seara criminal o tipo penal não pode se valer de interpretações extensivas, pois carrega consigo a descrição de um fato ilícito que, portanto, implica a cominação de uma pena. É um dos elementos definidores do próprio crime, que segundo a teoria tripartite, é fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, o tipo deve estar perfeitamente delimitado para o fim que quer atingir.

Destrinchando o caput do art. 149 do CP se encontra o núcleo do tipo penal, que é submeter alguém a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva de trabalho, sem mais delongas.

Seguindo esta linha de raciocínio, trabalho forçado pode se caracterizar por condições degradantes de trabalho, ou seja, conjunto de ilícitos que colocam em risco a vida do empregado, seja pela falta de equipamentos de segurança combinadas com atividades insalubres, não havendo prevenção contra doenças por contaminação ou exposição a materiais tóxicos, entre outros, e a servidão por dívida.

Em relação a jornada exaustiva considera-se como qualquer hora que se prolongue por mais de 10 horas diárias, já que o art. 58 da CLT traz em seu bojo a limitação de 8h diárias ou 44h semanais, acrescida

de 2 horas extraordinárias por dia, conforme art. 59 do mesmo Diploma Legal ou em casos de horários revezamento chamados 12x36.

Assim, o art. 149 tem como bem protegido a liberdade e a dignidade da pessoa humana, já que em se tratando de sanção penal, é a própria vida e o bem jurídico maior a ser protegido.

Confirma a afirmação feita acima, e em capítulo anterior, a observação de Rogério Greco (ROGERIO GRECO – 2008), que leciona que “a lei penal refere-se às condições degradantes de trabalho, existem outros bens juridicamente protegidos: a vida, a saúde, bem como a segurança do trabalhador, além de sua liberdade”.

Porém, tal comando jamais poderia ser efetivo, tendo em vista sua total atecnia jurídica, pois o tipo penal “reduzir a condição análoga” não trazia consigo um conceito ou qual a conduta faria surgir o fato típico, não havia um rol a ser observado ou fixando-o naquele contexto.

No ano de 2016, finalmente por tal motivo, o Brasil sentou no banco dos réus para ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos acusado de se omitir quanto a responsabilização e o punição dos responsáveis em um caso de flagrante de trabalho escravo em uma propriedade rural no Pará, centro do problema como já apontado, ocorrido nos idos anos 80. A audiência foi realizada nos dias 18 e 19 de fevereiro, porém a sentença tem previsão de publicação (ou publicização) até setembro de 2016.

Há que se destacar que nos últimos 4 (quatro) anos, nenhum acusado por contratar trabalhadores e mantê-los em condições análogas à de escravo foi condenado em definitivo e, tampouco os anteriormente condenados iniciaram seu cumprimento de pena pelo crime, pois a sentença não transitou em julgado até meados de 2014.

Saliente-se que nesse período foram ajuizados 469 (quatrocentos e sessenta e nove) processos nos Tribunais de todo o país, mas nenhum resultou em punição.

Para o Ministério Público Federal, a impunidade está ligada à demora do Judiciário em resolver as causas, mas, para muitos, a

absolvição ou demora no cumprimento da pena está ligada diretamente a falta de um conceito fechado do que seja “reduzir alguém a trabalho análogo a de escravo” ou o que seja o próprio trabalho análogo ao de escravo.

A propósito, as decisões na esfera criminal e trabalhista são deveras contraditórias, visto que, muitos julgados na justiça do trabalho são fundamentados observando, sempre, que é irrefutável a caracterização de trabalho escravo naquela ação Reclamação Trabalhista ou ação coletiva proposta. Entretanto muitos inquéritos policiais são arquivados por atipicidade do crime de redução a trabalho análogo a de escravo e aqueles que são levados a frente tem como resposta a absolvição dos réus por não serem estes considerados os verdadeiros empregadores ou dono das terras, conhecidos como laranjas, e que se utilizavam do trabalho indigno ou em condições subumanas.

Neste sentido, deve ser cuidadosamente observado que mesmo não sendo estes os reais proprietários, faziam efetiva e diretamente o uso do trabalho exploratório de pessoa humana, auferindo lucro ou dinheiro, afastando o princípio da legalidade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, tanto quanto o empresário ou sócio do negócio, já que preposto deste.

Sendo assim, se “tipo penal”, conforme já visto, é a descrição concreta da conduta proibida e a matéria da proibição das prescrições jurídico penais, certo é que aqueles que funcionam como prepostos, também estão incurso no crime de redução de pessoa a trabalho análogo a de escravo, ou seja, concorreram para que o tipo penal sobreviesse, quando auxiliaram para a efetivação do ato punível exatamente conforme está descrito na Lei (o núcleo do tipo - formal) e a significativa lesão ao bem protegido (consumação do crime - material).

Tal afirmação, também pode ser verificada com a simples leitura de trechos do processo 01263-2007-048-03-00-4 RO, utilizado como exemplo, inclusive, por diversos autores e estudiosos da área do direito trabalhista, recurso este interposto por proprietário que

teve o inquérito arquivado por atipicidade na esfera penal, em ação coletiva proposta pelo Ministério Público do Trabalho, e que tentava retirar seu nome do cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas a de escravo.

“Processo 01263-2007-048-003-00-4 RO – (...) não se pode pretender a absolvição trabalhista simplesmente porque o inquérito policial foi arquivado por atipicidade dos fatos investigados. O tipo penal encerra torneamento rígido, fechado hermeticamente sobre si próprio (*nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>91</sup>), não tolerando o seu brandor nenhuma impureza, tendo em vista o jus puniendi do Estado. (...) Se os trabalhadores, recrutados, arregimentados, andarilhados ou pré-contratados, pouco importando a questão semântica, já que não se trata de tipificação penal, para prestar serviços na colheita de cana, morando em alojamentos precários (...) ferindo a dignidade da pessoa humana, esses fatos não podem passar ao largo da percepção do juízo trabalhista, direta e imediatamente envolvido com os direitos sociais fundamentais, que não podem ser meras promessas, sonhos e fantasias para humildes trabalhadores, que prestam serviço exaustivo, no campo, realizando a colheita de cana, para a sustentação do programa de biocombustível”.

Cumpra observar que não há uma relação legal sistemática entre a justiça trabalhista e penal, mesmo coexistindo leis que tratem do mesmo assunto, estas não dependem uma da outra para processar suas ações, correndo, assim, como nas ações da esfera cível, paralelamente.

---

91. Ninguém será punido sem que haja uma lei prévia (Princípio da Legalidade no direito penal).

Isto ocorre, porque na justiça do trabalho não há prisão ou esta não comporta a especializada criminal para delitos contra os trabalhadores, que veremos a frente ser uma alternativa para coibir o trabalho escravo no país.

Talvez, impulsionada pela EC 81/2014 tivemos o conhecimento de acolhimento na justiça criminal de condenação nesta esfera, de empresário da área de carvoaria, a 4 anos e meio de prisão por manter 35 empregados em condições análogas à escravidão em fazendas localizadas em Goiás, e estes trabalhadores, segundo a denúncia do MPF e a sentença condenatória consideraram, acertadamente, que baixos salários, jornadas exaustivas, alojamentos com estrutura precária, falta de equipamentos de proteção, de instalações sanitárias adequadas e de fornecimento de água potável são sim formas degradantes de trabalho, e além disso, as 14 horas diárias (jornada exaustiva) que eram impostas todos os dias.

## **A PEC DO TRABALHO ESCRAVO**

A PEC 00057/1999, mais conhecida como PEC do Trabalho Escravo, fora elaborada como tentativa de endurecimento da legislação atual para uma real coerção dos abusos cometidos pelos donos de terras e empresas que mantem seus empregados em regime de trabalho análogo ao de escravo.

No dia 05 de junho de 2014 a referida PEC fora promulgada e sua publicação ocorreu no dia 06 de junho, colocando fim a mais de 14 anos de espera por sua aprovação. Tal Emenda Constitucional, EC 81/2014, alterou a redação do art. 243 da Constituição Federal e vigora com a seguinte redação, portanto:

“Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei se-

rão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”.

O Senador Renan Calheiros, muito oportunamente, quando em discurso após promulgação da referida Emenda, sintetizou o que todo este trabalho em aprovar a PEC busca, que é a concretização de cumprimento às normas já existentes e asseverou que:

As medidas coercitivas para submissão de trabalhador a regime análogo ao da escravidão não foram suficientes, pois a legislação praticamente não foi aplicada, deixando a sensação de impunidade. Por tudo isso, o Congresso Nacional decidiu medida mais drástica, para impor a expropriação de imóveis rurais e urbanos.

Há que se dizer neste momento que, a divergência anteriormente apontada acaba por interferir diretamente na Emenda 81/2014, visto que sua aplicação não será possível de forma efetiva se um conceito não for definido.

Corroborar a afirmativa o relator da proposta, Senador Romero Jucá, quando tenciona que o termo precisa ser mais específico, ou melhor, definido no sentido do que seria uma jornada exaustiva e o que é um trabalho degradante. Além disso, muito bem avalia os con-

tornos e limitações que precisam ser definidos, já que tal definição deverá ser direcionada para as classes e nichos profissionais onde realmente se extrapole a razoabilidade e se encaixe o tipo penal, não tomando qualquer trabalhador para si a aplicação da norma mais pesada ao seu conteúdo, usando como exemplo trabalhador em São Paulo que afirma ser degradante trabalhar sem ar-condicionado, banalizando a intenção principal da Lei aplicável ao tema ora discutido.

Por tal, a Emenda aprovada e promulgada, por se tratar de norma de eficácia contida, deverá ser regulamentada por Lei Complementar, que deverá trazer em texto as definições e caracterizações pertinentes ao tema para que, efetivamente, esta exista no mundo jurídico e seja aplicável aos casos concretos existentes e que surgirem, retornando a discussão da efetividade do tipo penal contido no art. 149 do CP, já conjecturado neste artigo quando do capítulo de aplicação da norma sancionatória penal e das características descritas pelo tipo penal.

Vale ressaltar que, de toda a sorte, a complementação deveria ser editada de forma mais célere que o projeto de emenda, que levou mais de 10 anos para vir a existir no mundo jurídico, e por experiência, é sabido que o caminho será longo, porém não podendo ser desmerecido tal avanço legislativo.

No dia 08/03/2016 foi divulgado na imprensa oficial do Senado que a Comissão de Direitos Humanos irá realizar diversas audiências públicas para discutir a questão acima levantada, ou seja, finalmente definir o que é trabalho escravo no Brasil, a fim de dar eficácia a lei penal existente e infimamente aplicada.

## **CONCLUSÃO**

Este artigo se prestou a tentar demonstrar em seu bojo a falta de efetividade e eficácia da norma já estabelecida e a maior parte de suas nuances e divergências, porém o tema não fora esgotado, tamanha complexidade e discussão no mundo jurídico.

Conclui-se, também, que algumas medidas seriam necessárias para que essa averiguação prévia ocorresse da forma desejada e atingisse seu objetivo de prevenção.

Primeiramente, a anotação de todas as propriedades que desenvolvem atividades empresariais em cadastros de sindicatos da categoria que ocupam, conforme a regional, para efetivar a liberação de suas licenças para a produção e/ou exploração da terra e, conseqüente, trabalho braçal.

Isto porque, atualmente os meios tecnológicos viabilizam a troca de informações entre sistemas, designando-se mês a mês, dias e locais a serem vistoriados, sem aviso prévio ao latifundiário ou empresário e seus prepostos, independentemente de denúncia por parte de qualquer individuo ou órgão classista, revertendo para si à velha máxima de que “a vantagem que o rato tem sobre o homem é saber quando o gato está chegando”.

Em segunda solução, o maior rigor na anotação dos empregadores “Fichas Sujas”, colocando não somente 1% de empresas ou propriedades rurais que lá se encontram, mas todos àqueles que já tiveram condenação transitada em julgado na justiça do trabalho, inclusive, não só na esfera penal, já que devidamente atendidos os princípios de ampla defesa e contraditório em todas as vias legais existentes na Ação Coletiva ou Reclamação Trabalhista.

Ainda nesta linha, criação de uma justiça trabalhista que tenha uma ramificação especializada de tratamento dos processos que tenham como sujeitos ativo e passivo, trabalhadores e empregadores envolvidos em lides que discutem a existência ou não de trabalho na propriedade.

E por fim, elaboração de programa que trabalhe diretamente a prevenção junto aos trabalhadores, com um centro de atendimento que informe o direito destes ou ainda, que chame a atenção para a existência de aliciadores na região, podendo este ocorrer até em associação de moradores em cidades pequenas do interior

ou convocação geral em Praças e Câmara de Vereadores, provendo assim, educação para o trabalhador.

Ao final, se conclui, pela observação dos capítulos elaborados, que a melhor solução seria combater este mal na raiz, através da prevenção continuada, persistente, setorizada e organizada pelos órgãos já constituídos, buscando mais educação para o trabalhador, a fim de que este tenha condições de identificar quais de seus direitos estão sendo suprimidos ou quais estão ameaçados, fazendo assim uma grande corrente de vozes que ecoarão até aqueles que os poderão defender.

#### **4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho Decente – Análise jurídica da Exploração do Trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno, 3. Ed. São Paulo: LTr. 2013.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho Escravo – Caracterização Jurídica – 1. Ed. São Paulo: LTr. 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação dos direitos humanos. Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação, NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (coord.) 2. Ed São Paulo: LTr, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

REVISTA TRT 1ª REGIÃO: Trabalho Decente. Julho/dezembro 2011.

BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 01 de maio 1943; 122. Da independência. 55. Da República – Getúlio Vargas – Alexandre Marcondes Filho.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Saraiva. 2014.

BRASIL. Código Penal Brasileiro (atualizado). Saraiva. 2014.

BRASIL. Manual de Combate ao Trabalho Escravo – TEM.

BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição nº 57A/1999 – PEC do Trabalho Escravo.

GENÉBRA. Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – 1948.

GENÉBRA. Relatório OIT de maio de 2005.

MONTREAL. Carta de princípios e objetivos da OIT – 1944.

Disponível em [www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br). Último acesso em 11/03/2016.

Disponível em [www.mte.gov.br](http://www.mte.gov.br). Último acesso em 11/03/2016.

Disponível em [www.reporterbrasil.org.br](http://www.reporterbrasil.org.br). Último acesso em 11/03/2016.

Disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). Último acesso em 11/03/2016.

Disponível em [www.trabalhoescravo.mpf.mp.br](http://www.trabalhoescravo.mpf.mp.br). Último acesso em 11/03/2016.

Disponível em [www.trabalhoescravo.org.br](http://www.trabalhoescravo.org.br). Último acesso em 11/03/2016.

Disponível em [www.globo.com/g1](http://www.globo.com/g1). Último acesso em 11/03/2016.

Disponível em [www.facebook.com./gptec](https://www.facebook.com/gptec). Último acesso em 11/03/2016.



## A TUTELA COLETIVA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Vanessa Lima do Nascimento<sup>92</sup> e Lorena Silva de Albuquerque<sup>93</sup>

### **INTRODUÇÃO**

Até o início do século XVIII não havia preocupação com a saúde do trabalhador. Foi com o advento da Revolução industrial e de novos processos industriais que começaram a surgir as doenças ou acidentes de trabalho e, conseqüentemente, a necessidade de elaboração de normas para melhorar o ambiente do trabalho em seus diversos aspectos.

E é nesse contexto pós revolução Industrial, em que são fixadas pelo direito condições mínimas a serem observadas pelo empregador, que os direitos sociais ganharam status de normas fundamentais, exigindo-se do Estado prestações positivas. E é no pós guerra que os direitos fundamentais adquirem a dimensão de solidariedade e fraternidade, notadamente através do reconhecimento da existência de direitos transindividuais e difusos, de titularidade indeterminado, dentre os quais desponta o direito ao meio ambiente equilibrado, elemento essencial de construção da vida com qualidade, fundamental para a presente e futuras gerações.

Portanto, o meio ambiente do trabalho saudável e compatível com a condição da pessoa humana, por ser faceta indissociável do direito ao meio ambiente, é um direito fundamental do cidadão trabalhador,

---

92. Procuradora do Estado, Advogada. Graduada pela Universidade Federal do Amazonas. Pós Graduada em Direito Processual Civil pela UNIDERP-Anhanguera. Email: [vl.vln1203@mail.com](mailto:vl.vln1203@mail.com)

93. Procuradora do Estado. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Procuradora do Estado do Amazonas. Email: [lorena\\_alb@hotmail.com](mailto:lorena_alb@hotmail.com)

devendo lhe ser assegurado os meios necessários a defesa de tão preponderante direito a fim de que a tutela transindividual seja efetiva.

## **1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR**

Os problemas com a saúde do trabalhador não são novos. Foram os Romanos os primeiros a estabelecer a relação entre o trabalho e as doenças. Segundo George Rosen no livro “Uma História de Saúde Pública”:

Plínio diz que algumas doenças são mais comuns entre os escravos. Vários poetas fazem referências aos perigos de certas ocupações. Marcial menciona as doenças peculiares aos que trabalham com enxofre. Juvenal fala das veias varicosas dos augures e das doenças dos ferreiros; e Lucrécio se refere a dura sorte dos mineradores de ouro (1994:45)

Não havia qualquer legislação protetiva aos trabalhadores e qualquer medida para minimizar ou coibir os efeitos danosos da matéria prima utilizada, serragem, poeira ou proteção contra acidentes decorrentes da atividade em si eram tomadas pelos trabalhadores por conta própria.

Para Júlio Cesar de Sá da Rocha, a própria origem etimológica da palavra “trabalho” vem do latim *tripalium*, que era um aparelho destinado a sujeitar cavalos que não queriam deixar-se ferrar. *Tripaliare* significava torturar com o *tripalium*. (1997:29) O trabalho era, portanto, concebido como algo terrivelmente penoso.

A obra do médico Bernardino Ramazzini lançado em 1700 na cidade de Módena na Itália foi considerado o texto básico da Medicina Preventiva do Trabalho, porquanto, não obstante fosse diminuto o número de normas regulamentando medidas de pro-

teção à saúde dos trabalhadores, o autor estudou 54 grupos de trabalhadores, compreendendo mais de 60 profissões, e retratou as enfermidades mais comuns em cada tipo de profissão, as medidas profiláticas que poderiam ser adotadas e eventuais métodos de tratamentos das doenças (ROSEN:1994, p.85)

Posteriormente, a revolução industrial veio acelerar o cenário e gerar novos e sérios problemas. Ao lado dos lucros, das máquinas e da crescente expansão capitalista, aumentava a miséria, o número de doentes e mutilados, dos órfãos e das viúvas nos sombrios ambientes de trabalho, além de habitações fétidas, epidemias generalizadas, trabalho de crianças e mulheres e muitas mortes.

As primeiras legislações a protegerem o trabalho foi a “Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes”, de 1802 na Inglaterra que foi a primeira lei a conter prescrições de natureza sanitária. Na sequência, sobreveio a Lei de 1831, proibindo o trabalho noturno para empregados com menos de 21. Em 1833, sobreveio lei que regulamentou a idade mínima para trabalhar em 9 anos de idade. Ainda na Inglaterra, foram publicadas as leis de 1842, proibindo o trabalho das mulheres e crianças no subsolo; de 1844, limitando o trabalho das mulheres a 10 horas diárias; de 1850 e 1853, fixando a jornada geral de trabalho dos homens em 12 horas, entre outras (MELO: 2001, p.25-26)

Por sua vez, essa tendência intervencionista estatal em prol das melhores condições dos trabalhadores, marcou a segunda metade do século XIX em várias regiões da Europa e foi firmada com a fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, baseada no Tratado de Versalhes, com o objetivo de uniformizar as questões trabalhistas e reverter as condições subumanas do trabalho. Desde a primeira reunião, a OIT adotou seis propostas destinadas à proteção da saúde e à integridade física dos trabalhadores: proteção à maternidade, trabalho noturno para mulheres, limitação da jornada de trabalho, idade mínima para a admissão de crianças e o trabalho noturno para menores.

No pós-guerra, considerando todo o contexto, foi aprovada em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reforçando o direito ao trabalho, condições justas e favoráveis de trabalho, propostas voltadas à proteção quando ocorresse o desemprego, limitação de horas de trabalho, direito ao repouso e direito às férias periódicas remuneradas.

As relações de trabalho, portando, sempre existiram desde que o homem se organizou em sociedade. No entanto, é possível mencionar as relações de trabalho antes e depois da revolução industrial, que impôs a criação de um sistema de disciplina jurídica adequado a um tipo de relação profundamente renovado.

## **2 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL:**

Os direitos fundamentais, como adverte Norberto Bobbio, “são direitos históricos” (BOBBIO: 1992, p.5). Isso porque eles são fruto das conquistas do homem na luta contra a opressão estatal, nascendo de forma gradual e em circunstâncias específicas.

A primeira fase de proteção dos direitos fundamentais deu-se no contexto do século XVIII, com a Declaração dos Direitos – Declaração de Virgínia de 1776 e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 - e encontraram arcabouço especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista, segundo a qual a finalidade precípua do Estado consistia na realização da liberdade do indivíduo. São denominados de direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, pois constituem liberdades públicas ou direitos humanos individuais, notadamente o direito de liberdade e de propriedade, que o indivíduo passou a possuir frente ao Estado, que se vê limitado a não cometer excessos ou abusos. Por essa razão são encarados como direitos de cunho “negativo”, vez que dirigidos a uma abstenção estatal.

Enquanto a primeira fase foi marcada por uma concepção liberal, a segunda fase, impactada pelo reflexo da Revolução Industrial e os graves problemas que a acompanharam, é marcada pela ideia

de homem enquanto coletividade, voltando-se para a proteção dos direitos sociais que, por sua vez, demandavam por parte do Estado um comportamento ativo para a realização dos mesmos. É após a 1ª Guerra Mundial que diversos países passaram a consagrar em suas Constituições vários direitos pautados no valor da igualdade como que direito fundamental, tais quais, direitos sociais, culturais e econômicos, isto é, direitos coletivos.

Por sua vez, os direitos de terceira geração trazem como marca distintiva a fraternidade ou solidariedade e residem basicamente nos direitos de titularidade coletiva, indefinida e indeterminável, como os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação. (SARLET: 1998, p.51)

Ao se referir aos direitos fundamentais de terceira geração, Norberto Bobbio afirma peremptoriamente que *“o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”* (1992:6)

O meio ambiente é, portanto, considerado uma extensão do direito à vida, pois a ideia de vida não se restringe a não morrer, mas sim viver com qualidade e com dignidade, aspectos inerentes ao direito ao meio ambiente saudável.

No Brasil, o conceito de Meio Ambiente é extraído da Lei nº 6.938/81 que o define como sendo *“o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”*.

A Constituição Federal promulgada em 1988 foi a primeira constituição brasileira a citar o termo meio ambiente e a delegar ao poder público e à toda coletividade o dever de salvaguardar o meio ambiente em que vivemos, tradicionalmente classificado didaticamente em quatro aspectos: meio ambiente natural, artificial, cultural e laboral. (art. 225, CF) Dispôs, ainda, competir ao siste-

ma único de saúde “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (art. 200, CF), além de estabelecer como direito social dos trabalhadores urbanos e rurais a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”(art. 7º, XXII, CF)

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, Meio Ambiente do Trabalho é o “habitat laboral, isto é, tudo que envolve e condiciona, direta e indiretamente, o local onde o homem obtém os meios para prover o quanto necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento em equilíbrio com o ecossistema”.

O respeito ao Meio Ambiente do Trabalho equilibrado, portanto, implica necessariamente na defesa do direito à vida, que é o mais básico dos direitos fundamentais, nele se inserindo por visar diretamente à qualidade de vida (art. 225, caput, CF) como meio de atingir a finalidade de preservação e proteção à existência em qualquer forma que essa se manifeste, bem como condições dignas de existência à presente e às futuras gerações.

Assim, como aspecto integrante e indissociável do meio ambiente geral é que o Meio Ambiente do Trabalho caracteriza-se como direito fundamental, na medida em que é indispensável para o alcance do direito à vida com qualidade.

### **3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO:**

Como bem pontuado por Nobberto Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se não de um problema filosófico, mas político” (1992:24).

Hodiernamente não se discute o reconhecimento de direitos fundamentais ao cidadão, nem tampouco, de legislação que especialmente proteja o direito difuso ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida, nele incluído direito ao meio ambiente

do trabalho. Discute-se, todavia, a efetivação destes direitos a fim de que não se tornem mera letra morta, visto que não basta apenas assegurar um direito, é necessário prever instrumentos que possam garanti-lo em casos de eventuais violações.

A CF/88 trouxe avanços expressivos à proteção dos interesses difusos lato sensu, dos quais se destaca a inovação do mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, inciso LXX, que legitimou extraordinariamente partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classes e associações a submeterem ao judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo coletivo ou difuso, inclusive em face do meio ambiente do trabalho (mandado de segurança coletivo ambiental).

O mandado de injunção, garantido pelo art. 5º, inciso LXXI da CF/88, tem por escopo realizar concretamente em favor do impetrante direito, liberdade ou prerrogativa prevista em norma constitucional de eficácia limitada<sup>94</sup>, quando a omissão do Poder Público em regulamentar a matéria inviabilizar o exercício do referido direito. Na modalidade coletiva possui, por analogia, os mesmos legitimados do mandado de segurança coletivo<sup>95</sup> e, obviamente, pode ser utilizado na tutela do meio ambiente do trabalho em caso de eventual prescrição constitucional atinente à matéria e que dependa de uma norma regulamentadora, cuja falta torne seu exercício inviável.

O Habeas Corpus, previsto no art. 5º, inciso LXVII, poderá ser utilizado em matéria ambiental sempre que a ilegalidade ou abuso de poder estiver relacionada a crimes ambientais e, conseqüentemente, puder importar em ofensa ao direito de locomoção do impetrante<sup>96</sup>.

---

94. José Afonso da Silva distingue as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada. As de eficácia plena produzem efeitos diretos e imediatos e não se sujeitam a restrições. As normas de eficácia contida, também incidem diretamente e imediatamente, mas poderão ter seu conteúdo e alcance restringido por lei infraconstitucional. As normas de eficácia limitada possuem eficácia mediata e indireta e dependem de lei regulamentando o direito para que este possa ser exercido e, enquanto não editada a lei, possuem apenas eficácia negativa proibindo a edição de normas infraconstitucionais em sentido oposto. (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ªed.rev.atual., Ed. Malheiros: São Paulo, 2005).

95. Lei 8.038/90, art. 24, parágrafo único.

96. Nesse ponto, cumpre registrar que é possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental (art. 225, §3º, CF). Relativamente ao manejo

A Carta Magna manteve inalterados os direitos de representação e petição, bem como alargou o conceito da Ação Popular, no art. 5º, LXXIII, constando expressamente a possibilidade de qualquer cidadão atacar o ato lesivo ao meio ambiente (ação popular ambiental). O Habeas data, outrossim, previsto no art. 5º, inciso LXXII, poderá ser manejado para conhecimento de informações e retificação de dados constantes de registros ou bancos de dados governamentais ou de caráter público.

Por fim, o elemento mais utilizado, que é a Ação Civil Pública, inicialmente previsto na Lei nº 7.347/85 e que adquiriu status constitucional na CF/88 no art. 129, III, ao ter sua promoção incluída dentre as funções institucionais do Ministério Público, tendo, ainda, como legitimados concorrentes e disjuntivos as entidades estatais, paraestatais e associações civis na defesa dos interesses difusos e coletivos, em especial do meio ambiente.

A ação civil pública tem sido largamente utilizada como meio de proteção ao Meio Ambiente do Trabalho, tanto no trato preventivo quanto no de reparação do dano perpetrado, razão pela qual se revela o instrumento jurídico basilar da jurisdição civil coletiva. Nesse sentido, lecionando acerca da sua aplicabilidade na seara trabalhista, pontifica Marcos Neves Fava:

No universo do processo do trabalho, várias são as razões que ensejam o uso da ação coletiva, quer na proteção de direitos individuais homogêneos, quer na de coletivos, quer na de difusos. A primeira coincide, como dito linhas acima, com os minúsculos direitos, se individualmente tomados, decorrentes da minudente legislação laboral

---

do Habeas Corpus, os tribunais superiores não são pacíficos no que tange à possibilidade da pessoa jurídica figurar como paciente. O STF entende não ser possível, vez que a pessoa jurídica jamais poderá vir a ser efetivamente presa (HC 88747 AgR, 15/09/2009) e o STJ entende que é possível desde que os corréus pessoas físicas também sejam pacientes do remédio (RHC 28.811/SP, 13/12/2010).

pátria; a segunda, com a natureza praticamente sempre transindividual das relações de trabalho, envolventes que são de um grupo de trabalhadores, em situação homogênea, diante do contratante; a terceira, a existência de uma gama de violações estupendas de direitos fundamentais, contra as quais não há condição de defesa individual; a quarta, a busca de tutela de direitos trabalhistas, no curso do contrato, mostra-se, em regra, impossível, em razão das represálias impostas ao trabalhador; e a quinta, que da última decorre, a tutela dos interesses que se dá após o contrato é apenas reparador e não soluciona a lide potencial. Dessa forma, não assegurado o adicional de insalubridade para o operador de prensa de determinada empresa, após a sua demissão, o trabalhador, individualmente, persegue o pagamento de indenização compensatória, mas o outro operário, que toma o seu lugar, de nenhum direito usufrui, não obstante o posicionamento do judiciário anterior sobre o tema (2008:85)

Obviamente, as mesmas razões são aplicáveis quando o objeto da ação civil pública for o meio ambiente do trabalho, posto que a ação coletiva funciona como uma “ação sem rosto” e disponibiliza proteção genérica, de caráter transindividual, sem comprometimento do emprego e com o aproveitamento da coisa julgada ultra partes e erga omnes.

A ação civil pública trabalhista pode ter variadas hipóteses, das quais, para algumas já houve intento prático jurisdicional, quer pelo Ministério Público do Trabalho, quer pelos Sindicatos, e para outras, ainda não. Destacamos os seguintes exemplos de Marcos Neves Fava (2008: 86-109):

Ação civil pública para combate à **escravidão**, como a exploração de imigrantes irregulares em confecções nos grandes centros; envio de trabalhadores para locais distantes com antecipação de custos de viagem hospedagem e alimentação; ou cárcere privado em fazenda guardadas por milícias particulares (RO 4453/2003, TRT 8ª R, 1ª T, J. 30/09/2003; RO 00073, TRT 10ª R, 2ª T, DJU 30/5/2003) e coibir práticas exploratórias do **trabalho infanto-juvenil**, visando a aplicação das regras de segurança e medicina do trabalho.

A ação poderá ser intentada para salvaguardar a **saúde e o meio ambiente do trabalhador**, para que haja a efetiva aplicação das normas de segurança e medicina do trabalho, como por exemplo, para evitar as condições desumanas nas carvoarias (TRT 24ª R, AD n.1/93. AC TP N. 612/95); para que haja entrega, treinamento e fiscalização de usos dos EPI; para observância das normas de ergonomia; para apuração e pagamento dos adicionais de remuneração; para implementação de programas legais para empresas com mais de 20 trabalhadores como: Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA); Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT); Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO); para organização e instalação das CIPAS; para treinamento específico e suficiente aos trabalhadores que trabalham em condição de risco acentuado mesmo que terceirizados.

Poderá, ainda, ser utilizada para coibir a **discriminação** no ambiente do trabalho, que embora de difícil prova, pode se externa na fase précontratual, quando houver anão contratação em razão de alguma condição pessoal do trabalhador, como figurar em lista negra da justiça do trabalho, homossexualidade, religião, doença socialmente estigmatizada, cor, sexo, etc. e na fase contratual, em casos de demissão discriminatória, sonegação de promoção ou discrepância remuneratória.

Diante do seu amplo objeto e dos constantes descumprimentos das regras de segurança e medicina do trabalho que a ação civil

pública desponta, hodiernamente, como o grande instrumento de defesa dos interesses metaindividuais. Dúvidas, no entanto, tem surgido acerca de que órgão do poder judiciário seria competente para apreciar as ações envolvendo o meio ambiente do trabalho, o que passaremos a enfrentar.

#### **4 COMPETÊNCIA PARA JUGAMENTO DAS QUESTÕES ENVOLVENDO O MEIO AMBIENTE LABORAL:**

Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 a competência da Justiça do Trabalho era limitada às ações entre “*trabalhadores e empregadores*”, ou seja, decorrentes da “*relação de emprego*” disciplinada pela CLT, e, “*na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*”. Após, esta competência foi significativa ampliada, passando a contemplar todas as controvérsias oriundas e/ou decorrentes da relação de trabalho. Com isso, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as ações sobre os autônomos, os trabalhadores eventuais, os estatutários, os cooperados, entre outros.

Atualmente, para a fixação da competência da Justiça do Trabalho é suficiente que a causa de pedir e o pedido sejam oriundos ou decorrentes de uma relação de trabalho. Logo, sendo o ambiente de trabalho o local onde as relações de trabalho se desenvolvem, é evidente que as ações sobre esse tema são da competência material da Justiça do Trabalho.

Embora inicialmente a jurisprudência do STJ tenha se inclinado a atribuir a competência para o julgamento das causas relativas ao meio ambiente do trabalho à Justiça Comum<sup>97</sup>, o e. Supremo Tribunal Federal decidiu no RE nº 206.220-1, julgado em 16.03.1999, Relatoria do Min. Marco Aurélio, no qual se discutia a precariedade das condições de trabalho de 21 bancos de Juiz de Fora, que a competência material

---

97. STJ, 1ª Seção, CC 2804 - MS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 24/03/1992

era da Justiça do Trabalho para demandas coletivas decorrentes de aplicação das normas de medicina, segurança e saúde do trabalhador.

Assim, o entendimento em questão foi pacificado, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, constando, inclusive do verbete da Súmula n.º 736, aprovada na Sessão Plenária de 26.11.2003, que dispõe que “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

Questão que gerou controvérsia diz respeito ao meio ambiente de trabalho dos servidores públicos em sentido estrito, assim entendido aqueles que não são regidos pela CLT, mas por Estatuto próprio, ante o que restou decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 3395 que, atribuindo ao art. 114 interpretação conforme à Constituição, suspendeu toda a interpretação que pudesse atribuir à Justiça do Trabalho a competência para julgar causas instauradas entre o poder público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo, de modo que esta competência permaneceu sendo da Justiça Comum.

Neste ponto, deve-se gizar que a referida decisão excluiu da competência da Justiça do Trabalho apenas as causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários (“*causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária*”) e, no caso, as ações sobre o meio ambiente do trabalho são coletivas, ou seja, ajuizadas por substitutos processuais reconhecidos pela legislação e não pelos servidores. Além disso, embora alguns servidores que laboram nos prédios e imóveis mantidos pelo Estado tenham suas relações regidas por Estatuto próprio (distinto da CLT), é fato que outros tantos são regidos pela CLT e pela legislação trabalhista (leia-se não “*jurídico-estatutária*”), entre os quais é possível incluir os estagiários e os empregados das empresas terceirizadas, responsáveis pela limpeza, conservação, segurança e outros serviços auxiliares.

Por essas razões, após a referida Emenda, O STF proferiu um acórdão sem igual em que, sem dar tanta relevância à natureza do regime jurídico de trabalho para definição da competência jurisdicional para conhecer de ação civil pública na qual se buscava a adequação do meio ambiente de trabalho no Instituto de Medicina Legal de Teresina, reconheceu-a para a Justiça do Trabalho apesar de o Estado do Piauí alegar que seu pessoal se submetia a Estatuto próprio, e não à Consolidação das Leis do Trabalho (Reclamação nº 3.303-PI, relator Min. Carlos Ayres Britto, Pleno. DJE de 16.5.2008).

Restou reafirmado e ratificado, no particular, o entendimento manifestado na Súmula n.º 736 daquele e. Tribunal.

Em seu voto, o eminente Ministro Celso de Mello destacou, com muita propriedade, que:

O fato é que essa ‘causa petendi’ estaria a sugerir, longe de qualquer debate sobre a natureza do vínculo (se laboral ou não, se de caráter estatutário, ou não), que se pretende, na realidade, e numa perspectiva de pura metaindividualidade, provocada pela iniciativa do Ministério Público, saber se normas referentes à higiene e à saúde do trabalho estariam sendo observadas, ou não, por determinado ente público. (...)Exatamente por esse aspecto o Relator não enfrentou a questão do vínculo. Examina-se, na realidade, apenas a justiça competente para julgar uma ação civil pública relativa à higiene do trabalho”.

Seguindo a orientação do STF, o Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, ao julgar o Recurso Ordinário interposto nos autos da Ação Civil Pública n.º 1251-2004-002-22-00-6, decidiu:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DE SAÚDE,

HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete à **Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores (Inteligência da Súmula 736 do STF)**. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE VISA À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nos termos do art.83, III, da Lei Complementar nº 75/1993, compete ao Ministério Público do Trabalho promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. **Em casos como o dos autos, em que as agressões ao meio ambiente do trabalho se traduzem em ofensa à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e envolvem interesses difusos e coletivos, é inegável a legitimidade do MPT para a propositura da ação civil pública correspondente, sendo irrelevante o fato de os trabalhadores prejudicados serem submetidos a regime celetista ou estatutário.**

Inconteste, pois, a competência material absoluta da Justiça do Trabalho para as causas que versem sobre o meio ambiente, saúde e medicina do trabalho, notadamente porque se trata de matéria corrente e cotidiana à jurisdição especializada, sendo certo que maior afinidade terá o magistrado do trabalho e melhor aparelhado estará esse ramo do Judiciário para conhecer das questões coletivas nos mesmos fatos e direitos enfrentados diariamente no foro.

## CONCLUSÃO

Diante da complexidade das relações econômicas, sociais e políticas e do surgimento dos fenômenos de massa, construiu-se a compreensão de uma categoria de direitos que não pertencem a ninguém exclusivamente, mas pertencem a todos simultaneamente, os denominados direitos difusos, que passaram a ser objeto de uma maior preocupação do cientista, legislador e aplicador do direito. Dentre estes, o direito essencialmente difuso a um meio ambiente do trabalho equilibrado é fundamental porquanto essencial à sadia qualidade de vida.

A Constituição Federal de 1988 ao seguir a tendência mundial e reconhecer o direito ao meio ambiente como direito fundamental, nele inserido o meio ambiente do trabalho, disponibilizou para a sua efetivação todas as garantias e remédios constitucionais para a defesa deste, inovando ao possibilitar a impetração de Mandado de Segurança Coletivo e constitucionalizando o instituto da ação civil pública, além de, em ambos os casos, possibilitar o amplo acesso à jurisdição através dos legitimados concorrentes.

Por sua vez, a legislação e a jurisprudência evoluíram para reconhecer a competência da Justiça Especializada do Trabalho como competente para as causas que versem sobre meio ambiente, saúde e segurança do trabalho independentemente do vínculo jurídico entre empregado e empregador, tendo em vista ser a mais aparelhada para o enfrentamento destas questões.

Assim, pode-se concluir que a salvaguarda do homem trabalhador, enquanto ser vivo, das formas de degradação e poluição do meio ambiente onde exerce seu labuto, bem como de todas as condições e fatores que o envolvem é metaindividual e apenas através de uma demanda coletiva pode-se prevenir e resguardar com efetividade esse direito fundamental sob o signo da justiça, na medida em que disponibiliza proteção genérica e homogênea aos trabalhadores sem comprometimento do emprego destes ou de possibilidade de represálias.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. 8ª ed., Trad.Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao-Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao-Compilado.htm).
- CAMARGO, Thaisa Rodrigues Lustosa de. Sandro Nahmias Melo. Princípios de direito ambiental do trabalho.- São Paulo: LTr, 2013.
- FAVA, Marcos Neves. Ação Civil Pública Trabalhista: teoria geral - 2.ed.-São Paulo: LTr, 2008.
- Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudência>
- Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1.981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm).
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 22a ed. 2006.
- MELO, Sandro Nahmias. Meio Ambiente do Trabalho: direito fundamental - São Paulo: LTr, 2001.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica à saúde do trabalhador. São Paulo: LTr, 1996.

PADILHA, Norma Sueli. Do meio ambiente do Trabalho equilibrado.- São Paulo: LTr, 2002.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica. - São Paulo: LTr, 1997.

ROSEN, George. Uma história de saúde pública. Trad. Marcos Fernando da Silva Moreira e José Rubem de Alcântara Bonfim. São Paulo, Hucitec, Unesp e Abrasco, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SÉGUIN, Élide. Evanna Soares. Meio Ambiente do Trabalho e o Acesso à Justiça. Revista da EMERJ, v.14, n.53, 2011. Acesso em 13.09.15 < [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista53/Revista53\\_40.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_40.pdf) >

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo.24ªed. rev.atual., Ed. Malheiros: São Paulo, 2005



# **MÍDIA E CRIMES**



# O CASO DO ESTUPRO COLETIVO NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - DISCURSOS SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL E A SUA BANALIZAÇÃO NAS REDES MIDIÁTICAS

Fábio Rodrigues Holanda<sup>98</sup>, Natalia Pinto Costa<sup>99</sup> e Paula Barbosa Venancio Alencar<sup>100</sup>

## **Introdução**

O presente artigo pretende mostrar como a mídia, com seu poder de influência, se relaciona intrinsecamente com a cultura de estupro, bem como tecer breves comentários a respeito do caso concreto de estupro coletivo ocorrido na cidade do Rio de Janeiro como sendo um produto da midiatização do crime.

O termo “cultura de estupro” começou a ser popularizada nos últimos anos em virtude de casos de estupro marcantes, em estudo neste presente artigo o caso do estupro coletivo ocorrido em maio de 2016, e foi adotado para denominar a consequência da mera naturalização de atos, comportamentos e crenças de cunho patriarcal, que estimulam e até mesmo assentem para diversas formas de violência contra as mulheres.

---

98. Graduado em Direito (UNIFOR), mestre em Direito Constitucional e Teoria Política (UNIFOR), Professor vinculado a Universidade de Fortaleza - UNIFOR, e-mail: professorfabioholanda@gmail.com

99. Graduanda em Direito, vinculada à Universidade de Fortaleza - UNIFOR, e-mail: nataliapinto@edu.unifor.br

100. Graduanda em Direito, vinculada à Universidade de Fortaleza - UNIFOR, e-mail: paulaalencar@live.it

Ainda que, dos anos 30 em diante, a mulher tenha conquistado espaço na sociedade por diversos meios, principalmente com apoio do ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo é o caso do direito ao voto em 1932, a ratificação da igualdade entre sexos e a Lei Maria da Penha de 2006, percebe-se um retrocesso quando se trata dos direitos e da forma que as mulheres são tratadas em detrimento dos homens. O avanço na seara legislativa não foi o suficiente para prevenir acontecimentos como o estupro em relação a número de casos do referido crime.

A cultura de estupro mostra o reflexo de nossa sociedade misógina, patriarcal e conservadora, que por vezes coloca a mulher como objeto e não como um ser de direito, e que de forma bastante distorcida, justifica crimes transformando a vítima – no caso do estupro, majoritariamente mulheres – no principal sujeito a ser investigado, e não o acusado, como ocorre em outros fatos típicos descritos pelo Código Penal brasileiro. Mesmo que o crime de estupro seja veemente condenado pelas vias morais e judiciais, observa-se o fator da cultura de estupro inibir denúncias, investigações, e assim reduzir o alcance da repreensão punitiva do Estado, como será demonstrado a seguir.

## **1.1 Aspectos Culturais**

O termo “cultura de estupro” foi registrado pela primeira vez em 1974, nos Estados Unidos, no livro “Rape: The First Sourcebook for Women”, por Noreen Connel e Cassandra Wilson, e é designado para identificar hábitos de uma sociedade nos quais a violência sexual contra mulheres é tanto prevalente como normalizada pela sociedade, um *modus operandi* que apesar de condenável, torna-se aceitável em determinadas condições. Pode ser visto como um conjunto complexo de práticas e convicções que encorajam a agressão sexual masculina em geral e a violência contra as mulheres, principalmente tendo em vista que estas são as principais vítimas dos cri-

mes contra a liberdade sexual, como demonstrado em nota técnica do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), que afirma que 88,5% das vítimas de estupro são mulheres, no ano de 2011.

A normalização desse tipo de cultura é percebida desde o nascimento das crianças; a criação de homens e mulheres é historicamente diferente, onde a sexualidade masculina é exaltada e exercida na forma mais livre possível, enquanto a sexualidade feminina é reprimida, e muitas vezes as mulheres são privadas de conhecer e gozar de seus direitos fundamentais, como a própria liberdade. São ensinadas a observar as roupas que usam, com quem andam, por onde vivem – ou seja, precisam se policiarem para que não “provoquem” os homens e não sofram a reação masculina diante disso. Quando infelizmente ocorre o crime de estupro, vários questionamentos sobre a índole da vítima – sim, da vítima e não do acusado – são levantados, como “onde ela estava?”, “com que roupa ela estava?”, além de perguntas sobre a vida pregressa da vítima, seus hábitos, seus parceiros sexuais, dentre outros.

Em 2014 o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) fez uma pesquisa chamada Sistema de Indicadores de Percepção Social – Tolerância social à violência contra as mulheres, que consistia na análise dos numerários sobre o quão é aceitável a hostilidade em relação ao sexo feminino. Revelou, assustadoramente, que 63% dos brasileiros concordam total ou parcialmente que casos de violência dentro de casa devem ser discutidos somente entre os membros da família – inibindo dessa forma inúmeras denúncias quando tratamos de violência sexual no âmbito familiar, principalmente de crianças e adolescentes que são as maiores vítimas desse tipo de crime.

Também demonstrou que 58,5% da população concorda, total ou parcialmente, que, se as mulheres soubessem se comportar, haveria menos estupro. Isso denota uma grave crença de que a vítima, novamente, tem parcela de culpa no crime em que sofre, fruto de uma sociedade patriarcal castradora dos direitos das mulheres sobre seus corpos.

No próprio Sistema Judiciário a vítima é recebida com certa desconfiança, como, por exemplo, aconteceu com a adolescente vítima de estupro coletivo no Rio de Janeiro em maio de 2016. Durante o decorrer da investigação, o delegado responsável perguntou se ela, a jovem, tinha o costume de praticar relações sexuais com múltiplos parceiros. Ao fazer tal questionamento, há como se enxergar uma possibilidade de que não aconteceu um estupro no caso, ainda que os vídeos expostos pelos suspeitos demonstrem que a mesma estava desacordada, sangrando, enquanto ocorria o ato sexual; material esse publicado livremente nas contas de rede sociais deles, com comentários e vídeos com piada sobre o acontecido.<sup>101</sup>

Esse tipo de análise sobre quão válida pode ser a palavra da vítima reflete notoriamente na vontade desta em denunciar o acontecido para as autoridades competentes. Na Pesquisa Nacional de Vitimização, feita em 2013 pelo Datafolha, apenas 7,5% das vítimas fazem a notificação para as autoridades. A mesma pesquisa revela que a satisfação com a atuação da Polícia no momento da assistência é de 41,2%, bem inferior em relação a outras ocorrências.

A palavra da vítima tem um poder maior além de abrir espaço para a ação penal condicionada do crime de estupro: é possível obter a condenação do réu apenas tendo o depoimento da vítima, quando ela for a única a presenciar (e sofrer) o ocorrido. Ainda que seja tema delicado, pois no Direito Penal brasileiro há o princípio da não-culpabilidade como norte para análise, o Superior Tribunal de Justiça, em decisões acertadas, tem acórdãos com esse teor, tendo em vista o fato de que muitas vezes o estupro é cometido na clandestinidade, como demonstrado a seguir:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊN-

---

101. <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36406987>>. Acesso em 11 de agosto de 2016.

CIA DA SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO BASEADA NA PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Reconhecida a materialidade e a autoria do delito pelo Tribunal de origem, a pretensão de ser absolvido em sede de recurso especial esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

2. Inexiste ilegalidade no fato de a condenação referente aos crimes contra a dignidade sexual estar lastreada na prova oral, especialmente no depoimento da vítima, já que tais ilícitos geralmente são praticados à clandestinidade, sem a presença de testemunhas, e muitas vezes não deixam rastros materiais.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Novamente, em caso similar:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ART. 217-A, DO CP. PALAVRA DA VÍTIMA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e, por consequência, à condenação, não

cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual.

3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que, em se tratando de crimes contra os costumes, a palavra da vítima assume grande importância, mormente porque, em regra, tais delitos são praticados sem a presença de testemunhas.

4. Habeas corpus não conhecido.

No entanto, mesmo com tais decisões de caráter progressista do colendo órgão julgador, ainda é necessária uma mudança urgente em relação a como a vítima é tratada no meio jurídico, principalmente quando se trata de crime tão gravoso e delicado quanto este.

## **1.2 Estupro Coletivo do Rio de Janeiro e a influência da mídia para a vitimização**

Neste tópico pretende-se abordar o impacto midiático e as consequências na construção do estereótipo do acusado, bem como ressaltar a forma pela qual a mídia colabora para a mitificação da contribuição da vítima nos casos de crimes sexuais, questionando o direito da mulher sobre o seu corpo.

Hodiernamente, é bastante típico nas redes sociais e em outros meios de comunicação a exposição de diversos casos de estupros e outros tipos de violência sexual, porém, um fator que merece destaque é a maneira como tais casos são relatados pela mídia e a contribuição para a construção da culpabilização da vítima.

Recentemente, em maio de 2016, ganhou grande destaque nos diversos meios de comunicação e midiáticos o caso da jovem de 16 anos que sofreu um estupro coletivo no Rio de Janeiro. Foram compartilha-

dos diversos vídeos e fotos da vítima desacordada e nua, acredita-se que pelo menos 30 homens seriam autores da prática delituosa.<sup>102</sup>

Em relação ao estupro coletivo na cidade do Rio de Janeiro, questiona-se a forma como o caso foi relatado pela mídia, e o impacto da repercussão nas redes sociais como Facebook e Twitter, nota-se que as mídias jornalísticas e a forma como foi compartilhada a notícia nas redes sociais, contribuíram para a potencialidade das práticas de culpabilização da vítima, acrescentando ainda que a plataforma virtual configura-se como uma expansão dos meios de comunicação, classificando-se em uma ferramenta multidirecional, ou seja, capaz de propor uma interatividade maior entre os leitores.

O termo *culpabilização da vítima* (derivado do termo inglês *victim blaming*) foi usado pela primeira vez em 1971, pelo psicólogo William Ryan em seu livro *Blaming the Victim*, tal expressão era relacionada para citar os negros dos Estados Unidos que eram vítimas de preconceito racial, porém tal termo foi expandido seu significado e atualmente está atrelado as questões relacionadas a responsabilização da mulher perante as práticas delituosas e abusivas por ela sofrida.

No caso concreto apresentado, nota-se esse discurso sendo construído em torno da vítima caracterizando-a como culpada pela violência pela qual foi acometida, para comprovar isto basta uma análise de alguns comentários feitos através da rede social: “tem mulheres que pedem para serem estupradas mesmo, andam praticamente peladas, depois reclamam”; “A mulher tem culpa sim. É mesmo que sentar nua em cima do cara [...]” “ A ocasião faz o ladrão”. Nada contra uma mulher usar saia, uma blusa menor. Usem com moderação mulherada. Se respeitem”<sup>103</sup>

Comentários como esse refletem a mitificação de que a mulher é culpada por sofrer qualquer tipo de violência sexual; além dis-

---

102. [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/06/politica/1465227662\\_072190.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/06/politica/1465227662_072190.html)  
Acesso em dia 22 de setembro de 2016

103. [http://www.brasilpost.com.br/2016/05/26/video-estupro-coletivo\\_n\\_10144610.html](http://www.brasilpost.com.br/2016/05/26/video-estupro-coletivo_n_10144610.html)  
Acesso em dia 22 de setembro de 2016.

so, acrescenta-se ainda que a vítima foi questionada e considerada culpada do estupro, uma vez que diversas notícias a apresentaram como usuária de entorpecentes, áudios circularam por diversas redes sociais afirmando que a mesma já havia praticado sexo em grupo, contribuindo assim com a manutenção da crença em que a mulher sob certas condições é agente em relação ao que sofreu.

Posturas como estas reafirmam a representação da mulher como subordinada aos homens em diversos aspectos, principalmente na área sexual, reafirmando uma violência de gênero e uma hierarquia social, tolhendo ainda a liberdade sexual da mulher. Ressalta-se que a mídia constrói um sentimento de medo, vergonha e culpa para a vítima, enquanto para o autor/agressor da violência sexual não há nenhuma mácula mais grave vinculada a sua imagem.

Outro ponto que merece destaque é a forma como as notícias de casos como este são compartilhadas, pois não se contextualiza e nem se demonstra que a cultura de estupro é um problema social e que afeta a população muito mais do que isso, dando a entender que são apenas casos isolados e que essa conduta é um fato atípico no cotidiano. Infelizmente tal entendimento encontra-se longe de ser verdade, pois segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2015, apenas na cidade do Rio de Janeiro no ano de 2013 foram registradas 5.885 vítimas e no ano de 2014 mais 5.676, sem mencionar os casos não notificados; logo, ignora-se o fator sociológico para cunho meramente sensacionalista.

É possível também colocar em discussão o papel da mídia ao expor esses casos, pois a relação da sociedade com a mídia e com o crime é intertextual. Quando se olha para os suspeitos em questão, poucas vezes nota-se um tom de asco, ou de surpresa para eles; é veiculado como um evento comum, ainda que tenha sido incomum o número de suspeitos in casu, sem ao menos questionar o motivo de tantos homens realizarem em conjunto crime tão abominável.

Além disso, os canais de comunicação e notícia tem para si a possibilidade de transformar a notícia da forma que mais interes-

sar. Em peso, observa-se que é possível trazer à baila o ocorrido de forma a fortalecer a cultura de estupro, colocando nos títulos das matérias expressões e frases denominados “caça-cliques”, onde exploram o crime de forma ordinária para mera satisfação do público, perpetuando toda a estrutura que ampara o acontecimento do estupro, e que o reconhece como corriqueiro.

Por outro lado, a mídia pode ser um agente de mudanças do meio. Em 2015, houve a campanha #meuprimeiroassedio, iniciada pelo “Think Olga”, um coletivo feminista de Juliana de Faria, na qual as pessoas eram convidadas a falar sobre o primeiro assédio que lembraram de ter sofrido, que tomou grande repercussão nas vias *online*. Foi noticiado nos grandes veículos de comunicação, propagando a mensagem de que o assédio não depende da vítima, ou de quaisquer condições em que a vítima esteja, de forma a explicar e combater a cultura de estupro. Ao falar sobre tal campanha, o acesso a esse tipo de informação para as grandes massas é transformador, levando para estas uma possível quebra de paradigma, além da possibilidade de colocar em diálogo toda a questão.

### **1.3. Análise Legislativa**

Após a grande repercussão de casos de estupros coletivos, em estudo o da adolescente de 16 anos do Rio de Janeiro, por causa da gravidade e também por ter vídeos seus divulgados em redes sociais, ainda em maio deste ano, foi sancionada a PLS 618/2015 de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin, que acrescentou uma causa de aumento ao crime de estupro, se este for cometido por duas ou mais pessoas, tal causa aumenta a pena em 1/4. Atualmente, o Código Penal tem como preceito secundário para o crime de estupro a pena de reclusão de 6 a 10 anos, ou seja, quando o crime de estupro ocorrer de forma coletiva, poderá elevar essa punição para 12 anos e meio.

Porém, nem sempre medidas punitivas se mostram de forma tão eficazes quando o propósito é de inibir a conduta. No decorrer da his-

tória brasileira o crime de estupro sempre teve uma punição bastante severa pela legislação penal; no Código Penal do Império, de 1830, determinava a pena de 3 a 12 anos, existindo o aumento de pena em  $\frac{1}{4}$  na hipótese de concurso de agente, o Código Penal de 1940 trazia em sua redação original a pena de 3 a 8 anos, mas com as alterações da Lei 12.015/2009 a pena passou a ser então de 6 a 10 anos, o aumento de pena jamais significou redução na ocorrência desse crime.

A respeito das mudanças ocorridas pela Lei 12.015/2009, que alterou o art. 213 e acrescentou o art. 217-A ao Código Penal, além de alterar o Título VI da Parte Especial do Código Penal que anteriormente era denominado como “Dos Crimes contra o costume”, nomenclatura esta que sofria diversas críticas, sendo reformulado para “Dos Crimes contra a dignidade sexual”, considerado um grande avanço por ter se adaptado as mudanças sociais que tinham ocorrido aos longos dos anos, bem como sintonizar os entendimentos e jurisprudências sobre a matéria, trazendo assim a figura da “Dignidade Sexual” e este passou a ser mais um dos bens jurídico tutelado pelo nosso Código Penal.

Acrescenta-se que antes dessas mudanças e até mesmo do Código Penal de 1940, o Código Penal do Império e o Código Penal de 1890 possuíam uma excludente de culpabilidade no crime de estupro quando o agressor cassasse com a vítima posteriormente a prática delituosa, tendo ainda uma forma privilegiada, quando o crime era praticado contra prostituta ou “mulher pública”, cominado a pena de 6 meses a 2 anos, porém tudo foi revogado pelo nosso Código Penal vigente.

Temos também a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), a qual recentemente completou 10 anos, que trata a respeito da violência doméstica, tendo ainda medidas de proteção a mulher vítima dessa violência, portanto não só punitivista, mas também protetiva. Apesar de todos esses avanços que caminham em direção a uma proteção maior das mulheres contra violência de gênero, não se

tem resultados práticos ao enfrentamento à cultura de estupro; é necessário construir e estimular a consciência das questões de gênero, desenvolvendo educação sexual e de gênero nas escolas e nas universidades, tendo em vista a importância das pessoas aprenderem mais sobre o respeito e a liberdade do sexo feminino.

Dentre essas medidas contra a cultura de estupro e a violência contra a mulher, podemos destacar o projeto: Tempo de Despertar - Ressocialização do Agressor, desenvolvido pela promotora Gabriela Manssur, pela Prefeitura de Taboão da Serra, Sociólogo e Filósofo Sergio Barbosa e pela Coordenadora dos Direitos da Mulher, Sueli Amoedo – em parceria com a Secretaria da Saúde, Secretaria do Desenvolvimento Econômico, Secretaria da Assistência Social, Secretaria da Segurança Pública, OAB, Ministério Público e Poder Judiciário de Taboão da Serra.

Esse projeto, que já se encontra na terceira edição, consiste no acompanhamento de agressores condenados ou que estão respondendo a inquérito policial ou processo criminal por ameaça ou pela Lei Maria da Penha, para que a escalada de agressão não evolua para o estupro ou feminicídio. São abordados com esses agressores assuntos como ciclo da violência, responsabilização, proteção das mulheres, evolução dos direitos da mulher, Lei Maria da Penha, machismo, masculinidade, relações familiares, sexualidade, gênero e o papel do homem na sociedade atual.

Gabriela Manssur, uma das criadoras do projeto relata que se não houver ciência, nem acompanhamento desses casos, a chance de reincidência é alta, acima dos 60%, porém a reincidência das pessoas acompanhadas pelo projeto foi reduzida para 1%, diante todo esse sucesso o Projeto Tempo de Despertar deu origem à Lei Municipal 2229/2015, que tornou obrigatório em Taboão da Serra o programa de ressocialização do agressor. Exemplo, portanto, de que é possível evitar o estupro não apenas majorando penas, mas também cuidando para que se desfaça aos poucos uma cultura arcaica

de que a mulher é, de alguma forma, inferior ao homem e “merece” sofrer um crime tão aterrador quanto o estupro.

### **Considerações Finais**

As análises das estatísticas relacionadas aos crimes de estupro comprovam a grande discrepância entre o tratamento de homens e mulheres; nota-se que esses dados apenas comprovam o quão a cultura de estupro está presente na sociedade, e que deriva da relação de subordinação feminina construída ao longo de várias décadas. Apesar do crime de estupro ser um crime bicomum, percebe-se que em parte as vítimas são majoritariamente mulheres, e que estas sofrem não apenas com o crime, mas com todo o sistema que reforça a situação vulnerável a qual estão submetidas.

Também se nota que os homens são, em peso, os maiores suspeitos e acusados desses tipos de crime, o que nos leva a concluir que o crime está intrinsecamente ligado com as relações de gênero e o patriarcado em si, sendo um reflexo da antiga conjuntura familiar, onde o homem representava o pátrio poder, detinha o privilégio de controle das relações. Entretanto, apesar da mudança da estrutura familiar e prevalência da isonomia entre ambos os cônjuges, encontra-se ainda arraigado tais pensamentos. Acrescenta-se que a mídia reforça a veiculação da imagem de que o homem deve possuir determinadas características, como ser bem financeiramente e possuir determinados traços físicos, ser heterossexual, além de que estabelece determinados papéis as mulheres, corroborando com a legitimação das hierarquias entre os homens e as mulheres, fortalecendo o estabelecimento das relações de poder, colocando a figura feminina em um grau de subordinação a masculina.

A mídia tem grande papel quando se fala desse tipo de crime, tendo em vista sua relação dinâmica com a cultura e com a sociedade. Pode-se ao mesmo tempo reforçar papéis de submissão da mulher ou então fazer uma crítica a respeito disso, como abordado

ao decorrer do presente artigo, demonstrando a capacidade de ser um vetor de mudanças nas crenças e tradições da sociedade.

Razão pela qual leva-se a concluir que o crime de estupro tem como elemento motivador a relação de hierarquia homem-mulher ainda presente nos dias atuais, derivada de uma sociedade anteriormente patriarcal, que consegue validar e reforçar tradições que corroboram o crime, ou o protegem. Portanto, ao falarmos do suspeito e/ou acusado desses tipos de crime, o único paralelo a ser traçado é o de seu gênero, tendo em vista que a cultura de estupro atinge todas as classes, raças e pessoas de todas as idades. Para que esses índices mudem, é necessário realizar projetos que vão além de tipificar condutas ou agravar penas já existentes, atingindo então o cerne da questão.

É necessária a criação de políticas públicas que foquem no estudo das questões de gênero, bem como medidas de segurança pública do tipo, para que a vítima tenha acolhimento dentro e fora do Poder Judiciário. Portanto, um tratamento mais humanizado com as vítimas dos Crimes contra a Liberdade Sexual, que crie um ambiente acolhedor para possíveis denúncias, também se torna imprescindível.

Nota-se que também é importante trabalhar em conjunto a consciência dos autores dos crimes, com a realização de mais projetos semelhantes ao da promotora Gabriela Manssur que demonstra um baixo índice de reincidência, uma vez que iniciativas como essas conseguem trabalhar a origem desses crimes, levando o autor à conscientização em relação ao crime, de forma a ressocializá-lo com sucesso, favorecendo a ele, à vítima e à sociedade.

### **Referências Bibliográficas**

*Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015. Disponível em < [http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario\\_2015\\_retificado\\_.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015_retificado_.pdf) > Acesso em: 22 de setembro de 2016.*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 853845/RS. Relator: Ministro Jorge

Mussi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 28 junho 2016.  
Disponível em:

< <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&O=RR&pr eConsultaPP=000004177/1> > . Acesso em 14 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 246488/ SP. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 11 de dezembro de 2015. Disponível em:

< <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&O=RR&pr eConsultaPP=000004177/1> > . Acesso em 14 de agosto de 2016.

CAIRES, Mariana de Sousa. A Mídia do Estupro: análise de notícias sobre violência sexual durante o mês de maio de 2015. **Anagrama**, [S.l.], v. 10, n. 1, p. 1-15, jan. 2016. ISSN 1982-1689.  
Disponível em:

< <http://www.revistas.usp.br/anagrama/article/view/108980/107453> > . Acesso em: 22 setembro 2016.

CARDOSO, Isabela Cristina Barros. Discursos sobre violência sexual contra a mulher no webjornalismo e nas redes sociais. 2015. 150 f., il. Dissertação (Mestrado em Linguística) —Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/19213> > Acesso em: 22 de setembro de 2016.

DATAFOLHA. Pesquisa Nacional de Vitimização. 2013. Disponível em: < [http://www.crisp.ufmg.br/wpcontent/uploads/2013/10/Sumario\\_SENASP\\_final.pdf](http://www.crisp.ufmg.br/wpcontent/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf) > . Acesso em 13 de agosto de 2016.

DELLA BARBA, Mariana. Delegado diz ainda não saber se houve estupro e causa polêmica: O que diz a lei. BBC Brasil. Disponível em: < <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36406987> > . Acesso em 11 de agosto de 2016.

GOMES, Thiago Barros. COSTA, Grace Soares. Caça-cliques no jornalismo: 5 padrões de títulos para atrair leitores no Facebook. Temática. Ano XII, n. 07. Julho/2016. NAMID/UFPB. Disponível em:

< <http://www.okara.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica/article/view/29794/15766> > .

Acesso em 12 de agosto de 2016.

IPEA. Sistemas de Indicadores de Percepção Social - Tolerância social à violência contra as mulheres. Terceira edição. Disponível em: < [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327\\_sips\\_violencia\\_mulheres\\_novo.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf) > . Acesso em 12 de agosto de 2016.

IPEA. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde. Nota técnica. 2014. Disponível em:

< [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf) > . Acesso em 15 de agosto de 2016.

MANSSUR, Gabriela. “Existe uma cultura do estupro no Brasil”, afirma Promotora de Justiça. Justificando Entrevista. 8 de junho de 2016. Entrevista a Brenno Tardelli. Disponível em: < <http://justificando.com/2016/06/08/existe-uma-cultura-do-estupro-no-brasil-afirma-promotora-de-justica/> > . Acesso em 12 de agosto de 2016.

MARQUES, Beto; ANDRADE, Patrícia. Jovem é abusada em carro, e polícia apura 4º caso de estupro coletivo. G1. Disponível em: < <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2016/06/jovem-e-abusada-dentro-de-carro-e-policia-apura-novo-estupro-coletivo-no-pi.html> > . Acesso em 11 de Agosto de 2016.

ROSSI, Marina. Novo vídeo confirma a versão da vítima de estupro coletivo no Rio. El País. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/06/politica/1465227662\\_072190.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/06/politica/1465227662_072190.html)> Acesso em 22 de setembro de 2016

VISCONTI, Harumi. Think Olga alerta para assédio sexual de crianças com hashtag #primeiroassedio. Época. Em 22 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2015/10/think-olga-alerta-para-assedio-sexual-de-criancas-com-hashtag-primeiroassedio.html>> . Acesso em 13 de agosto de 2016.

## MÍDIA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Marx Alves de Oliveira Lima<sup>104</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

O direito fundamental de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória tem sido objeto de violações por meio da imprensa. Em nossa sociedade, a mídia tem adquirido tamanha projeção que o postulado da presunção de inocência tem sido mitigado muitas vezes frente ao poder da imprensa, que através de diversos meios (jornal impresso, televisão, internet) promovem verdadeiros juízos acusatórios, não sendo dado ao acusado o direito de exercer sua defesa.

O Brasil tem presenciado as mais variadas formas de violação dos meios de comunicação. O exemplo mais marcante foi o caso da Escola Base, uma Escola de Educação Infantil em São Paulo em que os donos foram acusados de abuso sexual contra menores, fato que depois foi elucidado, demonstrando-se ser falsa a acusação. No entanto, à época, a imprensa fez um juízo sumário que resultou na execração pública dos proprietários.

Nesse sentido, pode-se verificar que o direito de liberdade de informação pode ser tão violador das garantias constitucionais quanto à restrição da liberdade de imprensa, em um Estado Totalitário.

Sob o prisma de que nenhuma garantia ou liberdade individual é absoluta, é que se pauta a presente pesquisa cujo objetivo consiste em verificar a possibilidade da perda de garantias fundamentais diante da

---

104. Advogado. Especialista em Direito Constitucional. Assessor jurídico da Câmara Municipal de Frei Martinho. e-mail: [marxdlima@ig.com.br](mailto:marxdlima@ig.com.br)

conduta da imprensa que, através de seu poder de convencimento, cria uma imagem na opinião pública sobre a pessoa do investigado, imputando-lhe à prática de crime, mesmo sem a devida apuração judicial.

A incursão da imprensa na criação de juízos sumários de culpa, em desrespeito ao devido processo legal é a hipótese a ser investigada no decorrer da presente pesquisa. Para tanto, far-se-á uso das impressões bibliográficas, que incluem as obras e os artigos científicos acessados em revistas jurídicas e periódicos eletrônicos, todos relativos à temática em epígrafe, por meio de uma pesquisa de tipo explicativa.

De início far-se-á uma abordagem sobre o princípio da presunção de inocência do acusado numa perspectiva histórica, doutrinária, legal e jurisprudencial. Em seguida, será analisada a liberdade de imprensa, a fim de detectar as graves violações da mídia ao princípio da não culpabilidade, e dos seus danos causados à população. E, por fim, refletir-se-á sobre as violações cometidas pela imprensa, com ênfase no caso da Escola Base, bem como sobre o papel da imprensa.

A relevância da temática em questão dá-se em razão dos crimes acontecidos nas últimas décadas, os quais repercutiram na mídia em razão do grande clamor social, e por isso, influenciaram fortemente na opinião pública, e que agora passamos a analisar.

## **2. DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

A presunção de inocência é um dos mais importantes princípios constitucionais, já que através dele o réu deixa de ser um mero objeto do processo, passando a ser sujeito de direitos dentro da relação processual.

Ordinariamente, se entende como marco inicial deste princípio a *Magna Carta Libertatum*, de João-Sem-Terra (1215), como afirma Caio Tácito (1999, p.22): “a primeira marca desta limitação da autoridade absoluta imprime-se na Magna Carta (1215), que vai ser confirmada na Carta de Henrique III (1225).” Além disso, a Magna

Carta trouxe a ideia de limitação do poder do rei, criando-se os institutos: *Law of land* e *duo of law*.

Apesar destes institutos limitarem o poder do rei, tais regulamentos não eram cartas de direitos, mas de privilégios, pois sua aplicação era restrita à proteção das liberdades dos Barões e não para proteção de todo e qualquer do povo. A preocupação deste texto era apenas acabar com as prisões arbitrárias contra os Barões. De modo que foi este o contexto da Carta de 1215, instituto germe do que seria o princípio da presunção de inocência.

O caráter universal da aplicação da não-culpabilidade só vai surgir com a Revolução Francesa e a conseqüente proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, a qual enfatizou o princípio no artigo 9º, nos seguintes termos: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário a guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Nessa direção, o princípio da presunção de inocência só passa ser mais cogente e menos abstrato com a Declaração Universal dos Direitos do Homem votada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que em seu artigo XI estabeleceu o seguinte:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser **presumida inocente** até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (Grifo nosso)

Ressalte-se que a proclamação deste princípio, bem como da Declaração Universal se deu principalmente devido ao contexto histórico-social da comunidade mundial, ainda horrorizada com as violações de direito perpetradas pelo nazismo, revelando a necessidade da criação de instrumentos e a ratificação de valores

que pudessem ser pleiteados pelo cidadão diante dos desmandos promovidos pelo Estado.

Nesta mesma linha, surge a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), um acordo sobre direitos humanos que ficou conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, no qual, em seu Artigo 8º, primeira parte, sob o título das Garantias Judiciais, estabeleceu-se que: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. ”

Especificamente, no Brasil, a garantia do cidadão de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado só vai emergir com advento da Constituição de 1988, a qual, como uma carta democrática que é, elegeu como um dos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, inciso LVII, o seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Percebe-se que a consolidação do postulado da presunção de inocência surge de forma gradual, passando por diversos momentos históricos, daí a necessidade premente de sempre reafirmarmos essa garantia.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas ocasiões já fixou o alcance substancial do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, leia-se abaixo trecho do Acórdão do *Habeas Corpus* nº 96.095-2/SP relatado pelo Min. Celso de Mello, *in verbis*

POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, para-

doxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (Rel. CELSO DE MELLO, DJ 13/03/2009)

Seguindo essa mesma esteira de raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes afirma que

Tem sido rico o debate sobre o significado da garantia de presunção de não-culpabilidade no direito brasileiro, entendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal. (MENDES; COELHO e BRANCO, 2009, p. 678)

Ora, se não há como atribuímos consequências jurídicas, como bem ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, antes do trânsito em julgado da sentença penal, como poderia uma instituição particular tal qual a imprensa imputar ao acusado efeitos quem nem o próprio Estado, titular da persecução penal, o fez?

A resposta é simples, não pode! Mas, esta não é a realidade brasileira. E o que se nota é que a mácula resultante de uma informação mercadológica produzida pela mídia, em relação à pessoa do investigado, muitas vezes, lhe acarreta para sempre a pecha de delinquente perante a opinião pública, mesmo que ao final do processo-crime, seja absolvido da imputação que lhe foi feita.

**É neste ponto que o comportamento da imprensa e o tratamento dispensado aos acusados em processo criminal tem ido de encontro à presunção de inocência. Após considerações acerca deste princípio relacionado ao cidadão acusado da prática de delito, doravante, impende destacar o princípio pertinente ao outro lado da moeda (a imprensa), ou seja, o princípio da liberdade de expressão.**

### **3. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

A liberdade de expressão também é um dos valores assegurados pela Constituição da República. O artigo 5<sup>a</sup> inciso IV apresenta a seguinte redação: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Incluídas neste conceito de livre manifestação do pensamento, que, aliás, é bem amplo, estão as seguintes liberdades: de pensamento, de comunicação, de informação e de informação jornalística, que é a liberdade de imprensa.

No art. 220, no capítulo V da nossa Magna Carta, o qual trata da comunicação social, o constituinte mais uma vez deixou bem clara sua opção pela liberdade de ideia.

Vejamos

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, proces-

so ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Assim, a liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, incluindo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica, a qual não pode sofrer restrição prévia do Estado pelo seu conteúdo, ou seja, não pode sofrer censura. Porquanto é tida por muitos teóricos como um fator de medida do grau de quão democrático é o Estado, ou seja, quanto maior for sua liberdade de manifestação de pensamento, maior sua manifestação de democracia.

Demais disso, a liberdade de expressão é um direito que o cidadão possui em face do Estado, para que não seja constrangido em suas manifestações de pensamento, logo, será exercida, em regra, contra o Poder Público, não havendo como exercê-la contra um particular.

Nesse sentido

O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em bus-

ca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas — inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades.

A efetividade dessas liberdades, de seu turno, presta serviço ao regime democrático, na medida em que viabiliza a participação mais intensa de todos os interessados nas decisões políticas fundamentais. (MENDES; COELHO e BRANCO; e, 2009, p. 402)

Pelo exposto, pode-se afirmar que as liberdades políticas, a exemplo da liberdade de imprensa, só se justificam tendo como fim último o ser humano em uma perspectiva digna, isto é, em harmonia com o valor máximo estabelecido pela Carta Magna: a dignidade da pessoa humana!

Para o professor José Afonso (1999, p. 237):

“[...] a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram os demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos [...]”.

Longe de querermos restringir previamente a mídia, pois é evidente que a imprensa livre é um valor a ser mantido para o fortalecimento das instituições democráticas no país, é patente que não há como acei-

tar que, sob o manto da liberdade de expressão, sejam cometidas pela imprensa as mais diversas violações de direitos fundamentais.

A liberdade de expressão, como uma garantia constitucional não tem o condão de direito absoluto, como bem já afirmou o Supremo Tribunal Federal, posicionando-se no sentido de que não há direito fundamental irrestrito, há limites morais e jurídicos. Assim, o direito à livre expressão não pode dar abrigo a manifestações de conteúdo imoral, degradando a dignidade da pessoa humana, uma vez que, inclusive, implicam em ilicitude penal.

Destarte, resta demonstrado que as liberdades públicas não são incondicionais, conforme se verifica no julgamento do *Habeas Corpus* 84.424-2 do Rio Grande do Sul, abaixo ementado:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. (...) O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda

de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. “Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada (Rel. MOREIRA ALVES, DJ 19/03/2004)

Pelo que se nota do exposto, fica nítida a opção dos maiores intérpretes da Constituição de não admitir reprodução de ideias preconceituosas ou que violem garantias fundamentais de nenhum *indivíduo*. *Esta é a própria essência das liberdades públicas ou políticas cuja interpretação deve ser dada também à garantia da presunção de inocência.*

Todavia, atualmente, o que se vê na mídia é uma constante violação das garantias constitucionais. São acusados que têm suas vidas devassadas por notícias veiculadas na imprensa, sem, na maioria das vezes, haver contra si uma acusação formal do Estado.

Estas notícias, quando propagadas, passam a ter um elevado grau de veracidade perante a população, contribuindo para a for-

mação da opinião pública de que suspeitos e acusados não precisam ter respeitadas suas garantias constitucionais.

Conforme as ideias de Joaquim Nabuco (1849 – 1910):

Uma das maiores burlas de nossos tempos terá sido o prestígio da imprensa. Atrás do jornal, não vemos os escritores, compondo a sós seu artigo. Vemos as massas que o vão ler e que, por compartilhar dessa ilusão, o repetirão como se fosse seu próprio oráculo.

É nesse momento que nasce a tênue linha entre o que pode e não pode ser dito pela imprensa. Nesse sentido, cabe ao poder judiciário combater práticas da imprensa que importem no desrespeito ao princípio da presunção de inocência, sob pena de retrocesso e grave ameaça ao Estado Democrático de Direito!

#### **4. DAS VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS COMETIDAS PELA MÍDIA: REFLEXÕES SOBRE O CASO *ESCOLA BASE***

Na atual situação por que passa a Justiça brasileira é quase raro encontrar o sentimento de satisfação estampado no rosto da população, no que tange à prestação jurisdicional do Estado, principalmente, quanto à punição por infrações penais. Diante desta insatisfação da população, a imprensa tem aproveitado para cometer as mais variadas lesões aos direitos fundamentais, sob o puro pretexto de informar.

O exemplo mais marcante da história recente foi o caso da Escola Base, uma Escola de Educação Infantil na zona sul de São Paulo, cujos donos foram acusados de abuso sexual contra uma de suas alunas, assim como foram chamados de pedófilos. O caso se passou em 1994, contudo, se provou ser falsa a acusação, a despeito de a imprensa ter feito um juízo sumário que resultou na execração pública dos proprietários.

Noticiou-se, por exemplo, que antes de praticar as ações perveras, os quatro sócios se ocuparam de dar droga as crianças e fotografá-las nuas. Além disso, destacam-se as manchetes que encartaram os jornais de grande circulação à época, a exemplo do Jornal Notícias Populares e Folha da Tarde, que apresentaram os seguintes títulos, respectivamente: “Kombi era motel na escolinha do sexo”, “Perua escolar carregava crianças para a orgia”.

Verifica-se, com isso, que os proprietários da Escola Base foram submetidos a julgamento por juízes sem toga, sem corte, e o que é pior, sem qualquer chance de defesa - a opinião pública -, pois, a maioria dos veículos de imprensa acusou, julgou e condenou Icushiro Shimada, Maria Aparecida Shimada, Mauricio Alvarenga e Paula Milhim Alvarenga, proprietários e funcionários daquela instituição, antes do deslinde da questão.

No âmbito judicial, quando a questão foi submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, a realidade foi outra. As acusações logo ruíram e todos os indícios foram apontados como inverídicos e infundados. Mas, era tarde demais para os quatros inocentados. A escola, que já havia sido depredada pela população revoltada, teve que fechar as portas.

Por fim, restou aos envolvidos desse fatídico episódio se conformarem com as indenizações decretadas pelo poder judiciário. Na lavra do voto do Ministro Celso de Melo, a suprema corte do país reconheceu, neste caso, abuso no exercício da liberdade de imprensa e a ocorrência do dano moral. Vejamos abaixo trecho do aresto:

CASO ESCOLA BASE. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTEGRI-

DADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO, PELO MÉTODO DA PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. O exercício abusivo da liberdade de informar, de que resulte injusto gravame ao patrimônio moral/material e à dignidade da pessoa lesada, assegura, ao ofendido, o direito à reparação civil, por efeito do que determina a própria constituição da república (CF, art. 5º, incisos v e x). INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE INDEVIDA RESTRIÇÃO JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 52 E DO ART. 56, AMBOS DA LEI DE IMPRENSA, POR INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. AMPLA REPARABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXAME SOBERANO DOS FATOS E PROVAS EFETUADO PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO (STF - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 496406 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 07/08/2006, Data de Publicação: DJ 10/08/2006 PP-00041 RTJ VOL-00201-01 PP-00399)

Donde se conclui que o sensacionalismo esboçado pela imprensa na narração dos fatos esteve longe de cumprir seu papel fundamental, qual seja: o de informação, sendo nítido o desejo de vender versões dramatizadas da criminalidade, o que só se justifica pelo propósito de lucro.

Karl Marx (1999, p. 208), escrevendo acerca da imprensa de sua época, afirmou que: “O Morning Advertiser é a propriedade conjunta dos vendedores de bebidas ‘licenciados’, isto é, dos bares, que, além de cerveja podem também vender espíritos”. Com efeito, a crítica feita pelo filósofo alemão aos jornais londrinos continua atual ainda hoje.

George Marmelstein, também com grande precisão, expôs o seguinte sobre as violações realizadas pela imprensa:

Apesar de a liberdade de expressão, em suas diversas modalidades, ser um valor indispensável em um ambiente democrático, infelizmente, o que se tem observado com muita frequência é que a mídia nem sempre age com o nobre propósito de bem informar o público. Muitas vezes, os meios de comunicação estão interessados em apenas vender mais exemplares ou obter índices de audiência mais elevados. Por isso, é inegável que a liberdade de expressão deve sofrer algumas limitações no intuito de impedir ou diminuir a violação de outros valores importantes para dignidade humana, como a honra, a imagem e a intimidade das pessoas, ou seja, os chamados direitos da personalidade (MARMELSTEIN, 2011, p. 138).

Luiz Flávio Gomes no artigo intitulado *Mídia antipopulista e garantista* destaca que é um equívoco da mídia buscar efetividade na punição de criminosos em detrimento dos direitos e garantias fundamentais. E aproveita para trazer um exemplo da mídia que desconsidera direitos e garantias fundamentais:

**Exemplo de mídia populista.** Vejamos o que afirmou um editorial do Correio Braziliense (23.05.12, p. 14): “A cidadania levou ontem (fren-

te ao exercício do direito ao silêncio pelo acusado Cachoeira na CPI) um tapa no rosto e se descobriu impotente, abandonada”. A linguagem é terrorífica. Coloca toda população na posição de vítima. O exercício do direito constitucional ao silêncio constitui (para esse populismo midiático) uma grave “ofensa”, um “mal” que deve ser extirpado do ordenamento jurídico brasileiro. Coisa do diabo e não de Deus (consoante Maffesoli). Aliás, a proposta final do editorial foi a seguinte: “É hora de colocar uma vírgula no direito que garantiu o silêncio de Cachoeira: se o crime é contra o bem público, o acusado não pode se calar impunemente ante a autoridade. Elementar”. O que prega (é de verdadeira pregação fanática que se trata) é a extirpação, pura e simples, da garantia ao silêncio, que constitui cláusula pétrea no nosso sistema constitucional, reveladora de que evoluímos do sistema inquisitivo da Idade Média para um sistema constitucional dotado de razoabilidade. Do ponto de vista jurídico, aberração maior é impossível.

Analisando o texto citado, é flagrante a ideia de como para alguns setores da imprensa deveriam ser suprimidas as garantias constitucionais, para que assim possa existir um maior número de condenados.

O problema é que esses supostos paladinos da Justiça se esquecem de que só no Estado Constitucional de Direito é que é possível a liberdade de expressão, na sua acepção mais ampla. Deste modo, os que assim argumentam pecam por uma contradição, isto é, como querer suprimir garantias constitucionais, tais como a presunção de inocência, e ao mesmo tempo ter a liberdade de imprensa assegurada?

Considerando o que foi abordado até aqui, diga-se que são sempre com as pequenas supressões de garantias que começam os governos autoritários. Por exemplo: a Alemanha nazista não começou com *Aus-*

*chwitz!* Mas com pequenas supressões de garantias, já que a Constituição de Weimar era flexível, isto é, não exigia um procedimento legislativo solene, podendo ser alterada por processo ordinário.

Daniel Sarmento (2006), quando trata das cláusulas pétreas, argumenta sobre a necessidade de sua existência, alertando para o *canto das sereias*, fazendo uma analogia inspirado pelo filósofo norte-americano Jon Elster, entre o personagem Ulisses da obra *Odisseia* e as garantias fundamentais assegurados na Constituição.

Na passagem literária de Ulisses pela ilha das sereias, ele limitou sua vontade futura para evitar a morte, tampando seus ouvidos com cera para não ouvir o canto das sereias. Em termos jurídicos, vê-se que a rigidez das garantias fundamentais é assim, percebida como uma forma de não sucumbir ventos políticos ideológicos momentâneos. Assim, o pré-comprometimento de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele a que se sujeita o povo, quando dá a si uma Constituição e limita seu poder de deliberação futura, para evitar que, vítima de suas paixões e fraquezas momentâneas, possa pôr em risco seu destino coletivo (SARMENTO, 2006).

Vale ressaltar, mais uma vez, que não se defende a limitação do exercício da liberdade de expressão, mas que esta seja exercida dentro de uma perspectiva de respeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da presunção de inocência, uma vez que aquele não é um direito superior a nenhuma outra garantia constitucional.

Contudo, não é isso que vem acontecendo. Como bem informa Michelle Kalil em artigo publicado na Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais:

O sensacionalismo é a arma utilizada pela mídia para esse convencimento da sociedade, transmitindo imagens chocantes, em rede nacional, que causam revolta e repulsa no meio social. Homicídios cruéis, estupros de crianças, presos que, du-

rante rebeliões, torturam suas vítimas, corrupções, enfim, situações que deixam a sociedade acuada mediante assustadora violência, fazendo com que ela acredite ser o Direito Penal a solução de todos os seus problemas. Com isso, o Estado social saiu de cena para que estrelasse um Estado Penal. Investimentos em ensino fundamental, médio e superior, lazer, cultura, saúde, habilitação são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor repressivo. O Congresso fecha seus olhos para uma melhoria nas condições sociais da população, o que deveras ajudaria na diminuição da criminalidade, preocupa-se em anunciar a todo instante novas medidas de combate ao crime (FERREIRA, 2008).

A partir dessa reflexão, pode-se dizer que parte da imprensa não vem exercendo seu papel primordial consagrado pela Constituição, que é o de promover e divulgar a informação de forma isenta e clara.

Como dito, o papel da imprensa é informar de forma imparcial os fatos, para que assim se promova maior efetividade de direitos e não a promoção pública de acusados, como bem explicita Gilberto Haddad Jabur:

Não é o interesse de todos, comum ou vulgar. Também não se revela como somatório de anseios simplesmente convergentes. Não é mera vontade de conhecer do povo nem se identifica com o desejo irreprimível e crescente, como se tem visto, de investigar e descobrir um pouco mais a respeito dos aspectos íntimos e sacrossantos de cada um. Longe, bem longe, de saciar a pura bisbilhotisse e o mexerico, o interesse público repousa na inescandível e indisputável necessidade de dar a conhecer (JABUR, 2000, p.340)

[...]

A adequação ocorre na proporção da necessidade e da utilidade de se publicar um fato ou levantar uma crítica de interesse efetivamente público. (...) em qualquer campo onde se emprega a linguagem, seu manejo encontra limites, ainda que os fins se revelem lícitos. É que as palavras, as proposições e o raciocínio, pelo tom ou realce que recebem, acréscimo ou decréscimo que irradiam, podem estar abaixo da verdade, ou bem pior, da dignidade (Idem, p.346)

Logo, não está abrangido pela tutela constitucional e não interessa à população o sensacionalismo muitas vezes utilizado pelos meios de comunicação na divulgação de informações, não constituindo garantia constitucional o escárnio para com outro.

Assim sendo, a presunção de inocência é lacerada quando os juízos prévios sobre os acusados são divulgados pela mídia. Esquecem eles que mesmo aqueles que estão sendo acusados de crimes, sejam eles graves ou não, ainda têm o direito de serem defendidos e se forem considerados culpados pelo poder competente, ainda têm seu direito à dignidade protegida por lei. Portanto, não cabe à imprensa nem à sociedade julgar as pessoas que estão envolvidas nos processos, mas sim ao Estado-Juiz.

É perfeitamente possível informar de forma imparcial, sem violar as garantias constitucionais, desde que se respeite a ética jornalística. Logo, a ética do jornalista é um dos caminhos para se ter uma imprensa isenta.

O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros informa como deve ser o agir dos jornalistas para atuarem dentro dos limites morais:

**Art. 2º** - A divulgação da informação, precisa e correta, é dever dos meios de divulgação pública, independente da natureza de sua propriedade.

**Art. 3°** - A informação divulgada pelos meios de comunicação pública se pautará pela real ocorrência dos fatos e terá por finalidade o interesse social e coletivo.

**Art. 7°** - O compromisso fundamental **do jornalista é com a verdade dos fatos**, e seu trabalho se pauta pela precisa apuração dos acontecimentos e sua correta divulgação real ocorrência dos fatos e terá por finalidade o interesse social e coletivo. (Grifo nosso)

Percebe-se, no entanto, que estes preceitos éticos vêm sendo abdicados por muitos profissionais da área.

Neste sentido

A real utilidade da informação deve ser o parâmetro para legitimá-la e justificar o desvelamento de aspectos da intimidade de alguém. A publicidade da informação de modo algum se confunde com a simples curiosidade do público em saber a vida privada dos seus ídolos, das mazelas de pessoas famosas ou de aspectos pitorescos da vida de alguém. De certa forma toda informação tem alguma utilidade na medida em que contribui para que conheçamos mais da realidade à nossa volta, sobre o padrão ético da sociedade em que vivemos. (SILVA, 1998, p.68)

Considerando o exposto, é importante que se reflita sobre qual o grau de utilidade da informação veiculada pela mídia que submete pessoas ao escárnio público. Com efeito, este tipo de divulgação nada informa, e em consequência, acaba por promover um sentimento na população de medo e de inconformismo com o nosso sistema de garantias constitucionais, ao argumento de que o princípio da presunção de inocência representa um obstáculo à segurança dos indivíduos.

Como visto, a presunção de inocência é uma garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos, assim como, o princípio da liberdade de expressão, não podendo esta ser exercida em padrões que resulte na violação de direitos fundamentais.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após analisar a conduta da imprensa, na veiculação de notícias sobre pessoas que estão sendo investigadas de prática de delito, a conclusão que se chega é que a informação não é passada de forma isenta e imparcial.

Percebeu-se que a notícia uma vez propagada nos meios de comunicação, leva à pessoa do investigado ao escárnio público, o que compromete a imagem do indivíduo perante a sociedade. Tem-se, com isso, que as ações midiáticas violam os direitos fundamentais, mormente, o postulado da presunção de inocência, o que resulta no abuso das garantias constitucionais.

Por fim, não se procurou fazer nenhuma restrição à liberdade de imprensa, tampouco, censurar o direito da mídia de veicular informações sobre procedimentos criminais, o que se buscou foi promover um debate em torno da temática, posto que, da forma como vem sendo exercida a liberdade de expressão pela mídia, têm sido cometidas inúmeras violações contra o princípio da não-culpabilidade em nosso país.

Em verdade, o que se esperava (ou pelo menos se espera daqui para frente) é que ambas possam coexistir, a fim de que se possa garantir a permanência do Estado Democrático de Direito, o qual foi conquistado a duras penas.

## **REFERÊNCIAS**

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA. **Código de Ética**. Disponível em: <http://www.abi.org.br/paginaindividual.asp?id=450>. Acesso em 10 jan.2013

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi de. **Dos delitos e das penas.**

Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.69

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado,1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424 RS, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 jan. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96095-2 SP, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2009, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2896095%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 jan. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 496406 SP, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 07 de Agosto de 2006.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>Acesso em: 30 Jul. 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). Acesso em: 30 Jul. 2013.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/>

[Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das](#) Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html.Acesso em: 30 Jul. 2013.

FERREIRA, Michele Kalil. **O princípio da presunção de inocência e a exploração midiática.** De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 9, p. 150-181, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27368>> . Acesso em: 26 jan. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Mídia antipopulista e garantista.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3360, 12 set. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22601/midia-antipopulista-e-garantista#ixzz2Wc9kscoX> Acesso em: 18 jun. 2013.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada:** conflitos entre direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** ed 3ª , São Paulo. Atlas. 2011.

MARX, Karl. **A liberdade de imprensa.** Tradução Claudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre. Ed L & PM, 1999. p. 208

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª . ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** ed.16ª. São Paulo: Malheiros Editora, 1999.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, direito comparado e a Constituição de 1988. Editora Oliveira Mendes. São Paulo, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 7

TÁCITO, Caio. **Coleção Constituições Brasileiras**. V. 07: 1988. Brasília. Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.



# OPERAÇÃO HASHTAG E A IMPRENSA: TENSÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIREITO À INFORMAÇÃO

Wagneriana Lima Temóteo Camurça<sup>105</sup>, Mateus Natanael Targino Maurício<sup>106</sup> e Natália Pinto Costa<sup>107</sup>

## **Introdução**

Este artigo objetiva analisar a relação intrínseca entre a mídia e sua influência no processo penal. Mais especificamente, pretende analisar, sob olhar crítico, a atuação da mídia sobre a Operação Hashtag, que se encontra em andamento no Brasil e cujo objeto é a apuração de supostos atos preparatórios de terrorismo de célula do Estado Islâmico no Brasil.

Para se chegar ao objetivo principal, discorreu-se especialmente sobre a aparente tensão entre os princípios constitucionais da liberdade de imprensa e direito à informação e o da presunção de inocência. Percorreu-se também sobre o aspecto de direito comparado em relação ao combate ao terrorismo, que tem crescido como política mundial desde a época dos atentados às Torres Gêmeas em Nova Iorque, em 2001.

---

105. Advogada, Mestre em Direito Constitucional e professora assistente nível 2 vinculada à Universidade de Fortaleza-UNIFOR, email: wagneriana@unifor.br

106. Graduando em Direito, vinculado à Universidade de Fortaleza-UNIFOR, email: mateusnatanael@hotmail.com

107. Graduanda em Direito, vinculada à Universidade de Fortaleza-UNIFOR, email: nataliapinto@edu.unifor.br

Aponta-se, ainda, a questão do direito penal do inimigo como teoria válida ou não para ser aplicada, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, diante da ameaça concreta de atos terroristas no país, convergindo novamente para o papel da mídia (especialmente pelos meios televisivos) na formação do pensamento dos brasileiros acerca do tema. Depreende-se, desde já, que as opiniões frequentes do público quando do estouro da “Operação Hashtag” (julho de 2016) foi de total condenação prévia aos suspeitos (e agora acusados, já que houve o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público Federal, recebida em setembro de 2016), sem que sequer tenha havido finalização do processo.

Tais indivíduos tiveram seus nomes expostos e a pergunta que se faz é se é necessária a exposição desses sujeitos diante da gravidade do crime a ser investigado ou isso ultrapassa, fere o princípio constitucional da presunção da inocência. Trata-se, portanto, de forma direta da discussão acerca da aplicabilidade ou não da Teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs no âmbito do Direito Brasileiro.

## **1. Aparente tensão constitucional entre os princípios da presunção da inocência e do acesso livre à informação e liberdade de imprensa e direito ao esquecimento**

Informa-se, primeiramente, que o que se discutirá neste tópico é apenas a aparente tensão entre dois princípios garantidos pela Constituição Federal de 1988. Para se entender melhor, observa-se que, conforme Alexy (2008, p. 117), há dois tipos de normas jurídicas – regras e princípios. Estes últimos seriam “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”, necessitando-se de “sopesamento, que decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas”. Em outras palavras, necessitam ser avaliados, no caso concreto, para, diante da máxima proporcionalidade possível, possam ser aplicados em maior ou

menor medida diante de outro princípio. É por isso que o conflito é apenas aparente, pois “não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre outro” (BARROSO, 2008, p. 32). Tal diferenciação, embora criticada por Marcelo Neves (2013), parece ser a mais aceita, pelo menos na doutrina brasileira.

No Brasil, há menção clara de regra constitucional, definida como direito fundamental, da presunção da inocência e da liberdade de imprensa, previstos respectivamente no artigo 5º, LVII e IV, V, IX, X e XIV e no seu artigo 220. O próprio Alexy inaugura o debate a que se pretende chegar neste tópico: a aparente tensão entre o princípio (ou direito) fundamental à informação, que baliza a liberdade de imprensa e o direito fundamental à “proteção à personalidade”, que em sua medida, no processo penal, pode ser configurado como princípio da presunção da inocência (ALEXY, 2008).

O princípio da presunção da inocência é tratado como componente primordial de um modelo processual penal valorizador da dignidade do ser humano, sendo, conforme Badaró (2003), finalidade primordial do processo penal para a análise do processo em seus aspectos fáticos e autorais do delito. Reconhece-se, através de Lopes Júnior, (2016, p.96) ainda, que se manifesta de três formas: ora princípio constitucional fundamental (garantia em face da atuação do Estado), ora princípio processual penal (em que se refere a uma forma de tratar o acusado no transcorrer do processo, forma essa que deve evitar a restrição do direito de defesa deste) e por fim, como direito probatório (pois transfere à acusação o trabalho de comprovar a culpa do indivíduo e não o contrário, revelando-se aqui o princípio processual acusatório). É na presunção da inocência (para alguns, também denominado princípio da não culpabilidade), portanto, que se chega à conclusão de que o acusado deve ser tratado de forma igual a qualquer cidadão livre, exceto em situações extremamente necessárias, tais como no caso de aplicação de medidas cautelares processuais (tais como a prisão preventiva)

e mesmo assim, de forma proporcional. O reconhecimento constitucional de que ninguém será considerado culpado senão após condenação em definitivo (trânsito em julgado) é, portanto, historicamente aceito diante da própria história humana julgamentos e condenações infundados de provas e eivados de nulidades que concretizaram inúmeras injustiças.

Já o princípio da liberdade de expressão é identificado com origens na cultura grega. Conforme Farias (2004, p. 57), em Atenas a liberdade de expressão era muito apreciada, “uma vez que a todos era garantido o direito de usar a palavra em reuniões ou sessões públicas”. Atualmente, no âmbito internacional, há diversos instrumentos que respaldam o direito à informação e liberdade de expressão, dentre eles, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Tratado do Pacto de San Jose da Costa Rica em 1969.

No Brasil, embora consolidada no Estado Liberal, sofreu bastante com a censura durante o Estado Novo e só a partir da redemocratização através da Resolução nº 59 de 1946 é que foi a liberdade de expressão foi reinserida definitivamente no ordenamento jurídico, embora tenha sofrido novo baque quando da ditadura militar que foi instalada no país de 1964 até meados de 1985, quando do movimento de Diretas Já e a promulgação da atual Constituição em 1988, que consagrou em seu artigo 5º, IV, de forma expressa, tal direito.

O artigo 5º, IX da Constituição Federal de 1988 traz as diversas modalidades de liberdade de expressão: liberdade de manifestação de pensamento, de comunicação, de informação, de acesso à informação, de opinião, de imprensa, mídia, divulgação e radiodifusão. Quanto a estes meios, observa-se que devem operar como formadores de opinião pública, não podendo, entretanto, distorcer os fatos, nem podendo tomar para si o papel de julgador. Por fim, atente-se para o fato de que direito fundamental à informação e liberdade de imprensa (veja-se o artigo 220 e seus parágrafos da Constituição Federal que aduz que “nenhuma lei poderá conter dispositivo que

possa constituir à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”) são ser absoluto, pois a própria Constituição prevê direito de resposta proporcional ao agravo e vedar o anonimato. Rui Barbosa (1990, p.37) acerca da imprensa e o interesse público que esta representa já dizia que a “imprensa é a vista da nação”.

A liberdade de imprensa, portanto, não é uma norma absoluta, haja vista o necessário sopesamento com outros princípios assegurados constitucionalmente. Não se pode, por exemplo, ferir a “honra, a imagem, a intimidade e a vida privada” (art. 5º, X, CF/88), em nome do acesso à informação. A consequência desse atentado pode e deve ser levada ao Judiciário para fins de ressarcimento.

A linha entre liberdade de expressão e censura é muito tênue, podendo-se confundir facilmente as duas questões, a liberdade de expressão é um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito, é fundamental para a Democracia, constituindo-se, portanto de um elemento básico para a sociedade, sendo este direito o que garante a livre manifestação de ideias, de pensamentos, a livre manifestação humana e dividindo-se em vários segmentos como “liberdade de manifestação, de pensamento, de comunicação, de informação, de acesso à informação, de opinião, de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão” (TAVARES, 2012, p. 626-627). A liberdade de expressão vai de contraponto à censura, desmascarando-a, pois esta “jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas” (BARROSO, 2000, p 647-650).

Como se pode observar, a discussão acerca da liberdade de expressão pela mídia e sobre a censura é muito complicada, visto que não se pode ferir nenhum direito, seja pelo excesso ou pela falta de informação. Um ponto importante dessa questão é o direito ao esquecimento, sendo este normalmente relacionado à esfera penal, porém ele deve ser associado ao direito em geral, ao direito civil e

aos meios midiáticos, não se pode condenar uma pessoa eternamente por causa de um erro (crime) que ela cometeu.

Encontra-se na legislação brasileira, o regulamento ao direito ao esquecimento no artigo 93 do Código Penal, por exemplo, porém isso só veio a ser discutido com edição do enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em março de 2014 que diz o seguinte: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Neste contexto, o direito ao esquecimento passou a ser considerado parte importante do princípio da dignidade da pessoa humana sendo simplesmente o direito de “ser deixado em paz”.

A conclusão que se pode chegar nesta discussão liberdade da mídia versus censura versus direito ao esquecimento é que tudo é absolutamente relativo e irá variar de acordo com cada caso concreto, observando-se o que aconteceu especificamente em cada caso para valorar exatamente o peso de cada princípio e não cometer arbitrariedades nem irregularidades.

Diante das exposições acima, chega-se ao ponto: qual o princípio que deve prevalecer quando do acontecimento de crimes? Se por um lado, a Constituição garante a presunção da inocência, por outro, garante-se à sociedade, o direito à informação, especialmente no que tange à criminalidade, que afeta não só as vítimas diretas, mas a sociedade como um todo. Sabe-se que a há diversas publicações de notícias criminais que não se detém apenas em veicular informações, mas como julgadores dos fatos cometidos e seus autores. Expõem-se suspeitos de forma sensacionalista, impõem entrevistas a estes formulando roupagens sensacionalistas, sem direito à contraditório, ampla defesa, etc. É crítica de Souza (p. 95, 2010) ao atestar que “o sistema midiático moderno, aproveitando-se de certa forma da falha institucional do sistema penal e processual penal no cumprimento de seu papel social exerce a função catalisadora da opinião pública sobre um tema previamente selecionado”. E essa

função catalisadora é feita muitas vezes etiquetando o indivíduo, que sequer pôde defender-se.

O contrabalanço necessário entre os princípios da presunção da inocência e o da liberdade de informação far-se-á diante da proporcionalidade, que segundo Shafer e Decarli (2007, p. 131) “permite que o magistrado, diante da colisão de direitos fundamentais, decida de modo que se maximize a proteção constitucional, impedindo o excesso na atividade restritiva aos direitos fundamentais”, para que prevaleça, diante do caso concreto, o mais adequado e necessário. A publicidade e a informação garantem o exercício da democracia, mas não pode dar-se de forma espetaculosa. Souza relata sobre o trabalho do magistrado espanhol Juan L. López Ortega (p. 194, 2010) que muitas vezes a mídia torna o processo penal em espetáculo e ocasiona com isso, não só a previa condenação do réu, mas cria um risco à própria reinserção do indivíduo quando terminada a sua pena, pois estará marcado pela sua exposição à sociedade, que não o acolherá.

A exposição indevida os sujeitos envolvidos em processos penais de grande repercussão não atingem somente a esfera individual, influenciando, conforme Shecaira (1996, p. 16) um “processo permanente de indução criminalizante”, incentivando a majoração de penas e “constituindo-se, pois, num dos principais obstáculos à criação de uma sociedade democrática fundada nos valores de respeito aos direitos dos cidadãos e da dignidade humana.” Mascarenhas reforça com tal concepção (2013, p. 1), asseverando que os meios de comunicação geram “uma apatia e acomodação” por parte de seus consumidores, que não mais criticam, nem perguntam e acabam por ter as mesmas “soluções simplistas para os problemas mais complexos”, como, no caso do direito penal, a resposta de que o aumento de penas trará mais segurança social.

Através do debate acerca da aparente colisão entre a presunção de inocência e a garantia da liberdade de informação e de imprensa, faz-se necessário nas próximas linhas discorrer acerca do terroris-

mo no Brasil, a lei de terrorismo para poder ir ao ponto central do trabalho, ou seja, a influência da mídia na Operação Hashtag.

## **2. Operação HASHTAG e a recente criminalização do terrorismo no Brasil**

No dia 21 de julho de 2016 foram presos suspeitos de ligação com o grupo terrorista internacional Estado Islâmico no Brasil (EL PAÍS, 2016), na operação denominada Hashtag, implementada pela Polícia Federal às vésperas das Olimpíadas que aconteceram no Rio de Janeiro. Foram expedidos 10 mandados de prisão temporária por 30 dias podendo ser prorrogados por mais 30, em 10 estados do país, incluindo São Paulo. O líder do grupo foi preso no Paraná.

A prisão aconteceu porque os supostos terroristas estavam se preparando para um ataque ao evento, e a então recente lei brasileira que versa sobre o terrorismo, lei nº 13.260 de 2016, foi pela primeira e única vez aplicada. Na época desta prisão muito se comentava na imprensa brasileira e principalmente na imprensa internacional sobre a possibilidade de ataques terroristas nas Olimpíadas e o Brasil era duramente criticado por não estar se preparando para esta possibilidade.

### **2.1 Mandamento constitucional de criminalização**

A norma constitucional tem o papel de estabelecer a estruturação do Estado, bem como fixar outras normas e determinar os direitos e deveres fundamentais dos indivíduos, razão pela qual é conhecida como Lei Fundamental, tornando-se base de todo o direito pelo o ordenamento jurídico que a adota, sendo sobreposta aos demais atos normativos, compondo o ápice dentro da pirâmide das normas legislativas dentro de um determinado espaço territorial, além de servir como parâmetro de validade para as demais espécies normativas.

A Constituição de 1988, também denominada de Constituição Cidadã, estabeleceu em seu art. 4º os princípios que regem as relações

internacionais, entre eles podemos encontrar o repúdio ao terrorismo, porém o constituinte originário também impôs dentro do rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º a criminalização de certas condutas, entre elas no inciso XLIII estabeleceu que “são crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos”. Estes casos, em que o constituinte legitima a atividade do legislador penal, são denominados mandado de criminalização, impondo a obrigação de criminalizar determinadas condutas e vedando determinados benefícios penais e processuais. De acordo com Feldens (2008, p. 47) “ao estabelecer mandados de penalização, o constituinte, onde fez, afastou do âmbito da liberdade de configuração do legislador a decisão sobre merecerem, ou não, os bens ou interesses envolvidos, a tutela jurídico-penal”.

Embora criticada a ideia de que haveria um mandamento constitucional de criminalização, o que tornaria o legislador infraconstitucional omissivo se não houvesse observado tal norma, certo é que as normas de repressão os crimes hediondos e equiparado foram promulgadas. Destacam-se, assim, a lei 8072/90 (lei de crimes hediondos), a lei 11343/2006 (lei de drogas) e a lei 9455/97 (tortura). Diferentemente, o crime de terrorismo não possuía lei própria, havendo apenas disposição acerca dos atos de terrorismo na lei de Segurança Nacional- Lei 7170/83, em seu artigo 20. E foi apenas em 2016, após longa lacuna legislativa, que tal diploma foi trazido ao ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.2 Lacuna legislativa e a definição de terrorismo.**

A Constituição vigente é de 1988, a lei de crimes hediondos é de 1990 e no ordenamento jurídico brasileiro não existia nenhuma lei que regulamentava o terrorismo, o mais próximo que se possuía para disciplinar a matéria era o art. 20 da Lei de Segurança

Nacional, diploma que nunca delimitou o conceito do termo terrorismo e muito criticado pelo contexto em que foi criado (ainda em época de ditadura no Brasil).

Essa problemática de falta de definição clara do conceito do termo terrorismo, não é única do Brasil. Inclusive já foram elaborados no âmbito das Organizações Nacionais Unidas (ONU) diversos instrumentos internacionais, a exemplo da Convenção Interamericana contra o Terrorismo de 2002 e que abordam a matéria, mas em nenhum se chega ao consenso de que elementos são indispensáveis para a definição típica do terrorismo.

Isso decorre, dentre outros elementos, em razão de o terrorismo atingir bens jurídicos como à vida, à integridade física, à liberdade dos indivíduos, entre outros, ressaltando-se que esses bens também são atingidos por outras condutas já tipificadas dentro do Direito Penal. Apesar disso tudo, o terrorismo é um tema discutido com muito afinco dentro a comunidade internacional, que se intensificou após os ataques terroristas a Nova Iorque em 11 de setembro de 2001, tornando-se preocupação na ordem interna de diversos países. O nó górdio gira principalmente na tensão entre os princípios da segurança pública e o respeito aos direitos e liberdades individuais (GUZMAN, 2015), ou seja, se estas podem subsumir diante de “um interesse maior” e como as Constituições dos Estados Democráticos de Direito devem portar-se diante do problema que atravessa as fronteiras dos países.

O “discurso do Brasil como detentor de uma cultura pacifista e aberta somada às fortes negativas do governo acabaram por criar uma ilusão de que estamos livres desta ameaça” (LASMAR, 2014). Entretanto, principalmente por causa da pressão internacional e a aproximação das Olimpíadas no Rio de Janeiro, o país passou a buscar a regulamentação do tema. Surgiu então a PLS 499/2013, projeto proposto após os protestos que ocorrem em junho de 2013 e que acabou por originar a lei 13260/2016. Acrescenta-se que este

não foi o único projeto apresentado para tipificar a conduta do terrorismo, o que chama a atenção é contexto pela qual o Brasil passava na época da proposta.

Nos protestos de junho de 2013 no Brasil ocorreu um consenso entre inúmeras reportagens jornalísticas e entre os integrantes das manifestações que o surgimento das manifestações teve como estopim o aumento do preço das passagens de ônibus, porém após duas semanas de protestos o governo da cidade de São Paulo e outras capitais recuaram no aumento da tarifa. Apesar de inicialmente o movimento iniciar-se por questões de mobilidade urbana, ampliaram-se os motivos de reivindicação, acrescentando-se: corrupção, inconformidade com as instituições políticas do país, educação, saúde, entre outros direitos básicos. Foi um movimento em cadeia, perpetuando-se para diversas capitais brasileiras, durante as manifestações ocorreram diversos confrontos entre os manifestantes e os policiais militares, dentre esses protestos populares na cidade do Rio de Janeiro ocorreu a morte de um jornalista.

Diante disso, houve uma grande influência da mídia para a criação de um sentimento de insegurança social, tendo assim a imprensa uma grande responsabilidade pela forma a qual a sociedade enxergou toda essa problemática social, e foi dentro deste contexto que foi apresentada a PLS n° 499/2013, que sofreu diversas críticas por o projeto original possuir tipos penais generalizados e por ter sido interpretada como uma resposta as legítimas manifestações já mencionadas.

Ainda tramita a PLS n° 499/2013, porém surgiu PLC 101/2015, que segundo o Senador Romero Jucá em seu parecer expedido durante a tramitação da mesma, afirmou que esta veio em boa hora, uma vez que a não aprovação da matéria até o dia 20/10/2015 poderia acarreta sanções ao Estado Brasileiro, em razão da reunião do Grupo de Ação Financeira (GAFI), que já havia alertado que poderia incluir o País em sua “ lista suja” de países não cooperantes (SENADO FEDERAL, 2016, online). Além disto, a Olimpíada de 2016

que ocorreria no Rio de Janeiro estava se aproximando, remetendo-se a grande responsabilidade que o país assumiria em um evento de tamanha natureza. Relembrando o Massacre de Munique, que ficou conhecido também como a Tragédia de Munique, que ocorreu nos Jogos Olímpicos de 1972, quando no dia 5 de setembro onze membros da equipe olímpica de Israel foram reféns e assinados por um grupo terrorista palestino denominado Setembro Negro, sendo portando a maior atentado terrorista já ocorrido nos Jogos Olímpicos.

Diante disto, no dia 14 de março de 2016 foi sancionada a Lei 13.260, que disciplina o terrorismo, bem como trata das disposições investigatórias e processuais sobre o presente crime.

### **2.3 A Lei 13260/2016 e o Direito Penal do Inimigo**

Apesar da grande dificuldade em denominar e classificar que condutas poderiam enquadrar-se como terrorismo, ao analisar a lei brasileira que versa sobre o tema, esta buscou definir os atos de terrorismo em seu artigo primeiro, trazendo conceitos abertos e que necessitarão de interpretação no caso concreto.

Vislumbra-se que a maioria dos atos que são classificados como terroristas, são tipos penais presentes no atual Código Penal, distinguindo-se em alguns pontos em razão das finalidades na qual se pratica tal atos, como por exemplo provocar terror social ou generalizado, expressão esta que se encontra no art. 2º da Lei 13.260/2016, ressalta-se a imprecisão do termo que foi adotado pelo legislador, tornando-se difícil encontrar o bem jurídico que realmente está sendo tutelado nessa hipótese especificamente.

A crítica à lei indica que se pode encontrar, nesta, vestígios do direito penal do inimigo, sistematizada por Günter Jacobs, uma vez que ao criminalizar os atos preparatórios tem-se uma antecipação de punibilidade, criminalizando fatos que nem foram praticados, ou seja, procura-se tutelar um bem jurídico que não é concreto, e

sim como um funcionamento simbólico da pena em reação social à sensação de insegurança e pressão em razão da proximidade da Olimpíada do Rio de Janeiro.

A teoria do Direito Penal do Inimigo criada por Gunther Jakobs (2007) é embasada, em linhas gerais, em uma diferenciação entre dois tipos de delinquentes: cidadão (que cometeu um erro, mas após a devida punição imposta pelo Estado, volta à situação normal) e inimigos (aquele que insiste desrespeitar o ordenamento jurídico de forma constante) e a estes propõe-se forma diferente de tratamento, desde a possibilidade de adiantamento da punibilidade, aumento das penas e na relativização de certas garantias processuais inerentes a todos os outros indivíduos. O inimigo, na visão de Jakobs, deve ser retirado da sociedade e ser tratado de forma diferente, pois é dever do Estado perseguir aqueles que permanecem na prática reiterada de crimes. Destaca que se inserem neste tipo, pessoas de alta periculosidade, tais como os criminosos econômicos, os membros de organizações criminosas e, objeto deste trabalho, os terroristas, pois Jakobs entende que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.” (JAKOBS, 2007, p. 35). A teoria do Direito Penal do Inimigo também é denominada de Direito Penal de Terceira Velocidade e ganhou visão após os atentados terroristas de 2001 às Torres Gêmeas de Nova Iorque.

Outro ponto que merece destaque na lei antiterrorismo é o art. 12 que disciplina que o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia ouvido o Ministério Público, decretar no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos e valores do acusado ou investigado, que sejam produto ou proveito dos crimes previstas na lei em questão, indaga-se se tal dispositivo não colocaria em dúvida a imparcialidade do magistrado, quando este participa de ofício na investigação criminal.

## CONCLUSÃO

Não se sabe qual será o posicionamento da jurisprudência e dos doutrinadores a respeito da lei de terrorismo, entretanto, acredita-se que a lei deve ser caracterizada como uma norma de caráter geral, que deverá surgir com o consentimento do povo, por meio da representatividade e com total publicidade e discussões e não para atender a compromissos internacionais assumidos pelo país ou então garantir uma satisfação perante a mídia para trazer uma sensação de segurança com a proximidade de um evento mundial e de tamanha magnitude que foram os Jogos Olímpicos de 2016.

A lei antiterrorismo possui diversas imperfeições, especialmente os termos vagos e imprecisos adotados pelo legislador, ou até mesmo a possibilidade ao ferimento do sistema acusatório e a imparcialidade do magistrado com a decretação de ofício no decorrer da investigação, entretanto espera-se que esta legislação abra o precedente para o aperfeiçoamento da legislação brasileira defronte a relevância do tema em âmbito mundial.

Depois da prisão do grupo de “terroristas” na Operação Hashtag verificou-se uma grande possibilidade de tratar-se apenas de uma célula amadora, conforme declaração do Ministro da Justiça do Brasil Alexandre de Moraes que disse o grupo talvez não representasse um perigo tão forte assim (CORREIO BRAZILIENSE, 2016), servindo a prisão muito mais como uma satisfação social à comunidade mundial e a imprensa internacional de que se estava, de fato, fazendo algo contra a possibilidade de ataques terroristas na olimpíada, muito mais do que o perigo que aquele grupo realmente representava.

Olhando-se para este caso consegue-se observar que, aparentemente, ele foi muito mais um produto gerado pela pressão da mídia sobre as autoridades brasileiras do que uma prisão realmente importante para garantir a segurança nacional, foi algo exagerado com o propósito de tranquilizar a sociedade mundial no sentido que a segurança estaria garantida.

Na época da prisão deste grupo houve a divulgação do nome de todos eles, bem como a cidade onde foram presos, sem sequer haver denúncia formulada. Tais indivíduos já foram etiquetados como terroristas e seus nomes serão lembrados para sempre por causa do envolvimento nessa história. Questiona-se, então, se assim, o ordenamento jurídico brasileiro admite a aplicação, embora disfarçada, da Teoria do Direito Penal do Inimigo, pois direitos processuais básicos dos envolvidos na Operação Hashtag, principalmente a presunção de inocência, foram afastados diante da grande exposição da mídia.

Não se quer, porém, afirmar que seria um grave erro a aplicação de regimes de exceção a pessoas que talvez não se encaixem naquilo que a sociedade almeja. Entretanto, relegar à imprensa o papel de formador de opinião do que seja “inimigo”, através da espetacularização do processo criminal, é um risco para os próprios auto afirmados cidadãos. Enquanto isso, o embate entre o direito à informação e à presunção de inocência permanecerá e, no presente caso, se pessoas acusadas de terrorismo, podem ter seus atos esquecidos, mesmo após o cumprimento de suas penas.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Cigarro e Liberdade de Expressão**. In: Temas de Direito Constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro; Renovar, 2000, pp. 647-650.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de

Direito Civil. Enunciado n. 531. **A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.** Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 31 agosto 2016.

Barreira, Irllys Alencar F. **“Ação Direta E Simbologia Das “jornadas De Junho”: Notas Para Uma Sociologia Das Manifestações.”** Contemporânea - Revista De Sociologia Da UFSCar , v. 4, n. 1 p. 145-164 Jan.–Jun. 2014.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal. Direito Justiça (porto Alegre, Online)**, [s.l.], v. 40, n. 2, p.125-132, 19 maio 2014. EDIPUCRS. <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7718.2014.2.17320>.

CORREIO BRAZILIENSE. **Ministro da Justiça: célula terrorista no Brasil é amadora e sem preparo.** Disponível em: [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/07/21/inter-nas\\_polbraeco,541187/ministro-da-justica-celula-terrorista-no-brasil-e-amadora-e-sem-prep.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/07/21/inter-nas_polbraeco,541187/ministro-da-justica-celula-terrorista-no-brasil-e-amadora-e-sem-prep.shtml).

Acesso em 05 setembro de 2016.

EL PAÍS. **Polícia Federal prende 10 suspeitos de planejar ação terrorista na Olimpíada.** Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/21/politica/1469112537\\_834424.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/21/politica/1469112537_834424.html) Acesso em 05 setembro de 2016.

FELDEN, Luciano; **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade,**

**jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos** / Luciano Feldens. Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2008.

GUZMAN, Cristian A. Zamorano. **Las “ Constituciones ” de los Estados democráticos , ¿ armas eficaces en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional ?** Pap. Polít. Bogotá (Colombia), Vol. 20, No. 1, 211-234, enero-junio 2015.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas.** 2<sup>a</sup> ed. Trad. André Luís Callegari e Ne-reu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LASMAR, Jorge Mascarenhas. **A legislação brasileira de combate e prevenção do terrorismo quatorze anos após o 11 de setembro: limites, falhas e reflexões para o futuro.** Revista Sociologia e Política. V, 23, n. 53, p. 47-70, mar 2015.

LEAL, Mônica Clarrissa Hennig; **A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira** / Mônia Clarissa Hennig Leal. Barueri, Manole, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547201241/cfi/608> > . Acesso em: 10 maio 2016.

MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira.** Revista Âmbito Jurídico. 2013. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8727#\\_ftn14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8727#_ftn14) > . Acesso em: 26.Mai.2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCHAFER, Jairo Gilberto; DECARLI, NAIRANE. **A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão**. Prisma Jurídico, São Paulo, v.6, 2007.

SENADO FEDERAL. **Relatório do Senador Romero Jucá, 30/09/2015**. Disponível < <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=179604&tp=1> > Acesso em 01 de setembro de 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A mídia e o direito penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, p. 16, ago. 1996.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 626-627.

**PROCESSO CIVIL  
CONTEMPORÂNEO**



# A INFLUÊNCIA DO PROCEDIMENTO MODELO ALEMÃO MUSTERVERFAHREN PARA O IRDR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Cinthia da Silva Barros<sup>108</sup>, Gustavo Igor Silva Montalvão e Tayo-  
nar Pereira Viana

## 1. Introdução

O Novo Código de Processo Civil trouxe inúmeras inovações no que tange a celeridade e economia processual. Objetivando a resolução de um maior número de litígios repetitivos em curso no país, foi instituído o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Tal instituto estabelece um parâmetro para as decisões, proporcionando assim maior segurança jurídica.

A finalidade deste artigo é apresentar ao público acadêmico uma discussão jurídica sobre a influência do procedimento-modelo alemão *Musterverfahren* para o mecanismo de padronização criado pelo novo Código de Processo Civil. Somados com o estudo de outros institutos como a tutela coletiva e os julgamentos de recursos repetitivos que possuem o mesmo objetivo que o mecanismo em estudo.

---

108. Bacharelandos em Direito pela Faculdade Guanambi FG/CESG. 6º Semestre. Matutino. Guanambi-Bahia. Brasil. E-mails: cinthiabarros4@gmail.com, gustavoigorm@live.com e taydireito@hotmail.com.

Este trabalho foi elaborado com base na literatura jurídica especializada, além de decisões jurídicas pertinentes ao tema, sendo estas de fundamental importância para a sua construção. Este artigo justifica-se ao apresentar ao público uma discussão ampla e necessária sobre a temática bastante discutida no âmbito acadêmico, por se tratar de um tema atual e relevante.

## **2. O Processo Democrático Constitucional no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**

Com o surgimento do Novo Código de Processo Civil, o processo democrático constitucional obteve um papel essencial, adotando-se um processo moderno, a matriz democrática, ou seja, um novo modelo processual em defluência da Constituição Federal de 1988, diferentemente do antigo Código de 1973, que se apresentava incapacitado com relação à Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988).

As Constituições democráticas do século XX assumem o papel de norma diretiva fundamental onde dirigem-se aos poderes públicos, com visibilidade à realização dos direitos fundamentais. Assim, a supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade, também da tutela da esfera individual de liberdade (STRECK, 2013).

Com o novo Código de Processo Civil o legislador preocupou-se em levar o Processo Civil ao encontro a Carta Magna. Verifica-se a disposição expressa dessa constitucionalização do Processo Civil, em seu artigo 1º que aduz que: “O processo Civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015).

O Novo Código traz princípios e valores constitucionais, em busca de uma adequação constitucional do procedimento cível, com a interligação de um processo norteador de direitos fundamentais que está legislado na Constituição da República de 1988. De acordo com Luís Roberto Barroso (1993, p.285):

[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

É necessário entender o processualismo constitucional democrático como uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudo-socialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões (NUNES, 2008). Evidencia-se, portanto, neste contexto, a questão dos direitos e garantias constitucionais que são os pilares do processo em relação ao Estado Democrático de Direito, disciplinado no artigo 5º incisos XXXV, LIV e LV da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988).

### **3. Conceito de IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**

O Novo Código de Processo Civil disciplina o IRDR nos artigos 976 ao 987. Como o próprio nome diz, é um procedimento inserido com o objetivo de dimensionar litígios repetitivos mediante um mo-

delo processual ou um “procedimento padrão”, em outras palavras, são aquelas demandas fundadas em pretensões isomórficas que serão apreciados pelos tribunais superiores (NUNES, 2015).

É importante salientar que o incidente de demandas repetitivas não é um recurso, e sim um procedimento destinado a julgar demandas repetitivas, no qual independe de recolhimento de custas como aluda o artigo 976, § 5º do NCPC/2015: “Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.” (BRASIL, 2015). É necessário que o foco a ser apreciado seja de matérias de direito material ou processual e nunca de conteúdo fático (FALCÃO, 2016).

Esse instituto se assemelha com o procedimento de julgamento dos recursos especiais repetitivos porque a sua composição se da nos tribunais. Nesse sentido, os Incidentes têm sua atuação no Superior Tribunal de Justiça e é paramento para regular o procedimento do IRDR. Falcão (2016, s/p), neste sentido preleciona que:

Em síntese, na criação de temas em recursos repetitivos no STJ, quando a questão a ser apreciada na sistemática compreender matéria de apenas uma seção, o órgão colegiado será a respectiva seção. Por sua vez, quando a questão objeto do recurso paradigma tiver reflexo em mais de uma seção, como matéria processual civil, o órgão colegiado competente será a Corte Especial. Também existe a numeração sequencial nos temas como forma de organização.

O procedimento do incidente de demandas repetitivas dar-se-á com seu pedido de instauração encaminhado ao presidente do tribunal, poderá ser feito por ofício, bem como por petição pelos legitimados previstos no Novo CPC/2015 e pelos seus requisitos legais em que ensejam a norma processual (BRASIL, 2015). O ofício ou petição inicial deve estar anexado com os documentos necessários a sua instauração, como preceitua o parágrafo único do artigo 977 do Novo CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Recebido o pedido deve ser encaminhado para o presidente do tribunal, que realizará seu ordenamento para órgão competente, poderá refletir de duas maneiras: em uma seção, o tema central da tese jurídica a ser analisado versar sobre matéria das quais a decisão surtirá efeitos apenas na própria seção; ou, em caso da Corte especial, quando o escopo da tese jurídica a ser analisado versar sobre matéria das quais produzirá efeitos em várias seções (BRASIL, 2015).

O julgamento do mérito do IRDR pode ser impugnado por recurso extraordinário ou especial, dando assim o efeito suspensivo observando a repercussão geral da constituição federal. Se o mérito do recurso for apreciado e a tese jurídica for recepcionada pelo STF, bem como pelo STJ será aplicado, com efeito *erga omnes*, ou seja, será efetivado a todos os processos coletivos ou individuais que tratam da mesma matéria de direito.

#### **4. A matriz normativa *Musterverfahren* e sua influência no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Direito Processual Civil Brasileiro**

A lei 13.105/2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil trouxe uma inovação que é o IRDR- Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, um mecanismo que visa conferir a tutela jurisdicional para a litigância repetitiva (TEMER, 2015). O IRDR tem suas bases originárias em um fato ocorrido na Alemanha por volta dos anos 2000 (SOUZA; ALVES, 2016).

A empresa *DeutscheTelekom* (DT), que detinha mais de três mil acionistas fez com que uma informação sobre a extensão do patrimônio de uma determinada sociedade irregular por circulares ações durante os anos de 1999 aos anos 2000, muitos investidores foram lesados em torno 15 mil (SOUZA; ALVES, 2016).

Cerca de 700 advogados diversos representaram seus determinados clientes, apresentando demandas na corte distrital de Frankfurt

que tem sede na bolsa de valores onde ocorreu as circulares(SOUZA; ALVES, 2016). As ações somam 150 milhões euros de indenização, sem audiência por três anos os demandantes apresentaram queixa de negativa de acesso a justiça perante o Tribunal Constitucional Federal, assim este tribunal rejeitou as queixas que concordou que algo teria de ser feito para acabar o problema, e neste contexto criou-se a lei do procedimento modelo de mercado capitais a matriz *Musterverfahren*. Assim esta lei que deveria ter a vigência de cinco anos, foi incorporada ao ordenamento alemão civil, tendo sido novamente aplicada em 2008, em uma demanda previdenciária que foi resolvida nos mesmos trâmites os 20 casos idênticos (SOUZA; ALVES, 2016).

Em 2005, na Alemanha foi criada a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercados de Capitais onde instituiu um procedimento-padrão *Musterverfahren* (lei que introduziu o procedimento-modelo no sistema processual alemão: Gesetz zur Einführung Von Kapitalanleger-*Musterverfahren* cuja abreviação é *KapMuG*), que tem por finalidade reduzir o julgamento de milhares de ações equivalentes em asserção por investidores do mercado de capitais da Bolsa de Frankfurt em que sofreram prejuízos por causa da divulgação de informações levianas (NUNES, 2015).

O procedimento-modelo *Musterverfahren* consiste em instalação sobre questões de direito e fato. Na Alemanha este procedimento não pode ser instaurado de ofício, necessita ser provocada diferente do modelo Brasileiro (SILVA, 2011).

É necessário ressaltar, de início, que o procedimento-modelo alemão só pode ser instaurado mediante requerimento de um ou mais demandantes nas causas repetitivas. Não se pode, por conseguinte, que a corte distrital o inicie de ofício, assim a parte deve identificar o ponto que deve pronunciar de forma coletiva, as provas que devem produzir a repercussão do pedido e deve ser entendida como a possibilidade de outras demandas similares (SILVA, 2011). Cabral (2007, p.132-133), especifica a questão da seguinte forma:

Pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância, pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste.

A matriz normativa *musterverfahren* influenciou de maneira direta o IRDR, uma vez que o pedido de instauração pode ser realizado pelas partes, ou pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e de ofício também pelo juiz ou relator conforme disposição do artigo 974 do CPC (NUNES, 2015). O *KapMuG* concebeu o procedimento que está disposto em três fases distintas: em primeiro lugar a eleição da causa representante; em segundo plano o processamento da demanda junto ao tribunal, com realização de audiências, produção de provas, e decisão resolvendo as questões de fato e direito envolvidas na controvérsia; em terceiro plano o julgamento posterior de todas as outras causas, resignadas em primeira instância, que irão ser decididas com base na decisão/modelo prolatada pelo tribunal estadual (NUNES, 2015).

É trifásico o sistema do IRDR Brasileiro, o que possivelmente gerará a necessidade doutrinária de dimensionamento como proceder-se a escolha, no qual aplica-se subvencionando o critério normativo dos recursos repetitivos que tem por finalidade analisar de forma ampla o contraditório, e a representação dos sujeitos

processuais de causas que são escolhidas que deve ser em número suficientemente no qual que permita uma abordagem de forma panorâmica do litígio repetitivo (NUNES, 2015).

Portanto, é relevante citar que este instituto é pouco utilizado na Alemanha, pois a maioria dessas demandas são resolvidas na esfera administrativa. A influência da matriz normativa *Musterverfahren* para o IRDR foi crucial para o desenvolvimento do procedimento em questão, no Direito Processual Civil Brasileiro.

## **5. A Tutela Coletiva e a distinção entre IRDR e o Julgamento de Recursos Repetitivos**

Inicialmente o processo era eminentemente individualista, servindo como um instrumento para tutelar apenas interesses ou direitos individuais. Com evolução da sociedade liberal para a sociedade em massa, ouve a quebra do paradigma de tutela individual para um viés mais coletivo, ampliando assim o acesso à justiça e permitindo que inúmeros indivíduos lesados reivindicassem seus direitos (SOUSA, 2014).

A tutela coletiva de direitos, assim como a tutela jurisdicional individual, tem como escopo proteger os direitos de seus titulares (SOUSA, 2014). Todavia, a demanda individual se caracteriza por possuir apenas um autor, ou vários autores (litisconsórcio), tutelando um interesse pessoal, já nas ações coletivas existe um interesse único, de um grupo ou coletividade, que leva a sua pretensão ao juízo na forma de um único sujeito (SILVA, 2011), sendo que este atuará em prol dos interesses do grupo.

A ação coletiva no direito brasileiro é definida como um direito exercido por pessoas naturais, de acordo previsão legal, com o intuito de exigir uma prestação jurisdicional, objetivando a tutela de interesses coletivos, sendo entendidos os individuais homogêneos, os difusos e os coletivos em sentido estrito (SILVA, 2011 Apud MENDES, 2009). Ademais, a sentença proferida na tutela coletiva possui o efeito *erga omnes*, englobando toda as vítimas de dano comum e seus sucessores (SILVA, 2011).

De modo a dimensionar os litígios repetitivos no país, o novo CPC trouxe em seu corpo mecanismos de padronização decisória, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e o Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, ambos essenciais para a resolução mais rápida dos processos (MAFRA NETO, 2016). Sendo que o primeiro recairá sobre as ações pendentes e o segundo sobre os recursos em curso no judiciário. O IRDR será instaurado quando houver repetição de processos, que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito (material ou processual) e apresentar risco de ofensa à segurança jurídica e à isonomia (BASÍLIO; MELO 2015), devendo estes requisitos estarem presente cumulativamente nos processos para que seja aplicado o incidente.

Verificado o início do incidente pelo relator, todos os processos individuais ou coletivos que tramitam no mesmo tribunal e possuam idêntica questão de direito serão suspensos no lapso temporal de um ano, aguardando o julgamento do IRDR (BASÍLIO; MELO 2015). A sentença do processo modelo no IRDR irá atingir todos aqueles que estejam com os processos suspensos (SILVA, 2011), ou seja, a coisa julgada englobará apenas essas demandas, diferentemente do que ocorre na tutela coletiva que a sua sentença possui efeito *erga omnes*.

Os Julgamentos dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos foram instituídos pela Lei n. 11.672/2008. Com o procedimento semelhante ao IRDR, esse mecanismo de padronização ocorrerá nos casos de existência de vários recursos versando sobre a mesma controvérsia jurídica. Deverá o presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal selecionar um ou mais recursos representativos, aqueles que possuírem maior diversidade de fundamentos presente no acórdão e de argumentos no caso de recurso especial e encaminhando ao STJ (SILVA PASSOS, 2011).

Dessa forma, selecionados os recursos, o relator do tribunal superior, verificando a presença dos requisitos acima destacados preferirá uma decisão interlocutória de afetação. Determinando

a suspensão dos recursos pendentes que estejam tramitando no território nacional, no período de um ano, na espera de uma sentença, caso a mesma não seja proferida os recursos voltaram a tramitar normalmente (OLIVEIRA, 2015).

Por fim, nota-se que todos esses procedimentos buscam resolver litígios de massa. Existindo uma determinada controvérsia jurídica presente em inúmeros processos, estes serão suspensos ou paralisados e depois de julgada a demandas selecionada, servirá de parâmetro aos demais casos (MAFRA NETO, 2016). Evitando assim decisões conflitantes e proporcionando maior segurança jurídica a sociedade, pois o julgador terá em suas mãos um parâmetro de sentença e deverá segui-lo.

## **6. Diferenciações do princípio do contraditório no procedimento padrão e a amplitude do procedimento *Musterverfahren***

Muito embora o modelo Alemão tenha influenciado para o instituto do IRDR no Brasil, ambos possuem uma distinção, *sui generis*. No que diz respeito ao contraditório e enquanto a ocorrência da matéria de sua aplicação: a finalidade no direito Alemão é reduzida aos fatos relativos ao mercado de capitais e menciona a matéria de fatos como de direito; apesar de existir diminuição o corpo retém a recorrência da questão de direito (REZENDE, 2014).

A distinção do que ocorre na Alemanha é que não é favorecido na fase de acolhimento do processo paradigma e sim quando na hora de julgar o mérito que ocasionou o incidente, daí que surge a oportunidade para que as partes interessadas possam se manifestar no tocante a matéria de direito, com o objetivo de o juiz proferir o seu entendimento. Diante disso há uma crítica no que prever a lei onde traz somente a possibilidade de ser ouvido sem que contribua com a elucidação da demanda repetida. Além disso, a publicidade que o regramento dispõe podem ser falhas não permitindo o ingresso de terceiros (REZENDE, 2014).

Nesse sentido, a quem defenda que o instituto é constitucional porque, de qualquer modo possui o contraditório e isso seria o suficiente. Caroline Gaudio Rezende (2014, p.117) aluda que:

Corroborando esta afirmação há ainda a figura da participação do *amicus curiae* que irão atuar para “contribuir com a discussão, oferecendo elementos técnicos e argumentos para a formação de argumentos para a formação da tese jurídica a ser aplicada nas sucessivas causas repetitivas.

Apesar de que a lei não prevê um contraditório amplo igual o modelo *Musterverfahren*, deve observar que o objeto da discussão é em sua matéria ou no seu processo, ocorrendo diversas interpretações da norma. O incidente busca tornar uno o entendimento do assunto ou da demanda repetitiva. Diante disso, a interferência de terceiros pode prejudicar o objetivo para qual o regulamento foi sugerido.

Diante disso, o que pode retirar da lei é que apenas o julgamento de mérito é que se abre a oportunidade de ser inserida a intervenção para contribuição ao contraditório do Direito repetitivo. Na Alemanha o direito de se defender é mais amplo, pois, ele é renovável a cada etapa de incidente (REZENDE, 2014). Portanto, aproxima-se ao real contraditório atual como garantia de influência e não surpresa, colocando um desejo daqueles que entendem da necessidade de obter um contraditório mais minucioso para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

## **7. Considerações finais**

Conforme o que foi abordado, o procedimento modelo alemão *musterverfahren* foi a inspiração para a construção do IRDR- incidente de resolução de demandas repetitivas instituído no novo código. O incidente de resolução de demandas repetitivas, que está previsto no capítulo VIII, do título I (da ordem dos processos nos

tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais) nos artigos 976 a 987, do novo Código de Processo Civil, apresenta-se como um mecanismo de padronização, resolvendo os litígios pendentes e servindo de modelo para as demandas futuras. Partindo desta análise, nota-se a importância do instituto para a sociedade atual, pois o mesmo busca alcançar ao mesmo tempo a duração razoável do processo e a legitimidade decisória.

Desse modo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas assegurará maior segurança jurídica para as partes, que agora, com esse novo mecanismo, não necessitaram mais confiar na sorte e sim na lei, neste contexto a imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece a insegurança jurídica, o que contribui para o enfraquecimento do regime democrático atual.

### **Referências Bibliográficas**

BASÍLIO, Ana Tereza; MELO, Daniela Muniz Bezerra de. IRDR potencializa resultado de julgamentos de processos repetitivos. Revista Consultor Jurídico. São Paulo. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br> > . Acesso em: 20 de agosto de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Poder Executivo, 2015.

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

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Revista de Processo, n. 147, 2007.

**FALCÃO, Evandro Luís. O procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR.** *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.72, jun. 2016.* Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao072/Evandro\\_Falca\\_o.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao072/Evandro_Falca_o.html)>. Acesso em: 29 de agosto de 2016.

MAFRA NETO, Pedro Ferreira. **O novo CPC e a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.** *Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4671, 15 abr. 2016.* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48206>>. Acesso em: 21 agosto de 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **O IRDR do Novo CPC : este “estranho” que merece ser compreendido.** Coluna Justificando. São Paulo. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-ir-dr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 26 de agosto de 2016.

OLIVEIRA, Cristiano de. **O juízo de admissibilidade no regime estabelecido no novo CPC para os recursos extraordinário e especial repetitivos.** Coluna Empório do Direito. São Paulo. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/>> Acesso em: 25 de agosto de 2016.

REZENDE, Carolina Gaudio. **O contraditório (ou a sua ausência) no musterverfahren brasileiro.** *Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.* 2014. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/readp/article/download/1196/93>> 28 >. Acesso em: 30 de agosto de 2016.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Tutela coletiva ou padronização do processo.** Revista SJRJ. Rio de Janeiro. v. 18. n. 32. 2011. Disponível em: < [http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/285/261](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/285/261) > .. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

SILVA, Victor Cretella Passos. **Sobrestamento na origem dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2821, 23 mar. 2011. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18744> > . Acesso em: 23 agosto de 2016.

SOUZA, Gustavo Ferreira; ALVES, Lucélia de Sena. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil.** Revista Pensar Direito, v.7, n.2, 2016. Acesso em: 26 de agosto de 2016.

SOUZA, José Augusto Garcia de. **Tutela coletiva de direitos.** Material Didático-FGV Direito RIO. Graduação 2014.2 Disponível em: < <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br> > . Acesso em: 18 de agosto de 2016.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2013.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.** 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Editora Juspodvim, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; FRANCO BAHIA, Alexandre Melo; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização.** 3<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

# ANALISE DA AÇÃO DE DESPEJO PREVISTA DA LEI DE LOCAÇÃO DE IMOVEIS URBANOS SOBRE O NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL.

**Eva Eulalia da Silva Almeida**<sup>109</sup>

## **1.INTRODUÇÃO**

A Lei de Locação de Imóveis urbanos é uma lei composta de normas materiais e normas formais. A subsidiariedade que possui a Lei de Locação de imóveis urbanos frente ao Código Civil e ao Código de Processo Civil faz com o advento do NCPC a presente abordagem sobre os aspectos que mudaram nesta nova caminhada.

O Novo Código de Processo Civil aborda inúmeras inovações primordialmente da busca pela celeridade e economia processual que surge as principais mudanças: um objetivo de resolução de um maior número de litígios repetitivos em curso no país; e a busca por meios alternativos de solução de conflitos que possam garantir o acesso à Justiça é medida que se impõe e a desjudicialização. Buscando proporcionar maior segurança jurídica.

Portanto a finalidade deste trabalho científica e oferecer ao um análise focado da influencia das novas regras trazidas pelo Novo

---

109. Advogada, pós-graduação lato sensu concluída em Direito Empresarial. Foi Delegada da OAB/RJ por três triênios, foi relatora da Comissão de Ética e disciplina da OAB/RJ. Participante da Comissão de Apoio ao Consumidor-CAC- da 32ª Subseção da OAB/RJ no triênio de 2013 a 2015, e atualmente na Comissão do Consumidor da seccional da OAB/RJ e da Comissão de Anticorrupção e Compliance da 57ª Subseção da OAB/RJ. Professora de cursinhos e coordenadora do curso preparatório para prova da OAB pelo MARJ, atuação como professora e palestrante entre ela junto a Escola Superior da Advocacia - ESA. Uma das fundadoras do Movimento dos Advogados do Rio de Janeiro- MARJ\_. <evaeulaliaadv@hotmail.com>.

CPC que se concentram na atuação das ações vivenciadas e discriminadas pela Lei de Locação, Lei nº. 8.245/91. Ressaltasse que abordaremos as ações padronizadas pela lei de locação, que são as discriminadas em seu bojo, e não se adentrará em analisar a todas que podem repercuti das relações locatícias.

Propomos apresentar um tema bastante discutido, trata-se de um tema atual e relevante, e que assim abordaremos uma comparação do procedimento da Ação de Despejo fundada na Lei n. 8.245/91 com o CPC/73 e com o advento do CPC/15.

## **2. LOCAÇÃO DE IMOVEIS URBANOS**

A matéria de locação de imóvel urbano no Brasil é disciplinada pela Lei nº8.245 de 18 de outubro de 1991, matéria esta com vênias as suas alterações. A lei elenca quais relações disciplina deixando outros tipos de relação locatícia para serem tratadas aparte, concentrando sua atuação no que posso dizer sobre um dos direitos mais vivenciados na sociedade moderna, a locação de imóvel urbano, seguindo por outras áreas como : direito consumidor, direito trabalhista , direito tributário, etc.

Devemos esclarecer a Lei de locação de Imóveis urbanos, ora Lei de Locação ou Lei do Inquilinato, onde e tratado a matéria sobre a locação de imóvel urbano vigorada pela Lei 8.245 contém heterodoxia de suas normas, já que as normas ali contidas possuem regras de direito material e de direito processual, além de outras como de caráter penal.

Só trata de direito formal, processual, na Lei de Locação a partir do Título II, do artigo 58 a 75. Vele esclarecer que a Lei de Locação possui a mesma hierarquia do CPC, devendo sobre ele prevalecer em caso conflito.

Em norma formal omissa preferiu o legislador da Lei de Locação, em permanecer com o costume, e foi explicito na previsão das partes finais da Lei de Locação sobre a subsidiariedade da Lei

8.245/91 devendo se aplicar a lei comum, ora o **Código de** Processo Civil, como assim podemos verificar ao ler o artigo:

**“Artigo 79. No que for omissa esta lei aplicam-se as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil.”**

### **3. INTERAÇÃO DA LEI DE LOCAÇÃO COM CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Quando veio a lume a Lei de Locação de imóveis urbanos, no início da década de 90, a lei continha novos instrumentos e institutos jurídicos para época. Constituída a Lei de Locação de imóveis urbanos de um espírito de romper com moldes do passado, buscava maior efetividade ao ponto que acabou contagiando o CPC e, se verifica isso com a reforma processual de 1994, onde surgiu no CPC ,por exemplo, a antecipação de tutela de mérito, as alterações no procedimentos da ação consignatória, o levantamento dos depósitos e, tudo mais, que inseriu pela Lei do Inquilinato.

Posteriormente as mudanças na própria lei de Locação de Imóveis urbanos também foi com intuito de modernizar a abordagem de sua legislação aos direitos pelos fatos que faz a sociedade ser mutante, buscando maior equidade entre as partes.

A Lei de Locação de Imóveis Urbanos possui os procedimentos especiais contidos da lei que são quatro: Ação de despejo; Ação de consignação de aluguel e acessórios a locação; Ação revisional de aluguel e Ação renovatória. E aí, com advento do novo CPC, surgem também mudanças neste atuar e neste artigo iremos buscar os impactos com o advento do novo CPC sobre os aspectos procedimentais específicos da Lei do Inquilino focando na Ação de Despejo.

### **4. AÇÃO DE DESPEJO E SEU RITO**

Na Lei de Locação de Imóveis Urbanos quis sagazmente o legislador que a primeira e mais explorada das ações descritas

em seu bojo fosse à ação de despejo. Sem sombra de dúvidas a ação mais utilizada nas relações locatícias. Possui sua previsão do artigo 59 a 66 da Lei de Locação.

A ação de despejo é de relação pessoal, de natureza de desconstituir, rescindir o contrato locatício, ou constitutivo negativo e executivo lato sensu, ou seja, a pretensão autoral e desconstituição do vínculo contratual de locação e, em consequência o comando de decretar e fazer valer a desocupação do imóvel na mesma fase deste processo e não em um processo subsequente.

E, aqui entra a primeira observação do novo CPC sobre a Lei de locação. Visto que o Novo CPC não mais aborda o procedimento comum em duas espécies, ordinário e sumário, passando a ser unificado como procedimento comum, artigo 318 e do NCPC.

Oportuno esclarecer que de fato a um procedimento específico já no CPC/73 se tinha quanto à aplicação do artigo 62 da Lei de Locação de Imóveis Urbanos, compusesse um rito ordinário com características diferentes. Ou seja, era um rito ordinário que se modifica em respeito a norma contida no artigo 62 da Lei de Locação de Imóveis Urbanos.

Daí se faz a válida observação do caput do artigo 59 da Lei em virtude de dizer que a ação de despejo é de rito ordinário mas ressalva que há alguns procedimentos especiais, ou como diz o Desemb. Aposentado Drº Sylvio Capanema de Souza que expõem em uma de suas obras:

“Na verdade, estabeleceu-se um procedimento híbrido, que não é exatamente o ordinário, mas não se enquadra entre os especiais.”<sup>110</sup>

Observasse e claro onde se le ordinário como rito comum. E este rito comum para respeitar as peculiaridades da Lei Especial, tem suas peculiaridades próprias. É um verdadeiro ‘transgênico’ jurídico. Este efeito de rito transgênico se dá claramente para o respeito da norma contida no artigo 62 da Lei de Locação. Onde se trata das Ações de Despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da

---

110. Pag.254, SOUZA, Sylvio Capanema de. A Lei do Inquilinato Comentada. 5 ed., Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

locação, de aluguel provisório, de diferenças de aluguéis, ou somente de quaisquer dos acessórios da locação; conforme a redação dada pela revisão da Lei de Locação de imóveis Urbanos em 2009 com a Lei nº. 12.112. Como podemos denominar simplesmente de Ação de despejo por falta de pagamento de alugueres e encargos.

## **5. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: CONTAGEM DE PRAZO DE PURGAÇÃO DA MORA E DA CONTESTAÇÃO**

Com o procedimento sucumbido que erra utilizado na Ação de despejo passando para a unificação do rito para o procedimento comum surgem mudanças nesta nova formulação processual.

Uma delas é a introdução pela norma contida no artigo 334 NCPC. A obrigatoriedade imposta, onde quis o legislador do NCPC imputar ao todas as ações de processo comum a designação de audiência de conciliação ou sessão de mediação como primeiro despacho do magistrado, tão logo recebida a petição inicial, desde que não tenha vícios, exceto nos casos em que não houver possibilidade de autocomposição, art. 334, §4º, inciso II, do NCPC. É a obrigatoriedade do comparecimento das partes sobre penalidade de multa pelo não cumprimento conforme artigo 334 § 8º do NCPC.

Sem duvida e necessário e se caminha soluções para alcançar a aplicação judicial a todos, desafogando o judiciário, estimulando a solução consensual dos conflitos com a própria desjudialização. Em 2010, já se observava este estímulo através das diretrizes indicadas pelo Conselho Nacional de Justiça \_CNJ, Resolução 125/2010, londe consideram que caber ao Judiciário:

“(...) estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados

nos processos judiciais, como também os que posam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”.<sup>111</sup>

De antemão há confirmação da existência da audiência de conciliação ou sessão de mediação nas Ações de Despejo por outros motivos que não seja cobrança. Diante destas informações, considerável e dizer que o NCPC, caso viesse a se sobrepor à Lei de Locação de Imóveis Urbanos, atrasaria o ritmo das ações, principalmente da Ação de Despejo por Falta de Pagamento de Alugueres e Encargos, impondo uma audiência prévia de conciliação ou sessão de mediação para que somente após, o que na pratica são correr de meses ou ate ano(s), conceder a pessoa do polo passivo, o Réu, o inicio da contagem do prazo para a apresentação da defesa ou purga da mora. Neste sentido, o NCPC beneficiaria muito o polo passivo, principalmente aquele que tem pretensão de prolatar o máximo a pretensão jurisdicional.

Por sorte não devemos analisar o NCPC sozinho, e muito menos com uma interpretação simplesmente literal.

A Lei nº. 13.140/15 é quem disciplina sobre as sessões de mediação e sobre as audiências de conciliação, conhecida como Lei Geral da Mediação, que também se cabe a Conciliação. E sobre aqui fazemos o uso da Teoria do Dialogo das Fontes<sup>112</sup> para solucionar

---

111. Citação retirada do artigo Uma reflexão sobre o momento da audiência do Art. 334 do NCPC e a contestação. < <http://inteiroteor.org/2016/colaborando-conosco/uma-reflexao-sobre-o-momento-da-audiencia-do-art-334-do-ncpc-e-a-contestacao/>>.

112. “A ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada umas das outras é afastada pela teoria do diálogo das fontes, segundo a qual o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária. A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A teoria surge para fomentar a ideia de que o Direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada. Segundo a teoria, uma norma jurídica não excluiria a aplicação da outra, como acontece com a adoção dos critérios clássicos para solução dos conflitos de normas (antinomias jurídicas) idealizados por Norberto Bobbio. Pela teoria, as normas não se excluiriam, mas se complementariam. Nas palavras do professor Flávio Tartuce, “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico). Realmente, esse será o seu papel no

alguns dos diversos discursos enfrentados sobre o tema.

Vejamos a seguinte situação de conflito. O NCPC na norma contida artigo 334 §4º, expressa que ambas as partes devem renunciar expressamente a Audiência de Conciliação ou Sessão de Mediação. Com o uso do dialogo entre as fontes, se entende com analisa ao artigo 1º § 2º da **Lei geral de Mediação, e conciliação**, que “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”, ou seja, estipulou também o principio da voluntariedade da parte com esta regra. Logo se uma das partes expressarem a renuncia prevista no artigo 334, §4 do NCPC não caberá ao Juízo designar Audiência de Conciliação ou sessão de mediação, sobe alegação que tem que se ambas as partes. Caso o juiz faça ainda sim estará ferindo ao Principio da Voluntariedade, artigo 1º § 2º da **Lei Geral de Mediação**.

Neste sentido, conciliar a aplicação do Novo CPC, com a não tão nova lei locatícia importa em vários questionamentos e nos apresenta diversos desafios que devem ser enfrentados. Com efeito, uma das dúvidas mais suscitada surge na análise da aplicação do lei processual à Ação de Despejo por Falta de Pagamento de Alugueres e Acessórios, quando nos perguntamos se seria dispensável a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no artigo 334, do Novo CPC, ao referido procedimento especial.

Pela Lei de Locação de imóveis urbanos, o Réu na Ação de Despejo por Falta de Pagamento tem o prazo de 15 (quinze) dias, contados da citação, tanto para apresentar sua defesa, contestação, quanto para evitar a rescisão do contrato, pondo fim à ação, efetuando o pagamento de toda a dívida discriminada na exordial.

Sobre estes fatos abriu-se discussão doutrinaria posicionando em duas correntes distintas sobre o inicio da contagem do prazo para apresentação de defesa bem como o prazo para purgação da mora.

A primeira corrente se apeg a que há mudança no inicio da contagem do prazo tanto de defesa quanto de purgação de mora,

---

futuro”.” Citação do artigo ‘Da teoria do diálogo das fontes’ do Drº. *Sergio Malta Prado para site Migalhas* < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+-teoria+do+dialogo+das+fontes>>.

certa vez que o prazo agora não se inicia com a citação, mas que o réu e citado inicialmente para participar da parte de tentativa de conflito sem jurisdição através da audiência de conciliação ou da sessão de mediação. Por tanto, o prazo iniciasse com a tentativa de audiência ou mediação frutada. Ou, no caso de haver a renúncia expressa ao desejo de efetuar conforme descreve o artigo 334 § 4, I do NCPC, quando o réu peticionar informando a renúncia iniciasse o a contagem do prazo de resposta.

A crítica a esta corrente e que o caso o NCPC se sobrepor à Lei de locação de Imóvel Urbano, atrasaria o ritmo da Ação de Despejo por Falta de Pagamento, impondo uma audiência prévia de conciliação ou uma sessão de mediação para somente após começar a contagem do prazo para a apresentação da defesa ou purga da mora pelo polo passivo, ora réu.

A segunda corrente, no entanto sustenta que o início do prazo de contagem de defesa e de purgação a mora permanece com a citação inicial conforme ocorria já com o CPC/73. O NCPC esclarece que para a ação de despejo por falta de pagamento de alugueres e acessórios possui o rito comum de uma forma híbrida entre o respeito as suas próprias peculiaridades descritas pelo legislador da Lei nº 8.245/91. Logo a resposta esta o analise em ambas as leis, NCPC e Lei de Locação de Imóvel Urbano, com o uso da Teoria do Dialogo das Fontes. Iniciamos o analise diante do disposto pelos artigos 9º, III e 62, incisos I e II, da Lei das Locações, verificando assim o sistema desenvolvido pelo legislador na construção da referida lei, conforme abaixo:

“Art. 9º A locação também poderá ser desfeita:  
(...) III - em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos.”

“Art. 62º Nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da lo-

cação, de aluguel provisório, de diferenças de aluguéis, ou somente de quaisquer dos acessórios da locação, observar-se-á o seguinte:

I – o pedido de rescisão da locação poderá ser cumulado com o pedido de cobrança dos aluguéis e acessórios da locação; nesta hipótese, citar-se-á o locatário para responder ao pedido de rescisão e o locatário e os fiadores para responderem ao pedido de cobrança, devendo ser apresentado, com a inicial, cálculo discriminado do valor do débito.

II – o locatário e o fiador poderão evitar a rescisão da locação efetuando, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da citação, o pagamento do débito atualizado, independentemente de cálculo e mediante depósito judicial, incluídos:

a) os aluguéis e acessórios da locação que vencerem até a sua efetivação;

b) as multas ou penalidades contratuais, quando exigíveis;

c) os juros de mora;

d) as custas e os honorários do advogado do locador, fixados em dez por cento sobre o montante devido, se do contrato não constar disposição diversa”

Como embasamento normativo usasse o próprio NCPC, onde se cuidou esclarecer no §2º do art. 1.046, bem como ao artigo 335,III e 231,conforme leitura abaixo:

“Art. 1046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

(...)§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.”

“Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

(...) III – prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.”

“Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça; (...).”

Por tanto a segunda corrente expõem que o NCPC não modificou ou revogou, ainda que parcialmente, os procedimentos previstos na Lei de Locação de Imóveis Urbanos, de modo que, em se tratando de Ação de Despejo por Falta de Pagamento de alugueres e encargos, sendo desnecessária e a realização da audiência de conciliação ou sessão de mediação. Nesta ideia o Réu será citado não para comparecer a uma audiência, mas sim para apresentar sua defesa ou quitar a dívida, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados da juntada do comprovante da sua citação aos autos do processo, tal como ordinariamente já acontecia. Assim para esta corrente, o NCPC não suscite qualquer dúvida quanto à realização da audiência ou sessão prevista no art. 334, responde claramente com seu dispositivo contido no artigo 1046 § 2º, que diante da Ação de despejo motivada pela falta de pagamento, seja todo ou parte de alugueres ou acessórios, determina

explicitamente a aplicação do NCPC apenas de forma complementar, ou seja, tão somente quando evidenciada lacuna na Lei de Locação de Imóveis Urbanos, o que não ocorre em caso.

Foi a Lei de Locação de Imóveis Urbanos arquitetada brilhantemente pelo legislador da solução breve e eficiente, que, assemelhada mais a um procedimento executório do que propriamente a uma ação de conhecimento, priorizou, sobretudo, o cumprimento da obrigação contratual com a sistematização da legislação nas Ações de Despejo por Falta de Pagamento de Alugueres e Acessórios. Usamos o termo do Desemb. Sylvio Capanema sobre o “rito transgênico”, no sentido de ser um rito comum com respeito as peculiaridades da lei especial, a Lei de Locação de imóveis Urbanos, e tendo o NCPC o caráter de norma supletiva. Com isso utilizamos a solução trazida pelo NCPC em seu artigo 1046, §2º, a exceção quanto às disposições especiais previstas em outras leis, que deve ser aplicada neste caso

Para finalizar, devemos ter em mente que as discursões, correntes aqui mencionadas, ainda não esta pacificada qual corrente que será majoritária, o que se demorara ainda para saber, e demorara ainda mais pra ser ter a jurisprudência sobre o caso. . Vale ressaltar que já há alguma decisões no mesmo entendimento da segunda corrente <sup>113</sup>. Uma solução mais plausível neste momento e de se

---

113. “Apesar de o novo Código de Processo Civil prever a audiência de conciliação como etapa obrigatória do processo, o juízo da 5ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que não é necessário tentar promover o acordo entre as partes em um processo de despejo. Isso porque, de acordo com a decisão, o novo CPC pode deixar o processo mais lento.

Em sua fundamentação, o juiz Mauro Antonini levou em consideração as ponderações do advogado Arnon Velmovitsky, para quem a Lei do Inquilinato estabelece um processo mais rápido: seja com pagamento dos alugueis atrasados ou com o início da contagem de prazo para o despejo.

Em artigo publicado na **ConJur**, o advogado explica que, com o novo CPC, caso tenha que se esperar uma audiência de conciliação para o prazo começar a contar, a solução do caso pode ser adiada em até quatro meses.

No caso, o juiz Antonini definiu que não é necessária audiência de conciliação e deu prazo de 15 dias para pagar o aluguel ou contestar as alegações do dono do imóvel. Caso não se manifeste, o juiz irá entender que o autor da ação tem razão.

“O intuito evidente [de se basear na Lei do Inquilinato] é de assegurar rápida solução para a crise de inadimplemento da locação, estimulando-se, com essa agilidade, maior oferta de imóveis à locação no mercado, tornando esse contrato mais atraente aos locadores, o que, em tese, beneficia igualmente, pela maior oferta, os interes-

utilizar do instituto de conversão processual na hora de formulação do contrato onde ali já se estipulem qual e como vão resolver as parte caso tenham tais situações.

## **6. AÇÃO DE DESPEJO E LIMINAR**

Era um dispositivo que a doutrina e grande parte da jurisprudência interpretavam a partir da ideia que tutelas provisórias eram, no sistema processual brasileiro, tutelas de urgência. E, portanto, para concessão da medida, seria necessário que se fizessem presentes a probabilidade de existência do direito e uma situação de perigo de dano iminente, *fumus boni iuris* e *periculum in Mora*.

O NCPC abordou de forma diferente, reformulando os conceitos de tutela provisória. As tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumaria. NCPC fundam-se as tutelas provisórias em tutelas de urgência e tutelas da evidência.

A tutela da evidência é uma tutela jurisdicional provisória, obtida no começo do processo, satisfativa do direito, ela realiza na prática a pretensão do autor e que não depende de urgência. Ela exige uma existência de probabilidade que o autor tenha razão.

Isso vai influenciar na releitura dos dispositivos que compõe o parágrafo primeiro do artigo 59 da Lei de Locações, o que vai permitir, portanto, uma obtenção menos complicada, menos difícil, de liminares nas ações de despejo. Sem falar que a tutela de provisória de evidencia o ônus do tempo para o polo passivo. E com uma leitura mais clinica observa-se que grande parte das situações elencadas nos incisos do §1º do artigo 59 passando há ser permitidas as tutelas provisórias de evidência.

---

sados em novas locações”, afirmou o juiz.”

Citação retirada do artigo MARTINES, Fernando. Juiz afasta conciliação prevista pelo novo CPC em ação de despejo. 2016. Disponível Em <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-07/juiz-afasta-conciliacao-prevista-cpc-acao-despejo>> Acesso em 22/09/2016.>

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O NCPC é uma obra única em todo mundo, com caráter inovador que propõem uma mudança não só no processo mais sim em todo o direito. Podemos dizer que, com exceção a constituição, o Código de Processo Civil e a norma mais usada no brasil. Porem a Lei nº 13.105, publicada em 17 de março de 2015, que contempla o NCPC, antes mesmo de entrar em vigor já provocou uma profunda reflexão no meio jurídico e ensejando amplos debates. E não ficou só aos elogios ao NCPC.

Por sua vez, a Lei de Locação de Imóveis Urbanos, Lei nº. 8.245/91, uma lei inovadora bem estruturada, permaneceu aos longos dos seus vinte cinco anos de existência com mesmas qualidades, ainda que tenha sofrido pequenas reformas ao longo deste período.

A Lei de Locação de Imóveis Urbanos e heterodoxia, tratando a partir do titulo II, sobre material formal. E que a interação entre Lei de Locação de Imóveis urbanos e NCPC, que possui a Lei de Locação de Imóveis Urbanos a mesma hierarquia do NCPC, devendo sobre ele prevalecer em caso de conflito.

Visualizamos o impacto do NCPC sobre a ação que mais e utilizada na relação de locação, que são as Ações de Despejo. E que **a ação de despejo é de relação pessoal, de natureza de desconstituir, rescindir o contrato** locatício como objetivo imediato, e o objetivo mediato e a retomada da posse do imóvel.

Observamos que NCPC não mais aborda o procedimento comum em duas espécies, ordinário e sumário, passando a ser unificado como procedimento comum, artigo 318 e do NCPC. Passando assim as Ações de despejo para o rito comum, contudo um rito comum 'transgênico' por respeitar todas as observações contidas na lei especifica, que prevalece sobre conflito de norma, que e a Lei de Locação de Imóveis urbanos em frente ao NCPC. É claro que este rito transgênico se verifica nas condições especificas da Ação de Despejo por Falta de Pagamento, seja por alugueres e/ou acessó-

rios, artigo 62 da Lei de Locação de Imóveis Urbanos.

Como rito modificado no NCPC, também abre se análises quanto a existência de imputar a ocorrência da norma do artigo 334 NCPC sobre as Ações de Despejo por falta de pagamento, salvo a exceção artigo 334, §4º, inciso II, do NCPC. E nelas sobre o questionamento de quando começar a contar prazo para apresentação de defesa, bem como a purgação da mora nas referidas Ações de Despejo por falta de pagamento.

Abriu se assim para os questionamentos duas correntes. Uma sobre a exigibilidade de ocorrer a audiência ou sessão descrita no artigo 334 do NCPC, com a o início da contagem de prazo de defesa, contestação, e purgação da mora, para o primeiro dia após a existência da audiência de conciliação ou sessão de mediação.

Por sorte não devemos analisar o NCPC sozinho, e muito menos com uma interpretação simplesmente literal. Passando a analisar a interpretação contínua e interativa com as normas, usando da Teoria do Dialogo das Fontes. O Direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada. Segundo a teoria, uma norma jurídica não excluiria a aplicação da outra, como acontece com a adoção dos critérios clássicos para solução dos conflitos de normas.

Um bom exemplo do dialogo entre as fontes, recai na solução sobre a duvida pairada em leitura ao NCPC na norma contida artigo 334 §4º, expressa assim que ambas as partes devem renunciar expressamente a Audiência de Conciliação ou Sessão de Mediação. Onde a resposta esta na interação da Lei Geral da Mediação, e Conciliação, em respeito ao Principio da Voluntariedade, contido no artigo 1º § 2º da Lei nº. 13.140/15, **ninguém terá que permanecer em procedimento de mediação, assim caso uma das partes tenha expressamente manifestado o desejo de renuncia a ela não poderá ser submetida a mesma, muito menos penalizada.**

Por tanto a segunda corrente se apega a Teoria do Dialogo das Fontes para informar que a Lei de Locação de Imóveis Urbanos

como já dito prevalece sobre conflito de norma perante o NCPC. Que o rito comum será a partir de que respeite as peculiaridades descritas na Lei Específica, sendo um rito comum ‘transgênico’.

Para esta segunda corrente, a qual me posiciona, demonstra que o próprio NCPC no artigo 1046, § 2º prevê este respeito às diferenças do rito, se aplicando o NCPC de forma suplementar. Portanto, o NCPC não modificou ou revogou, ainda que parcialmente, os procedimentos previstos na Lei de Locação de Imóveis Urbanos, de modo que, em se tratando de Ação de Despejo por Falta de Pagamento de alugueres e encargos, sendo desnecessária e a realização da audiência de conciliação ou sessão de mediação, ocorrendo normalmente após a citação o início do prazo de defesa e purgação da mora.

Uma solução mais plausível neste momento e de se utilizar do instituto de conversão processual na hora de formulação do contrato onde ali já se estipulem qual e como vão resolver as partes caso tenham tais situações.

Outro impacto do NCPC na Lei de Locação de Imóveis Urbanos e quanto aos Liminares em Ações de despejo. O NCPC abordou tutela de forma diferente. Dividindo as Tutelas Provisórias funda-se em urgências ou de evidência. E sobre as tutelas provisórias de evidência e que recaem as observações necessárias. Pois elas são uma tutela jurisdicional provisória; ela exige uma existência de probabilidade que o autor tenha razão; o ônus do tempo para o polo passivo. E uma leitura mais cuidadosa com o olhar do tempo da Lei, NCPC, vai indicar diversos dispositivos que compõem o parágrafo primeiro do artigo 59 da Lei de Locações recair sobre a Tutela provisória de evidência.

Em derradeiro, se espera que com a presente pesquisa tenha desde o esboço teórico trazido fundamento a esclarecer todos os aspectos impactados pelo novo ordenamento processual civil federativo, NCPC, sobre a Lei de Locação de Imóveis urbanos. Sobre estes impactos, a meu ver, no todo, não são ruins, uma vez o próprio NCPC mudou a sistematização de atuação processual, excluindo o

mero dogmatismo para buscar a ciência, a teoria a filosofia do direito. Como tudo que é novo vai causar estranheza o atuar como NCP. Ações com estas discursões ainda serão muitas ate que se chegue a jurisprudências sobre os temas aqui abordados. Uma solução mais plausível neste momento e de se utilizar do instituto de conversão processual na hora de formulação do contrato onde ali já se estipulem qual e como vão resolver as parte caso tenham tais situações.

## **8. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Processo Civil Brasileiro. 2ª ED., São Paulo: Atlas, 2016.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. 2000. Disponível em <<https://pt.scribd.com/doc/84205229/A-Tutela-Dos-Direitos-Evidentes-Luiz-Fux>> Acesso em 08/08/2016.

MARCIEL, Adalberto de Andrade. Locação & Condomínio: prática administrativa e Jurídica. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINES, Fernando. Juiz afasta conciliação prevista pelo novo CPC em ação de despejo. 2016. Disponível Em <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-07/juiz-afasta-conciliacao-prevista-cpc-acao-despejo>> Acesso em 22/09/2016.

Roque, Andre vasconcelos. Novo CPC e a Lei de Locações: um tiro pela culatra?. 2015. Disponível em <<http://jota.info/novo-cpc-e-a-lei-de-locacoes-um-tiro-pela-culatra>> Acesso em 15/01/2016.

PIRES, Alex Sander Xavier; OLIVEIRA, Francisco de Assis; CARVALHO, Luis Gustavo de. CPC/2015:Comentarios e anotações- Parte Geral. 1ª ed., Rio de Janeiro, 2016.

PRADO, Sergio Malta. Da teoria do Dialogo das Fontes. 2013. Dis-

ponível em < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048Da+teoria+do+dialogo+das+fontes> > Acesso em 08/08/2016.

SOUZA, Sylvio Capanema de. A Lei do Inquilinato Comentada. 5 ed., Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

SOUZA, Sylvio Capanema de. Da Locação do Imóvel urbano: direito e processo. 1ª ed. 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENOSA, Sílvio de salvo. Lei do Inquilinato comentada: doutrina e prática. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

VELMOVITSKY, Arnon. Audiência de conciliação é dispensável em ação de despejo por falta de pagamento. 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-17/arnon-velmovitsky-audiencia-conciliacao-dispensavel-acao-despejo> > acesso em 22/09/2016.



RESPONSABILIDADE CIVIL  
SUBJETIVA MÉDICA E ÔNUS DA  
PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO  
CONSUMIDOR E NO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE 2015  
FERNANDO LÚCIO ESTEVES DE MAGALHÃES<sup>114</sup>

**INTRODUÇÃO:**

O presente artigo visa debater a grande discussão travada atualmente sobre a responsabilidade civil do médico e a questão da inversão processual do ônus probatório, comumente confundida com a responsabilidade objetiva desse profissional liberal, notadamente diante do Código de Defesa do Consumidor, as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, assim como a tendência jurisprudencial do momento, em razão de decisões do Superior Tribunal de Justiça que consideram a responsabilidade civil objetiva na obrigação assumida pelo médico em casos de cirurgia plástica e prontuário médico, com o fim de privilegiar o autor/paciente.

**O DIREITO PROBATÓRIO NO CÓDIGO DE  
DEFESA DO CONSUMIDOR:**

Um aspecto importante do Código de Defesa do Consumidor foi a inclusão no inciso VIII do artigo 6º, a possibilidade da inversão do ônus da prova, a critério do magistrado e a favor do consumidor, quando for verossímil sua alegação ou quando ele for considerado hipossuficiente.

---

114. Advogado e professor. **E-MAIL: flmagalhaes.adv@gmail.com**

Antes de adentrarmos na perfunctória análise do dispositivo legal suso citado, cabe esclarecer que o ônus da prova pode ser distribuído de três formas: (i) de maneira legal (sistema *ope legis*), (ii) de maneira judicial (*ope iudicis*) e (iii) de maneira convencional.

Nesse sentido, a lei consumerista adota uma regra de inversão do ônus da prova *ope iudicis*, diversa da inversão *ope legis* prevista em outros dispositivos do código (arts. 12, § 3º, II, art. 14, § 3º, I, e 38).

A seu turno, a inversão convencional decorre de um acordo de vontades entre as partes, que poderá ocorrer antes ou durante o processo. Essa forma de inversão tem duas limitações previstas pelo art. 373, § 3.º do CPC/2015, que prevê a nulidade dessa espécie de inversão quando recair sobre direito indisponível da parte; e tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essa forma de inversão do ônus da prova tem interessante particularidade no tocante ao direito consumerista em razão do art. 51, inciso VI, do CDC, que prevê como sendo nula de pleno direito a cláusula contratual que estabeleça inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de não ser automática a inversão nesse caso, dependendo sempre do preenchimento dos requisitos legais (STJ – AgRg no Ag 1300186/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Raul Araújo – j. 26.04.2011 – DJE 10.05.2011).

Pois bem, são requisitos para o magistrado decretar a inversão, a verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor;

A doutrina majoritária entende que o dispositivo legal deve ser interpretado literalmente, de forma que a hipossuficiência e a verossimilhança sejam considerados elementos alternativos, bastando a presença de um deles para que se legitime a inversão do ônus probatório.

Por sua vez, verossimilhança da alegação consiste de que a alegação do consumidor aparenta ser verdadeira.

Nesse aspecto, podemos apontar a primeira divergência sobre o tema, qual seja, o juiz, ao aplicar a inversão do ônus da prova, deve levar em consideração os indícios colhidos no processo?

Para uma 1ª corrente, a doutrina majoritária e STJ exigem-se provas, ao menos indiciárias, dos fatos relatados no processo. (AgRg no REsp: 1181447 PR 2010/0031847-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 15/05/2014, QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2014), ao passo que um segundo entendimento não exige qualquer espécie de prova.

O outro requisito é a hipossuficiência do consumidor, isto é, a dificuldade do consumidor para produzir, no processo, a prova do fato favorável a seu interesse, seja porque ele não possui conhecimento técnico específico sobre o produto ou serviço adquirido (hipossuficiência técnico-científica), seja porque ele não dispõe de recursos financeiros para arcar com os custos da produção dessa prova (hipossuficiência econômica ou fática), como já decidiu o STJ (REsp 1.155.770-PB, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2011 (Informativo STJ 489).

Quanto ao momento de inversão do ônus da prova, podemos apontar outra divergência.

Para parcela da doutrina, a inversão deve ser decidida entre a propositura da ação e o despacho saneador, pois se trata de regra de procedimento, enquanto que para outros, trata-se de regra de julgamento.

Segundo o STJ, trata-se de regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos (REsp 422.778-SP, Segunda Seção, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012).

Nesse aspecto, o CPC/2015 adotou a regra de procedimento, estipulando no art. 357 que o juiz deverá, na decisão de saneamento e de organização do processo, distribuir o ônus da prova (inciso III).

Ademais, o art. 373 do novo Código afasta por completo a regra de julgamento ao prever que sempre que for alterado o ônus da prova, a parte deverá ter a oportunidade de se desincumbir do encargo. Como a regra de julgamento permite a inversão na sentença, não fornecendo mais oportunidade da parte se desincumbir do ônus probatório, não poderá mais ser adotada pela nova sistemática do novo CPC.

Outro ponto que merece atenção é a inversão do adiantamento de custas processuais.

Nesse sentido, a inversão do ônus da prova traz outra interessante questão: a inversão do adiantamento do pagamento das despesas necessárias para a produção probatória, em especial a pericial. Nesse ponto, há séria divergência, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Para uma 1ª corrente, uma vez decretada a inversão do ônus da prova, transfere-se automaticamente para o fornecedor a obrigação de arcar com os custos da produção probatória, ao passo que para o STJ, a inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar o fornecedor a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor, porquanto não se deve confundir o ônus de provar com o ônus financeiro de realização dos atos probatórios. (AgRg na MC 17.695/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª T., DJe 12-5-2011).

A antecipação de pagamento de despesas relacionadas com a produção de prova encontra-se regida pelo art. 95 do CPC/2015, não sofrendo qualquer influência decorrente de eventual inversão do ônus da prova.

Para finalizar, uma indagação é se a inversão poderia ser deferida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público? A resposta é positiva, conforme já decidiu o STJ (REsp 951.785/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 18-2-2011).

## **O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:**

O art. 373 do CPC/15 disciplina o chamado ônus da prova, que se divide em ônus subjetivo e objetivo. No ônus subjetivo, irá se in-

deixar quem deverá provar. O referido dispositivo adotou uma regra subjetiva e estática, ou seja, analisa-se a posição da parte em juízo, bem como a natureza dos fatos. Em suma, ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Por outro lado, não pode o magistrado se abster de sentenciar, pois nosso ordenamento veda, na forma do art. 140, o *non liquet*. Nesse sentido, o julgador terá que se valer do chamado ônus objetivo, que é, na verdade, uma regra de julgamento, ou seja, no momento de julgar a causa, o magistrado irá analisar quem assumiu o risco pela não produção da prova, isto é, se o autor não produziu prova sobre o fato constitutivo, seu pedido será julgado improcedente; se o réu não conseguiu provar o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor, o pedido será julgado procedente.

Em relação à sua distribuição, o CPC/2015 inova ao trazer a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, onde se autoriza que o juiz, preenchidos certos requisitos, redistribuir o ônus da prova caso a caso.

Segundo essa teoria, o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto, flexibilizando-se, sensivelmente, o sistema estático e abstratamente consagrado secularmente em nosso ordenamento.

O sistema estático e abstrato foi mantido pelo legislador, como se observa do art. 373 em seus incisos, contudo, no § 1º prevê a possibilidade de aplicação de tal teoria pelo juiz no caso concreto, diante de peculiaridades da causa relacionadas à (i) impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou (ii) à maior facilitação da prova do fato contrário, desde que em (iii) decisão fundamentada e (iv) respeitando-se o contraditório.

Perceba-se que a dinamização do ônus da prova pelo juiz é excepcional, dependendo do reconhecimento dos quatro pressupostos do art. 373 §1º CPC/15. Como visto, o CDC também traz

previsão de dinamização do ônus da prova por decisão judicial (*ope iudicis*), contudo sempre para favorecer o consumidor (art. 6º, VIII do CDC), porém a dinamização prevista no art. 373 §1º do CPC/15 não faz tal distinção, ou seja, pode ser para o autor ou para o réu.

A decisão que dinamiza o ônus da prova é recorrível por agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC/2015), contudo, a decisão que não distribui é irrecorrível e, se for o caso, a parte interessada deverá impugná-la por ocasião da apelação ou das contrarrazões (art. 1009, § 1º, CPC/2015). Perceba-se que é irrecorrível nesse momento, pois se está mantendo a regra geral, a teoria estática.

## **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA MÉDICA:**

Pois bem, chegamos ao cerne do presente trabalho, porém, cabe fazer uma breve digressão sobre a responsabilidade civil deste profissional liberal.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, consoante o artigo 951 do Código Civil c/c artigo 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor, o que consiste em dizer que só haverá responsabilização civil, com o conseqüente dever de reparação do dano, quando houver comprovação de culpa por parte do médico, seja por imperícia, imprudência ou negligência.

Doutrinariamente, surgiram teorias com o objetivo de explicar a responsabilidade subjetiva do profissional liberal:

- **OBRIGAÇÃO DE MEIO:** o profissional não garante o resultado, mas garante a perícia, o cuidado adequado, melhor tratamento. Pela doutrina, adota-se o art. 14 § 4º CDC. É espécie de culpa provada (responsabilidade subjetiva tradicional do art. 951, CC, quando se deve provar: imperícia, imprudência e negligência).

- **OBRIGAÇÃO DE RESULTADO:** para o STJ, na cirurgia embelezadora/estética, o cirurgião tem como garantir o sucesso do procedimento. Da mesma forma, o tratamento ortodôntico. Assim, a responsabilidade seria objetiva. Porém, por ser a responsabilidade do § 4º subjetiva, a doutrina questionava que não se poderia contrariar o espírito da lei ao entender que haveria a responsabilidade objetiva pelo profissional liberal. Assim, o STJ alterou o entendimento, sendo agora a obrigação de resultado de responsabilidade subjetiva, na modalidade de culpa presumida. Na prática, implica em inversão do ônus da prova. (REsp 236.708/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 10.02.2009).

Importante observar que, para os casos de cirurgias de natureza mista (estética e reparadora), a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, conforme cada finalidade da intervenção. Assim, a responsabilidade do médico será de resultado em relação à parte estética da intervenção e de meio em relação à sua parte reparadora. (REsp 1.097.955/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.09.2011, Informativo STJ n. 484).

No que diz respeito, por exemplo, ao prontuário médico, a jurisprudência do STJ decidido que:

“(…). 2. É possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), ainda que se trate de responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas. Precedentes: AgRg no Ag 969015/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011 e REsp 696284/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009. (...). (AgRg no AREsp 25.838/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012).

## **CONCLUSÃO:**

Por todo o exposto, flagrantemente divergente o tema exposto no presente artigo, seja nas obras doutrinárias de maior renome no país, ou nas decisões de nossos tribunais.

A nosso ver, sem embargo aos entendimentos em contrário, plenamente possível a inversão do ônus probatório em demandas envolvendo indenizações por suposto erro médico, tendo em vista principalmente que: 1) o médico, como prestador de serviço, enquadra-se nas relações permeadas pelo Código de Defesa do Consumidor, nada obstante ser a modalidade de sua responsabilidade subjetiva; 2) parece-nos evidente que na grande maioria das ações desta natureza, possui o profissional médico maiores condições técnicas de produzir as provas a orientar o Juízo, tendo em vista seu conhecimento científico, o que induz a plausibilidade e conveniência da aplicação da carga probatória dinâmica; 3) O Código de Defesa do Consumidor nasceu com o fim de facilitar os direitos do consumidor, mormente nos casos em que se verifica sua patente hipossuficiência técnica, como no caso das demandas em comento.

Adverte-se que nossa concordância com a inversão do ônus da prova pressupõe as condicionantes previstas no artigo 6º, inciso VIII do CDC, assim como a valoração do julgador nos casos em concreto.

# DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO VIGENTE.

Gisele Leite<sup>115</sup> e Eva Eulalia da Silva Almeida<sup>116</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A existência legal das pessoas jurídicas inicia-se com o registro do respectivo do ato constitutivo no órgão próprio conforme prevê o art. 45 do Código Civil Brasileiro. Assim, as associações, fundações e sociedades simples devem ter seus atos de constituição levados ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas enquanto que as sociedades empresárias são registradas nas Juntas Comerciais (art. 1.150 C.C.).

Portanto, o patrimônio pessoal do sócio não pode sofrer construção judicial para solver débitos que não seja pessoal, respondendo pela sociedade.

O princípio da autonomia patrimonial pode ser manipulado na realização de fraudes, principalmente quando a pessoa jurídica é uma sociedade empresária.

---

115. Mestre em Direito e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM; Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). E-mail: <[professoragiseleite@gmail.com](mailto:professoragiseleite@gmail.com)>.

116. Advogada, pós-graduação lato sensu concluída em Direito Empresarial. Foi Delegada da OAB/RJ por três triênios, foi relatora da Comissão de Ética e disciplina da OAB/RJ. Participante da Comissão de Apoio ao Consumidor-CAC- da 32ª Subseção da OAB/RJ no triênio de 2013 a 2015, e atualmente na Comissão do Consumidor da seccional da OAB/RJ, da Comissão de Anticorrupção e Compliance, e da Comissão de direito Imobiliário, ambas da 57ª Subseção da OAB/RJ. Professora de cursinhos e coordenadora do curso preparatório para prova da OAB pelo MARJ, atuação como professora e palestrante entre ela junto a Escola Superior da Advocacia - ESA. Uma das fundadoras do Movimento dos Advogados do Rio de Janeiro- MARJ\_<[evaaulaliaadv@hotmail.com](mailto:evaaulaliaadv@hotmail.com)>.

Por ser um sujeito de direito distinto, a pessoa jurídica pode servir de instrumento para fraudar o cumprimento da lei ou de obrigações. Transfere-se à titularidade de uma pessoa jurídica a obrigação que seria da física que a integra ou de outra pessoa jurídica.

## **2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

A sistematização do instituto deu-se em 1955 pelo jurista alemão Rolf Serick. Sobre esta teoria deve ser ter em mente que sempre que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas for manipulada para realização de fraudes, o juiz poderá ignorá-la e imputar a obrigação diretamente a pessoa do sócio ou dirigente que procurou furtar-se aos seus deveres.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica ou da superação da personalidade jurídica, não questiona o princípio da autonomia patrimonial, que continua sendo válido e eficaz, ao estabelecer que, em regra, os membros que compõe a pessoa jurídica não respondem pelas obrigações da pessoa jurídica.

No fundo, trata-se de aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, através da coibição do mau uso de seus fundamentos. Percebe-se que a pessoa jurídica desconsiderada não é extinta liquidada ou dissolvida pela desconsideração da personalidade jurídica também não é, igualmente, invalidada ou desfeita. Apenas determinados efeitos de seus atos constitutivos deixam de se produzir episodicamente, sua eficácia. Em resumo, a separação patrimonial decorrente da constituição da pessoa jurídica não será eficaz no episódio da repressão à fraude.

Para todos os demais efeitos, a constituição da pessoa jurídica é existente, válida e plenamente eficaz. Através da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz está autorizado a ignorar a

autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que esta é usada na realização de fraudes.

Os pressupostos escolhidos pelo Código Civil para desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica são o desvio da finalidade e a confusão patrimonial (art. 50 do C.C).

O abuso que caracteriza o desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial. Assim, se o sócio envolve a sociedade em negócios estranhos aos seus fins ou não separa rigorosamente os patrimônios desta e o seu. Desta forma, constata-se o abuso da personalidade jurídica.

Também se configura o abuso se, em vez de sócio e sociedade, tratar-se de associado e associação ou de instituidor e fundação. Também podem praticar o abuso os representantes legais ou administradores desta.

Como é sabido, a pessoa jurídica pode praticar atos jurídicos em geral, exceto aqueles atos em relação aos quais está proibida ou impossibilitada de praticar (por faltar atributos humanos), todos os demais atos e negócios jurídicos podem ser praticados pela pessoa jurídica, independente de expressa e específica autorização legal.

A lei confere vontade à pessoa jurídica com a mesma eficácia aplicada à vontade de pessoas físicas. De sorte que os direitos e obrigações podem ser criados, modificados e extintos pela vontade dos sujeitos disciplinados pela ordem jurídica, entre as quais se encontram as pessoas morais.

Os atos pelos representantes ou diretores que são praticados em nome da pessoa jurídica vinculam-na, desde que exercido dentro dos poderes de representação e nos limites definidos no estatuto ou contrato social (art. 47 do CC).

É a observância desses preceitos do ato constitutivo é a condição para considerar-se a pessoa jurídica obrigada. Na formação da vontade da pessoa jurídica impera o princípio majoritário. Em razão dessa

regra, a vontade da pessoa jurídica é a da maioria dos membros do órgão investido da competência para formá-la ou expressá-la.

### **3. Teoria Maior de Desconsideração**

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é previsto nos artigos 133 ao 137 do CPC/2015 sendo calcado na teoria da desconsideração da personalidade jurídica que visa prevenir o desvio da finalidade de um ente empresarial, assim por meio de incidente, o juiz o ignorando a existência da pessoa jurídica no caso concreto, supera a autonomia da sociedade, para alcançar o patrimônio dos sócios.

Desvenda-se os sócios para considerá-los responsáveis pelos atos praticados em desvio de função da pessoa jurídica. A desconsideração não objetiva invalidar os atos constitutivos de uma sociedade, muito menos dissolvê-la.

Pretende-se torná-los ineficazes os atos realizados pela sociedade principalmente quando forem em descumprimento à função social da empresa. A violação da função social pode ser tipificada por desrespeito à legislação:

Importante sublinhar que a desconsideração é instituto excepcional o que faz depender do atendimento aos requisitos legais. Conforme prevê o artigo 50 do CC para tanto são necessários, a saber: a) requisito objetivo consistente na insuficiência ou confusão patrimonial; b) o requisito subjetivo que é o desvio de finalidade com a confusão patrimonial por meio de fraude ou abuso de direito.

Não basta estar presente apenas o primeiro requisito, devendo estar devidamente comprovado no caso concreto, a existência de uma conduta do sócio ou a sua intenção francamente abusiva ou fraudulenta para utilizar os bens da sociedade para fins diversos daqueles permitidos em lei.

O Código Civil adotou o que chamamos de Teoria Maior de Desconsideração que exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua aplicação. Não basta a comprovação da insolvência

para que os sócios e administradores sejam responsabilizados. É preciso que se comprove a ocorrência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

#### **4. Teoria Menor de Desconsideração**

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.605/1988 que trata de crimes ambientais adotaram a Teoria Menor da Desconsideração, que se justifica pela simples comprovação da insolvência patrimonial e nem se exige a comprovação quando a existência de dolo ou culpa.

Na lide consumerista, a título de exceção, pode-se também adotar a teoria menor da desconsideração que se contenta apenas com o requisito objetivo que corresponde a insolvência ou com o fato de a personalidade jurídica representar um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos dos consumidores (art.28, quinto parágrafo do CDC).

#### **5. Ponto Relevante no Processo para desconsiderar a Personalidade Jurídica**

Antes do CPC de 2015 uma boa parte da doutrina brasileira já considerava indispensável a propositura de ação própria para que as responsabilidades pela pessoa jurídica fossem atribuídas aos sócios.

Para Fábio Ulhôa Coelho o juiz não poderia desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes, sendo por meio de ação própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra seus sócios ou controladores.

Cristiano Chaves entende ser possível mesmo por meio da desconsideração instaurada no processo de execução, na forma a permitir que a execução viesse a incidir no patrimônio dos sócios. O mesmo acalentado doutrinador analisando o incidente de desconsideração entende que o patrimônio dos sócios por obrigação contraída pela pessoa jurídica, não poderia ser atingido sem que antes fosse proferida a sentença em ação própria, sob pena de ofensa à coisa julgada.

A jurisprudência já admitia a desconsideração da personalidade jurídica sem necessidade de ação autônoma. Para o STJ, por exemplo, o juiz pode determinar de forma incidental, na execução singular ou coletiva, a desconsideração da personalidade jurídica. Para o STJ estando preenchidos os requisitos legais, não se exige, a propositura de ação autônoma (Resp 1.326.201/RJ, Relator Min. Nancy Andrighi, j. 07.05.2013, Informativo 524).

O CPC/2015 criou um capítulo específico para o referido incidente, elencando-o como nova modalidade de intervenção de terceiros (até por trazer aos autos, outros demandados) e pacificando a total desnecessidade de ação própria e autônoma para a aplicação da teoria da desconsideração.

Existiam doutrinadores que admitiam inclusive a desconsideração sem a prévia citação dos supostos responsáveis (sócios, empresas coligadas ou integrantes do mesmo grupo econômico). Alguns julgados do STJ consideraram que, nos casos de cumprimento de sentença, a mera intimação do sócio já era suficiente para configurar oportunizada a ampla defesa e o contraditório.

Reafirme-se o caráter excepcional da desconsideração possibilitando o verdadeiro exercício do contraditório, o CPC/2015 positivou novas regras para a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

O incidente é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução juntada em título extrajudicial. Portanto, não se precisa aguardar a sentença ou acórdão para pleitear a medida.

Tanto assim que o art. 134, segundo parágrafo do CPC/2015 possibilita à parte requerer a desconsideração ainda na petição inicial, hipótese em que será desnecessária a instauração do incidente.

Também é aplicável no âmbito dos processos perante os Juizados Especiais Cíveis conforme prevê o art. 1.062 do CPC/2015.

Por tal razão que o CPC/2015 determinou a prévia citação do sócio ou da pessoa jurídica após a instauração do incidente. Vigê ainda no art. 135 do novo codex processual a disciplina expressa para o requerimento de provas, o que impossibilita a decretação se a desconsideração não observar o contraditório.

Antes da citação, a instauração do incidente deve ser comunicada ao distribuidor para as devidas anotações.

Julgando ser suficientes as provas acostadas nos autos, o juiz julgará o incidente através de decisão interlocutória, concessão de medida liminar, por exemplo. Do contrário, deverá aguardar a conclusão da instrução para finalmente decidir sobre a desconsideração, como também através de sentença.

Elpídio Donizetti aponta que o mais recente entendimento do STJ, a pessoa jurídica tem legitimidade para impugnar a decisão interlocutória que desconsidera a personalidade jurídica para alcançar o patrimônio de seus sócios ou administradores, desde que o faça com o fim de defender a sua regular administração e autonomia(...) (Vide STJ Resp 1.421.464/SP, Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. 24.4.2014).

Destaque-se que contra a decisão interlocutória que acolher ou não a desconsideração, caberá agravo de instrumento (vide o art. 1.015, IV e parte final do art. 136). Se a decisão for proferida pelo relator, caberá agravo interno (art. 1.021) e, da decisão exarada pelo órgão colegiado nos Tribunais de Justiça ou nos TRFs, caberá recurso especial.

Os efeitos da desconsideração será a ineficácia dos atos de alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução.

A norma ainda prevê o efeito retroativo ou ex tunc impossibilitando do que os direitos do requerente (credor) sejam atingidos pelos atos cometidos em fraude à execução. Quanto ao terceiro adquirente a boa-fé, nada impede que este pleiteie, em ação de regresso contra o sócio, o ressarcimento de valores pagos para aquisição do bem.

## CONCLUSÃO

A desconsideração da personalidade jurídica empresária com o objetivo de impedir a fraude ou abuso do direito, sua previsão no Brasil foi positivada no art. 50 do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor (art. 28) além de outras legislações.

Convém lembrar que o Código Civil de 1916 que limitava a responsabilidade dos sócios pelos atos praticados em nome da pessoa jurídica (art. 20) e, também na Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada (Decreto 3.708/19) limitou a responsabilidade dos sócios ao total do valor subscrito do capital social, ainda não integralizado.

Com o Código Civil de 2002 adotou-se a chamada Teoria Maior de Desconsideração de Personalidade Jurídica onde se exigia para a demonstração da gestão fraudulenta ou abusiva por parte dos sócios ou gerentes ou gestores para que se caracterizasse a necessidade da desconsideração. A referida teoria é mais consistente e de maior abstração e fornece maior segurança aos empreendedores em geral.

O CDC adotou a teoria menor de desconsideração, se conta apenas com a demonstração de insolvência patrimonial da pessoa jurídica de maneira a deduzir a fraude ou o abuso do direito que são presumidos. Portanto, que não exige maiores perquirições.

Com a normatização feita pelo Código Fux, sendo tratado como incidente processual, isto é, que é processado em paralelo ao processo em andamento, mas não cria uma relação jurídica nova, porém pode influenciar o resultado final da demanda principal. Também se admite o requerimento da desconsideração em petição inicial.

O incidente por ser acessório deverá ser acessório deve ser apreciado antes do julgamento final da causa em questão. O incidente não pode ser instaurado de ofício pelo juiz, dependendo sempre da provocação do interessado ou do MP quando lhe couber intervir no feito. A aplicação do incidente segue a observação dos pressupostos previstos em lei.

O art. 134 do CPC/2015 reforça a definição de incidente e ratifica ser cabível em todas as fases processuais (seja de conhecimento, de execução judicial ou de título extrajudicial). Tanto o sócio como a empresa terão garantidos o contraditório e a ampla defesa e, passam a integrar o polo passivo da demanda.

O STJ entendeu que quanto ao interesse recursal no caso de desconsideração da personalidade jurídica, é tanto da referida empresa, quanto seus sócios. Saliente-se que a desconsideração da pessoa jurídica, não há o desaparecimento desta do mundo jurídico, apenas se afasta o princípio da autonomia patrimonial. Dessa forma, os sócios respondem conjuntamente com a sociedade pelas dívidas desta, não se distinguindo mais o patrimônio de um e de outro. Assim, havendo a desconsideração da personalidade jurídica, tanto a sociedade quanto os sócios possuem legitimidade para recorrer do correspondente decisório (STJ, REsp 715.231-SP, Quarta Turma, Relator Ministro João Octávio de Noronha, V.U. Julg. 09.02.2010).

Conclui-se que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica fora amplamente recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com a recepção do CPC/2015, o direito civil, direito ambiental e do consumidor, objeto quando preenchidos seus requisitos tem se mostrado instituto de grande utilidade na prática jurídica principalmente com o escopo de permitir o ressarcimento de credores e empreendedores pelos atos da sociedade, em face de seus sócios e, vice-versa, o que possibilita maior efetividade processual<sup>117</sup>.

---

117. O estudo o que chamou muita atenção foi o fato de não haver uniformidade na aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, pois existem duas teorias, a maior e a menor. A primeira (maior) somente reconhece o afastamento da desconsideração da personalidade quando ocorrer à manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto.

Já a segunda (menor), trata da desconsideração em qualquer hipótese de execução de patrimônio de sócio por obrigação social, afastando o princípio da autonomia patrimonial sempre que ocorrer a insatisfação do crédito.

A harmonização da teoria da desconsideração personalidade jurídica depende da aprovação dos projetos de lei que visam acabar com as lacunas existentes sobre a aplicação do instituto.

A autonomia patrimonial e a personalidade jurídica são institutos de grande importância para o direito empresarial, pois estimulam o crescimento da economia nacional, e cresce

## **Referências:**

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Civil. Volume 1 São Paulo: Saraiva, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Teoria Geral do Processo Parte Geral. São Paulo: Forense, 2015.

FUX, Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Curso Completo do Novo Processo Civil. 3ª edição. Niterói: Impetus, 2016.

LEITE, Gisele. Novo CPC Comentários as principais inovações do Novo Direito Processual Civil. Mato Grosso Sul: Contemplar, 2016.

MELO, Nehemias Domingos (coord.). Colaboradores: Denise Heuser, Gisele Leite, Estefânia Viveiros, German Segre, Márcia Cardoso Simões. Novo CPC Anotado. Comentado. Comparado. São Paulo: Rumo Legal, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro; FREIRE, Alexandre. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

---

a atividade econômica, os investimentos, a produção e circulação de bens e serviços. Com a positivação feita pela Lei 13.105/2015 deu-se a solidificação do princípio da segurança que deve atender coerentemente as relações sociais, diminuindo assim as formas de interpretação sobre o instituto e aperfeiçoando o desenvolvimento da primazia do julgamento do mérito principalmente em face do processo de execução.

## O NOVO INSTRUMENTALISMO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Gisele Leite

Parti da preciosa obra de um dos maiores doutrinadores e processualistas brasileiros, Cândido Rangel Dinamarco, intitulada “A Instrumentalidade do Processo”, cuja primeira edição fora em 1987, publicada pela Editora Malheiros, de São Paulo.

De fato, é importante procurar entender as contemporâneas tendências metodológicas agitadas pela busca da efetividade do processo e, em particular, pela instrumentalidade do processo que se destaca não apenas perante o direito material, mas também, perante o Estado Democrático de Direito<sup>118</sup>.

Ao se chegar à noção de direito processual como ciência através de um *iter* de desligamento dos matizes conceituais e funcionais, outrora situadas no direito material e cuja inadequação somente começou a partir da metade do século XIX.

---

118. Foi somente no final do século XIX que as grandes bases do Estado de Direito foram consolidadas. O Estado de Direito nos dias atuais tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno. A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Seu conceito é tão histórico como o de democracia, e se enriquece de conteúdo com o evolover dos tempos. A evolução histórica e a superação do liberalismo, a que se vinculou o conceito de Estado de Direito, colocam em debate a questão da sua sintonia com a sociedade democrática. O reconhecimento de sua insuficiência gerou o conceito de Estado social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado democrático de Direito, que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito democrático da Constituição da República portuguesa e o de Estado social e democrático de Direito da Constituição espanhola.

A influência racionalista do Iluminismo permitiu também a visão dos fenômenos que ao longo da história das instituições, permaneceram esquecidos e ocultos à percepção dos doutrinadores.

As transformações políticas e sociais havidas na Europa desde o século XVIII vieram a alterar a fórmula das relações jurídicas vigentes, entre o Estado e o cidadão, dando-se a ruptura de antigas estruturas. Conforme Jellinek<sup>119</sup> apontava o trinômio que bem expressava a vida do Estado (conservar, ordenar e ajudar), destacando a evolução das relações sociais no sentido de haver crescente solidariedade, pois quanto maior for o interesse solidário, maior será a responsabilidade do Estado pela sua satisfação.

Registra-se um acréscimo sensível de interesses comuns na sociedade, acarretando maiores responsabilidades do Estado, o que conduz a um maior intervencionismo do Estado para o cumprimento da realização integral da dignidade da pessoa humana e o compromisso com maior desenvolvimento socioeconômico do país e da tutela de direitos e garantias.

A figura do magistrado como agente estatal atuante no chamado direito judiciário civil deixa de ser de mera *procédure*, quando predominava a visão plana do ordenamento jurídico, onde a ação era conceituada como direito subjetivo lesado, ou ainda, o resultado de lesão ao direito subjetivo.

---

119. George Jellinek (1851- 1911) foi filósofo do direito e juiz alemão. Professor da Universidade da Basileia e na Universidade de Heidelberg e, publicou várias obras sobre a filosofia do direito e ciência jurídica, dentre as quais se destaca a Teoria Geral do Estado onde sustenta que a soberania recai sobre o Estado e não sobre a nação, que é um simples órgão e as Teorias da Soberania do Estado e a Teoria do Mínimo Ético. Paulo Bonavides o elogiou muito, e influenciou muito o constitucionalismo do Brasil é a definição de Jellinek de Estado como "corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando". É reconhecido como o fundador da disciplina de Teoria Geral do Estado, pois até sua obra ser conhecida aplicava-se uma leitura ora idealista (Filosofia do Estado de Hegel, por exemplo) ora negativista (ideologias do Estado, no exemplo da tradição marxista). Sua maior contribuição está, portanto, na tentativa de se realçar bases de uma disciplina ou ciência que verificasse elementos de formação e de continuidade das estruturas e mecanismos do aparato estatal. A partir de sua obra mais específica sobre Teoria Geral do Estado (2000), os elementos políticos de composição do Poder Político, que se sagraram historicamente, passaram a ser investigados quando se analisava o fenômeno estatal: povo; território e soberania.

E, a jurisdição era tida apenas como sistema de tutela de direitos e, ainda, o processo era encarado como a mera sucessão de atos, formando o procedimento.

Incluíram-se a ação no sistema de exercício de direitos (*juridicio persequendi*). Enfim, o processo era um conjunto de formas para esse exercício sob um a condução pouco participativa do juiz.

Por muito tempo, a inércia do juiz<sup>120</sup> e da jurisdição era o respaldo de sua imparcialidade. Na época, havia um campo mais fértil à prevalência do princípio do dispositivo e da plena disponibilidade de situações jurídico-processuais, bem coerentes com o liberalismo político então vigorante sob o implacável lema: “*laissez faire, laissez passer et le monde va de lui même*”<sup>121</sup>

---

120. O princípio da inércia do juiz encontra respaldo ao fato de que o Estado-juiz só atua se for provocado pela parte interessada. Ou seja, o juiz não age de ofício, por iniciativa própria, isto é, *ne procedat iudex ex officio*, justamente por ser o julgador. Daí a necessidade de ser provocado/acionado, conforme as regras estabelecidas pelas leis processuais. Essa ideia decorre do fato, a contrário senso, de que o juiz não pode declarar o direito das partes ou punir alguém, caso não seja provocado por quem de direito (quem tem a legitimidade para tal), no crime, em regra, o Ministério Público; no cível, o advogado etc. Isso tudo em face do brocardo latino narra *mihi factum dabo tibi jus*, o que pode ser traduzido para o nosso vernáculo em: narra-me o fato que te darei o direito. A divergência, entretanto, está no que se refere à produção da prova. Para o conservador ou intérprete clássico, o princípio tem duas conotações, a saber: a) em se tratando de direito disponível, a produção da prova fica a cargo exclusivo das partes, onde o juiz é um mero contemplador dos fatos; b) se se tratar de direito indisponível (ordem pública), pode o juiz interferir na condução da prova. Para a moderna doutrina e, diga-se de passagem, a que melhor se compatibiliza com o sentimento de justiça do caso concreto, em face do caráter publicístico do processo, da efetividade da tutela jurisdicional e do caráter instrumental do processo, o juiz moderno não pode mais atuar como mero espectador. A verdade é que os conceitos indeterminados ou abertos de direitos contemplados pelas legislações modernas, a exemplo da “função social dos contratos” prevista no vigente Código Civil, estão a exigir uma postura ativa do julgador, ainda que se trate de direito disponível (que a parte pode dispor/abrir mão). Esta nova perspectiva instrumentalista do processo, onde a sua finalidade é a pacificação social que se materializa com a efetividade da prestação jurisdicional ou da prestação da justiça no caso concreto, não comporta mais a figura do juiz meramente contemplador do que se passa ao longo da desenvoltura do processo. Isso não significa, contudo, que o julgador possa ter iniciativa da propositura da ação ou do pedido. Aliás, no caso brasileiro, a abertura de inventário (CPC, 989), em havendo inércia dos interessados, é a única hipótese em que se permite a iniciativa do juiz. Nem mesmo no eleitoral, pode o juiz tomar iniciativa, salvo, a de caráter administrativa. (In: ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Inércia do Juiz. Disponível em: <http://www.douradosagora.com.br/noticias/entretenimento/inercia-do-juiz-jose-carlos-de-oliviera-robaldo> Acesso em 23.09.2016).

121. François Quesnay (1694-1774) foi economista francês que se destacou como principal figura da escola de fisiocratas. Os fisiocratas criaram o lema que resumia seu pensamento: “*laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même*” (“deixai fazer, deixai passar, que o mundo caminha por si mesmo”). Criou a ideia de “oferta-procura”, isto é, quanto maior a procura do produto, maior é o seu preço. Contrariamente,

Foi o sincretismo jurídico<sup>122</sup> o principal responsável pela confusão entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico que começou a ruir no século XIX.

Começou quando se principiou a questionar o conceito civilista da ação e, comentou-se sobre a grande diferença (seja no âmbito funcional ou conceitual) em face da *actio* romana.

Afinal esta não é um instituto de direito material e, sim, do direito processual, e não se dirige ao adversário, mas ao juiz.

Não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. Na revolucionária lavra de Windscheid<sup>123</sup> (*Die actio des römischen Zivilrecht vom Standpunkt der heutigen Recht*) um dos principais pontos foi divorciar definitivamente o paralelismo existente entre a *actio* romana e a ação do direito moderno, a partir da observação de que o sistema romano foi um sistema de *actiones*, não de direitos.

Portanto, ao que os romanos denominavam de *actio* corresponde, do que hoje se chama pretensão (*Anspruch*), ou seja, a faculdade de impor a própria vontade por via judiciária.

---

quanto menor a procura, menor o preço. Se existir liberdade produz-se e consome-se o necessário, logo, há estabilidade do preço e equilíbrio.

122. O sincretismo segundo o dicionário traduz-se em ser a fusão de dois ou mais elementos antagônicos em um único elemento. O termo “processo sincrético” que é considerado como sinônimo de celeridade, de clareza e automatização da execução nos procedimentos de natureza mandamental e condenatória. Tanto a fase de cognição como a fase de execução se realizam dentro do mesmo processo, permitindo que a execução da sentença seja acompanhada pelo mesmo juiz conhecedor da causa e que esta se dê com maior garantia, tendo em vista sua rápida realização. O brilhante doutrinador Carreira Alvim em sua obra “Alterações do Código de Processo Civil”, aduz: “O sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional de forma simples e imediata, no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica e humaniza a prestação jurisdicional”.

123. Benhard Windscheid (1817-1892) foi jurista alemão e membro da escola pandectista de direito. Foi renomado em seus estudos sobre o conceito legal de ação, que estimulou um debate com Theodor Muther ao que se imputa o início dos estudos de direito processual tal qual o conhecemos atualmente.

A tese de Windscheid estabeleceu o conceito do direito alemão *Anspruch* que significa um requerimento legalmente executável, distinguindo-o do conceito de direito romano de *actio*. Seu trabalho principal foi *Lehrbuch des Pandektenrechts*, e este foi a fonte principal de inspiração para o Código Civil Alemão BGB. Entre 1873 e 1883, Windscheid tomou parte na comissão responsável por esboçar o Código Civil alemão. Além disso, Windscheid trabalhou como professor em algumas universidades na Alemanha e Suíça, incluindo Basileia, Greifswald, Munique, Heidelberg e Leipzig.

Em resposta polêmica veio Theodor Muther a esse escrito, onde se sustentou a prioridade do direito em referência à ação também ao direito romano (defendida, portanto, a reaproximação entre o conceito de *actio* e de ação), quando foram ditas aquelas coisas indicadas sobre a natureza da ação (direito à tutela jurídica) e sua titularidade passiva (o magistrado e não ao adversário).

Essa história polêmica foi o marco inaugural do inconformismo e representou o reflexo do Iluminismo na ciência processual. Hoje tais afirmações são bastante naturais para os atuais juristas, que acabaram gerando reações em cadeia que tomou a plena consciência da autonomia da relação jurídica processual, que se distingue da relação de direito substancial, pelos seus sujeitos, pressupostos e objeto.

Oskar von Büllow, é verdade, não criou a ideia da relação jurídica processual e sua configuração tríplice, apenas veio racionalizar, organizar e desenvolver, inclusive propondo desdobramentos. Com razão, o eminente processualista carioca, Alexandre Freitas Câmara, já vaticinou que o CPC/2015 superou o pensamento de Büllow para adotar o Fazzallari<sup>124</sup>, que afirma que a natureza do processo é o procedimento em contraditório.

---

124. Büllow e seus sucessores realizaram a separação entre os conceitos de processo e procedimento, eis que anteriormente se absorvia o processo no procedimento, como simples sequência de atos, e construiu uma distinção baseada no critério teleológico. Por este critério, o processo se distingue por seu fim, pois é o instrumento pelo qual a jurisdição é operada e, o procedimento se torna a simples sucessão lógica de atos e, desvestido de qualquer finalidade. Assim, a reação que se iniciou com Büllow destituiu o procedimento de qualquer fim e o absorveu no processo, realizando o caminho inverso do antes criticado por eles. Contudo, não se pode negar ao procedimento sua finalidade. Fazzallari analisa o procedimento, e o define com a seguinte estrutura:

- a) série de normas através da qual se regulamenta a produção do ato final, que, normalmente, se trata de um provimento, ou mero ato. Cada norma regula uma determinada conduta (qualificada como lícita ou devida), mas enuncia-se como pressuposto para a execução de uma conduta regulada por outra norma;
- b) o procedimento apresenta-se como uma seqüência de atos, previstos e valorados pela norma;
- c) o procedimento compõe-se de uma série de faculdades, poderes e deveres: quantos e quais são as posições subjetivas, que se obtêm pela norma em questão.

E o processo, é uma espécie do gênero procedimento, que possui o contraditório como elemento definidor de sua estrutura.

O processo, como procedimento em contraditório, exige que os interessados e os contra-interessados – entendidos como os sujeitos do processo que suportarão o resultado favorável ou desfavorável do provimento – participem em simétrica paridade do *iter* procedimental, para a formação do provimento.

É bom lembrar que antes de Büllow, já afirmara Búlgaro<sup>125</sup> que *judicium est actus trium personarum judicis, actoris e rei*<sup>126</sup>. E, as Ordenações do Reino já mencionavam que três pessoas são por direito necessárias em qualquer juízo: o juiz (para julgar), o autor (para demandar) e o réu (para se defender).

Aliás, o próprio Büllow<sup>127</sup> citou em sua obra Bethmann- Hollweg<sup>128</sup>, que igualmente teria feito alusão à relação jurídica processual. A inovação racionalista por colocar em destaque os dois planos do próprio ordenamento jurídico a partir da visão da relação jurídica processual e da relação de direito privado com duas realidades distintas.

A postura autonomista do direito processual se firmou mesmo a partir do século XIX, principalmente nas investigações sobre o conceito de ação, permitindo-se a chegar ao caráter abstrato e, também sobre os

---

125. Búlgaro de Sassoferrato formulou ainda no século XII que o processo podia ser visto como procedimento, quanto seu aspecto exterior e, como relação jurídica quanto à essência. E, tal relação processual não se confundia com a relação pré-processual que pudesse existir entre as partes, independia dela e era de direito público, ainda que aquela relação pertencesse ao direito privado. Observou Alcalá-Zamora Y Castillo que a noção processual como relação jurídica já havia sido visualizada por Hegel em 1831 e sustentada por Bethmann-Hollweg em 1849. Atribui, portanto, ao direito alemão a moderna sistematização da relação jurídica processual, embora reconheça os antecedentes remotos no direito medieval italiano, em Búlgaro de Sassoferrato e Bernardo Dorna.

126. O brocardo completo é: *judicium est actus trium personarum: actoris intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in médio cognocentis*.

127. Porém, foi Büllow quem finalmente em 1868 concluiu que o processo é uma relação jurídica de direito público, desvinculada da relação de direito material, abrindo caminho para o alemão Degenkolb e para o húngaro Plösz concluírem que a ação era um direito abstrato, pois conferido a todos indistintamente, sendo irrelevante que, para sua existência fosse o autor titular ou não do direito posto em causa perante o magistrado. Coube à teoria de Wach que aderiu a Giuseppe Chiovenda, o qual, em sua famosa preleção realizada na Universidade de Bolonha em 1903, demonstrou ser a ação processual um direito potestativo, ou seja, um poder jurídico dirigido contra o adversário como condição para que a vontade da lei atuasse no caso concreto. Tendo superado as duas posições extremas, veio o processualista italiano Enrico Tullio Liebman elaborar a chamada teoria eclética da ação, afirmando que o exercício do direito de ação, como sustentam os abstrativistas, não está subordinado efetivamente ao êxito da demanda, pois há ação mesmo quando a sentença seja improcedente.

128. Moritz August von Bethmann-Hollweg (1795-1977) foi jurista alemão e político prussiano. A partir de 1829, lecionou na Universidade de Bonn. Como estudante de Savigny foi habilitado em 1819 em Berlim para o direito romano. E, a partir de 1823 foi professor de Direito em Berlim, onde o processo civil constituiu o seu principal objeto de investigação. Sua principal obra foi "O processo civil de direito comum em desenvolvimento histórico" através da qual se tornou um dos mais relevantes representantes da escola histórica do direito.

fatos e situações jurídicas do processo, quando se possibilitou ao uso adequado do instrumental que o direito processual oferece e credencia.

A ação e o exercício da ação exprimem as noções distintas. Cogita-se também que o direito processual viva de crédito, ao traçar as noções em torno da ação. Atualmente, não é mais essa a situação, pois o objeto material específico do direito processual civil está plenamente identificado, principalmente os quatro institutos fundamentais, a saber: jurisdição, ação, exceção (defesa) e processo. Porém há autores que apontam somente três institutos fundamentais do processo, pois a exceção seria incluída na ação.

Sendo cabível uma célere noção de cada um dos institutos: jurisdição que corresponde ao poder estatal de aplicar o direito em relação ao caso concreto ou lide; a ação que é direito público subjetivo de pleitear a tutela jurisdicional (direito ao processo); a exceção (defesa) é o oposto de ação; e o processo que corresponde ao instrumento que o Estado coloca à disposição dos litigantes para solucionar os conflitos, da mesma forma, no processo onde se interligam os outros três institutos.

Há divergência doutrinária quanto aos princípios e caracteres da jurisdição. O caráter substitutivo, pois no exercício da jurisdição, o Estado substitui as partes litigantes. Desta forma, o Estado atua em atividade própria que substitui as atividades dos litigantes. Salvo expressas exceções, é vedada a autotutela. A definitividade, somente os atos jurisdicionais, portanto, resultantes da atividade jurisdicional é que são passíveis de se tornarem imutáveis e indiscutíveis através da coisa julgada.

Portanto, enquanto os atos jurisdicionais podem se tornar imutáveis, o mesmo não se pode afirmar em relação aos atos administrativos ou mesmo atos legislativos. Percebe-se, assim, que a última palavra sobre o conflito de interesses cabe ao Judiciário.

A investidura determina que a jurisdição somente seja exercida por quem tenha sido devidamente investido como juiz.

A jurisdição é monopólio do Estado, mas há a necessidade de que pessoas a exerçam. Daí que se não houver a investidura, não será possível a qualquer pessoa exercer a jurisdição.

A aderência ao território se refere aos limites territoriais do poder jurisdicional, que são as limitações espaciais à autoridade dos juízes. Da mesma forma que o Executivo e o Legislativo, o Judiciário somente exerce suas atividades no âmbito do território nacional, isto é, limitados pelas próprias fronteiras do Estado brasileiro.

Refere-se também aos limites territoriais internos dos magistrados, daí as existências de diferentes comarcas e também das diferentes cartas (precatória e rogatória).

A indelegabilidade que aponta não é possível ao Judiciário ou especificamente ao juiz delegar suas atribuições a outrem, seja do próprio Judiciário ou até mesmo a outro poder. Considerando que as atribuições constantes da Constituição Federal brasileira, sequer a lei pode alterar as funções a ser exercidas pelo Judiciário.

Isto porque cada magistrado investido não exerce a jurisdição em nome próprio e por direito próprio, mas sim, exerce sua função como um agente do Estado que fora investido para julgar determinadas causas (vide as competências, porção de jurisdição, para apreciar tais casos concretos), não se mostra possível a delegação ou transferência para outros.

A indeclinabilidade significa que o magistrado não pode deixar de decidir a causa, qualquer que seja o motivo. Ou seja, é vedado o *non liquet*.

A inevitabilidade que corresponde à autoridade de órgãos jurisdicionais e de suas decisões ter caráter imperativo, sendo inerente a vontade das partes. E, pouco importa qualquer contrato entre os litigantes quanto à aceitação de resultados do processo. Uma vez apreciada a causa pelo Judiciário, a decisão é inevitável, ambas as partes estão sujeitas a ela, independentemente da vontade. Assim, não há como se evitar que a decisão judicial solucione o conflito de interesses.

Por outro lado, se houver o contrato optando pela arbitragem, não será possível a manifestação direta e primeira do Judiciário, o que afasta a jurisdição e, conseqüentemente, também a sua inevitabilidade.

A inafastabilidade da jurisdição é garantia de todos, é o direito de acessar o Poder Judiciário, que não poderá deixar de atender a qualquer um que bem a juiz buscar solução para determinada lide<sup>129</sup>. Trata-se de princípio do acesso à justiça, presente no art. 5º, inciso XXXV da CF/1988 e tão debatido no âmbito dos princípios processuais constitucionais.

O juiz natural corresponde que ninguém poderá ser privado de julgamento pelo juiz previa e legalmente escolhido. É vedado o tribunal de exceção. Não se pode confundir com os tribunais de exceção, com as hipóteses de julgamento em órgãos do Judiciário distintos e especializados previstos na própria CF/1988, é o caso de justiças especializadas e o deslocamento de competência previsto no art. 109, 5º.

A inércia da jurisdição<sup>130</sup> exprime a regra em que o Poder Judiciário é inerte, devendo ser provocado para que possa dar início à apreciação da lide. Aliás, o CPC/2015 restringiu a atuação de ofício do juiz para abertura de inventário, depois de ultrapassado os prazos legais e diante da indiferença dos possíveis interessados.

O aspecto ético passa a dominar as investigações dos processualistas, que tentam ir além do tecnicismo, buscando até mesmo uma conotação deontológica.

É a fase do instrumentalismo processual, definida por Dinamarco *in litteris*: “o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento

---

129. Lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir. Assim, modificado o conceito de lide, torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa. Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente e, por conseqüente, para conceder ou negar a providência requerida.

130. Possível classificar a jurisdição pelos seguintes critérios: a) objeto: civil ou penal b) organização judiciária: comum ou especial c) posição hierárquica: inferior ou superior d) fonte do direito: de direito ou de equidade.

da via de acesso ao judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução”.

## **Referências**

- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC. Crítica e propostas. São Paulo: RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Processo de Conhecimento. Curso de Processo Civil. V.2, 10ª edição. São Paulo: RT, 2011.
- LEITE, Gisele. Novo CPC. Comentários às Principais Inovações do Novo Direito Processual Civil. Campo Grande: Contemplar, 2016.
- DE MELO, Nehemias Domingos (coordenador). Novo CPC. Anotado. Comentado. Comparado. 2ª edição. São Paulo: Editora Rumo Legal, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; Freire, Alexandre (coordenador). Comentários ao Código de Processo Civil São Paulo: Saraiva, 2016.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil volume II. Processo de Conhecimento. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC. Fundamentos e Sistematização. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Curso Completo de Processo Civil. 1ª edição. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2014.



## O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A SUA RELAÇÃO COM AS AÇÕES COLETIVAS

Luís Carlos de Sousa Amorim<sup>131</sup>

Embora o direito processual civil historicamente tenha se preocupado com conflitos eminentemente individuais, traduzido pelo litígio travado entre duas pessoas, a realidade social impôs mudanças consideráveis a esta concepção marcada pela influência do liberalismo (CUNHA, 2015, p. 255). Essas mudanças se devem, sobretudo, à insuficiência do modelo individualista do Código de Buzaid frente ao crescimento desenfreado de demandas no Judiciário, por vezes, com questões de direito idênticas (CUNHA, 2007, p. 255). Por certo, dentre outros motivos, essa realidade é resultado da “emergência de uma sociedade de massa, da expansão do fenômeno consumerista e do caráter multitudinário dos conflitos atuais” (GONÇALVES, 2013, p. 222). É também produto da grande quantidade de negócios jurídicos firmados a partir de contratos de adesão, dos danos que alcançam dimensões cada vez maiores, mas, também, da liquidez das relações travadas na sociedade pós-moderna, que leva os indivíduos a recorrer cada vez mais ao Judiciário para resolver problemas que outrora seriam pacificados na base do diálogo.

Buscando dar uma resposta ao aumento de litigiosidade, o Direito brasileiro desenvolveu instrumentos de tutela coletiva,

---

131. Advogado. Graduado em direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA.

resguardando-se os direitos supraindividuais cuja titularidade pertence a uma coletividade determinada ou difusa, ou que tenha se originado do mesmo fato. Nessa lógica, foram criadas a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, dentre outros (CUNHA, 2007, p. 256). Por meio dessas ações, o ordenamento previu a possibilidade de determinados sujeitos pleitearem em nome de uma coletividade a partir do instituto da legitimidade extraordinária (CABRAL, 2007, p. 124).

Ocorre que algumas incongruências foram verificadas no manejo das ações coletivas, as quais dizem respeito, sobretudo, ao regime da coisa julgada coletiva e à representatividade dos membros que compõem o grupo tutelado em juízo. É que, inicialmente, o tratamento dispensado à coisa julgada oriunda de demandas coletivas não contribui para a resolução definitiva das questões repetitivas que abarrotam o Judiciário (CABRAL, 2007, p. 257). De certa forma, a eficácia *secundum eventum litis*<sup>132</sup> da coisa julgada coletiva, faz com que dificilmente haja pacificação da questão discutida, mormente pelo fato de que demandas individuais poderão ser propostas sempre que houver improcedência da ação coletiva, já que dispõe o art. 103, §§ 1º e 2º do CDC que a coisa julgada somente poderá beneficiar e nunca prejudicar os direitos individuais (CABRAL, 2007, p. 257).

Igualmente, a legitimidade extraordinária, embora importante, é outro problema inerente às ações coletivas. Como pontua ANTÔNIO CABRAL, “a substituição processual permite que alguns entes postulem em favor de uma coletividade dispersa geograficamente, da qual, muitas vezes sequer possuem notícia de todos os integrantes” (CABRAL, 2007, p. 124). Tal realidade, por vezes,

---

132. Eficácia determinada de acordo com o resultado do processo. Obedece à disposição do art. 103, I, II e III do CDC, que é considerado uma das normas gerais que regulamenta o processo coletivo. Dispõe que a sentença fará coisa julgada: a) *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação; b) *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas; e c) *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (*grifado*).

faz calar vozes dissidentes, que não concordam com os termos da ação, mas que, em tese, estão sendo representadas. Fere-se, pois, o contraditório, entendido como efetivo direito de participação na formação do provimento jurisdicional.

Aparentemente esse problema poderia ser facilmente contornado a partir da exigência de representatividade adequada<sup>133</sup>. O problema do modelo brasileiro é que os legitimados coletivos das *class action* estão previstos de maneira taxativa em dispositivos legais, sem se considerar o caso concreto.

O CPC de 1973 passou por algumas reformas no sentido de buscar solucionar a questão do aumento desenfreado de causas repetitivas, sem, contudo, reproduzir os problemas constatados até então. Foram criados mecanismos de uniformização de jurisprudência como as súmulas vinculantes, os embargos de divergência, o incidente de uniformização de jurisprudência e o julgamento de recursos extraordinário e especial (YOSHIKAWA, 2012, p. 1).

O Código de Processo Civil manteve boa parte desses institutos, extinguindo, no entanto, o incidente de uniformização de jurisprudência. Foram criados também novos instrumentos, sempre almejando conferir racionalidade e uniformidade ao processamento e ao julgamento de situações que guardam certo grau de semelhança. Dentre essas criações, indubitavelmente, a que merece maior destaque é o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, previsto no art. 976 ao art. 986 do CPC<sup>134</sup>. Trata-se da eleição de um processo, dentre vários outros fundados na mesma questão de direito, cuja decisão deverá, obrigatoriamente, ser aplicada aos demais casos se-

---

133. Se entende por representatividade adequada a efetiva representação que o sujeito coletivo possui, bem como a sua qualidade para defender, de modo eficiente, os interesses em jogo da sociedade ou grupo por ele representado (FORNACIARI, 2010, p. 50.).

134. Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

melhantes (GONÇALVES, 2013. p. 223.). Ou seja, cria-se uma nova possibilidade de eficácia vinculante<sup>135</sup> do precedente judicial.

O IRDR, conforme a própria exposição de motivos do anteprojeto do CPC, foi inspirado em um instituto semelhante, presente no Direito alemão e denominado *Musterverfahren*, que também prevê a escolha de uma causa piloto cuja solução permite a célere resolução das demais (CABRAL, 2007, p. 124). No entanto, a versão aprovada pouco tem a ver com o procedimento-modelo do Direito tedesco, pois o processo legislativo tratou de modificar, em muito, o resultado inicial da comissão de juristas incumbida de elaborar o anteprojeto (CAVALCANTE, 2015, p. 416).

Diferentemente do *Musterverfahren* alemão, que prevê o incidente, tanto para as questões de direito, quanto para as questões de fato, o modelo brasileiro, prevê a instauração do IRDR apenas para questões de direito. Ademais, ao contrário daqui, que não prevê um número específico de demandas, o instituto alemão somente pode ser instaurado quando houver, pelo menos, 10 causas semelhantes (CUNHA, 2013, p. 255).

De qualquer forma, tendo por base as considerações de AN-TÔNIO CABRAL ao analisar o *Musterverfahren*, o IRDR pode ser uma alternativa às ações coletivas em alguns casos, uma vez que evita distorções da legitimidade extraordinária e da coisa julgada (CUNHA, 2013, p. 123). No entanto, de maneira alguma pode-se desconsiderar a importância das *class action* no atual sistema, mormente porque permite o nivelamento e tratamento igualitário entre grandes e pequenos litigantes, como enormes empresas multinacionais e simples consumidores (VENTURI, 2007).

## **1.1 Pressupostos de admissibilidade**

Da análise dos dispositivos que preveem o IRDR alguns requisitos devem ser observados no exame de sua admissibilidade.

---

135. Quando o precedente deve ser obrigatoriamente seguido (MARINONI, 2010).

MARCOS CAVALCANTI os sistematiza em três, a saber: a efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; questão unicamente de direito; e causa pendente no tribunal competente (CAVALCANTE, 2015, p. 416).

Com efeito, em relação ao primeiro, requisito não prosperou a ideia inicial trazida pelo anteprojeto, que dotava o instituto de caráter eminentemente preventivo. Exigia a versão aprovada no Senado apenas que fosse “identificada controvérsia com potencial para gerar relevante multiplicação de processos [...]”. Não por outro motivo, acompanhando andamento legislativo do projeto de lei, DANIEL LÉVY arrematara que “o texto final do Anteprojeto adota uma visão prospectiva do incidente, pois se funda não apenas na existência de uma série de demandas análogas, mas na simples potencialidade de existirem” (LÉVY, 2014, p. 174). Todavia, o legislador entendeu por bem exigir a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre questão unicamente de direito para a instauração do incidente<sup>136</sup>. Isso porque promove o prévio debate e permite a maturação da demanda que será utilizada como piloto.

Não exigiu, porém, a existência de decisões conflitantes, mas somente a multiplicidade de demandas que carregam em seu bojo controvérsias capazes de gerar risco à isonomia e à segurança (CAVALCANTE, 2015, p. 416). Ou seja, não é possível o manejo do incidente tendo como base somente uma ou duas causas, mas também não se exige que existam decisões terminativas conflitantes para a sua instauração. Ademais, conforme o enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “a instauração de IRDR não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

---

136. Leonardo Carneiro da Cunha, *e.g.*, já prelecionava que o mais adequado seria a instauração do incidente quando já houvesse sentenças antagônicas sobre o assunto. Umas acolhendo determinada solução da controvérsia e outras rejeitando-a (CUNHA, 2007, 262).

Nesse mister, o ideal seria que o legislador, a exemplo do que ocorre no Direito tedesco, estabelecesse uma quantidade fixa de demandas repetitivas, retirando a possibilidade de eventuais discricionariedades dos tribunais. Para tanto, poderia atribuir ao CNJ a responsabilidade pela atualização anual dessa quantidade, considerando as peculiaridades de cada Estado (no caso dos TJs) ou região (no dos TRFs) (CAVALCANTE, 2015, p. 422). Preenchido os requisitos, dentre os quais, o número preestabelecido de causas, e requerido o incidente, o tribunal estaria vinculado à sua admissão.

Quanto o segundo requisito, a exigência de questão unicamente de direito, tratou-se pontualmente dele quando realizada a diferenciação do IRDR com o procedimento modelo-alemão. Embora pareça ser injustificada a exclusão das questões de fato, essa foi a opção legislativa e há de ser respeitada pelos pretórios do país. Importa pontuar, no entanto, que não importa a natureza das questões de direito, havendo inclusive dois enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis nesse sentido. O Enunciado n. 327 diz que “os precedentes podem ter por objeto questão de direito material ou processual”<sup>137</sup>. Ademais, tais questões de direito podem se originar de demandas individuais ou coletivas, desde que dentro das condições exigidas (CAVALCANTE, 2015, p. 425). Sendo assim, pode haver IRDR também de demandas coletivas.

Finalmente, é necessário que haja processo pendente no tribunal competente para o julgamento do incidente. Essa é conclusão lógica extraída do parágrafo único do art. 978 do CPC, que declara que o órgão incumbido de julgar o incidente julgará também o recurso, a remessa necessária ou processo de competência originária de onde se originou o incidente (CAVALCANTE, 2015, p. 429-430). Tais institutos sempre acarretam a existência de processo pendente

---

137. Mais precisa é a dicção do Enunciado n. 88: “Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento”.

no tribunal, de modo que caberá ao órgão colegiado julgar, concomitantemente, o incidente e o mérito do recurso, exame necessário ou processo originário que tramita no juízo.

## **1.2 Legitimidade e momento de instauração**

Dispõe o art. 977 do CPC que são legitimados para o requerimento de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas o juiz ou relator (por ofício), as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública (por petição). A possibilidade de instauração do incidente pelos juízes de primeira e segunda instância está em conformidade com a nova dinâmica processual que mais se preocupa com a resolução adequada e uniforme dos processos do que com teorias estanques que vedam qualquer participação do magistrado (LÉVY, 2013, p. 174). Essa previsão, porém, se afasta ainda mais do *Musterverfahren* alemão, que não permite a instauração do incidente *ex officio*, ao passo que se aproxima do litígio em grupo (GLO) do Direito inglês (CAVALCANTE, 2015, p. 436).

Importa pontuar que o conceito de partes legitimadas a fazer o pedido de instauração de IRDR deve ser entendido de maneira ampla, abarcando as partes dos demais processos considerados repetitivos, uma vez que serão diretamente alcançadas pelo resultado da demanda eleita como modelo. O redimensionamento do contraditório, nesse caso, se aplica de maneira inda mais intensa, não se justificando a supressão do direito de influência e cooperação das partes dos demais processos alcançados pela decisão proferida na demanda piloto. Nesse sentido, MARCOS CAVALCANTE declara que “qualquer das partes dos processos repetitivos, ainda que em tramitação em primeira instância, tomando conhecimento que uma das demandas repetitivas já se encontra pendente de julgamento no tribunal competente, tem legitimação para requerer a instauração do IRDR” (CAVALCANTE, 2015, p. 437).

Em relação ao Ministério Público, tal previsão se alinha ao exercício de suas finalidades institucionais. Não obstante, há quem entenda que, no que concerne à tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, o MP somente terá legitimidade se estiver presente relevante interesse social, o que deverá ser aferido concretamente (CUNHA, 2007, p. 264). Outrossim, se não for o requerente, o *Parquet* intervirá como *custos iuris* ou assumirá a titularidade do incidente em caso de desistência ou abandono, uma vez que o julgamento do mérito deverá ocorrer necessariamente.

Por sua vez, a legitimidade da Defensoria Pública guarda total consonância com as recentes reformas legislativas que alargaram as atribuições desse importante órgão, o que pode ser percebido com a sua inclusão dentre os legitimados para a propositura da ação civil pública (LÉVY, 2013, p. 176)<sup>138</sup>.

É de se notar também que o texto legal não inclui no rol de legitimados as pessoas jurídicas de direito público e as associações. DANIEL LÉVY entende que essa medida se deu, provavelmente, com o objetivo de desvincular o incidente das ações coletivas, bem como para evitar a profissionalização desses incidentes (LÉVY, 2013, p. 174). Com a devida vênia, não andou bem o legislador neste aspecto, uma vez que restringiu, desnecessariamente, a participação da sociedade organizada num incidente que será aplicado vinculativamente a diversos outros casos semelhantes, uma vez que a sua eficácia também será prospectiva e não alcançará somente as demandas que coexistem com a causa piloto.

O relator poderá instaurar o IRDR até o início da leitura dos votos na sessão de julgamento, enquanto que o juiz, as partes, o MP e a DP somente poderão requerer a instauração do incidente até o início da sessão de julgamento (CAVALCANTE, 2015, p. 439). Se houver mais de um pedido de instauração do incidente, conforme dispõe o

---

138. Em sentido oposto, Leonardo Carneiro da Cunha entende que somente a Defensoria Pública somente terá legitimidade quando a situação envolver interesse de hipossuficientes ou versar sobre tema que a eles esteja relacionado (CUNHA, 2013).

enunciado n. 89 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, todos deverão ser pensados e processados conjuntamente; e os que os forem requeridos depois da admissão serão pensados e sobrestados, cabendo ao tribunal considerar as razões apresentadas.

Nada obstante, importa frisar que, pela dicção do art. 976, § 4º, não se admite IRDR quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já houver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

### **1.3 Contraditório e participação do *amicus curiae***

O Estado Democrático de Direito dos dias em curso não mais se contenta com a obediência de atos procedimentais e acesso à Justiça em sentido formal, mas, pelo contrário, visa “proporcionar uma tutela procedimental justa e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um processo justo, de preferência à garantia de um devido processo legal” (THEODORO JR., 2012, p. 261). Como corolário lógico desse princípio democrático orientador das ações estatais está o princípio do contraditório (DIDIER JR., 2015, p. 465). Não mais na sua versão simplória e formal, ora estabelecendo a inatividade do juiz, ora retirando dos demais sujeitos processuais o seu efetivo poder de influência na decisão. Atualmente, o contraditório impõe um mútuo dever de colaboração para o alcance da solução da controvérsia (MITIDIERO, 2009, p. 102-103).

Quanto mais ampla for essa possibilidade de colaboração, mais legítimo será o provimento decisório exarado. Por isso, tratando da hermenêutica constitucional, PETER HÄBERLE defende uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, ampliando o debate como resultado de uma realidade pluralista (HÄBERLE, 2002, p. 24).

O incidente de resolução de demandas repetitivas muito se assemelha às decisões proferidas pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade, devendo haver a mesma necessidade de pluralização

do debate (CUNHA, 2007, p. 268). Como numa ADIN, *e.g.*, o IRDR gera um julgamento abstrato da matéria apreciada pelo tribunal, tratando-se também de processo de natureza objetiva (DIDIER JR., 2015, p. 465), em que a tese firmada regerá não apenas o caso concreto, mas diversos outros casos semelhantes (CUNHA, 2007, p. 268.).

Pensando nisso e em total consonância com o presente estudo, o CPC estabeleceu, inicialmente, o dever de publicidade do incidente. Com efeito, determinou o legislador que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, estabelecendo a obrigatoriedade do seu registro eletrônico, tanto no Conselho Nacional de Justiça – CNJ, quanto nos tribunais competentes para a apreciação.

Outrossim, buscou o legislador promover o mais amplo diálogo para o fornecimento de elementos seguros ao convencimento do colegiado. Primeiro, possibilitou a requisição de informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 dias. Segundo, expandiu a participação da sociedade de maneira nunca antes vista no ordenamento pátrio, determinando que o relator do incidente deverá ouvir não somente as partes, mas também os demais interessados, como órgãos, entidades e pessoas com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida.

Nota-se, com isso, a nítida possibilidade de intervenção de *amici curiae*, cuja participação visa o auxílio do juízo, colaborando com argumentos e dados retirados da sua atividade cotidiana e que estão relacionados com a questão submetida ao Judiciário (CUNHA, 2007, p. 268). Aliás, excetuando a própria regra geral de que o *amicus curiae* não pode recorrer nos processos em que intervenha, o §3º do art. 138 do CPC prevê, que, no caso de decisão que julgar IRDR, o amigo da corte poderá interpor recurso.

De mais a mais, para instruir o feito, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. E depois, no julgamento, além do autor e réu, o MP, atuando como *custos iuris*, terá direito a 30 minutos para expor suas razões em sustentação oral. Este tempo se somará ao tempo de manifestação dos demais interessados que também poderão proceder à sustentação oral pelo prazo de 30 minutos, dividido entre todos, sendo exigida inscrição com dois dias de antecedência. Este prazo, inclusive, poderá ser dilatado a depender do número de inscritos.

Por sua vez, o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários. Nisso, o órgão julgador demonstrará que efetivamente levou em consideração a colaboração dos diversos indivíduos e instituições da sociedade que forneceram elementos para a formação do entendimento jurisprudencial.

E, então, julgado o incidente, a qualificação jurídica nele estabelecida será aplicada a todos os outros processos individuais e coletivos repetitivos no âmbito do tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região e àqueles processos futuros que versem sobre a mesma questão de direito. Posteriormente, bastará aos órgãos julgadores verificar se é ou não caso de distinção (*distinguishing*) (TUCCI, 2004, p. 174.) ou superação (*overruling*) (MARINONI, 2010, p. 389); caso não seja, o precedente formado no incidente deverá ser obrigatoriamente aplicado, tendo em vista a sua eficácia vinculante (DIDIER JR., 2015, p. 466) e, sobretudo, a sua legitimidade democrática.

Assim, todo esse trâmite previsto pelo legislador para o processamento do IRDR demonstra a sua nítida preocupação em atribuir ao incidente características democratizantes na formação do precedente, o que pode ser utilizado como fonte de inspiração pelos diversos órgãos julgadores para, de acordo com o caso concreto e

mediante os necessários ajustes, garantir o efetivo contraditório nas mais diversas situações.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CABRAL, Antônio do Passo. O Novo Procedimento Modelo (Musterverfahren) Alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. n. 147, 2007.

CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as Ações Coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações Sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, ano. 15.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 15, n. 59, p. 148. jul/set. 2007.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover e apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a Magistratura Deitada. *Revista de Processo*, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 2002.

LÉVY, Daniel de Andrade. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: exame à luz da *group litigation Order* Britânica. *Revista de Processo*. n. 196.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAVALCANTE, Marcos de Araújo. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as Ações Coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JR., Humberto. *Processo Justo e Contraditório Dinâmico*. In: ASSIS, Araken de, et. al. (org.). *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil: comentários aos arts. 930 a 941 do PL 8.046/2010. In: *Revista de Processo*, DTR vol. 206, p. 243 – 270, abr. 2012.

# INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: DO GROUP LITIGATION E DO MUSTERVERFAHREN AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Rafael Alem Mello Ferreira<sup>139</sup> e Artur Alves Pinho Vieira<sup>140</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A publicação do novo Código de Processo Civil representa a esperança dos processualistas brasileiros de concretizar os princípios constitucionais da duração razoável do processo e do acesso à justiça. O tempo de tramitação do projeto da Lei 13.105/2015 no Congresso brasileiro foi de cinco anos, com esse novo texto a expectativa é reduzir o tempo morto dos processos. Para isso novos mecanismos foram introduzidos, como o que será objeto de nossa análise, o incidente de resolução de demandas repetitiva (IRDR).

A sociedade moderna apresenta uma complexa formação de litígios em massa e o direito moderno não possui outra solução a não ser pensar em novas formas processuais para abarcar a nova realidade. Nas palavras de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, em sua obra *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional* (2014, p.297):

---

139. Mestre em Direito e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM; Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). E-mail: <ramfmg@hotmail.com>.

140. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP-RJ). Professor da Faculdades Sudamérica e do Instituto Vianna Júnior. E-mail: arturapv@gmail.com.

A realidade do século XXI vem apontando (...) para a conjugação de elementos que confluem para o incremento progressivo de conflitos em massa e da procura de mecanismos de solução dos litígios em escala. O aumento da população, especialmente sentido em países continentais, como o Brasil, é um dos fatores. Por outro lado, a melhora gradativa das condições de vida, do acesso as informações e à educação impulsiona o esclarecimento, propiciando o que Norberto Bobbio denominou de “Era dos Diretos”, com efeitos multiplicadores nos Estados Democráticos de Direito. O desaguadouro natural das esperanças e desilusões e pretensões passa a ser o poder Judiciário, que, por sua vez, também sofre com as limitações de recursos materiais e humanos para fazer frente ao desabrochar desta procura incessante e crescente.

Assim, neste artigo temos por finalidade concentrar nossos esforços em conhecer a novidade incrementada pelo incidente de resolução de demanda repetitiva analisando sua origem e suas possibilidades para enfrentar o alarmante dado trazido pela revista *Justiça em números* em 2014: a existência de mais de noventa e cinco milhões de processos tramitando no Brasil com uma previsão de decisão para o ano de 2015 de apenas 30 por cento destes processos.

Estes números são explicados por Gustavo César de Mello Calmon Holliday e Pedro Alberto Calmon Holliday da seguinte forma (2015):

Os números consolidados pelo Conselho Nacional de justiça demonstram, ainda, que o setor público, nos três níveis de governo, aparecem com 51 por cento das Ações como autor ou como

réu e estão entre os cinco maiores litigantes do Brasil (INSS, Fazenda Nacional, Funasa e Ibmab), secundados pelas instituições financeiras no setor privado, como uma fatia de 38 por cento das demandas. Diante desse quadro estático, não há dúvida que a prestação deficitária dos serviços públicos de gestão administrativa, são automaticamente convertidas em demandas absorvidas pelo judiciário, que não está aparelhado para recebê-las. Estando submetido ao princípio do acesso incondicional à jurisdição, não tendo atribuição e competência legal para eliminar as causas do seu agigantamento, o poder judiciário passa a sintetizar mecanismos de defesa, que invariavelmente tendem a atacar somente os efeitos do problema (Excesso de litigiosidade).

A metodologia utilizada neste artigo consiste na análise teórica e filosófica de estruturas que integram a nossa realidade, nossa cultura, ou seja, típicas do mundo vivido. Pretende-se realizar não apenas um estudo meramente descritivo da realidade, pois o cerne deste trabalho é entender e criticar a realidade jurídica na qual estamos inseridos.

Em um primeiro momento vamos buscar analisar a origem do incidente de resolução de demandas repetitivas, ressaltando que o instituto não se confunde com as ações coletivas. Nesse sentido, ganham destaque o direito alemão com o seu procedimento padrão e o direito Inglês com o seu famigerado “*group litigation*”.

Em segundo lugar pretendemos descrever as inovações do Código de Processo Civil, demonstrando como o instituto deverá ser aplicado e ressaltando os benefícios de sua utilização, como por exemplo, maior acesso à justiça, busca por uma isonomia processual, redução do tempo morto processual e, por fim, a tentativa de concretização da efetividade processual sem aniquilar as garantias processuais individuais.

Finalmente, faremos uma análise acerca da facticidade e da validade do instituto em tela para saber se o mesmo apresenta a legitimidade exigida pelo Direito moderno, pois sob uma visão lastreada nos escritos de Jürgen Habermas, principalmente em suas obras *Teoria da Ação Comunicativa* e *Direito e Democracia*, os destinatários da norma devem no mínimo ter a possibilidade de participar da sua produção para que a formulação confeccionada possua facticidade e validade.

## **2 INSPIRAÇÃO, ORIGEM E INFLUÊNCIAS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Inicialmente, cabe ressaltar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no novo CPC não é uma forma de resolver as demandas judiciais de forma coletiva, trata-se de uma solução em massa de demandas individuais. Esta constatação não nos permite afirmar que as ações coletivas não prosperaram ou que representam um caminho esgotado, pois apesar dos avanços e retrocessos no modo de pensar o direito de forma molecular, tanto no direito internacional quanto no direito pátrio, este merece um estudo pormenorizado e pode ser mais um soldado eficiente no combate às mazelas processuais. Desta forma, para estudar o IRDR não iremos analisar o instituto americano *Class Actions* e nem mesmo as *Verbandsklagen*, que são as ações associativas alemãs, iremos concentrar o nosso olhar na *Group Litigation Order* do direito inglês e no *Musterverfahren* do direito alemão.

O direito inglês apresenta uma longa tradição em lidar com as ações de massa ou ações coletivas, tanto é que Stephen Yeazell (1987), ao se debruçar sobre a análise do direito inglês e este tipo de demanda, classificou dentro da história do direito anglo-americano três momentos ou fases distintas dos litígios em grupo: medieval (do século XII ao século XV), primitivo-moderno (do século XVI e XVII) e moderno (do século XVIII em diante).

Como o objetivo deste trabalho é compreender as origens do incidente de resolução de demandas repetitivas e este instituto foi pensado para responder a problemas típicos da modernidade, como por exemplo, a explosão das demandas, a falta de isonomia nas decisões jurisprudenciais e o acesso eficiente à tutela jurisdicional, vamos concentrar a nossa análise na última fase da divisão elaborada por Stephen Yeazell.

A ideia de usar um processo padrão é utilizada pelos alemães no *musterverfahren* e pelo novo código civil, pois diante das múltiplas demandas, algumas serão escolhidas para serem analisadas, e o seu resultado será vinculante em relação às demais questões que versarem sobre o tema:

A corte pode determinar que haja um processo teste ou padrão, cujo resultado, possui *a priori*, efeito vinculante em relação as demais demandas previamente registradas. As questões comuns ou as ações de ensaio devem ser processadas e julgadas por um determinado órgão judicial que ficará prevento inclusive para efetuar, também o registro de pretensões individuais relacionadas com a *common question* ou a *test claim*. (YEAZELL, 1987, p. 64),

A influência do “*test claim*” alemão, denominado *Musterverfahren* é evidente na adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que, na própria exposição de motivo do novo Código de Processo Civil o legislador fez a seguinte menção:

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de resolução de demandas repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.

É importante salientar que a experiência introduzida no direito alemão pela *musterverfahren* não possui em hipótese alguma o objetivo de reduzir a importância das ações coletivas (*verbandsklagen*), pois se desenvolveu “em paralelo às Ações associativas” (MENDES, 2014, p. 122). O *musterverfahren* apresenta a seguinte definição segundo a citação introduzida pela exposição de motivos do novo código de processo civil: “No direito alemão a figura do *Musterverfahren* gera decisão que serve de modelo (*Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu.” (WITTMAN, 2008, p.178).

A adoção em terras germânicas do procedimento padrão ocorreu de modo gradual. A sua primeira aparição foi no *Verwaltungsgerichtsordnung* (Estatuto da Justiça Administrativa) no ano de 1960, que passou por uma reformulação em 1991 ganhando maior destaque e com uma pormenorização maior de como seriam escolhidos os procedimentos modelos. Em um segundo momento, o procedimento padrão foi utilizado no *KapMug* (Gesetz über Musterverfahren in Kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten), isso no ano de 2005. Essa legislação temporária seria utilizada até o ano de 2010, no entanto, em virtude de alterações legislativas já foi prorrogada, até o presente momento, para o ano de 2020.

Esse procedimento-padrão (modelo) foi desenvolvido para solucionar um problema jurídico entre a empresa Deutsche Telekom e 17 mil acionistas, que alegavam em sua maioria que não foram devidamente informados da situação econômica da empresa, por isso, adquiriram na bolsa de valores ações com uma cotação acima do mercado e suportaram um grande prejuízo. A quantidade de ações individuais questionando a falta de informação por parte da empresa de telecomunicação alemã acarretou em uma morosidade excessiva do judiciário alemão.

A suprema corte alemã, quando provocada a se manifestar sobre a demora dos provimentos judiciais envolvendo os acionistas da empresa alemã, indicou a necessidade de resolver as demandas individuais de forma mais célere, adotando um modelo padrão de solução desses litígios, como podemos perceber no voto 3321 (2004) do *Bundesverfassungsgericht* (tribunal constitucional federal da Alemanha). Assim, é notória a explicação fornecida por Mendes (2014, p. 123):

O número elevado de processos, aproximadamente 12 mil apenas na *Landesgericht* de Frankfurt, ensejou demora nos julgamentos e reclamações que chegara até a Corte Constitucional alemã, sob alegação de denegação da justiça, tendo a corte suprema já em 2004, apontado para os órgãos judiciais envolvidos que deveriam adotar outros procedimentos como julgamento de casos-modelo, para a prestação jurisdicional.

A experiência alemã nos mercados de capitais permitiu que a ideia fosse exportada para outros ramos jurídicos, como por exemplo, no direito administrativo, previdência e assistência social. “É de se notar que os procedimentos adotados nos ramos administrativos e da previdência social e assistência são idênticos, mas diferem do que foi estabelecido para o mercado de capitais” (MENDES, 2014, pp. 123-124). No entanto, a ideia de um processo piloto foi preservada e é possível afirmar que em todos estes procedimentos temos as seguintes etapas: Primeiro, a admissibilidade do *Musterverfahren*; a segunda é o processamento e julgamento do caso paradigma (formação do precedente); e, por fim, o julgamento dos processos individuais conforme a orientação formulada na segunda etapa. Iremos analisar passo a passo cada uma das etapas para facilitar a comparação deste instituto com o “incidente de resolução de demandas repetitivas” introduzido pelo novo Código de Processo Civil.

A comparação principal será em relação ao procedimento padrão que trata do mercado de capitais, mas sempre ressalvando que existem diferenças legais em relação aos procedimentos padrões previstos para o direito administrativo alemão e para a previdência e a assistência social alemã.

A admissibilidade no procedimento padrão previsto para o mercado de capitais não trabalha com a hipótese de “determinação de ofício do incidente de julgamento padrão” (MENDES, 2014, p. 125), como ocorre para o outro procedimento padrão<sup>141</sup>. O pedido de instalação poderá ser realizado tanto pelos demandantes quanto pelos demandados. “O requerente da declaração padrão (*Musterfestellung*) deverá indicar o objetivo da declaração e as informações públicas pertinentes ao mercado de capitais, bem como a situação fática e os meios de prova a serem produzidas.” (*ibidem* p. 125). Fundamental é compreender que em relação ao pedido demonstrar que a decisão obtida no procedimento piloto será crucial para a decisão dos outros processos.

A segunda etapa se inicia com a decisão de admissibilidade do requerimento para conversão em procedimento padrão. Assim, é fundamental compreender como será o processamento do procedimento padrão, que é denominado na doutrina alemã de “*Durchführung des Musterverfahrens*”. A suspensão dos processos que serão atingidos pelo julgamento do procedimento padrão ocorre quando a decisão de admissibilidade for publicada no *Klagentregister* (CABRAL, 2007, p. 123), nesse momento, a decisão será elaborada por um tribunal de hierarquia maior, pois apenas ele terá competência para impor a sua decisão para os demais processos suspensos em primeiro grau de jurisdição.

Explicando sobre o passo a passo do *Durchführung*, Mendes elucidada que (2014, p. 127):

---

141. Sempre que me referir ao outro procedimento padrão estarei introduzindo informações sobre o procedimento do direito administrativo, previdência e assistência social alemã.

prossequindo no procedimento-padrão, o *Oberlandsgericht* efetuará, em decisão irrecorrível, a escolha das partes, dentre aqueles processos que tramitavam perante o juízo de origem, que figurarão como autor (*Musterkläger*) e réu (*Musterbeglante*) no incidente, sem prejuízo da condição e participação dos demais interessados na condição de intervenientes (*Beigeladenen*). Na seleção, o tribunal levará em conta o valor da pretensão, o objeto do procedimento padrão e o entendimento da maioria dos autores em relação a quem deverá ser o autor-líder do procedimento padrão (*Musterkläger*).

Essas considerações são importantes, pois é uma preocupação permanente do procedimento germânico de não aniquilar o direito individual, e de dotar a decisão de padrão de legitimidade suficiente para que seja viável a sua imposição aos demais processos similares. Todos os autores de demandas individuais que não foram escolhidos para participar do procedimento padrão não estarão eliminados da gestão do procedimento padrão, pois como ressaltado, poderão participar como intervenientes e ainda os custos produzidos no procedimento piloto serão divididos por todos os autores que desfrutarão da decisão no procedimento, é o que determina o parágrafo 9, (3) do *KapMuG*: “(3) *Die Kläger, die nicht als Musterkläger ausgewählt werden, sind Beigeladene des Musterverfahrens*”.<sup>142</sup>

É uma preocupação de primeira ordem para o *Musterverfahren* a legitimidade da condução do procedimento piloto, pois é a decisão produzida em seus atos que servirá de precedente para a decisão dos demais processos. Por isso, o direito alemão trata de forma diferenciada a desistência do condutor do procedimento padrão e o de um outro litigante que fez o pedido de conversão para o procedimento padrão.

---

142. Os recorrentes que não forem selecionados como querelante principal estão unidos como um partido do caso de teste.

Após este cuidado com a legitimidade, o processo irá se desenvolver e a decisão-padrão (*Musterentscheid*), será proferida pelo tribunal e comunicada as partes para que possam exercer o seu direito de inconformidade por meio de um recurso denominado *Rechtsbeschwerde*, que muito se assemelha ao nosso recurso ordinário. Qualquer um dos integrantes do procedimento-padrão poderão manejar este recurso, por isso, tanto autor, réu e interveniente gozam de legitimidade para questionar a decisão padrão do Tribunal. No entanto, este recurso não pode ser usado para questionar a admissibilidade do procedimento padrão, efetuada pelo juízo de origem.

Após compreendermos o mecanismo de formação da decisão padrão, devemos analisar sua última etapa, ou seja, como se dará a eficácia da decisão padrão (*Wirkung des Musterentscheids*). A legislação alemã é coerente e afirma a importância do procedimento ao assegurar de forma peremptória que a decisão no procedimento padrão vincula os órgãos judiciais.

Constatação importante, do dispositivo alemão é que a coisa julgada serve para todos os processos que estão na mesma situação, independentemente da efetiva participação no procedimento modelo ou não. “A extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada, *pro et contra*, em relação a todos os sujeitos processuais do procedimento modelo, ou seja, autor, réu e intervenientes.” (MENDES, 2014, pp. 130-131).

O efeito da coisa julgada no *Musterverfahren* só não será transportado para os outros processos se for comprovado que o procedimento padrão foi realizado de forma viciada, ou seja, um conluio de quem liderou o procedimento-modelo com a outra parte com o objetivo de prejudicar as pessoas que estão nessa situação. Outra situação em que o resultado do procedimento padrão não pode ser aplicado é se houver qualquer tipo de restrição à possibilidade de uma das partes influírem no resultado do procedimento. Seria uma fórmula que não atenta contra o direito individual e ainda fortalece a segurança jurídica, pois decisões contraditórias seriam evitadas.

### **3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

O incidente de resolução de demandas repetitivas, segundo as palavras de Dierle Nunes (2015), é um “estranho que precisa ser compreendido”. Assim, é urgente compararmos o seu funcionamento com o *Musterverfahren*, pois este último foi a inspiração do nosso novo incidente de resolução de demandas repetitivas, e não é crível pensar em sua utilização fora dos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

O incidente apresenta-se à comunidade jurídica brasileira em capítulo próprio no novo Código de Processo Civil, dentro do título dos processos nos tribunais, no livro dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. O seu desiderato nas palavras de Nunes é (2015):

Como o próprio nome informa se trata de uma técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão da cognição através do “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”, ou seja, um incidente no qual “são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário”, que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.

Assim, com o intuito de viabilizar a comparação entre o *Musterverfahren* e o incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil vamos analisar o incidente em três etapas: Admissibilidade; processamento e julgamento das demandas individuais após a formação da decisão paradigma:

O incidente de resolução de demandas repetitivas pressupõe o risco de ofensa a isonomia e à segurança jurídica, diante da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. Estar-se-á diante de questão de direito, que poderá ser material ou processual. A identidade apenas fática não autoriza, ao contrário do que ocorre no regime alemão, a instauração do incidente brasileiro. (MENDES, 2014, p. 299).

O objetivo do incidente é evitar o julgamento singular de muitas demandas que dependam ou versem sobre a mesma questão de direito. Logo, a admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, nas hipóteses em que existam um alto número de processos tramitando, é uma necessidade.

Não há que se duvidar que a principal consequência da admissibilidade do incidente é a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus, que estejam submetidos na área de jurisdição do tribunal. Os fatos que determinam o aceite do tribunal para o incidente, ou seja, sua admissibilidade, são: existência de controvérsia que esteja ensejando a multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e capaz de causar grave insegurança jurídica decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes, bem como a conveniência de se adotar decisão paradigmática (*Ibidem*, p. 302).

Por outro lado, o principal efeito da inadmissibilidade do incidente de demanda repetitiva, ou seja, de sua rejeição pelo órgão do tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência ou do plenário do tribunal na hipótese do artigo 97 da Constituição Federal é o de determinar o curso normal dos processos suspensos.

A segunda etapa do procedimento-modelo brasileiro é mais simples que o previsto no direito germânico, pois após a admissi-

bilidade e suspensão dos processos individuais e coletivos, ocorre um contraditório concentrado, pois todos os envolvidos processuais possuirão um prazo de quinze dias. Neste prazo, as partes poderão requerer a juntada de documentos e pedir a realização de diligências necessárias para a elucidação da controvérsia. Por fim, após este prazo, o Ministério Público também possuirá um prazo de quinze dias para se manifestar.

O incidente de resolução de demandas repetitivas se propõe a fixar teses jurídicas e não analisar questões de fato. Nesse sentido, em nome da celeridade e pela desnecessidade de aguardar a manifestação de uma parte para a outra se manifestar, os prazos podem ser concentrados. Se houver algum contra-argumento baseado na argumentação da outra parte, este poderá ser respondido de forma oral durante a própria audiência.

Durante o julgamento, logo após a formulação do relatório uma nova manifestação das razões será oportunizada a todos os envolvidos no processo, inclusive o Ministério Público.

Por fim, temos que nos debruçar sobre a aplicação da tese jurídica aos processos individuais, o que caracteriza a nossa terceira etapa de análise do incidente de resolução de demanda repetitiva. O paradigma formado será aplicado tanto aos processos individuais ou coletivos que ficaram suspensos desde a decisão de admissibilidade, bem como para os novos processos que versarem sobre a mesma questão de direito, dentro do âmbito de jurisdição do tribunal que fixou o entendimento sobre a questão de direito.

#### **4 A LEGITIMIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS SOB UMA PERSPECTIVA HABERMASIANA**

Não constitui lugar-comum afirmar que a legitimidade está no cerne de problemas e indagações sérios tanto na ciência política quanto na sociologia, bem como na filosofia jurídica e na teoria do direito. A

palavra em si desafia aspectos semânticos e, do mesmo modo, é substancialmente considerar as formas como é tratada na história das ideias. Especificamente, Habermas inicia as “*tanner lectures*”<sup>143</sup> de 1986 apresentando o seguinte questionamento: “*Wie ist legitimität durch legalität möglich?*” (Como é possível a legitimação por meio da legalidade?).

Esta mesma inquietação deve ser transferida para a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas, pois o instituto só servirá ao desiderato constitucional de melhorar a prestação jurisdicional se não violar garantias constitucionais, ou em outras palavras, se for legítimo. Da mesma forma que a lei possui sua dose de impositividade, o incidente também possui sua força cogente, pois terá aplicação para os processos que versam sobre a mesma questão de Direito.

Desta forma, a exigência do princípio “D” da teoria discursiva habermasiana também se impõe ao instituto em análise. Logo, todos os destinatários das normas ou decisões jurídicas tem que possuir pelo menos a chance de participar e influir tanto na norma do direito positivo, quanto na elaboração do paradigma viabilizado pelo novo instituto. Ferreira elucida a definição do princípio “D”, necessário para a concretização da legitimidade no direito da seguinte forma:

A teoria do discurso impõe que a aceitação racional de uma prescrição seja proveniente de um procedimento que encontra seu fundamento discursivamente. Em virtude dessa necessidade, Habermas definirá o princípio “D” (princípio do discurso) da seguinte forma: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos

---

143. Nas *Tanner Lectures*, Habermas enfrentou a questão da diferença entre direito e moral utilizando como estratégia teórica as condições sociais de legitimidade do direito. Alguns dos problemas de legitimação do capitalismo maduro foram resgatados e incrementados com os aportes da teoria da ação comunicativa e da teoria dos discursos racionais. O direito para Habermas só possui força de realização social na medida da sua legitimidade. E a sua legitimidade pressupõe a sua consonância com conteúdos morais. A moral então complementa o direito e, assim, Habermas propôs o resgate da moral universal (procedimental) como fundamento de validade (legitimidade) do direito (SIMIONI, 2007, p. 114 -115).

poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. (HABERMAS, 2003a, v.I, p. 142) Como consequência inerente à adoção desse princípio, podemos pontuar que “desse procedimento democrático discursivo podemos retirar um primeiro e abrangente postulado, a saber, o de que as deliberações se realizam de forma argumentativa (VITALE, 2008, p. 229).

O Direito moderno não pode ser fundado apenas na força, que na teoria habermasiana é sinônimo de facticidade. Ela representa o ponto distintivo do sistema jurídico, uma vez que, em virtude do descumprimento de um preceito jurídico, é possível valer-se de uma sanção. No entanto, apenas a coerção ou ameaça de sanção não possuem condição de manter uma coesão social e de justificar a possibilidade do manejo da coerção. Dessa feita, o direito carece de um segundo elemento, aqui intitulado de validade, que, nesse contexto, nada mais é do que a legitimidade da norma, a qual somente poderá ser obtida, de acordo com o que foi exposto, por meio de um procedimento discursivo inclusivo que permita a livre-discussão de ideias e a adoção do melhor argumento racional. Assim, os destinatários das normas, por serem seus autores, poderão assentir em relação a elas, deixando de respeitá-las apenas pelo medo da sanção.

No IRDR é possível encontrar esse binômio, facticidade e validade, e um procedimento discursivo que se caracteriza, em outras palavras pelo princípio “D”. Assim, a impositividade do incidente de resolução de demandas repetitivas está presente na possibilidade de reclamação para o tribunal que formou o precedente caso este não tenha sido observado pelos órgãos jurisdicionais submetidos à sua jurisdição.

A validade, necessária para ungir de legitimidade o incidente de resolução de demandas repetitivas apresentado pelo novo Código de Processo Civil é fruto da possibilidade de todos aqueles que tenham o processo suspenso, ou tenham interesse na formação

do paradigma, de participarem da produção do precedente. Assim, todos os destinatários da decisão judicial também serão os seus autores, desta feita, o princípio “D”, na forma de um procedimento discursivo inclusivo, será garantido, o que legitima o uso da força e a facticidade na forma da reclamação para o tribunal, sempre que a formação legítima do precedente não for respeitada.

## 5 CONCLUSÃO

A sociedade, e não apenas os operadores do direito, aposta quase todas as suas fichas em alterações legislativas para enfrentar problemas que muitas vezes transbordam o objeto do Direito positivo. A multiplicação das demandas é um dos problemas que assola e desafia os juristas e preocupa a sociedade que sofre diretamente com um direito inoperante e muitas vezes marcado pela falta de isonomia e de coerência.

Assim, com o intuito de compreender o problema global da pulverização de processos, tanto na tradição da Common Law quanto na da Civil Law, estudamos a *group litigation* (do direito Inglês) e o *Musterverfahren* (do direito alemão). Estes dois institutos não representam uma antítese ou mesmo uma negação das ações coletivas, ao contrário, representam uma forma coletiva de tratar demandas individuais. O destaque maior foi conferido ao procedimento modelo alemão, pois este influenciou de forma direta o nosso instituto de resolução de demandas repetitivas, sendo que esta afirmação pode ser extraída da leitura da exposição de motivos do novo Código de Processo Civil. Por isso, a comparação entre o procedimento modelo alemão e o procedimento modelo brasileiro é obrigatória para a exata compreensão de nosso instituto.

A segunda e terceira partes desta pesquisa preocupou-se em esclarecer aspectos centrais do incidente de resolução de demandas repetitivas e sua relação com o marco teórico escolhido com o intuito de não retirar a legitimidade do instituto construído no novo código de processo civil.

.Enfim, espera-se que esse esboço teórico sirva de fundamento, mas, principalmente, de ponto de partida para a compreensão do novo instituto que será adotado pelo direito pátrio, e que este possa contribuir para mediar conflitos sociais, permitindo uma efetiva participação dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. vol. 147. p. 123. São Paulo: Ed. RT, mai. 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. I.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional* / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. A teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

VITALE, Denise, Rúrion Soares Mello. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia um guia para a leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

HOLLIDAY, Gustavo César de Mello; HOLLIDAY, Pedro Alberto Calmon. A gestão de demandas repetitivas e as técnicas uniformi-

zadoras: uma promessa de racionalização dos julgamentos. In: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI

NUNES, Dierle. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. 2015. Disponível em <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>> Acesso em 15 nov. 2015.

Wittman, Ralf-Thomas. Il contenzioso di massa in Germânia. Mi-  
lão, Giuffré, 2008, página 178.

# ANALISE CRÍTICA QUANTO A IMPORTANCIA DA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR EM AÇÕES DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Sátina P. M. Pimenta Mello<sup>144</sup> e Fabiana Campos Franco<sup>145</sup>

## INTRODUÇÃO

Recentemente o tema Alienação Parental vem tomando espaços nas discussões sociais. O comportamento inadequado dos pais em relação aos filhos, no momento da separação, tem ganhado pauta mas, apesar de não ser um assunto novo, e de ser até bastante comum nas relações familiares, ainda é pouco conhecido e discutido pela maioria da população.

A alienação parental geralmente ocorre quando casais separam-se e disputa a guarda dos filhos. Quando acontece a ruptura conjugal, percebe-se o sentimento de perda de objeto que de alguma forma correspondeu ou corresponde à fantasia da completude representada pelo parceiro, de um ideal de formação de família feliz e estável.

Segundo Oliven (2010) nessa experiência, os sintomas podem ser expressos pelos cônjuges pelas acusações mútuas entre o ex-casal conduzindo a retaliações e a lesões afetivas, inclusive atingindo os seus filhos, refletindo neles as contradições de afetos e

---

144. Advogada, Psicóloga, Professora da Faculdade Estácio de Sá de Vitória e Vila Velha. E-mail: [satinapm@gmail.com](mailto:satinapm@gmail.com)

145. Doutora em Comunicação. Professora da Faculdade Estácio de Sá de Vitória e Vila Velha. E-mail: [fabianacfranco@gmail.com](mailto:fabianacfranco@gmail.com)

de sentimentos paterno-materno, por muitas vezes, como medida satisfativa de um desejo de vingança em face do outro. O genitor busca destruir a imagem do outro progenitor na relação com os filhos. Foi procurado mostrar como se dá a conduta alienadora, suas características e suas principais consequências por meio do método Dedutivo, partindo do geral para o específico, analisando toda instituição familiar até chegar ao tema específico da Alienação Parental. Para isso, foram utilizados, livros, artigos e pesquisas na internet.

O menor será reconhecido como vítima da Alienação Parental e passa a ser necessária a intervenção analítica de técnicos de saberes multidisciplinares para a garantia do atendimento desta criança quando das alegações da Alienação parental. Ocorre que mesmo sendo descrita como necessária na lei 12.318/2010 o juiz da causa possui discricionariedade para determinar ou não esta intervenção. O novo Código de Processo Civil, que passa a vigorar em 2016, em art. 699 dispõe que o Juiz deverá ter ao seu lado especialista no momento depoimento do menor quando for o caso de Alienação Parental, porém não apresenta a forma de ação deste profissional e não retira a discricionariedade do Juiz quanto ao vinculação ou não ao laudo pericial, algo que considerado no mínimo controverso desde o Código de Processo Civil de 1973.

O artigo é uma revisão bibliográfica descritiva analítica do tema debruçando-se na concepção psicológica e jurídica sobre a Alienação Parental, assim como a Síndrome da Alienação Parental e a partir destas demonstrar a necessidade fática de atuação de equipe multidisciplinar nos processos judiciais deste cunho e realizar uma crítica quanto a manutenção da discricionariedade do Juiz da causa quanto a atuação desta equipe no Novo Código de Processo Civil.

Serão apresentados o amparo jurisdicional, que é dado pelo ordenamento jurídico, em que é feita uma breve explanação sobre os direitos positivados no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, e sobre a Lei de Alienação Parental, nº 12.318, aprovada

em agosto do ano de 2010, assim como obviamente as ponderações do Novo Código de Processo Civil sobre o tema.

## **2 ALIENAÇÃO PARENTAL**

### **2.1 Conceito de Alienação Parental**

A primeira definição de Alienação Parental foi dada em 1985 pelo médico e Professor de psiquiatria, Richard Gardner, (apud GUAZZELLI, 2011) que a denominou como a situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro cônjuge, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor.

Segundo o psiquiatra norte-americano, a alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores (o genitor não guardião) sem justificativa, por influência do outro genitor (o genitor guardião), com quem a criança mantém um vínculo de dependência afetiva e estabelece um pacto de lealdade inconsciente. (SILVA, 2012, p. 145).

Para Goldrajch e outros (2010, p.7), a definição de alienação parental surge para enunciar o processo que consiste em manter uma criança ou adolescente afastado do convívio de um ou ambos os genitores.

A alienação parental consiste em programar uma criança para que, depois da separação, odeie um dos pais. Geralmente é praticada por quem possui a guarda do filho. Para isso, a pessoa lança mão de artifícios baixos, como dificultar o contato da criança com o ex-parceiro, falar mal e contar mentiras. Em casos extremos, mas não tão raros, a criança é

estimulada pelo guardião a acreditar que apanhou ou sofreu abuso sexual (JORDÃO, 2008, p. 02-03)

O psicólogo americano, Douglas Darnall (apud GOLDRAJCH, 2010), destaca que alienação parental, consiste em qualquer atitude por parte de um dos genitores, mesmo antes de uma separação conjugal, para denegrir ou dificultar a relação da prole com o outro genitor.

A alienação parental se expressa, no âmbito jurídico, como uma forma de violência praticada pelo guardião, parente ou não, de uma pessoa menor de 18 anos de idade, portanto incapaz, consistente no ato ou na omissão de impedir, de forma injustificada, a convivência daquela com o genitor não guardião (GOLDRAJCH et al., 2010, p.8- 9).

Com o advento da Lei 12.318/2010, o legislador se preocupou em definir a alienação parental da seguinte forma:

**Art. 2º** - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010)

Neste sentido, depreende-se que, o ex-cônjuge, ex-companheiro ou até mesmo os avós, que tenham a criança ou o adolescente sob a sua custódia, que intentar afastar o filho do relacionamento com o outro genitor através da manipulação, alienação e ou mentiras promove a alienação parental.

## **2.2 Conceito de Síndrome da Alienação Parental (SAP)**

A Síndrome da Alienação Parental - SAP, segundo Fonseca (2010, p.6) “é a consequência da prática da alienação parental, que exsurge do apego excessivo e exclusivo do menor com relação a um dos genitores e do afastamento total do outro”.

O psiquiatra norte-americano Richard A. Garner (1985, apud SILVA, p. 144), apresentou o seguinte conceito para a SAP:

A síndrome de alienação parental (SAP) é uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo.

Mônica Guazzelli (2007, p.40) destaca, que tal síndrome – também denominada de Síndrome do Afastamento Parental – poderia se limitar a esse tipo de conduta, gerando o afastamento do progenitor não guardião da prole.

A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que jus-

tifiquem essa condição [...]. Dessa maneira, podemos dizer que o alienador “educa” os filhos no ódio conta o outro genitor, seu pai ou sua mãe, até conseguir que eles, de modo próprio, levam a cabo esse rechaço. As estratégias de alienação parental são múltiplas e tão variadas quanto à mente humana pode conceber, mas a síndrome possui um denominador comum que se organiza em torno de avaliações prejudiciais, negativas, desqualificadoras e injuriosas em relação ao outro genitor (TRINDADE, 2010, p.102).

Segundo Trindade (2010, p. 25) a Síndrome tem sido identificada como uma forma de negligência contra os filhos, constituindo uma forma de maltrato e abuso infantil.

Denise M. Perissini da Silva (2012, p.146), destacou que a SAP age sobre duas frentes, vejamos:

A síndrome age sobre duas frentes: por um lado, demonstra a psicopatologia gravíssima do genitor alienador que [...] utiliza-se de todos os meios, até mesmo ilícitos e inescrupulosos, para atingir seu intento; por outro, o ciclo se fecha quando essa influência emocional começa a fazer com que a criança modifique seu comportamento, sentimentos e opiniões acerca do outro pai (alienado).

A meta do alienante é desmoralizar o não guardião, implicando comportamentos abusivos contra a criança ou adolescente, criando imagens distorcidas das figuras paternas e maternas, de forma a promover o afastamento do menor com o genitor alienado, destruindo o vínculo parental.

### **2.3 Diferença entre Alienação Parental e Síndrome de Alienação Parental (SAP)**

Segundo a conceituação dos dois institutos acima mencionados, depreende-se de Alienação Parental, o processo que consiste em manter uma criança ou adolescente afastado do convívio do cônjuge alienado. Deste processo, pode, ou não, desencadear o surgimento de uma síndrome, a qual chamou de Síndrome da Alienação Parental.

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se a conduta do filho que se recusa terminantemente e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho (FONSECA, 2010, p.7)

Maria Berenice Dias (2010, p.16) difere os dois institutos da seguinte forma, a “síndrome” significa distúrbio, sintomas que se instalam em consequência da prática, de que os filhos foram vítimas. “Já a “alienação” são os atos que desencadeiam verdadeira campanha de desmoralizadora levada a efeito pelo “alienante”, que nem sempre é o guardião”.

AGUILAR (2004, apud SILVA, 2012, p. 153) estabelece uma diferença entre Síndrome de Alienação Parental e alienação parental, veja-se:

Ocorre uma alienação parental quando a criança rejeita um dos pais por motivos evidentes, indiscutíveis, objetivos; por seu turno, ocorre a Síndrome quando a criança passa a rejeitar o pai não guardião por motivos fúteis, influenciada pelo genitor guardião como forma de disputa de poder.

A AP caracteriza o ato de induzir a criança a rejeitar o pai/mãe (com esquivas, mensagens difamatórias, até o ódio ou acusações), a SAP, por sua vez, é o conjunto de sintomas que a criança pode vir ou não a apresentar, decorrentes da prática da alienação.

## **2.4 Efeitos e Consequências da Síndrome de Alienação Parental no menor**

Conforme se extrai dos escritos de Fonseca (2010, p.13) consumada a alienação e a desistência do alienado de estar com os filhos, tem lugar a síndrome de alienação parental, sendo certo que as sequelas de tal processo patológico comprometerão, definitivamente, normal desenvolvimento da criança.

Fonseca (2013) ainda diz que em grande parte dos casos, a alienação parental não afeta apenas a pessoa do genitor alienado, “mas também de todos aqueles que o cercam: familiares, amigos, serviços etc., privando a criança do necessário e salutar convívio com todo um núcleo familiar e afetivo do qual faz parte e no qual deveria permanecer integrada”. Silva (2012, p.151) destaca que em curto prazo, para sobreviver, “a criança aprende a manipular, tornando-se prematuramente esperta para decifrar o ambiente emocional, falar apenas uma parte da verdade e, por fim, enredar-se em mentiras, discursos e comportamentos repetitivos, exprimindo emoções falsas”.

## **2.5 Implantação de Falsas Memórias**

O que se denomina de Implantação de Falsas Memórias advém justamente, da conduta doentia do genitor alienador, que começa a fazer com o filho uma verdadeira “lavagem cerebral”, com a finalidade de denegrir a imagem do outro – alienado-, e, pior ainda, usa a narrativa do infante acrescentando maliciosamente fatos não exatamente como estes se sucederam, e ele aos poucos vai se “convencendo” da versão que lhe foi “implantada”.

Fato é que eventualmente a criança vai internalizar tudo e perderá a admiração e o respeito pelo pai, desenvolvendo temor e mesmo raiva do genitor. Mais, com o tempo, a criança não conseguirá discernir realidade e fantasia e manipulação e acabará acreditando em tudo e, consciente ou inconscientemente, passará a colaborar com essa finalidade, situação altamente destrutiva para ela e, talvez, neste caso específico de rejeição, ainda maior para o pai. Em outros casos, nem sempre a mãe distingue mais a verdade da mentira e sua verdade passa a ser “realidade” para o filho, que vive com personagens fantasiosos de uma existência aleivosa, implantando-se, assim, falsas memórias, daí a nomenclatura de Teoria da implantação de falsas memórias (PINHO, 2010).

## **3 DA PERICIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) que virá a vigorar apenas no ano de 2016, apresenta interesse especial direcionado a Ações de Família, tanto é que o mesmo trás em seu bojo o Capítulo X direcionado exclusivamente à estas ações com sete artigos ao todo. (BRASIL, 2015)

Na verificação do conteúdo dos referidos artigos inferimos que o interesse do legislador é de resolução do conflito de maneira consensual, buscando através de audiências de mediação - quantas forem necessárias (art. 696 NCPC)- a diminuição dos sentimentos negativos, tanto psicológicos quanto materiais, intrínsecos a ações.

O caso de ações de família que versem sobre abuso ou alienação, o novo CPC afirma em seu artigo 699 que o Juiz ao realizar o depoimento do incapaz deverá necessariamente ser acompanhado por um especialista. Trata-se de um primeiro momento em que a alienação parental é tratada dentro do de uma codificação processual normativa. Segue o artigo *in verbis*:

Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista (BRASIL, acesso em 20 out. 2015)

Tal procedimento é preocupante, pois a partir desta determinação é possível o entendimento de suficiência no uso exclusivo do especialista em depoimento, o que contrapõe a complexidade de casos como estes.

A necessidade da perícia em casos como Alienação Parental para os profissionais da área da psicologia e da assistência social é de extrema importância, até porque como descrito outrora o conceito de alienação parental é a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por determinadas pessoas, conforme artigo 1º da referida lei. Há portanto uma simplificação de acordo com Tânia Aldrighi (2006), supervisora de Psicologia Jurídica da Universidade Mackenzie e especialista na área da Família é inviável, pois a decisão judicial por si só não findará o conflito psicológico que gera a alienação e as consequências que a mesma poderá causar.

De acordo com o Desembargador Pedro Vaus Feu Rosa (2013), perícia é o trabalho realizado por pessoa entendida em determinada matéria com o objetivo de elucidar questões relativas à mesma e esta pode ser realizada judicialmente ou extrajudicialmente, sendo a primeira munida da necessidade de compromisso jurídico tendo como finalidade o auxílio ao magistrado.

O princípio da discricionariedade do Juiz natural, onde o mesmo poderá agir de conforme sua conveniência, mas nunca em contraposição da lei, continua sendo um delimitador da participação de especialistas em ações que versão sobre o seu saber. O artigo 156 do NCPC afirma que o juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico. Quem decide sobre esta “dependência” sobre o conhecimento técnico? Obviamente do magistrado.

Outro ponto preocupante é a questão da modificação no NCPC quanto a formação universitária necessária ao especialista, ocorre que por vezes o entendimento da ação da Psicologia como ciência não é muito clara para a maioria das pessoas, havendo um senso comum que terapeutas, psiquiatras, psicólogos e terapeutas, realizam as mesmas ações. O psicólogo é o único capacitado para realização de perícias psicológicas e obviamente a para elaboração de laudos que possam vir a constituí-la (SILVA, 2011).

Assim sendo há a necessidade de verificação fática da consulta correta aos órgãos, Conselhos e outros que não era previsto no Antigo Código de Processo Civil, mas passa a ser possível no NCPC no artigo 156, §1º.

A lei 12.318/10 trás em seu artigo 5º que haverá profissional ou a equipe profissional encarregada pelo Juízo para realizar a perícia de avaliação de ocorrência, ou não, de alienação deve ter comprovada experiência técnica ou acadêmica no assunto, sendo a acadêmica suprida pelo NCPC, porém veja:

**Art. 5º** Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Segundo Perez (2010) as hipóteses exemplificativas de alienação parental não afastam e tampouco restringem a possibilidade de realização de perícia psicológica ou biopsicossocial como fundamento à decisão judicial.

Depreende-se da norma supramencionada, que o art. 5º no seu parágrafo segundo, estabeleceu requisitos para assegurar razoável consistência ao laudo, notadamente entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, avaliação de personalidade dos envolvi-

dos e exame como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra o genitor.

Assim, para Perez (2010) há uma maior profundidade na investigação pericial, com maior demanda por qualidade no trabalho de assistentes sociais, psicólogos e médicos, em evidente prestígio a atuação de tais profissionais, no processo judicial, muitas vezes chamados ao complexo encargo de diferenciar hipóteses de negligência ou abuso de falsas acusações.

É de extrema importância que os operadores do direito percebam os elementos indicados da Alienação parental, além de aceitarem e entenderem, a necessidade de realização da perícia psicossocial, para que, assim possam estar verdadeiramente assegurando a proteção dessas vítimas. É preciso ressaltar, deixar bem claro, que não se trata de exigir dos operadores do direito um diagnóstico da Alienação Parental, até porque são profissionais que não tem formação acadêmica de psiquiatria ou psicologia. Mas, sim que reconheçam as limitações e deem credibilidade a perícia psicossocial realizada para posteriormente possam adotar- com urgência e prioridade- as medidas pertinentes ao caso ( ROCHA, psicologia na pratica jurídica criança em foco, Alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional)

Todavia, mesmo com a possibilidade de atuação de profissional com saber diferenciado do magistrado e único competente não só para a solicitação mas também para a aceitação de laudo técnico por menorizado. Tal discricionariedade era prevista no artigo 436 da lei 5869/1973, o Código de Processo Civil vigente e continua em sua integralidade no novo diploma processual legal no artigo 459 que versa: “Art. 459. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.”

Mantem-se assim os aspectos limitadores do Judiciário que ao invés de admitir que não tratam-se dos senhores da verdade e que necessitam de auxílio, mais uma vez recebem dos legisladores o reforço positivo de ser comportamento individualista e autoritário. Afinal,

qual a capacidade técnica que um Juiz de direito poderia ter em relação ao conteúdo de um parecer de equipe multidisciplinar composto por psicólogo e assistente social? Quais são as argumentações jurídicas que o mesmo poderia utilizar para julgar que tal parecer é dispensável?

Percebemos a manutenção do poder discricionário exacerbado em detrimento aos outros saberes e a manutenção também da possibilidade de mais uma vez não darmos a devida importância as consequências psicológicas das pessoas envolvidas nos conflitos jurídicos, e ainda pior quando tratamos de crianças e adolescentes que passam pela Alienação Parental ou pior, pela Síndrome da Alienação Parental, pois esta pode gerar consequências psíquicas desastrosas e permanentes.

#### **4 CONCLUSÃO**

A família é a mais importante de todas as instituições, por meio dela que o indivíduo adquire as principais respostas para os primeiros obstáculos da vida. Nela que nascem as primeiras fontes, formam as impressões duradouras e também o caráter, que é base da formação do ser humano.

Assim, através deste trabalho, percebe-se que a alienação parental na maioria dos casos, nasce dos comportamentos e atitudes tomadas pelo pai ou pela mãe que não se conformando com o fim de um relacionamento, usam seus filhos como meio estratégicos para atingir o outro progenitor.

Confusos em discernir a conjugalidade da paternidade, os cônjuges frustram a convivência materna ou paterna, imputando memórias desabonadoras, em especial de abandono dos filhos, sem que necessariamente tais comportamentos realmente se apresentem.

Em geral, o genitor ferido, vitimado pelo abandono, cria artifícios para impedir encontros e a criação de laços estreitos entre o filho e o outro genitor, criando um abismo por vezes intransponível e devastador.

A efetiva instalação da Alienação Parental atinge vários direitos que são assegurados às crianças e adolescentes por meio da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante de tal prática, a criança se vê infringida na sua dignidade de pessoa humana, afinal esta não vê sua moral respeitada pelo seu próprio genitor, quando este tenta denegrir a imagem do outro progenitor.

Com o advento da Lei nº. 12.318/2010, o ordenamento jurídico pátrio veio mostrar para toda a sociedade que a Alienação Parental é uma realidade que efetivamente existe e que deve ser combatida para melhor interesse social e desenvolvimento das nossas futuras gerações.

Porém, enquanto o Poder Judiciário não tiver consciência da sua limitação de saberes e não reconhecer a necessidade de busca de novos saberes em outras ciências a efetivação da Justiça e decisões mais equânimes não serão práticas nas ações que versam sobre a Alienação Parental.

Entendemos que o Novo Código de Processo Civil trás em voga a importância dos peritos, porém ainda mantém o distanciamento e a subjugação dos profissionais não jurídicos ao estrelismo do Judiciário que se acha detentor de todos os saberes e peca pelo seu Ego.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Comentários à lei da alienação parental (Lei nº 12.318/2010). Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/17351> > . Acesso em: 10 Jun 2015.

ALDRIGHI, Tânia. Família e violência. **Família e**, p. 197-220, 2006.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Vigência a partir de 17.3.2016). “Código de Processo Civil.” Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: < <http://>

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.Htm) > . Acessado em 20 de outubro de 2015.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > . Acessado em 20 de outubro de 2015

**BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.**

Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis L, v. 8069, 1995.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)

BRASIL, Lei 12318 de 26 de agosto 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm). Acesso em 10 nov. 2015.

FREITAS, Douglas Philips. **Alienação Parental – Comentários a Lei 12.318/2010.** Disponível em: < <http://www.douglasfreitas.adv.br/pg.php?p=artigos> > . Acesso em: 19 Jun. 2013.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. Síndrome de Alienação Parental.. Disponível em: < <http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=6> > . Acesso em: 13 Jun 2015.

GARDNER, R. A. The Parental Alienation Syndrome (= A Síndrome de Alienação Parental), Segunda Edição, Cresskill, NJ: Creative Therapeutics. **Inc.1988.** Disponível em: <http://www.rgardner.com>). Acesso em: 10 out. 2015

GUAZZELLI, Mônica. “A Falsa Denúncia de Abuso Sexual”. In: DIAS, M. B. (Coord.) *Icesto e alienação Parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. 2. Ed. Campinas: Autores Associados, 2011.

GOLDRAJCH, Danielle. **Revista Síntese. Direito de Família**. São Paulo; Editorial, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Disponível em março de 2006, acessado em 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em: 20 de out. 2015)

PANTALEÃO, Ana Carolina Silveira Akel. **Crianças em jogo: guarda compartilhada é o modelo ideal em separação**. Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2002-nov-24/guarda compartilhada\\_modelo\\_ideal\\_separacao](http://www.conjur.com.br/2002-nov-24/guarda_compartilhada_modelo_ideal_separacao) > . Acesso em: 20 jun. 2015.

PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Icesto e Alienação Parental. Realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. Ed. São Paulo: RT

RABELO, Cesar Leandro; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida R. **Principais considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista artigos\\_leitura&artigo\\_id=10593&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10593&revista_caderno=12) > . Acesso em: 18 Jun. 2013.

ROSA, Pedro Valls Feu. JUSTIÇA DO FUTURO. **Revista Jurídica**, p. 14 a 21, 2013.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**. A interface da Psicologia com o Direito nas Questões de Família e Infância. Rio de Janeiro: Forense, 2012,

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. **Alienação Parental: a família em litígio**. Rio de Janeiro: Diretoria dos Programas de Pós-graduação Strictu Senso e de Pesquisa, 2010.

# **PROCESSO PENAL E SANÇÕES**



# ANÁLISE DA COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Murilo Rodrigues da Rosa<sup>146</sup>

## INTRODUÇÃO

A colaboração premiada tem ganhado imenso destaque no direito processual penal brasileiro, mormente a partir da “Operação Lava Jato”. Trata-se de um meio de obtenção de prova, que recompensa o suspeito, o réu ou o condenado que colaborar com a persecução penal, seja com a recuperação de ativos financeiros produtos do crime ou com a delação de comparsas. Ressalta-se, todavia, que para além de ser um meio de obtenção de prova, o acordo de colaboração representa o avanço do direito penal negocial na legislação pátria, indo de encontro à tradição brasileira da obrigatoriedade da ação penal, pois permite o não oferecimento da denúncia.

Apesar da fama recente, a delação premiada foi introduzida na legislação brasileira em 1990, com a lei dos crimes hediondos, no seu artigo 8º. Além disso, está presente nas seguintes normas: artigo 6º da Lei nº 9.034/95 (Organizações Criminosas); artigo 25, §2º, da Lei nº 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – inclusão com a Lei nº 9.080/1995); artigos 1º ao 7º da Lei nº 8.137/90 (Inclusão com a Lei nº 9.080/95; artigo 159, §4º, do

---

146. Mestrando em Teoria e História do Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito pela mesma instituição. Contato: [murilorosa.direito.ufsc@gmail.com](mailto:murilorosa.direito.ufsc@gmail.com).

Código Penal (inclusão com a Lei n. 9.269/96); artigos 1º e 5º da Lei nº 9.613/98 (“Lavagem” de Capitais); artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99 (Proteção a Testemunha); artigo 35-B da Lei nº 8.884/94 (Infrações contra a ordem Econômica/CADE – inclusão com a Lei nº 10.149/2000); artigo 32, §2º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas).

Entretanto, só recentemente, com o regramento detalhado dado pela Lei nº 12.850/2013 (Organização Criminosa), é que o acordo de colaboração penal vem sendo utilizado com mais frequência pelos atores jurídicos. Renato Brasileiro de Lima define a colaboração premiada como

uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal. (2016, p. 1031)

Este instituto tem dividido opiniões na doutrina e na academia, com defesas e ataques apaixonados de ambos os lados. Por um lado, existem aqueles que consideram que na persecução penal de grandes organizações criminosas o Estado não pode se limitar por formalismos desnecessários ou excessivo número de garantias processuais, de modo que a colaboração seria um importante meio de obtenção de provas, inclusive utilizando a prisão preventiva como instrumento de pressão para conseguir essa colaboração. Em sentido oposto, estão os que a consideram inconstitucional, por violar garantias e direitos fundamentais.

Assim sendo, o objetivo deste artigo é ponderar as críticas e os elogios para conferir o real impacto deste instituto na persecução penal, especialmente no que diz respeito às liberdades e direi-

tos fundamentais. Por conseguinte, exime-se de debater a fundo o tema da obrigatoriedade da ação penal dentro do sistema penal pátrio. Assim, em um primeiro momento expor-se-á os principais argumentos utilizados para dar supedâneo à utilização da delação premiada. Em seguida, apresentar-se-á os argumentos considerados mais importantes para a crítica do acordo entre a acusação e a defesa. Ao final, pretende-se apontar breves ponderações indicando novos caminhos de pesquisa e debate, sem, contudo, ter a pretensão de indicar uma resposta definitiva.

## **1. A EFICIÊNCIA DA PERSECUÇÃO PENAL COMO JUSTIFICATIVA PRIMORDIAL**

Sérgio Fernando Moro, Juiz Federal, ficou muito conhecido por causa de sua participação na referida Operação Lava Jato, cujo principal método de investigação foi a delação premiada. Com efeito, Moro, em seu estudo sobre a operação italiana *manipulite*, defendeu a utilização da delação como meio eficiente de obtenção de prova, considerando que “crimes contra a Administração Pública são cometidos às ocultas e, no(sic) maioria das vezes, com artifícios complexos, sendo difícil desvelá-los sem a colaboração de um dos participantes” (2004, p. 58).

De fato, a eficiência parece ser o principal argumento em favor da premiação do réu. Com o aumento da complexidade dos delitos e dos expedientes para ocultação de patrimônio proveniente deles, o Estado não consegue, em tese, punir os chamados crimes de colarinho branco sem os acordos penais. No dizer de Antonio Scarance Fernandes, “A verdade é que a polícia não consegue desvendar certos crimes sem a colaboração de pessoas ligadas ao próprio mundo do crime e, em razão disso, vários países, para combate ao crime organizado, admitiram essa ajuda, oferecendo vantagens ao colaborador.” (2008, p. 250). Outrossim, Mauricio Schaun Jalil (2013)

elogia a lei de organizações criminosas pelas inovações necessárias e imprescindíveis no que diz respeito aos meios de produção de prova.

Ainda sobre o assunto, o Subprocurador-Geral da República Nicolao Dino argumenta:

Cada vez mais, sofisticam-se as práticas de corrupção e mecanismos de ocultação da sonegação, da lavagem de dinheiro, de evasão de divisas, de fraudes em mercados de capitais, dentre outras práticas ilícitas. E quanto mais complexa for empreitada criminosa, mais difícil será a obtenção da prova. Por tudo isso, é necessário incentivar o criminoso a contribuir com o Estado, ainda que em troca de um benefício proporcional à colaboração levada a cabo. Não há nisso violação a direitos ou garantias do investigado/acusado, tampouco coação. (2015, p. 444-445)

Vilvana Zanellato (2016), seguindo a mesma esteira, afirma que a delação premiada é instrumento de política criminal garantista. A autora sustenta que a macrocriminalidade produz externalidades negativas, como falta de saúde, educação, segurança, que suscitam do Estado uma maior eficiência nos procedimentos penais para garantir o bem-estar e a dignidade da população.

Outro destacado doutrinador, Renato Brasileiro de Lima justifica a adoção da colaboração premiada em razões de ordem prática:

Apesar de, sob certo aspecto, a existência da colaboração premiada representar o reconhecimento, por parte do Estado, de sua incapacidade de solucionar *sponte própria* todos os delitos praticados, a doutrina aponta razões de ordem prática que justificam a adoção de tais mecanismos,

a saber: a) a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da “lei do silêncio” que vige no seio das organizações criminosas; b) a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada. (2016, p. 1034)

Entretanto, seus defensores vão adiante, sustentando a utilização da colaboração premiada também sob o ponto de vista moral, principalmente defendendo-se de críticas. Ademais, alegam que esse acordo não viola nenhuma garantia ou princípio fundamental.

### **1.1. A DELAÇÃO E A MORAL**

A respeito desse assunto, Moro (2004) argumenta que o acusado que colabora com a Justiça e com a aplicação das leis do país, quando justas e democráticas, não age contra a moral, ainda que movido por interesses pessoais.

Para Brasileiro de Lima (2016), não há que se falar em ética de criminosos, pois estes agem à margem da sociedade, com valores antissociais. O autor lembra que os mafiosos não tem escrúpulos morais, tampouco éticos, ao determinar a execução de membros de facções rivais ou mesmo de pessoas de bem. Portanto, na visão de Lima, a delação premiada não viola a ética e a moral social.

De acordo com Zanellato, deve-se optar pela ética com a sociedade, não com as organizações criminosas:

Entre a ética com a sociedade e a ética com as organizações criminosas, que se opte pela primeira. Entre a parceria com as organizações criminosas e a parceria com a sociedade, que se opte pela segunda. A parceria, hoje, é necessária e não é

preciso “desenhar” para que lado o Direito deve declinar.(2016, p. 119)

Com isso, verifica-se na argumentação dos autores citados que a colaboração com a Justiça e com a aplicação das leis do Estado suplantariam a dimensão da traição institucionalizada.

## **1.2. O ALEGADO RESPEITO ÀS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Para os defensores do instituto, a colaboração premiada está de acordo com as garantias e os direitos fundamentais previstos na Constituição da República. A própria Lei nº 12.850/2013, segundo estes autores, trouxe os limites necessários para sua aplicação.

De início, salienta-se que a delação premiada não é prova, mas instrumento de obtenção de prova, de modo que ninguém pode ser condenado apenas com base na palavra do delator. Sérgio Moro (2004) coaduna com esse entendimento, já que o colaborador tem interesse direto na condenação do delatado para receber seu prêmio. Portanto, aquilo que for relatado pelo colaborador deve ser corroborado por provas. Zanellato (2016) anota que o Estado não tem interesse que se incriminem inocentes, por conseguinte tipificou penalmente a delação caluniosa.

Ademais, Gustavo Badaró, pensando em casos nos quais uma segunda delação venha a corroborar a primeira, o que se denomina de corroboração cruzada, entende que ainda assim não se pode condenar o réu duplamente delatado com base somente nessa corroboração mútua:

Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade? As-

sim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. (2015, p. 29)

O segundo ponto levantado é de que a colaboração premiada, pelo que está disciplinado na lei, é sempre voluntária, devendo o colaborador estar acompanhado de defesa técnica para realizá-la (ZANELATO, 2016). A voluntariedade, de acordo com Brasileiro de Lima (2016, p. 1045), decorre do processo de declaração de vontade do colaborador, com plena consciência da realidade, e exercida com liberdade. Neste ponto, o autor ressalva que essa liberdade é psíquica, por isso não encontra óbice o acordo com réu preso.

Aliás, observa-se no artigo de Moro que uma das principais estratégias para persuadir a colaboração dos réus é a prisão preventiva, pois “é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos” (2004, p. 59). O Juiz Federal ressalta que a prisão cautelar só pode ser decretada quando presentes os requisitos objetivos, no entanto, como se verá no momento oportuno, este argumento é questionável e muitos críticos têm caracterizado como forma de coação.

O terceiro aspecto polêmico é a obrigação do colaborador abdicar do direito ao silêncio. Renato Brasileiro (2016, p. 1035) entende que esse dever do réu que firma o acordo com a acusação é compatível com o direito ao silêncio assegurado pela Constituição da República, já que é uma escolha voluntária do próprio réu. O autor salienta que há um erro de redação na lei, que dispõe “o colaborador renunciará ao direito ao silêncio”, porquanto não se pode renunciar a um direito fundamental. Logo, consoante Lima, trata-se de uma opção pelo não exercício do direito ao silêncio, que pode, inclusive, ser utilizado a qualquer momento, o que implicaria na quebra do acordo penal.

Do mesmo modo se posiciona Zanellato (2016, p. 117), mencionando que o colaborador mantém o seu direito de calar-se, podendo dele utilizar-se a qualquer momento, bastando querer. Todavia, seu exercício é incompatível com o ato de colaboração; portanto, diante da voluntariedade, a opção é do colaborador, não do Estado. Aliás, finaliza a autora, “como já ocorre em qualquer persecução penal”.

Além do mais, Américo Bedê Junior e Alexandre Castro (2016) salientam que o acordo é homologado pelo magistrado, o qual verificará a sua regularidade, legalidade e voluntariedade. Destaca-se que o papel do juiz na colaboração premiada é passivo, ele não deve imiscuir-se na negociação que antecede o acordo, sob pena de violar o sistema acusatório. O juiz, sob esta ótica, deve ser garantidor dos direitos fundamentais do colaborador, ao mesmo tempo que deve zelar também pelos direitos do delatado.

Os autores que advogam a concordância da colaboração premiada com os direitos e garantias fundamentais citam ainda a recepção pelo Supremo Tribunal Federal desse instituto, tomando como paradigma a decisão do *Habeas Corpus* nº 127.483/PR (ZANELLATO, 2016) (LIMA, 2016). Nesse julgamento, a Corte Constitucional enfrentou os principais óbices levantados pelos advogados do paciente e, ao fim, manteve intacto o acordo de colaboração premiada. O Supremo confirmou os argumentos já referidos: não se pode condenar apenas com o depoimento do delator, o dever do colaborador de dizer a verdade não fere a Carta Magna, a prisão para fins de coagir a delação, ou com fundamento no silêncio do réu, é ilegal.

## **2. PROBLEMATIZANDO A COLABORAÇÃO PREMIADA**

A despeito de seu uso cada vez mais frequente, a colaboração premiada não é unanimidade no direito processual penal do país, pelo contrário, muitos argumentos são levantados para criticar seu uso. Talvez o mais reiterado deles seja o de que a delação premiada não

se coaduna com o sistema penal acusatório, resultando em violações de direitos fundamentais da Constituição Federal. Outrossim, no dizer de alguns autores, a delação premiada seria uma espécie de traição institucionalizada, o que iria contra os valores morais da sociedade.

## **2.1. DELAÇÃO PREMIADA: PRÁTICA MODERNA OU MEDIEVAL?**

Adel El Tasse, no artigo *Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval* (2006), aduz que a introdução da delação premiada como instrumento de produção de prova não é um avanço legislativo, mas um retrocesso. O autor relembra que durante o Santo Ofício a delação funcionou, junto da tortura, como um dos principais instrumentos dos processos inquisitoriais. Tasse localiza a introdução da delação premiada no Brasil na época colonial, com as ordenações filipinas, cujo Livro Quinto, Título CXVI previa “como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”.

Segundo El Tasse, a delação premiada gera sérios riscos à garantia de defesa do acusado, que se vê na posição contraditória de acusador de si mesmo. De acordo com o autor, a presença da delação premiada no ordenamento tem produzido uma exigência do juízo para que o acusado confesse e colabore, sob pena de imposições de ônus processuais (TASSE, 2006).

O articulista afirma, ao contrário do que alegaram os defensores da delação, que são cada vez mais frequentes as prisões e medidas processuais hostis ao acusado para coagi-lo a colaborar, em flagrante contradição com o princípio da presunção da inocência. Soraia da Rosa Mendes e Kássia de Souza Barbosa (2016, p. 84) contrapõem-se à possibilidade de colaboração do réu preso, bem como à prisão preventiva como método utilizado pela acusação para forçar um acordo. De acordo com elas, não é possível falar de autonomia de quem se encontra encarcerado, pois a prisão temporária é um ato de subjugação do acusado para induzir uma eventual confissão.

Ademais, segundo Thiago Brugger da Bouza (2016), a nova sistemática de possibilitar acordo entre defesa e acusação em qualquer momento do processo, inclusive depois da prolação de sentença, afasta sobremaneira a “livre vontade” do sujeito, já que há real coação contra si. Ele identifica como ilegítimas as investigações criminais que se guiam por meios heterodoxos, por atentarem contra o Estado Democrático de Direito.

Além disso, consoante El Tasse (2006) o contraditório é abandonado, pois de um lado a defesa diz aquilo que a acusação quer ouvir, e esta se satisfaz com o que é dito pelo colaborador. Não há, nesta nova dinâmica, debate probatório mais profundo. José de Assis Santiago Neto soma-se a esta crítica, dizendo que o colaborador não necessita dizer toda a verdade, porém somente aquilo que o acusador deseja ouvir. Logo,

a delação acaba tendo como consequência a formação do quadro mental paranoico, eis que a confiança cega na versão de um delator, leva a formação de uma hipótese a qual se passará a buscar qualquer elemento que seja que a fundamente, pouco importando a (re)construção dos fatos através dos argumentos e provas. (2016, p. 41)

Para este autor, acreditar em delação premiada seria crer no mito da verdade real, que dá suporte ao processo inquisitório. Destarte, qualquer decisão que se baseia nesse instituto é inconstitucional, por contrariar o modelo de processo penal previsto na Constituição. Conforme Santiago Neto, o acordo penal em exame se sustenta na “máxima de que os fins justificariam os meios, o que é inaceitável para quem quer a construção do Estado Democrático de Direito” (SANTIAGO NETO, 2016, p. 43).

A propósito, pode-se criticar também a forma como as colaborações são expostas na mídia. Ora, Moro (2004) não tem pudor ao

elogiar o vazamento de informações conseguidas através de delações à imprensa, a fim de pressionar outros possíveis investigados a colaborar com o Estado-acusador. O Juiz Federal parece minimizar o risco que esse tipo de vazamento representa à imagem de alguém que possivelmente não é nem acusado formalmente, muito menos condenado com trânsito em julgado. A mídia, como pode-se perceber nesses últimos anos, utiliza-se das delações para formular manchetes sensacionalistas, reafirmando o processo penal do espetáculo.

Tem-se, então, um terceiro a quem não é dada a oportunidade de se defender ou contraditar no bojo do processo que origina o acordo penal, mas que é acusado publicamente com base nesse processo, muitas vezes como se condenado fosse. Forma-se um consenso social quanto a sua culpa, pressionando-o a colaborar com a justiça. Trata-se de flagrante inversão do ônus da prova, no qual a pessoa delatada deve então provar, contra a palavra do delator, que é inocente.

## **2.2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA TRAIÇÃO**

De acordo com Tasse, em nenhum momento pode-se considerar o ato de traição como algo positivo. O avanço da delação premiada respaldado por critérios utilitaristas tem derrubado barreiras éticas importantes, ao premiar um comportamento tido como imoral. Para este autor, “o que ocorre é um prêmio ofertado pelo Estado ao agente que, além de criminoso, é traidor e desleal.” (2006, p. 273).

Apesar da distinção entre direito e moral, na visão do autor, o sistema jurídico não poderia ir contra os postulados éticos que permitem a prosperidade da comunidade (TASSE, 2006). Santiago Neto (2016), outrossim, argumenta que a delação não passa de uma traição, sendo esta vista como algo contrário aos valores sociais. No entanto, com a colaboração premiada há uma verdadeira inversão de valores, uma vez que o traidor passa a ser visto como peça central da prova no processo judicial.

## **2.3 A EFICIÊNCIA CONTRA O PROCESSO**

O discurso mais recorrente para legitimar a barganha penal é a sua eficiência; aliás, a colaboração, no discurso de seus defensores, seria o único meio disponível para conseguir punir os crimes complexos e dismantelar as organizações criminosas. Clara Maria Roman Borges (2013) aborda esse fenômeno de maneira distinta dos autores já citados nesse segundo capítulo. Segundo ela, a justiça criminal está gradualmente implementando institutos negociais que já não se compatibilizam com a dicotomia entre processo inquisitório e acusatório.

Na visão da autora, as diferenças entre verdade formal ou processual em contraposição à verdade real deixam de ter importância, porque à sociedade já não importa diferenciar o real do imaginário. O que importa na sociedade é estimular o consumo de soluções rápidas, pois não reconhece mais a diferença entre as verdades e as falsidades:

Diante desta demanda, o processo penal que serve como instrumento à reconstrução da verdade de um crime passa a ser visto como moroso, dispendioso e, principalmente, ineficiente. A necessidade de se buscar a verdade real para poder punir se transforma num obstáculo à celeridade na aplicação da punição, pois produzir provas exige tempo, mesmo que na realidade sejam para o inquisidor confirmar o seu prejulgamento. Por outro lado, a necessidade de se buscar a verdade formal para encarcerar tem como pressuposto o cuidado com a efetivação de direitos do acusado, o que igualmente exige tempo (para cumprimento do ritual procedimental garantista) e ainda diminui o número de condenações. (2013, p. 158)

Assim, de acordo com Borges (2013), a política criminal se desdobra em dois fenômenos: o primeiro seria o encarceramento sem processo dos economicamente desfavorecidos, confirmado pelo aumento exponencial dos presos provisórios. Por outro lado, quando se fala da criminalidade organizada, a produção de provas seria feita apenas no momento pré-processual para que a acusação se municie de elementos de barganha para forçar um acordo e fazer a parte desistir do processo. Como exemplo maior desse paradigma, a autora cita os Estados Unidos, onde 90% dos processos penais não são levados a julgamento, pois terminam em acordo.

Destarte, percebe-se que a produção de provas não teria o objetivo de informar a convicção do juiz ou dos jurados sobre os fatos para que seja proferida uma decisão judicial, todavia teria a finalidade de pressionar o acusado, seja culpado ou inocente, a aceitar o acordo, de forma que o Estado mostre que agiu de forma rápida e eficiente (BORGES, 2013). A colaboração premiada insere-se nessa lógica, substituindo a desgastante tarefa de reconstituir os fatos *sob iudice* por meio de um acordo entre defesa e acusação, com a finalidade de economizar tempo e os caros serviços do Estado, bem como punir o maior número de pessoas no menor espaço de tempo possível.

Outro ponto ressaltado pela pesquisadora, é que o réu colabora, aceitando uma punição tida como menos branda, para evitar uma punição que seria, em tese, mais severa ao final do processo. A promessa de punição funciona como tortura psicológica, uma barganha desleal do Estado para induzir à confissão.

Ela fundamenta parte de sua crítica em Sérgio Moccia:

Neste sentido, o citado processualista italiano afirma que, ao abandonarmos a cultura da prova, o processo perde aos poucos sua função cognitiva e isso influencia na própria estrutura das infrações, pois a justiça negocial quando sacrifica a exigência

de reconstrução própria do processo contraditório neutraliza os imperativos de precisão da lei penal, do limite de penas, alimenta o surgimento de figuras penais de contornos evanescentes, construídas preferencialmente sobre o modo de ser do que sobre condutas verificáveis. Em suma, passa-se de um direito penal do fato a um direito penal do autor. (BORGES, 2013, 159)

A autora menciona que nos Estados Unidos, “em nome da eficiência-celeridade a sociedade tem suportado o amargo gosto de inocentes que aceitam acordos para evitar a estigmatização decorrente do longo processo e de culpados que imoralmente delatam seus comparsas e recebem indulgências.” (BORGES, 2013, p. 160). No Brasil, em sua visão, estamos seguindo um caminho semelhante, porém sem termos a consciência disto.

Giacomolli e Vasconcellos identificam nesse fenômeno tendências de mercantilização do processo penal, com o risco deste “se tornar um *locus* onde se dispõe da liberdade das pessoas como se negocia com as coisas no direito privado” (2015, p. 1121). Isso decorre de um Estado neoliberal, no qual tudo é precificado, inclusive a liberdade. No dizer dos autores, esse afã de eficiência-celeridade fortalece os traços autoritários do poder punitivo estatal, ao fragilizar a dogmática processual penal e as suas garantias.

A justiça negocial, segundo Giacomolli e Vasconcellos, transforma o processo penal em um *market system*, ou seja, na comercialização da justiça criminal, através de acordos penais pautados pelo “império da economia processual”. Esses novos mecanismos propõem a flexibilização das garantias como remédio à morosidade judicial. Ademais, perde-se qualquer controle acerca da licitude das provas, uma vez que o órgão acusador pode utilizar-se de provas ilícitas para forçar um acordo, fugindo das limitações jurisdicionais. Como exemplo, firmou-se na jurisprudência estadu-

nidense a tese de que realização do negócio penal sana qualquer vício anterior na produção probatória penal, sendo que o acusado fica impedido de recorrer de qualquer nulidade pré-processual (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A práxis jurídica do processo penal pós “Lava Jato” mostra que as críticas feitas pelos acadêmicos garantistas e críticos da delação premiada não são vazias de sentido. Com efeito, observou-se abuso de prisões preventivas e métodos heterodoxos de investigação, como a escuta ambiental na tentativa de conseguir elementos para barganhar acordo penal, conduções coercitivas sem prévia intimação, interceptações telefônicas generalizadas, até mesmo em escritório de advocacia. Além disso, a forma como o Judiciário divulgou, propositalmente ou não, informações sigilosas, conversas privadas, e até mesmo grampo telefônico de conversa da autoridade máxima da República, é digna de reprovação.

Ademais, percebe-se o Ministério Público transacionando com amplos poderes, inclusive criando o regime domiciliar alheio à qualquer previsão normativa, sem poder ser questionado por terceiros, uma vez que o Supremo Tribunal Federal assentou que a colaboração processual é negócio jurídico processual personalíssimo. Dessa forma, o Ministério Público pode formular todas as regras do jogo, é até mesmo capaz de direcionar 10% do valor restituído pelo colaborador para si próprio, à revelia de qualquer disposição legal; aliás, mesmo *contra legem*, pois de acordo com o Código Penal o produto do crime deve indenizar à vítima. Quem poderia, neste caso, fiscalizar o *Parquet*?

Percebe-se, por outro lado, na opinião pública, sentimentos contraditórios em relação à colaboração premiada. Certa parte da população apoia o “combate à corrupção”, doa a quem doer, com o uso dos instrumentos jurídicos que forem necessários. Em sentido

contrário, os mais desfavorecidos começam a esboçar uma crítica quanto à seletividade do próprio instituto, utilizado em crimes financeiros para evitar a prisão de grandes empresários. Ora, sabe-se que a obrigatoriedade da ação penal nunca impediu a seletividade do sistema penal, que ocorre tanto pela criminalização primária realizada pela norma penal, quanto pela secundária levada a cabo pelos atores desse sistema. O que ocorre é uma continuação do processo de seletividade, com novos métodos permeando a velha racionalidade.

A nosso ver, a colaboração premiada faz parte de uma tentativa de relegitimar o sistema penal brasileiro, o qual encontra-se em crise há algum tempo. No entanto, não há nenhuma novidade na política criminal formulada pelo Estado, mantendo-se o mesmo punitivismo, ou direito penal máximo, que está fadado ao fracasso. No lugar de se pensar uma política criminal voltada à responsabilização de infratores, à socialização de marginalizados, pautada no direito penal mínimo e respeito às garantias e direitos fundamentais, o que observamos é o recrudescimento das penas, maior liberdade de ação do Ministério Público e das polícias, bem como violação de liberdades fundamentais.

A grande questão está no sistema penal visto de modo amplo. Não discordamos totalmente em premiar quem ajuda a recuperar os objetos do crime para indenizar à vítima, nem tampouco aqueles que se arrependem e se responsabilizam em corrigir os atos cometidos. No entanto, no mercado das delações, o que se vê é uma ampla discricionariedade e falta de parâmetros institucionais claros.

Ademais, não se pode negociar a liberdade no direito penal como quem negocia mercadorias quaisquer no direito privado. A flexibilização das garantias e direitos fundamentais em nome da eficiência-celeridade do processo penal é porta aberta para o abuso de poder do Estado e a potencialização do autoritarismo. A delação premiada não é apenas meio de produção de prova, ela é um insti-

tuto negocial que se distancia da tradição processualista brasileira, bem como mitiga o contraditório e a presunção de inocência.

Portanto, é necessário que as Instituições formulem políticas para delimitar melhor os limites de atuação de seus membros, respeitando sempre as leis e a Constituição. Outrossim, cabe à doutrina e à academia fazer a crítica dos abusos e ilegalidades cometidos, propondo as alterações legislativas e jurisprudenciais que sejam necessárias.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. **Revista Jurídica Consulex**, n. 443, fevereiro 2015, p. 26-29.

BEDE JUNIOR, Américo; COURA, Alexandre de Castro. ATUAÇÃO DO JUIZ NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 969, p.149-159, jul., 2016.

BORGES, Clara Maria Romam. UM OLHAR PARA ALÉM DOS SISTEMAS PROCESSUAIS. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 104, p.147-171, set./out. 2013. Bimestral.

BOUZA, Thiago Brugger da. A colaboração premiada como um ilegítimo sistema de trocas. *In* MENDES, S. da R. (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016, p. 90-106.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. *In* SALGADO,

D. de R.; QUEIROZ, R. P. (orgs). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 439-459.

FERNANDES, Antonio Scarance. CORRUPÇÃO: ASPECTOS PROCESSUAIS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 89, p.471-494, mar./abr. 2011. Bimestral.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: CRÍTICA À FRAGILIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL EM UM CENÁRIO DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL. *Nej*, [s.l.], v. 20, n. 3, p.1108-1134, 14 dez. 2015. Editora UNIVALI. <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v20n3.p1108-1134>.

JALIL, Mauricio Schaun. NOVA LEI SOBRE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI 12.850/2013): PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 32, p.87-96, jul-dez. 2013.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 4ª ed.. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Souza. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/és presos/as provisoriamente. *In* MENDES, S. da R. (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016, p. 72-89.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set., 2004.

SANTIAGO NETO, José de Assis. A colaboração premiada e sua (des) conformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo. *In* MENDES, S. da R. (org.). A delação/co- laboração premiada em perspectiva. Brasília: IDP, 2016, p. 27-45.

TASSE, Adel El. DELAÇÃO PREMIADA: NOVO PASSO PARA UM PROCEDIMENTO MEDIEVAL. **Ciências Penais**, São Paulo, v. 5, p.269-283, jul./dez. 2006. Semestral.

ZANELLATO, Vilvana Damiani. A colaboração premiada como instrumento de política criminal garantista em sua dupla dimensão. *In* MENDES, S. da R. (org.). **delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016, p. 107-119.



# PROVAS EM PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE TOCANTE AOS MEIOS DE RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS FATOS

Thomaz Muylaert de Carvalho Britto<sup>147</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade o estudo da teoria geral da prova no processo penal. A prova, no Direito, é essencial para a formação do convencimento do julgador, tendo em ótica um liame a ser constituído entre uma decisão judicial e os elementos probatórios. Ademais, objetiva-se o estabelecimento de uma compreensão tocante ao tema no sentido de cotejar o sistema penal e os seus fins aos meios utilizados com o fito de legitimar uma condenação.

No âmbito do processo penal, as provas se comportam enquanto os instrumentos a partir dos quais se torna possível a reconstrução do fato histórico vivenciado no momento da ocorrência do crime. Ainda que, conforme explana a doutrina, não seja possível a percepção exata dos acontecimentos relativos à ocasião do crime, engloba uma possibilidade de formação de certeza jurídica em detrimento da certeza fática, sendo a própria certeza jurídica criticável ante a “elaboração jurídica”.

A doutrina e a jurisprudência discutem as repercussões de uma condenação penal, as quais, além de se relacionarem ao indivíduo condenado em si, envolvem-se com uma expectativa social no sentido de busca pela justiça. Assim sendo, pode-se averiguar um ponto limítrofe a ser investigado no plano probatório em processo penal.

---

147. Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

As provas, nesse sentido, funcionam como uma garantia dos réus no processo penal, porquanto exigem um acervo mínimo do Estado a fim de que se condene uma pessoa. Diante disso, o processo penal deve ser lido à luz das garantias constitucionais relacionadas ao mesmo, tendo em vista todos os dispositivos encartados na Carta Magna de 1988 que vieram em resposta a um período anterior, qual seja, a Ditadura Militar.

Existe uma discussão na doutrina de processo penal acerca da taxatividade ou não do rol elencado pelo Código de Processo Penal. Em virtude de uma análise detida da Constituição, pretende-se entender qual é a opção mais acertada no que diz respeito ao tema. Já é válido adiantar, todavia, que, se uma medida privilegia o respeito aos princípios fundamentais, deve prevalecer em relação a uma interpretação com viés restritivo.

Objetiva-se, outrossim, no artigo em comento, uma percepção sobre as provas ilícitas, as quais são trabalhadas sob duas perspectivas: a do réu, o qual pode ter somente essa prova para se defender em um processo penal e a do Estado, que não pode se valer de uma prova ilícita com o fito de condenação do acusado. Discute-se, também, a teoria dos frutos da árvore envenada, cujas implicações são notórias na prática forense.

A pesquisa em epígrafe foi redigida com base nas obras dos autores renomados na disciplina Processo Penal: Aury Lopes Jr., Eugênio Pacelli e Paulo Rangel, cujas opiniões contribuíram para uma reflexão atenta mediante o tema, uma vez que, mediante a observação de tais doutrinas, almeja-se a desconstrução de pensamentos tangenciados pelos senso comum e a arquitetura de uma problematização, a partir das provas, acerca do sistema penal.

## **1. TEORIA DAS PROVAS**

Eugênio Pacelli (2014, p. 327) opta pela nomenclatura de “teoria das provas” no processo penal, porque as teorias já pressupõem uma generalidade a que se pretende a expressão “teoria geral das

provas”. Segundo o autor, pretende-se, no processo penal, uma reconstrução dos fatos investigados no processo, de tal forma que eles se aproximem do suporte fático que o justifica.

Em que pese a dificuldade encontrada ao se tentar reconstruir o fato delituoso, para o autor, a atividade estatal jurisdicional tem essa função. Ainda que seja imperfeita, objetiva-se a construção de uma verdade judicial. A certeza jurídica formada pode não corresponder aos fatos. A finalidade do processo penal é a de se avizinhar da realidade dos fatos. Em suas palavras, Eugênio Pacelli (2014, p. 327) expõe:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Constata-se, a partir de uma análise doutrinária, a manifestação dos autores no sentido de que o processo penal se destina ao encontro de uma verdade. Uma busca, assim sendo, é estabelecida em função da reconstrução das circunstâncias vivenciadas pela vítima e pelo acusado, assim como pelas testemunhas oculares, por exemplo. Uma parcela dos autores critica, ainda, uma visão do processo penal sob o parâmetro das ciências exatas, como se fosse possível alcançar a exata materialidade acerca do que efetivamente ocorreu quando da suposta prática do crime.

Uma problematização a respeito desse assunto se vislumbra necessária, tendo em vista as diferentes conduções passíveis de adoção no curso do processo penal. A produção de provas, nesse diapasão, encontra respaldo constitucional e prático, eis que ocasiona maior segurança jurídica ao réu do processo e reafirma o ônus estatal perante a comprovação de uma eventual culpa. As pro-

vas servem, logo, como um instrumento de defesa, porquanto, a despeito de poderem ser produzidas pela acusação, a Carta Magna assegura o respeito ao contraditório pelo réu.

Sustenta Aury Lopes Jr. (2016, p. 457) que, no processo penal, vislumbra-se a reconstrução histórica dos fatos, a qual se possibilita por via dos meios de prova. As provas fomentarão a conclusão do magistrado a respeito da ocorrência do fato histórico. O doutrinador em apreço considera como recognitiva a atividade do juiz, na medida em que o mesmo conhece o fato por intermédio das provas. Estas são responsáveis pela construção do convencimento do juiz.

Nesta investigação, acompanha-se o posicionamento do mencionado autor acerca da atividade recognitiva do juiz, visto que o magistrado conhece da matéria do processo penal por intermédio das provas produzidas, não havendo que se falar em um afastamento relativo às provas constituídas no processo. Inobstante se reconheça a limitação do operador do Direito no que pertine à reconstrução histórica pretendida pelo processo penal, objetiva-se a formação do convencimento do julgador com o fito de que se julgue com fundamento nas evidências arroladas nos autos.

Para ele, os estudos históricos demonstram que não havia limites em busca de uma “verdade” no processo penal. Sendo assim, o mito da “verdade real” está ligado ao sistema inquisitório e a práticas que levam a atrocidades, uma vez que inocentes eram conduzidos à confissão de uma conduta delituosa não cometida. Na busca da “verdade real”, utilizam-se vários meios probatórios. O autor critica, todavia, que a procura pela “verdade substancial” pode comprometer o juízo de valor a ser construído, sobretudo quando se circunscreve no autoritarismo e se distancia do cumprimento das regras.

Quanto à busca pela “verdade real” no processo penal, cumpre a inscrição da tese segundo a qual a referida verdade não pode ser encontrada. Seria utópico reconhecer a reconstituição exata dos acontecimentos associados à prática do crime perpetrado. Além

disso, os meios a serem utilizados com o objetivo de reconstrução dos fatos devem observância aos dispositivos constitucionais, pois não se permite, por exemplo, a utilização de provas forjadas para condenar uma pessoa. O princípio da dignidade da pessoa humana, relacionado a diversos outros valores insculpidos na Constituição, merecem cumprimento no ordenamento jurídico.

Aury Lopes Jr. (2016, p. 490) se posiciona favoravelmente à verdade formal ou processual, a qual é obtida pela observância a regras e procedimentos e condicionada, logo, às garantias da defesa. O processualista em tela elenca quatro limites impostos pela verdade formal, quais sejam: a acusação deve se pautar nas normas, precisa se embasar em provas produzidas nos ditames legais, deve ser passível de oposição e deve preponderar a presunção de inocência em caso de dúvida. A verdade processual ou formal se subdivide em fática e jurídica. A primeira congrega o histórico, ao passo que a segunda engloba uma classificação.

Ele corrobora a tese de que a verdade real é inalcançável, porque envolve um fato passado e cita Carnelutti, afirmando que não cabe uma discussão relativa à escolha de uma verdade material (real) ou formal (processual), mas sim a substituição da ideia de verdade pela de certeza jurídica.

O contraditório, responsável pelo conhecimento a respeito dos fatos sobre os quais um indivíduo é acusado e pela concessão de oportunidade de contra-argumentação sobre as provas e os fatos alocados no bojo processual, se afigura uma garantia indispensável para a condução de uma condenação pautada no teor constitucional. O Código de Processo Penal deve ser lido à luz dos ditames constitucionais, assim como dispõe a constitucionalização do aludido diploma legal. A transposição de um Código elaborado em uma realidade completamente distinta da que se nota hoje precisa ser feita diariamente e com base na comparação patente perante a Constituição da República.

Lopes Jr. concorda com a opinião de Carnelutti sobre o afastamento da noção de verdade, todavia, diverge quanto à sua substituição pelo conceito de “certeza”. Concluiu, sobre o tema, que a verdade não deve ser o objetivo do processo penal. Elabora-se uma decisão judicial, a qual foi formulada com base nas provas e no procedimento em contraditório. Frise-se que o autor não nega a verdade. Ele vincula a legitimidade da decisão ao respeito diante do procedimento em contraditório.

Eugênio Pacelli (2014, p. 332) escreve que o princípio da verdade real, em nome da procura da verdade, legitimava o exercício de práticas autoritárias pelos agentes estatais, por exemplo. O processualista explana que, distintamente do processo civil, o processo penal não aceita uma verdade formal (decorrente de presunção), exigindo uma materialização da prova (verdade material).

A doutrina, conforme se pôde sistematizar, observa o princípio da verdade real enquanto um postulado em razão do qual se utilizavam as autoridades estatais para a prática de condutas abusivas e, muitas vezes, irracionais a fim de conseguir a condenação de um réu. A constitucionalização do Direito Processual Penal se mede, também, pela capacidade que as autoridades públicas devem ter de conduzir o processo com o respeito aos princípios e garantias constitucionais, sendo imperioso aduzir que, caso não haja o devido zelo tocante a esses postulados, pode-se invocar nulidade dos atos processuais eivados de vícios.

## **2. CONCEITO E OBJETO DAS PROVAS**

Paulo Rangel (2015, p. 461) conceitua a prova como o arcabouço instrumental manejado pelos sujeitos processuais no intuito de comprovar os fatos da causa. Nessa senda, é cediço que escolham os meios a partir dos quais comprovem as suas alegações. Aury Lopes Jr. (2016, p. 457) conceitua a prova como o meio a partir do qual se reconstrói o fato histórico.

Por meio dos conceitos trazidos pela doutrina processualista penal, assevera-se que as provas podem ser compreendidas enquanto instrumentos em face dos quais as partes podem provar as suas versões acerca do acontecimento narrado. Ademais, elas servem como um meio de refutar as alegações da parte contrária sobre o cometimento do crime.

Segundo Paulo Rangel (2015, p. 462), o principal objetivo ou finalidade da prova é a construção do convencimento do juiz. O destinatário mais relevante das provas é o magistrado, o qual deve se convencer da veracidade dos fatos alegados pelas partes, em que pese o interesse das partes nessas provas. O exercício do duplo grau de jurisdição é motivado pela irrisignação das partes quanto à decisão judicial proferida a despeito do suporte probatório produzido.

Consoante ventilado no atinente à finalidade da prova, prefere-se adotar o posicionamento segundo o qual a prova não se destina somente ao juiz, mas igualmente às partes do processo penal. Distancia-se, com a devida vênia, de um ângulo hierárquico com o propósito de, em função do contraditório e da ampla defesa, conferir às partes uma importância maior do que a geralmente lhes impõe a doutrina tradicional.

O objeto da prova, de acordo com o doutrinador, é o acontecimento, a coisa, o fato que precisa ser conhecido pelo magistrado com o fim de que elabore um juízo de valor. No processo penal, ainda que os fatos não sejam controvertidos, precisam ser provados, na forma dos princípios do devido processo legal e da verdade processual. Cumpre salientar que confissão do réu não tem valor absoluto.

Distinguem-se objeto da prova e objeto de prova. O objeto de prova expressa que as coisas ou os fatos têm que ser provados. Os fatos notórios não precisam ser provados, como saber que o dia 25 de Dezembro é Natal (o homem médio sabe). Pacelli (2014, p. 328) considera que a finalidade da prova é a de se reconstruir a verdade, ou seja, reconstruir os fatos constantes do processo.

Para o doutrinador em apreço, logo, pretende-se, no processo penal, o alcance da certeza jurídica, com a qual se concorda, neste

trabalho, sob o ângulo didático, na medida em que a certeza, no plano da língua portuguesa, abarca uma associação à exatidão, ou seja, a uma esfera dotada de plenitude em uma afirmação. Tecnicamente, opta-se, concessa venia, pelo termo “elaboração jurídica”, porque a condenação se pauta em uma construção, lastreada em provas, dos acontecimentos narrados pela parte que acusa, o Ministério Público, em regra, razão pela qual se advoga por um termo mais próximo à prática forense.

### **3. MEIOS DE PROVA**

Aury Lopes Jr. (2016, p. 469) diferencia meio de prova de meio de obtenção de prova. Enquanto o meio de prova tem por objetivo direto de convencer o julgador por intermédio de seu conteúdo, como a prova testemunhal, o meio de obtenção de prova é definido como um caminho a ser percorrido a fim de se obter a prova desejada, como a interceptação telefônica e a delação premiada.

Paulo Rangel (2015, p. 463) conceitua os meios de prova como o caminho utilizado pelo juiz para conhecer a verdade dos fatos. Não é imprescindível a sua previsão legal. São exemplos de meios de prova o depoimento da testemunha, a inspeção judicial e o indício. Se o meio de prova for moralmente legítimo e não estiver previsto em lei, pode ser empregado. Na hipótese de o meio de prova não ter respaldo legal, é chamado de prova inominada.

Aury Lopes Jr. (2016, p. 505) enuncia que, em regra, somente as provas previstas no Código de Processo Penal podem ser admitidas no processo penal. Ele apresenta, assim, a inspeção judicial como um exemplo de prova inominada, ou seja, não prevista nos diplomas legais. As suas razões são no sentido de que, se respeitam as garantias e direitos fundamentais, podem ser aplicadas no processo penal.

Sobre a taxatividade das provas mencionadas no bojo do Código de Processo Penal, perfilha-se o entendimento do doutrinador em exame no íterim de tornar o rol trazido pelo diploma pro-

cessual penal como exemplificativo. São sopesados, com o fito de fundamentar tal conclusão, a segurança jurídica, a presunção de inocência e a ampla defesa. Se o caso fosse analisado somente com fulcro na segurança jurídica, uma possível tese seria a de definir o rol do Código na condição de taxativo, eis que, se não houve previsão expressa, não haveria que se invocar uma permissão implícita.

Por intermédio da conjugação entre a ampla defesa e a presunção de inocência, busca-se considerar muitos meios de prova no intuito de permitir a defesa do acusado. Portanto, em que pese não constar uma previsão expressa sobre determinada prova, seria passível de adoção uma prova decorrente dos costumes, da prática judiciária. Não se pode olvidar, ante o exposto, dos meios de defesa a serem mobilizados pelo réu em sua defesa.

#### **4. PROVAS ILÍCITAS**

Quanto às provas ilícitas, o art. 5º, VI, da Carta da República de 1988, preconiza que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal, corrobora o dispositivo supra.

Pacelli (2014, p. 345) patrocina o entendimento de que o reconhecimento das provas ilícitas coíbe a prática de condutas arbitrárias pelos agentes responsáveis pela produção de provas na seara acusatória. A proibição em comento tutela os direitos e garantias individuais dos réus no processo penal.

As condutas arbitrárias engendradas pelos agentes estatais passaram a se sujeitar a um controle mais eficaz em decorrência do controle legal das provas, assim como asseverou o autor em tela. Pela teoria dos frutos da árvore envenenada, uma nulidade enseja diversas outras nulidades, primando-se, destarte, por um produção de provas hígida e responsável tanto para acusação como para defesa.

A vedação se direciona aos meios empregados, bem como aos resultados obtidos. O art. 157 do Código de Processo Penal instituiu

que as provas obtidas por meios ilícitos devem ser desentranhadas dos autos, sob pena de, caso permanecessem nos mesmos, prejudicar o convencimento do juiz acerca dos fatos.

A título exemplificativo, citam-se as gravações ambientais, que são feitas no meio ambiente, podendo ser clandestinas (apenas um dos participantes da conversa sabe ou nenhum sabe) ou autorizadas (ciência dos interlocutores sobre a gravação ou por decisão judicial). Em regra, as gravações clandestinas não são admitidas no processo, vez que violaram os direitos à privacidade e à intimidade dos interlocutores.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pelo reconhecimento de validade da prova produzida pela gravação de conversa telefônica, inobstante apenas um dos participantes da conversa saiba da gravação, desde que relevante interesse jurídico o ampare e não haja reserva legal de sigilo.

Paulo Rangel (2015, p. 474) distingue a prova ilícita da prova ilegítima. A prova ilícita consubstancia violação a direito material, ao passo que a prova ilegítima abarca o desrespeito ao direito processual. São exemplos de provas ilícitas as obtidas por tortura e com violação a domicílio (art. 5º, III e XI, da Constituição Federal). O depoimento do padre contra a sua vontade é exemplo de prova ilegítima.

O autor aduz, também, as chamadas provas irregulares (a lei permite que sejam obtidas, contudo, determinadas formalidades precisam ser respeitadas. Para que configure prova irregular, não houve a observância a tais formalidades). Um exemplo de prova irregular é a proveniente do mandado de busca e apreensão expedido sem o fim da diligência.

O aludido doutrinador subdivide a prova ilegal em ilícita, ilegítima e irregular. A classificação de Aury Lopes Jr. (2016, p. 520) se restringe às provas ilícitas (quebra ilegal de sigilo bancário) e ilegítimas (juntadas intempestivamente). Paulo Rangel (2015, p. 476) disserta sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada. O Supremo Tribunal Federal superou o entendimento anterior e consagrou a teoria em exame. Em

julgados recentes, a Suprema Corte tem entendido que, caso tenham sido colhidas outras provas (e não somente a interceptação telefônica desprovida de autorização judicial), a arguição de contaminação não merece prosperar (teoria da prova absolutamente independente).

A reforma da Lei n. 11.690 de 2008 foi criticada por Paulo Rangel, porque conferiu poderes discricionários ao juiz. Caberia a ele, de acordo com o novo dispositivo legal, interpretar o alcance das provas obtidas por meios ilícitos ou, em outras palavras, o nexo causal pode ser verificado pelo juiz, ensejando uma restrição não autorizada pela Constituição. A Carta Magna de 1988 proíbe as provas obtidas por meios ilícitos e, nesse sentido, não compete ao magistrado limitar a sua abrangência por meio da hermenêutica.

A proibição da prova obtida por meio ilícito é relativa (em favor do réu). Na Alemanha, conforme explica o referido processualista penal, adota-se a teoria da proporcionalidade. O réu de um processo penal que tenha interceptado uma ligação telefônica sem autorização judicial estaria em estado de necessidade e, desse modo, agiu com o fim de assegurar sua liberdade de locomoção.

As interceptações telefônicas e de dados são tratadas por Eugênio Pacelli (2014, p. 350), que adota a premissa segundo a qual nenhum direito é absoluto. O próprio Código Penal prescreve a possibilidade de quebra do sigilo de correspondência, desde que com autorização judicial (art. 240). O doutrinador de processo penal não vislumbra vício de constitucionalidade na Lei n. 9.296 de 1996. O Supremo Tribunal Federal compreendeu pela possibilidade de renovação do prazo de quinze dias de interceptação quando a investigação for complexa e o procedimento for indispensável. A quebra do sigilo dos dados telefônicos também demanda autorização judicial.

## **5. SISTEMAS DE VALORAÇÃO DAS PROVAS**

O sistema de valoração das provas se ramifica em sistema das provas irracionais (sistema das “ordálias”), sistema da prova legal

ou da certeza moral do legislador (prova tarifada), sistema da íntima convicção ou da certeza moral do julgador e sistema do livre convencimento do juiz ou da persuasão racional do julgador.

O sistema das provas irracionais (sistema das ordálias) pode ser descrito como um sistema no qual as provas eram condicionadas a procedimentos desconexos da razão, do conhecimento racional. Por exemplo, é válido mencionar a prova em que o indivíduo era submetido à brasa e, caso não se queimasse, Deus o teria perdoado ou não teria cometido o crime ao qual lhe imputaram. A ordália era uma espécie de prova que pretendia averiguar a inocência de um cidadão e estava associada à força da natureza ou a expressões religiosas, divinas.

Aury Lopes Jr. (2016, p. 490) expõe que o sistema da prova legal ou da certeza moral do legislador é aquele em que prevalece uma valoração hierarquizada da prova, a qual estava prevista na própria lei, independentemente da análise do caso concreto. A confissão era percebida como uma prova absoluta.

O sistema da íntima convicção ou da certeza moral do julgador é dissecado por Paulo Rangel (2015, p. 516) enquanto a atribuição concedida ao magistrado da análise acerca das provas, tendo o legislador conferido ao juiz liberdade para decidir em consonância, única e exclusivamente, com a sua consciência. Não é necessária a fundamentação da decisão, posto que o julgador pode decidir somente com base em sua íntima convicção. Ele pode julgar com fundamento em experiências pessoais. Esse sistema se encontra no Tribunal do Júri, com a ressalva do processualista em tela de que os jurados se manifestam na sala secreta. A crítica desse sistema é a de que ele fornece elevada discricionariedade ao juiz, acarretando, nesses moldes, arbitrariedade.

O sistema do livre convencimento do juiz ou da persuasão racional do julgador (consagrado no art. 155, CPP), segundo Aury Lopes Jr. (2016, p. 492), compreende o livre convencimento, o qual é mais restrito do que propriamente livre. Não deve haver espaço para o decisionismo do juiz. O julgamento a ser feito deve se basear

no sistema jurídico, assim como no conjunto probatório acostado aos autos do processo. A fundamentação das decisões judiciais serve como uma justificativa para a sociedade e para o acusado.

Há uma limitação ao livre convencimento do juiz consignada na forma da Lei n. 11.690 de 2008: em regra, a condenação não pode ser fundamentada apenas em provas produzidas em sede policial (durante o inquérito policial).

## **6. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS A PROVAS**

No que diz respeito aos princípios aplicáveis às provas, faz-se mister mencionar os princípios da comunhão da prova, da oralidade e da concentração. O princípio da comunhão da prova, de acordo com Paulo Rangel (2015, p. 468), significa que a prova, uma vez levada ao processo, pertence a todos os sujeitos processuais, com a exceção das provas testemunhais (Lei n. 11.719 de 2008). A gestão de prova, apesar disso, é desempenhada pelo magistrado.

O princípio da oralidade, por sua vez, incentiva a produção de prova oral, de tal forma que, quanto aos depoimentos de testemunhas (art. 204), o Código de Processo Penal obtempera pela oralidade do depoimento. Segundo o princípio da concentração, a produção de provas deve, quando possível, concentrar-se em um único momento: em audiência, malgrado a possibilidade de, havendo fundamento, serem produzidas em outras circunstâncias, conforme se depreende do art. 400 do CPP.

O princípio da presunção de inocência é um postulado que se dimensiona pela concepção de acordo com a qual não se pode presumir a culpabilidade do acusado no processo penal, ou seja, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não permite a Constituição que um indivíduo seja tido como culpado. Saliente-se que Aury Lopes Jr. (2016, p. 473) identifica o aludido princípio como aplicável às provas.

O autor, como se apreende, interpreta o princípio da presunção de inocência por meio de duas dimensões, as quais englobam o

interior e o exterior do processo. As dimensões dizem respeito às partes do processo e da noção social em face do acusado.

O contraditório e a ampla defesa também podem ser utilizados na qualidade de princípios aplicáveis às provas. O contraditório, assim como já se acostou, representa uma das garantias constitucionais mais consideráveis no plano do processo penal. Tal garantia propicia um embate entre as partes no concernente às provas, ensejando uma compreensão melhor do juiz em relação aos fatos narrados na denúncia apresentada pelo Ministério Público ou na queixa-crime oferecida pela vítima.

O verbo contraditar remete a uma manifestação contrária sobre uma certa opinião, reporta-se a uma contestação lato sensu relativa aos fatos alegados por uma das partes. Congrega o momento no qual se assegura a autodefesa, posto que materializa uma divergência entre versões dos acontecimentos.

A ampla defesa, também prevista constitucionalmente, assegura que as partes produzam um acervo probatório para sustentar os seus pontos de vista no processo, ressalvado, contudo, o respeito aos ditames e limites apresentados pela lei. Em razão disso, justifica-se a interpretação em função da qual o rol de provas acostado no Código de Processo Penal é exemplificativo.

## **CONCLUSÃO**

Os temas trabalhados, nesta investigação, foram o conceito de prova, a finalidade e o objeto de prova, os meios de prova e as provas ilícitas, os sistemas de valoração das provas e os princípios aplicáveis às provas.

O conceito de prova contempla um conjunto de conhecimento necessário para a noção de que se trata de uma prova em processo penal. A prova é um meio a partir do qual se pode estruturar acontecimentos no intuito de que formem o convencimento do magistrado acerca da narrativa constantes dos autos.

Pelo princípio do *in dubio pro reu*, caso o convencimento do juiz não esteja direcionado para a condenação do acusado em razão, por exemplo, de dúvida a respeito das provas produzidas no processo, a sua decisão deve se direcionar para a absolvição do réu.

Constitucionalmente, as provas ilícitas não podem ser admitidas no processo penal. Contudo, a partir de uma mitigação a essa regra, a jurisprudência sustenta que é permitida a sua utilização em circunstâncias nas quais não seja possível o réu se defender de outra maneira, ou seja, lhe resta apenas aquela prova, tida como ilícita, com o escopo de comprovação de inocência.

Nesse ínterim, são colocados em jogo três preceitos: o da vedação à presença de provas ilícitas no processo, a presunção de inocência e a ampla defesa. Mediante tal sopesamento, consignou-se, jurisprudencialmente, que o intuito condenatório do Estado não pode prevalecer sobre o único meio probatório cabível pelo acusado. No caso em análise, o direito à liberdade e a presunção de inocência se sobrepõem à vontade do Estado de fornecer uma resposta aos crimes pretensamente cometidos pelo acusado.

Nota-se, assim, uma oportunidade do acusado de, mesmo com base em uma prova ilícita, materializar o direito à ampla defesa diante dos únicos meios que possui. Debate-se, na doutrina, o grau de incidência da jurisprudência em questão. Sustenta-se, neste artigo, uma opinião que se pautar nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ou seja, aquela que se aproxime do parâmetro constitucional.

Portanto, com observância estrita aos temas em apreço, observa-se que as provas englobam diferentes debates na pesquisa jurídica, como as hipóteses de admissibilidade de provas ilícitas.

Quanto aos sistemas de valoração das provas, o sistema das provas irracionais se opõe aos dispositivos constitucionais da atualidade, visto que busca a condenação a qualquer custo, de tal forma que ela se baseia na sujeição do acusado a situações que não conseguem comprovar o cometimento do crime. Além disso,

muitas das práticas mobilizadas pelo sistema em tela se dissociam do respeito aos direitos humanos, razão pela qual os anseios históricos extinguiram o referido sistema.

O sistema de livre convencimento do julgador é questionado pela doutrina, mas um entendimento coerente é aquele que reconhece as suas vantagens, em que pese a existência de pontos negativos. O convencimento a ser formado deve se justificar pelas provas produzidas no processo penal, servindo as provas como garantia constitucional dos acusados. Por derradeiro, depreende-se que as provas consubstanciam, ao mesmo tempo, um meio que enseja a condenação, mas uma garantia na perspectiva segundo a qual, caso sejam insuficientes, não devem ensejar condenação.

O sistema penal, na condição probatória, nesse sentido, respalda uma condenação em virtude de sua finalidade instrutória. Em que pese a importância das provas no sistema penal, a sua carência em determinado processo deve ser interpretada por intermédio do garantismo, assim como pela postulado da presunção de inocência. Portanto, a legitimidade para condenar um acusado não pode se distanciar dos preceitos constitucionais, os quais a fundamentam.

## **BIBLIOGRAFIA**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL:  
GARANTIAS DO PROCESSO, POBREZA  
E A SÚMULA N<sup>o</sup> 70 DO TJRJ  
Tiago Mascarenhas da Costa Marques<sup>148</sup>

## **INTRODUÇÃO**

A construção de mecanismos de controle social perpassa a humanidade desde seus momentos mais remotos. Desde que nos organizamos em sociedade, manter a coesão sempre foi vital para a espécie. Nesse mesmo íterim, a história demonstra que a grupos de dominação utilizaram-se de técnicas diversas para manter seus privilégios e reproduzir o sistema.

Se o direito, com seu poder coercitivo se funda em tais pilares, o direito penal, como meio de tutela dos bens mais elementares da sociedade, estabelecendo punições severas a quem o viola, torna-se uma das mais poderosas ferramentas de controle social.

Se no campo teórico é possível respaldar tal conjuntura, a realidade que se descortina frente aos nossos olhos é de que não é possível tratar o tema com ingenuidade. Nossos agentes públicos, seja na elaboração de leis, seja na sua aplicação estão permeados por conceitos e lugares de fala que selecionam os indivíduos potencialmente criminosos, e os condenam solapando todas as garantias do devido processo legal.

O presente trabalho, através da exposição de um caso de recente julgamento, busca desvelar parte dessa estrutura, seja na atua-

---

148. PPGH UNIRIO. Email: tih\_masca@live.fr

ção dos elementos repressivos, seja sobretudo no agir do sistema judiciário, que respalda as condutas policiais, consubstanciando a jurisprudência, atropelando as garantias processuais constitucionais e penais, com o fim último de atender as demandas sociais, subjugando os indivíduos.

## **A HISTÓRIA DE FERNANDO**

Sábado à noite, Fernando<sup>1</sup> e sua esposa, moradores de uma comunidade da Zona Norte do Rio de Janeiro, saem de casa para participar de uma comemoração, o aniversário de 1 ano de sua sobrinha, que residia a poucas quadras de seu domicílio. Como toda festa do estilo, bexigas, doces, guloseimas, um momento de alento frente as dificuldades cotidianas. Uma vida difícil de lutas e sofrimentos acompanha nosso protagonista desde a infância. Sua história não é assim, tão diferente de tantas outras. Sua cor, sua classe social, suas oportunidades de vida poderiam ser associadas a um incontável número de moradores pobres da capital fluminense.

Por volta das 23 horas, Fernando e sua esposa que carregava o primeiro filho do casal retornam para sua residência. No caminho, no entanto, resolvem parar em um pequeno bar e mercearia que se localiza na esquina da ruela de acesso a seu lar. No dia anterior, resultado de boas gorjetas em seu trabalho, nosso jovem tinha faturado um pouco mais que a média, então, aproveitou a oportunidade para quitar algumas dívidas que haviam sido feitas no estabelecimento, e comprar cigarros. A máquina de karaokê estava funcionando, a música animada e as gargalhadas dos frequentadores animavam a noite no local.

A esposa de Fernando, como toda gestante próxima do clímax estava acometida de dores musculares e necessidades fisiológicas fortes. Assim, enquanto seu esposo seguia ao bar, tomou o rumo da sua residência, sem imaginar o rumo que suas vidas tomariam nos instantes seguintes.

Na ruela acima da que dava acesso a entrada de seu imóvel ocorria um flagrante. Em operação montada pela Polícia Militar do Estado, em poucos instantes, várias usuários e traficantes correram em fuga pelo beco. Momento exato em que Fernando o subia em direção à sua residência.

As horas avançaram, e a esposa de nosso personagem, já aflita recebeu então uma ligação. Era da Delegacia de Polícia, e Fernando informava que havia sido preso, e indiciado por tráfico de drogas, pois segundo os policiais, ele portava uma sacola com entorpecentes destinado à venda.

Denunciado pelo Ministério Público como incurso nas penas do art. 33 da Lei 11.343/06, julgou o juízo da 19ª Vara Criminal da Comarca da Capital, procedente a pretensão punitiva estatal condenando o mesmo às penas de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado e 500 dias-multa.

## **ÔNUS PROBATORIO NO PROCESSO PENAL E A SÚMULA Nº70 TJRJ**

Fernando, Carlos, Roberto, Marilza, incontáveis nomes poderiam ser elencados para iniciar esse trabalho. O leitor com certeza, poderia trazer à baila dezenas de outros personagens ao debate.

Ao final da instrução criminal, apesar da combativa defesa ter apresentado provas contundentes da inocência do denunciado, a sentença sustentou:

(...)que os depoimentos dos policiais militares colacionados pela acusação eram coerentes e precisos para fundamentar um juízo condenatório, entendimento este, em consonância ao apregoado na Súmula nº 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.<sup>2</sup>

Tal sustentação nos leva a alguns apontamentos.

É cediço que o processo penal brasileiro se alicerça no sistema acusatório, sendo da competência privativa do Ministério Público a tarefa de provar que a conduta do réu se adéqua ao tipo penal incriminador.

Nessa esteira, não se aplica as regras de ônus da prova relativas ao processo civil, onde cabe ao autor a prova constitutiva de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Assim, se extrai que o princípio da inocência, consectário lógico do Estado Democrático de Direito, atribui ao órgão ministerial a função de provar todos os elementos essenciais do tipo penal, tendo a defesa, tão-somente, o dever de contradizer tais fatos.

Nesse sentido temos a maestria de Aury Lopes Jr (2016, p.502), a nos ensinar:

(...)a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silencia – *Nemo tenetur se detegere*).

FERRAJOLI (2013, p. 35) esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com contra-hipóteses e contra-provas. O juiz, que deve ter como hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada.

É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por

ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

No campo doutrinário, tais palavras, assim como as garantias Constitucionais a que aqui se faz referência são lidas como palavras de ordem, inflamam discursos repetidos por nobres professores e oradores nas redes sociais. Na prática, no entanto, a realidade passa muito distante.

A Súmula nº 70 do TJRJ assim dispõe: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”. Sua edição demonstra como nossa jurisprudência tem se afastado de tal entendimento, cujo exemplo mais recente, foi a lamentável decisão do STF,<sup>3</sup> que solapou o preceito constitucional “ninguém será considerado culpado sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”<sup>4</sup>

Ora, no tocante à produção de provas, na vigência de um estado Democrático de Direito, dar peso maior a um determinado depoimento por critérios de função ou exercício de cargo ou profissão, em detrimento de outra narrativa, sustentada por quem não possua tais prerrogativas é conduta que não pode ser admitida.

Não haveria dúvidas, então, que toda e qualquer condenação que se baseasse única e exclusivamente nos depoimentos dos agentes policiais, poderia ser questionada. Em que pese, tais agentes terem suas ações pautadas na fé pública, utilizar suas narrativas como detentoras absolutas de verdade apenas pela condição de quem as profere, em detrimento inclusive, de outras provas que as contrarie, configura grave violação às garantias do devido processo legal.

A bem da verdade, conforme já exposto, em sede criminal, o ônus probatorio é da acusação. Na presença de provas que desconstroem a versão do acusador, ou que lançam minimamente dúvida sobre os mesmos, outra não pode ser a conduta do julgador que não seja a absolvição, nos termos do próprio Código de processo Penal.

No caso em tela, assim como em incontáveis a ele similares, existe ainda um fator que precisa ser considerado. Ora, os policiais

que realizaram a apreensão, o flagrante, são os maiores interessados na condenação do denunciado, e suas narrativas jamais serão isentas dessa intenção. Seu compromisso com a verdade, estará sempre atrelado aos limites de seu interesse, caminhando contra a busca da verdade pelo julgador.

No caso aqui exemplificado, em síntese, os policiais alegavam que Fernando portava uma sacola preta, e nesta haveria material entorpecente. O réu alegava que na sacola havia cigarros e um pote de doce que compara para a esposa. A suposta sacola havia sumido durante a confusão. Vizinhos cercaram em defesa do réu. Por fim, ainda havia uma câmera de segurança do bar como prova que mostrava que não havia entorpecente em poder do denunciado. Ainda assim, a palavra dos agentes da PMERJ foi entendida como “ suficiente conjunto probatório apto a embasar o decreto condenatório.”

Em linha diversa, excluir o depoimento dos policiais por completo, a priori também seria incoerente. Poderia se sustentar que são conhecidos um incontável número de casos onde os agentes da polícia forjaram provas, situações, enfim. A mídia denunciou muitos desses nos últimos anos, que tiveram efeito de verdadeiro choque na população. Todavia, tal exclusão abstrata e sem critérios seria exatamente apregoar o oposto da Súmula, o que entendemos não seria a melhor opção.

Se já existe entendimento acertado que nem mesmo o inquérito deveria ser utilizado como elemento de prova, e portanto nem mesmo deveria ser apensado aos autos pelo seu condão de influenciar o entendimento do juízo, a presença dos agentes policiais como testemunhas de acusação não conferiria uma violação as regras da própria produção de provas em juízo?

De fato, a existência de tal posicionamento sumulado, não impede o interprete e julgador de na análise do caso concreto se manifestar de forma diversa. Aplicar tal solução abstrata como

resposta matemática ao processo penal seria violação insuperável aos direitos e garantias individuais. A práxis todavia, tem feito exatamente o oposto.

Para NEWTON (2015) :

O fato de as presunções de validade e veracidade dos depoimentos de policiais serem adotadas como verdadeiro alívio decisório permite, a análise crítica sobre o aspecto cênico estabelecido nas diversas audiências criminais. Como se fosse um “jogo de cartas marcadas”, naturaliza-se a leitura memorizada dos registros de ocorrência, o que é colocado à prova diante do magistrado, a medonha situação existente nas periferias justificar a falta de testemunhas presenciais e se recorre à assertiva de que a defesa não conseguiu demonstrar o interesse dos agentes públicos no julgamento favorável da pretensão deduzida em juízo.

Se, no correr da instrução, são admitidas todas as provas legais, tendo igual peso as provas documentais e testemunhais, é bem verdade que o controle da prova testemunhal, é mais difícil de ser alcançado. Uma série de interesses diversos poderá guiar a sua produção, e comprometer toda o julgamento, por isso toda cautela nessas situações será sempre o mais prudente.

Frente ao exposto, o certo é que a única presunção possível e aceitável no correr do processo penal, é aquela de acordo com preceito constitucional, ou seja – a inocência. Esta deve guiar as ações e a interpretação do julgador quanto a culpabilidade do acusado, não sendo em nada surpreendente, se possíveis contradições entre os depoimentos forem favoráveis ao denunciado, que afinal, iniciou a ação em estado de inocência.

Ademais, já existe movimentação de advogados e sobretudo da própria Defensoria Pública do estado em favor da revogação da malfadada Súmula. Assim, entendemos, que deverá ser dado ao peso dos depoimentos dos militares exatamente o mesmo de outras testemunhas, e sua palavra será relevante quando em acordo com as demais provas do conjunto probatório colacionado.

## **CRIMINALIDADE, EXCLUSÃO, POBREZA E SISTEMA PENAL**

Não poderiam as reflexões aqui apontadas não dedicarem atenção especial no que tange à própria natureza do nosso sistema penal. Não há dúvidas de que o direito penal é um dos meios pelos quais o Estado exerce o controle social sobre a sociedade. E essa definição de controle a ser exercido está diretamente ligada ao conflito entre hierarquias sociais, e o que as supostas classes dominantes buscam proteger.

Todo o julgamento estatal, nessa perspectiva, apesar de carregado de um campo simbólico de imparcialidade, está na verdade reproduzindo um sistema seletivo, cuja marca principal é a manutenção do status quo e das relações de poder já consagradas.

É inegável que o conceito de poder é variável no tempo e em função da corrente de pensamento abordada por diferentes autores que trataram dessa questão, entendendo-o de maneiras peculiares. A definição dada por adeptos do pensamento marxista chama de poder “a capacidade de uma classe social de realizar os seus interesses objetivos específicos”. Hanna Arendt falou que o poder é oposto da violência, visto que para esta autora, esta ocorre quando se dá a perda de autoridade e de poder. O filósofo Michel Foucault falou em “relações de poderes” entre os indivíduo, pois para ele o poder é algo que se exerce em rede, não existindo assim uma entidade que centralize o poder, sendo este exercido tanto no nível macro quanto no micro. Para este autor, uma sociedade sem relações de poder é uma abstração. A estrutura social, seria para o autor,

atravessada por múltiplas relações de poder, que não se situam apenas em um local específico, como um aparelho de Estado, mas que são imanentes ao corpo social. Relações de poder estas que atingem a realidade mais concreta dos indivíduos e que estão ao nível do próprio corpo social, penetrando nossas práticas cotidianas.

Mas no Direito, em especial, a questão do poder assume ainda um outro caráter, o de “legitimidade”, ou seja quem tem autoridade para propor o Direito, para criar as leis, e muito dos estudos dos filósofos da ciência jurídica se ocuparam e ainda o fazem desse elemento. Para nossos propósitos tem ainda um significado mais integrante, pois são os entes que detêm o poder estatal que determinam o que é e o que não lei.

Para MOLINA (2000, p.120), o controle social é um “(...)conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido submetimento do indivíduo aos modelos e normas comunitárias”.

Se a sociologia clássica já nos apontava a distinção entre o controle informal, como sendo aquele efetuados pela família, Igreja, sociedade, e o controle formal, por sua vez, sendo o controle institucional, ou seja, aquele exercido diretamente pelo Estado por meio do Ordenamento Jurídico

Para ZAFFARONI (2006, p.56):

(...) a eficaz prevenção do crime não depende tanto da maior efetividade do controle social formal, senão da melhor integração ou sincronização do controle social formal e informal. Isso se dá em razão de os conflitos entre grupos se resolvem de forma que, embora sempre dinâmica, logra uma certa estabilização que vai configurando a estrutura de poder de uma sociedade, que é em parte institucionalizada e em parte difusa.

Ou seja, é a integração entre tais formas de controle social que garante a efetividade do sistema. Nesse sentido, a criminalização de determinada conduta será sempre um ato de seleção, onde se determina que bens tutelados serão alvo do direito penal.

Portanto, existe um processo de seleção e criminalização de condução, guiados por valores sociais. Porém, mais do que isso, cabe referenciar: quem indica que valores são esses? Na nossa estrutura política e social, fica evidente, que tal princípios de moralidade, assim como de racionalidade são guiados pela elite.

Na construção do processo de criminalização, temos um primeiro momento, que realiza-se na elaboração da legislação, guiada, como já apontamos, pelos interesses da elite. Num segundo momento, temos a punição propriamente dita, que é exercida sobre esses infratores penais segundo GROSNER (2008, p. 78):

a) poder de polícia que, por meio de investigações, detecta o infrator de conduta tipificada primariamente; b) Ministério Público que averigua se aquela investigação comprova ter sido violado alguma norma penal, que por sua vez justifica a interposição de uma ação penal junto ao judiciário; c) poder judiciário que vai, através de um devido processo legal, julgar se o acusado praticou aquela ação e determinar a sanção (pena) cabível ao infrator.

E se no campo teórico, tal organização faz sentido, é notório que em razão da falta de capacidade operacional dos agentes da criminalização secundária, pode se dizer que é nessa fase que ocorre efetivamente a maior parte da seletividade penal. “A correspondência com um estereótipo criminal coloca a pessoa em situação de vulnerabilidade, ou seja, em posição concreta de risco criminalizante”. (GROSNER, 2008, p. 51) e ao final esses indivíduos selecionados

podem, ou não, ser etiquetados como criminosos e sofrer os efeitos da estigmatização social e a passagem pelo sistema prisional.

A realidade que aqui se propõe descortinar, é que, fica claro ao se perceber que a ação das agências formais tem maior incidência em determinadas classes sociais mais baixas, sendo, assim, evidente, a seleção da população que acaba sendo rotulada como criminosa. (SHECAIRA, 2004, p. 295)

Por derradeiro, a última instância do processo de criminalização secundário se dá no poder judiciário, onde a seletividade, ainda que por trás da legalidade, também é observada. É notável, que, os magistrados, em sua maioria, provêm de classes sociais dominantes (altas) e julgam, de forma mais frequente, os indivíduos da classe dominada. Sendo certo, que a estes também é suscetível à criação de estereótipos e preconceitos formados em razão do seu círculo social, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais os quais se identifica, é evidente que suas decisões acabarão sendo seletivas.

Existe, portanto, um patamar intransponível, entre a realidade da magistratura e a da lendária figura do “juiz-Hércules” de Dworkin, imparcial, e desprovido de preconceitos.

Não existem pois, mais dúvidas no que tange a distinção que se faz no processo de criminalização, no qual a rotulação de condutas e pessoas e a imposição de consequências se operam diferentemente em relação aos integrantes das diversas classes e grupos sociais. Fato é que, embora vigore a igualdade formal, o processo de criminalização, orientado pelo paradigma da reação social, age de maneira distinta, por conta das classes sociais, gênero e raça. Esses fatores levarão a criação da figura do criminoso e estigmatização do mesmo.

É preciso trabalhar pela desconstrução desse paradigma seletivo já estabelecido, que tem papel simbólico fundamental, na mudança do senso comum sobre o tema. Enquanto tal configuração não for alcançada, não será possível a superação do problema aqui discutido.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Num cenário contemporâneo complexo, onde vemos preceitos Constitucionais do Estado Democrático de Direito serem esquecidos, a única certeza possível é de que a luta não pode cessar. O indivíduo estigmatizado, torna-se alvo do sistema seletivo penal, normalmente já punido pela vida pela sua própria condição social, vítima de violações graves e constantes à sua dignidade humana, da qual é detentor, e por vezes ultrajado.

“Fernando” infelizmente não é um caso excepcional, ele está presentes diariamente em nosso sistema jurídico, e boa parte dos seus pares encontram-se apartados de suas famílias, e excluídos da sociedade, agarrados ao nosso sistema prisional, na maioria sem nem mesmo terem ainda sido julgados.

Nossa leitura dos acontecimentos não pode ser ingênua. Não nos é permitido, como operadores do direito embasar nossos sentimentos no senso comum. Nossas ações precisam ser respaldadas pela lei, pela técnica, e na defesa dos direitos humanos de todos os indivíduos, na luta por uma sociedade mais ética, onde o devido processo seja respeitado, assegurado, e não seja apenas letra morta, mas uma efetividade.

## **NOTAS:**

- 1- Nome fictício. (processo em segredo de justiça)
- 2-Súmula nº 70 do TJRJ
- 3- (HC) 126292
- 4- Constituição Federal

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

ALVAREZ, M. C. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, 2002, p. 45.

- BITTAR, E. C. B. (org.). História do direito brasileiro, São Paulo, 2º ed. Atlas, 2010, p. 241-265.
- CALHAU, L. B. CesareLombroso: criminologia e a Escola Positiva de Direito Penal. Porto Alegre: Ed. Rev. Síntese de Direito Penal e Processual Penal, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4ª edição, Revista dos Tribunais.
- FOUCAUT, M.. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.
- \_\_\_\_\_. A arqueologia do saber. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987
- FREUD, S. O mal-estar na civilização. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- GROSNER, Marina. A seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2008. Ibccrim.
- JUNIOR, Aury L. Direito Processual Penal, 13ª edição, Saraiva.
- NEDER, Gizelene. História e direito. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- NEWTON, Eduardo J. O depoimento da autoridade pública no juízo criminal goza de presunção? Reflexões sobre a república ainda não efetivada e o manejo de uma hermenêutica sem facticidade. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-depoimento-da-autoridade-publica-no-juizo-criminal-goza-de-presuncao-reflexoes-sobre-a-republica-ainda-nao-efetiva>

da-e-o-manejo-de-uma-hermeneutica-sem-facticidade-por-edu-  
ardo-januario-newton/0 >

PASSETI, E. Sociedade de controle e abolição da punição. Perspec-  
tiva, 1999, p. 56-66.

REGO, I. P. . Sociologia da prisão. Soc. Estado, 3º ed., São Paulo,  
2004, p. 227-233.

REZENDE, B. V. R. G. Uma contribuição ao estudo da periculosi-  
dade. Rev. Conselho de Criminologia e Política Criminal, São  
Paulo, 1993, p.85-109.

SARLET, Wolfgang Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos  
fundamentais na Constituição da República de 1988. Porto Ale-  
gre: Livraria do Advogado, 2002.

SAVINO FILHO, C. Evolução do direito penal: comentários. Rio de  
Janeiro: Ed. *Rev. De Direito do TJRJ*, 2002.

SHECAIRA, S. S. Teoria da Pena. São Paulo: *Revista dos Tribu-  
nais*.2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais. São Paulo, Malhei-  
ros, 2006, p. 36.

WACQUANT, L. O lugar da prisão na nova administração da pobre-  
za. Novos estud. –Cebrap, 2008, p. 9-19.



---

Este livro foi composto em ITC Slimbach pela  
Editora Multifoco e impresso em papel offset 75 g/m<sup>2</sup>.

---