

*Noventa anos de compromissos
Sempre Renovados com a Educação.*



**REVISTA
MONTAGEM**

Ano 15 / N.15 – 2013

Edição Especial Comemorativa dos Noventa Anos da Instituição Moura Lacerda

EDITORA

Profa Dra Maria Aparecida Junqueira Veiga Gaeta

COMISSÃO DE PUBLICAÇÕES

Fabiano Gonçalves dos Santos
Maria Aparecida Junqueira Veiga Gaeta
Maria de Fátima S. C. G. de Mattos
Naiá Carla Marchi Lago

CONSELHO EDITORIAL

André Luis Avezum
Cláudio Pereira Bidurin
Darcllet Terezinha Malerbo Souza
Fernando Antônio de Mello
Leda Maria Braga Jorge Ferraz
Lúcia Ferreira da Rosa Sobreira
Maria Angélica Dias
Paulo Alencar Lapini

CONSELHO CONSULTIVO

Anel Pérez - Universidade Autônoma Del Mexico
Cristiano Ferronato- Universidade Estadual do Vale do Acaraú-UVA-UNAVIDA-PB
Eliane Terezinha Peres – UFPel – Universidade Federal de Pelotas – RS
Elizete da Silva – UEFS – Universidade Estadual de Feira de Santana- BA
Ernesto Candeias Martins – Universidade Castelo Branco – Portugal
Fernando Antonio Freitas Senna - Centro Universitário de Vila Velha – ES
Flávia Silveira - Faculdade SENAC - Brasília- DF
José Rubens Jardimino – Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP – MG
Marco Antonio Silveira – Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP-MG
Maria Elena Pinheiro Maia – Faculdade de Itápolis - FACITA - Itápolis – SPMaria Helena Câmara Bastos -
Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul - PUC – RS
Maria Teresa S. Cunha –Universidade do Estado de Santa Catarina- UDESC – SC
Rafael De Tilio – Universidade Federal do Triângulo Mineiro – UFTM– MG
Regina Helena Lima Caldana – Universidade de São Paulo - USP – SP
Renato Leite Marcondes – Universidade de São Paulo - USP – SP
Wenceslau Gonçalves Neto –Universidade Federal de Uberlândia - UFU – MG

EQUIPE DE PRODUÇÃO

Prof. Ms Antonio Borges Figueiredo

Profa Dra Carolina Assed Ferreira

Prof. Especialista Fabiano Carvalho

Prof Ms. Jaime Leandro Boulos

Profa Ms Soraia Cochone Achicar

Profa Ms Thais Del Monte

Catálogo na fonte elaborada pela Bibliotecária Gina Botta Corrêa de Souza - CRB 8/7006

Montagem / Centro Universitário Moura Lacerda. – v.15, n.15 (2013)
Ribeirão Preto: Centro Universitário Moura Lacerda, 2013.

Anual

ISSN 0104-4826

1. Conhecimentos gerais – Periódicos. I. Centro Universitário Moura Lacerda.

CDD – 000

PUBLICAÇÃO ANUAL / ANNUAL PUBLICATION

Solicita-se Permuta/Exchange Desired

INDEXAÇÃO

Revista indexada em Bases de Dados de abrangência Nacional e Internacional:

BBE – Bibliografia Brasileira de Educação (Instituto Nacional de Estudos Educacionais Anísio Teixeira INEP/ Ministério da Educação). Abrangência nacional, acesso: <http://inep.gov.br/pesquisa,bbe;>

Revista indexada em GeoDados; site: <http://geodados.pg.utfpr.edu.br/>

Abrangência nacional, acesso: [http://geodados.pg.utfpr.edu.br.](http://geodados.pg.utfpr.edu.br/)

CLASE – Base de Dados Bibliográficos de Revistas de Ciências Sociais e Humanas (Universidad Nacional Autónoma de México). Abrangência internacional, acesso: www.dgb.unam.mx/clase

LATINDEX – Sistema regional de información en línea para revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Directorio, catálogo e índice. Acesso: www.latindex.unam.mx

CAPA: As diferentes faces dos saberes jurídicos.

Autoria: José Luís Dresler

Graduado em Comunicação Social do Centro Universitário Moura Lacerda

Direção de Arte:

Núcleo de Publicidade e Propaganda do Curso de Comunicação Social.

REVISÃO DE INGLÊS

Natascha Vicente da Silveira Costa

ENDEREÇO/ADDRESS

Rua Padre Euclides, 995 - Campos Elíseos
Ribeirão Preto - SP - Brasil - CEP 14.085-420
Tel.: (16) 2101 1010

SETOR DE PUBLICAÇÕES

Tel.: (16) 2101 1086
E-mail: publicacao@mouralacerda.edu.br

REVISTA DISPONÍVEL NO FORMATO ELETRÔNICO

Home page: www.mouralacerda.edu.br-link:Publicações

Os artigos aqui publicados são de inteira responsabilidade dos autores e não expressam a opinião da Instituição
Universitária Moura Lacerda

SUMÁRIO

Editorial	7
-----------------	---

DIREITO PÚBLICO

A Superação dos obstáculos econômicos e políticos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Endrigo Rodrigues de SÁ.....	11
O Acesso a justiça através da educação e do exercício da cidadania. Renata Aparecida de Marco FERREIRA.....	35
Direitos humanos: uma trajetória histórica em seu contexto global e seu reflexo na Constituição Brasileira de 1988. Karen Nascimento CAMILO	59
Abate humanitário do gado: legislação brasileira e suas perspectivas. Kaísa Gabriela Teixeira Montagnani de SOUZA	77
Extrafiscalidade no direito ambiental. Luan Victor SANTANA.....	95
ICMS – Substituição tributária e o simples nacional. José Antonio THOMAZ.....	105
As Medidas cautelares e a detração penal Rosiléia Maria CLARO.....	123

DIREITO PRIVADO

O Teletrabalho à luz da Lei 12.551/2011 João Eduardo Tota AZEZZU.....	145
Desvirtuamento do contrato de estágio. Felipe Abdalla GARBI.....	161
Aplicação das medidas cautelares na arbitragem Lucila Silva SANTOS.....	177

Editorial

A Revista Montagem, mantendo a tradição de propiciar o diálogo intelectual entre pesquisadores que se debruçam sobre as diferentes áreas do conhecimento, desta feita lança uma edição específica sobre assuntos jurídicos.

Essa edição foi idealizada como forma de demonstrar os resultados decorrentes dos estudos desenvolvidos pelos discentes do curso de Direito da Instituição Universitária Moura Lacerda, nos ramos do Direito Público (primeira parte) e do Direito Privado (segunda parte).

A primeira traz o artigo **“A SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS ECONÔMICOS E POLÍTICOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS”**, de autoria de Endrigo Rodrigues de Sá, o qual analisa com propriedade a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Sob o prisma neoconstitucionalista, ressalta-se o papel estatal de garantir o mínimo existencial necessário para uma vida digna a todos, sob pena do completo esvaziamento dos referidos direitos.

Na mesma esteira, o artigo **“O ACESSO A JUSTIÇA ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO E DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA”**, de Renata Aparecida de Marco Ferreira, discorre sobre a dificuldade de acesso à justiça no Brasil, em decorrência da falta de formação de cidadãos plenos. Defende a educação comunitária, integrada pelo Judiciário, Escola e Comunidade, com destaque para os meios alternativos de solução de conflitos. Baseia-se no êxito de parecerias entre o Poder Judiciário e Escolas, principalmente em Guarulhos e na região de Heliópolis, em São Paulo.

Entrelaçado aos anteriores, o artigo **“DIREITOS HUMANOS – UMA TRAJETÓRIA EM CONTEXTO GLOBAL E SEU REFLEXO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988”**, de Karen Nascimento Camilo, analisa a trajetória histórica dos direitos humanos no contexto internacional, bem como o seu reflexo sobre a Constituição Brasileira de 1988.

O artigo **“ABATE HUMANITÁRIO DO GADO: LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EPERSPECTIVAS”**, de autoria de Kaísa Gabriela Teixeira Montagnani de Souza, trata do abate humanitário (menos cruel) de animais, as implicações e as perspectivas jurídicas acerca do tema. Trata-se de tema ambiental e, portanto, de Direito Público.

Luan Victor Santana, autor do artigo acerca da **“EXTRAFISCALIDADE NO DIREITO AMBIENTAL”**, sem descuidar das primeiras normas jurídicas aplicáveis, aborda as questões problemáticas contemporâneas sobre o meio ambiente, inclusive da aplicação da extrafiscalidade em prol do meio ambiente equilibrado.

No artigo denominado **“ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E O SIMPLES NACIONAL”**, José Antonio Thomaz demonstra que o Instituto da Substituição Tributária no ICMS anula o favorecimento e a diferenciação trazidos pela Lei Complementar nº 123/2006 – Simples Nacional às empresas destinatárias.

O último artigo concernente ao Direito Público, **“AS MEDIDAS CAUTELARES E A DETRAÇÃO PENAL”**, de autoria de Rosiléia Maria Claro trata do controvertido tema sobre a (in) aplicabilidade da detração penal das medidas cautelares diferentes da prisão, introduzidas no artigo 319 Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011.

A segunda parte Revista apresenta três artigos de Direito Privado, dois deles sobre Direito do Trabalho e outro sobre Arbitragem.

Após as inovações legislativas ocorridas em 2011, **“O TELETRABALHO A LUZ DA LEI 12.551/2011”**, escrito por João Eduardo Tota Azezzu, trata da disciplina jurídica do teletrabalho que compreende o trabalho prestado à distância, cujo controle é possível mediante a utilização da tecnologia da informação ou da comunicação e de outros meios, possibilitando o reconhecimento do vínculo empregatício em favor daquele que trabalha fora das dependências do empregador.

O artigo de Felipe Abdalla Garbi, intitulado **“DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO”**, trata do descumprimento da Lei nº 11.788/08, que disciplina o estágio escolar. O autor trata do conceito de estágio, dos seus

requisitos, bem como enfoca os efeitos jurídicos decorrentes do desvirtuamento do contrato de estágio, para as partes contratantes.

Por fim, o artigo “**APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES NA ARBITRAGEM**”, de Lucila Silva Santos, trata da aplicabilidade de medidas cautelares em espécie na arbitragem, analisa as controvérsias sobre a aplicação das medidas cautelares ou de urgência, nas causas que dependem de solução arbitral. A autora não se limite ao alcance do ordenamento em vigor e analisa propostas de alteração legislativa com o objetivo de disciplinar expressamente as medidas cautelares na arbitragem.

Nota-se que a Revista, em sua edição especial, oferece ao leitor, uma pluralidade de temas jurídicos que enriquecerão suas percepções e formas de olhar o mundo, contribuindo com sua reflexão sobre os novos rumos e perspectivas da sociedade atual.

Profº Ms Antônio Borges Figueiredo

DIREITO PÚBLICO

A SUPERACÃO DOS OBSTÁCULOS ECONÔMICOS E POLÍTICOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Endrigo Rodrigues de SÁ*

RESUMO

O artigo analisa a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, os quais podem ser resumidos em dois grandes grupos: os que dependem de prévia concretização ou conformação legislativa dos preceitos constitucionais, denominados de normas programáticas e os que estão sujeitos à suficiência de recursos para sua efetivação, segundo a teoria da reserva do possível. Quanto à eficácia jurídica, as normas que preveem direitos sociais prestacionais, não podem ser vistas como regras, e sim como princípios (realizáveis de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas). A reserva do possível, como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sociais, deve ser comprovada pelo Estado e analisada judicialmente, sempre sem ferir o mínimo existencial para uma vida digna, sob pena do completo esvaziamento dos direitos sociais. Por fim, a maior efetivação dos direitos em tela é possível mediante a visão neoconstitucionalista e a participação popular pacífica.

Palavras-chave: direitos sociais, eficácia jurídica, eficácia social, reserva do possível e mínimo existencial.

THE OVERCOMING OF ECONOMIC AND POLITICAL OBSTACLES TO THE REALIZATION OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This study examines the efficacy and effectiveness of fundamental social rights, which can be summarized into two broad groups : those that depend on prior achievement or legislative conformation of constitutional precepts , called programmatic standards and that are subject to sufficient resources for its effectiveness , according to the theory of the possible reserves . The legal effectiveness , the rules predict prestacionais social rights can not be seen as rules, but as principles (achievable according to the factual and legal possibilities) . Reservation possible, as an obstacle to enforcement of fundamental social rights must be proven by the state court and analyzed , always without hurting the existential minimum for a dignified life , under penalty of

* Graduado em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUML) e em Ciências da Informação e Documentação pela Universidade de São Paulo (USP).

complete emptying of social rights . Finally , the most effective rights on the screen is possible by neoconstitucionalista vision and the peaceful popular participation.

Keywords: social, legal efficacy , social efficacy , and possible reserves the existential minimum.

SUMÁRIO. Introdução. 1. Noções gerais de direitos fundamentais. 1.1 Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. 1.2 Conceito, características e funções dos direitos fundamentais. 1.3 O neoconstitucionalismo. 2. Obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais. 2.1 Eficácia jurídica e eficácia social. 2.2 Espécies de direitos fundamentais sociais. 2.2.1 Direito à educação. 2.2.2 Direito à saúde. 2.2.3 Direito à alimentação. 2.2.4 Direito ao trabalho. 2.2.5 Direito à moradia. 2.2.6 Direito ao lazer. 2.2.7 Direito à segurança. 2.2.8 Direito à previdência social. 2.2.9 Proteção à maternidade e à infância. 2.2.10 Assistência social aos desamparados. 2.3 Os principais obstáculos à efetividade dos direitos sociais prestacionais. 2.3.1 Direitos sociais são normas programáticas? 2.3.2 Legitimidade do Poder Judiciário. 2.3.3 Reserva do possível. 2.3.3.1 Conceito. 2.3.3.2 O uso excessivo do argumento da reserva do possível. 3. Proposições de meios para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. 3.1 Mínimo existencial. 3.1.1 Conceito. 3.1.2 Conteúdo do mínimo existencial. 3.2 Ativismo judicial e judicialização. 3.3 Meios judiciais de efetivação. 3.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3.3.2 Mandado de injunção. 3.3.3 Ação civil pública. 3.4 Distribuição de renda e imposto sobre grandes fortunas. 3.5 Participação popular. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A nossa Constituição Federal de 1988 traz em seus artigos 1º e 3º os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil:

No artigo 6º estão previstos os direitos sociais, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Tendo em vista essas previsões constitucionais, o

objetivo principal do presente foi o estudo da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

1. NOÇÕES GERAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na doutrina não há consenso quanto à terminologia dos direitos fundamentais, porém, a própria Constituição Federal de 1988, em seu Título II, trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Além disso, a maioria dos autores adota essa posição, razão pela qual foi esta a nomenclatura utilizada no presente estudo.

Nesse sentido, (SARLET, 2012, p. 28):

(...) o uso da expressão “direitos fundamentais”, de utilização relativamente recente, cumpre lembrar que o nosso constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo.

Pode-se dizer que os direitos do homem, na acepção jusnaturalista, representam um rol de direitos naturais, atemporais, universais e eternos. Segundo Norberto Bobbio (2004, p. 22), os direitos naturais são direitos históricos.

Os direitos fundamentais estão positivados na Constituição do Estado compreendendo (declarações) e garantias (instrumentos de proteção) que incidirão em determinado tempo e espaço.

Os direitos humanos são reconhecidos ao ser humano, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, com inequívoco caráter supranacional (SARLET, 2012, p. 29).

Sem dúvida, os direitos fundamentais e os direitos humanos relacionam-se em um processo de aproximação e harmonização, segundo esferas distintas de positivação, surgindo como alguns autores apontam um direito constitucional internacional, que garante uma série de direitos naturais ao ser humano.

Os direitos fundamentais se apoiam em dois princípios: a Dignidade Humana e o Estado de Direito. Os direitos fundamentais, embasados na Dignidade Humana e no Estado de Direito, são os direitos básicos de qualquer ser humano, independentemente, de qualquer requisito, que protegem o núcleo intangível da existência humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o pilar do ordenamento jurídico global, o qual teve como marco histórico o fim da Segunda Guerra Mundial, o que se comprova pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo principal escopo foi o de romper com as barbáries cometidas durante a Segunda Guerra.

Já o Estado de Direito, em síntese, tem como conceito o Estado com poderes limitados, ou seja, o Estado conformado por normas jurídicas, as quais os governantes devem obedecer já que não estão acima delas, mas sim abaixo. Ademais, representam a vontade geral do povo. Seus poderes são limitados e divididos, conforme a ideia de Monstequieu, em oposição ao Estado Absolutista, em que o soberano detinha poderes ilimitados.

Segundo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, pag. 265):

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

O surgimento dos direitos fundamentais está intimamente relacionado ao constitucionalismo, o qual desde sua origem procurou impor limites ao poder dos governantes, respeitando os direitos dos governados.

Alguns doutrinadores costumam diferenciar o constitucionalismo antigo do moderno. No primeiro a Constituição não é escrita, ela objetiva limitar alguns órgãos do poder estatal (Executivo e Judiciário), com reconhecimento de certos direitos fundamentais, inexistindo sanção ao príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos. Já o constitucionalismo moderno traz à ideia de Constituição escrita, devendo ela ser rígida, trazendo como características marcantes a organização do Estado e a limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais. (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 35).

1.1 Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são classificados em “gerações de direitos”, mas, a doutrina mais moderna prefere o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, uma vez que uma nova “dimensão” não abandonaria a “dimensão” anterior, tratando-se de um processo de acumulação de direitos. (LENZA, 2012).

Os direitos fundamentais da 1ª dimensão estão relacionados à mudança de um Estado autoritário, Absolutista, para o Estado de Direito. O Estado passou a ser garantidor das liberdades, devendo restringir-se à manutenção

da ordem pública. É a doutrina do *laissez-faire*, que consistia em conferir ampla liberdade à iniciativa privada no domínio econômico. (DUARTE, 2011, p. 25).

Alguns acontecimentos nos séculos XVII e XVIII marcaram os direitos fundamentais da 1ª dimensão, tais como: Paz de Westfália (1648); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1688); Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789). Nesse contexto histórico, o Estado Liberal, de cunho burguês, traz como valor central a liberdade. São direitos negativos, de abstenção, de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado na liberdade pessoal e propriedade (função defensiva dos direitos fundamentais). Exemplos: direito à vida, direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, direito de propriedade, direito à personalidade, os direitos políticos e as proteções da intimidade e privacidade etc.

Os direitos fundamentais da 2ª dimensão têm como contexto histórico a Revolução industrial, ocorrida no século XIX, no Reino Unido, num momento de péssimas condições de vida e trabalho. Dessas mazelas sociais resultaram movimentos populares como o Cartismo, nascido na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX, que exigia a redução das jornadas e a melhoria das condições de trabalho; bem como a Comuna de Paris, de 1848, movimento social dos operários parisienses que culminou com a separação entre Estado e Igreja, a reabertura de fábricas, o fim do trabalho noturno nas padarias, dentre outros.

Alguns acontecimentos no século XIX e XX marcaram os direitos fundamentais da 2ª dimensão, tais como: Manifesto Comunista, 1848; Constituição do México, de 1917; Constituição de Weimar, de 1919 (conhecida como a Constituição da Primeira República Alemã; Tratado de Versalhes, 1919 (OIT).

No Estado Social de Direito, com ênfase no proletariado, são considerados direitos prestacionais, direitos positivos, caracterizados pela obrigação de fazer do Estado, centrados no valor da igualdade material.

(...) as doutrinas sociais – sensíveis à desigualdade material verificada entre os homens, derivada da má distribuição das riquezas produzidas pelo individualismo liberal – começaram a desenhar-se. Ao mesmo tempo em que elas se empenhavam em ações afirmativas de direitos sociais e econômicos, notadamente a realização de prestações sociais. (DUARTE, 2011, p. 28).

São direitos da 2ª dimensão, os direitos sociais, tais como: direitos trabalhistas, educação, saúde, moradia, lazer, cultura, previdência, assistência social, culturais e econômicos, entre outros.

Os direitos fundamentais da 3ª dimensão se desen-

volem numa sociedade capitalista, globalizada, com intenso desenvolvimento científico e tecnológico, que geram mudanças nas relações econômico-sociais. Os direitos passam a ser transindividuais, ou seja, transcendem os interesses do indivíduo, passando a tutelar o gênero humano, com alta carga de humanismo e universalismo.

São assim denominados direitos dos povos, da nação, até a própria humanidade titularidade coletiva ou difusa, centrados no valor da solidariedade ou fraternidade. Exemplos: direito à paz, autodeterminação dos povos, direito ao desenvolvimento, direitos do consumidor, direito ao meio ambiente equilibrado, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, direito de comunicação etc. Eles estão a experimentar um momento de afirmação na esfera internacional do que são exemplos: a Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992, o Protocolo de Kyoto de 1998, sobre a emissão de gases poluentes de 1998, assim como a Carta de Paris para uma nova Europa de 1990. (DUARTE, 2011, p. 32)

Para alguns doutrinadores, como Norberto Bobbio, Paulo Bonavides e Karel Vasak, haveria direitos de 4ª e 5ª dimensões, tais como direito à democracia, direito à informação, direito ao pluralismo, dentre outros, frutos da globalização política, que levaria a uma globalização dos direitos fundamentais. Porém, não se constituiriam novos direitos, mas, novos conteúdos ou funções de direitos já tradicionalmente reconhecidos. Assim, todas as reivindicações no âmbito dos direitos fundamentais, no limite, estão relacionadas aos perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade, solidariedade, que, por sua vez, baseiam-se, todos, no princípio maior da dignidade da pessoa humana. (DUARTE, 2011, p. 35). Logo, ditos direitos de 4ª e 5ª dimensões podem ser alocados nas três dimensões já existentes.

1.2 Conceito, características e funções dos direitos fundamentais

Não é tarefa fácil conceituar os direitos fundamentais, havendo divergências na doutrina, que os definem de diferentes pontos de vista, do objetivo ao subjetivo, de concepções filosóficas, dos assentes na Constituição, formal ou material.

De qualquer forma, ao que parece, a base e o ponto comum da maioria das conceituações residem na ideia de que os direitos fundamentais são, em essência, decorrentes de reivindicações concretas, ocasionadas por ações (e também omissões) gravemente injustas e/ou lesivas aos bens jurídicos mais essenciais (ou fundamentais da humanidade). (DUARTE, 2011, p. 47).

No entanto, a forma preferida pela doutrina para

conceituar os direitos fundamentais é por meio da análise de sua fundamentalidade. A fundamentalidade formal está relacionada ao direito constitucional positivo, escrito, à constitucionalização. Já a fundamentalidade material, por sua substância, conteúdo, e importância, está atrelada às estruturas básicas do Estado e da sociedade. Ela serve de apoio para “abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados”. A fonte do conceito material dos direitos fundamentais é a dignidade humana. (DUARTE, 2011, p. 49).

Os direitos fundamentais constantes do Título II da CF 1988, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, são conhecidos como catálogo. Porém, há outros direitos fundamentais que estão fora do catálogo, dispersos pelo texto constitucional. Exemplos: o direito de igual acesso aos cargos públicos (artigo 37, inciso I) e os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (artigo 37, VI e VII), todos da CF 1988. (DUARTE, 2011, p. 60)

Algumas características dos direitos fundamentais são (LENZA, 2012, p. 962):

- **Historicidade:** caráter histórico, nascedouro com o Cristianismo, perpassando diversas revoluções até chegar aos dias atuais;
- **Universalidade:** se destinam a todos os seres humanos indiscriminadamente;
- **Limitabilidade:** os direitos fundamentais não são absolutos (**relatividade**), não sendo raros no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução está prevista na própria Constituição (ex. direito de propriedade *versus* desapropriação), caberá ao intérprete, magistrado, no caso concreto decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra **da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos**, conjugando-a com sua **mínima restrição**;
- **Concorrência:** podem ser exercidos cumulativamente, como por exemplo, o jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, juntamente, emite uma opinião (direito de opinião);
- **Irrenunciabilidade:** pode ocorrer o seu não exercício, mas jamais a sua renunciabilidade.

Existem também as seguintes características, José Afonso da Silva (2000, p. 185):

- **Inalienabilidade:** não são disponíveis, e, portanto, não se pode aliená-los, haja vista que não têm conteúdo econômico-patrimonial;
- **Imprescritibilidade:** a prescrição atinge somente a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a dos direitos personalíssimos, assim, eles são sempre exigíveis.

Quanto às funções, a mais tradicional é a da defesa, no plano jurídico-objetivo, competência negativa para os poderes públicos, vedando a intervenção do Estado na autonomia individual, e no plano jurídico-subjetivo, o exercício das “liberdades positivas”, bem como reclamar faltas ou omissões estatais.

Além dessas duas clássicas funções, há a chamada multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que nada mais é do que uma derivação dos quatro status de George Jellinek, do final do século XIX.

A teoria dos quatro status de Jellinek, elaborada no final do século XIX, ainda se mostra muito atual, são eles: 1) passivo ou *status subjectionis* - o indivíduo está subordinado ou submetido aos poderes do Estado; 2) o negativo ou *status libertati* - liberdades individuais, ações dos súditos juridicamente irrelevantes para o Estado, como, por exemplo, a publicação de um livro; 3) o positivo ou *status civitatis* - o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica para reclamar do poder estatal, para utilizar as instituições estatais, outorgando ao indivíduo prestações positivas. 4) status ativo ou da cidadania ativa outorga ao indivíduo capacidades que estão fora de sua liberdade natural, por exemplo, o direito de sufrágio.

Sarlet defende o modelo de Alexy, que separa os direitos a prestações (em sentido amplo) em direitos à proteção, direitos de organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito ou (direitos fundamentais sociais). São justamente os direitos a prestações em sentido estrito, os direitos fundamentais sociais, que nos interessou no presente estudo. (DUARTE, 2011, p. 85).

Os direitos fundamentais sociais têm por escopo a efetivação da igualdade em uma acepção material, devendo assegurar a igualdade de oportunidades. A efetivação dos direitos fundamentais sociais enseja a realização de pelo menos certos direitos e liberdades. Por exemplo, assegurando o ensino básico universal, gratuito e obrigatório, garante-se que a todas as pessoas possam desfrutar da liberdade de aprender, bem como da liberdade de criação cultural.

A diferença entre direitos sociais e políticas públicas (sociais) pode ser assim resumida: enquanto os primeiros são normas abertas, de pouca densidade normativa, as quais podem ser conformadas pelo legislador ordinário, e efetivada pelo administrador de diversas formas; as segundas, por sua vez, por importarem decisões (ou escolhas) políticas, não podem em regra, ser levada a cabo (ou revistas) pelo Judiciário, a não ser excepcionalmente, quando em causa o próprio núcleo essencial ou conteúdo mínimo do direito social, com o qual se relaciona. (DUARTE, 2011, p. 106).

1.3 O neoconstitucionalismo

Até a Segunda Guerra Mundial vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, amparado na doutrina inglesa de soberania do Parlamento, e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. Numa análise fria, o Estado Legislativo de Direito, representado pelo Nazi-Fascismo, foi o responsável por atrocidades genocidas, tudo amparado na lei, o que lhe configurava num Estado de Direito. (LAZARI, 2012, p. 22). Nessa perspectiva, a Lei e o Princípio da Legalidade foram as únicas fontes de legitimação do Direito, na medida em que uma norma jurídica era considerada válida não por ser justa, mas, exclusivamente por haver sido posta por uma autoridade de competência normativa. (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 38)

Ao final da Segunda Guerra Mundial houve uma crise do direito positivo, da teoria pura *kelseniana*, e a reaproximação entre Direito e Ética, Direito e Moral, Direito e Justiça e demais valores substantivos. Dessa forma, houve a necessidade de se pensar numa alternativa ao direito positivo. Surgiu, então, o Neoconstitucionalismo:

O *neoconstitucionalismo* representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O *neoconstitucionalismo* destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica* a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da *força normativa da Constituição*, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa. (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 39).

Há três marcos fundamentais para o direito constitucional nas últimas décadas: o histórico, o teórico e o filosófico (BARROSO, 2013, p. 190).

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Contra o Estado legalista, sobre o qual se erigiu o Estado nazista, surgiu uma nova perspectiva sobre o constitucionalismo, denominado de Neoconstitucionalismo, ou Constitucionalismo pós-moderno ou Pós-positivismo. O constitucionalismo aliado à democracia produziu uma nova forma de organização política, denominado Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático.

No âmbito filosófico, o Neoconstitucionalismo se caracteriza pelo pós-positivismo, o qual busca ir além da legalidade estrita, não desprezando o direito posto.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. (...) O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. (BARROSO, 2013, p. 192).

Portanto, o Direito não é somente a lei, a subsunção do fato à norma, numa fórmula matemática que em que o resultado será exato, conforme defendido pelo positivismo. O Direito vai além da norma, ele precisa estar ancorado na ética e na busca do justo, o que traz a inevitável aproximação entre Direito e Ética.

No plano teórico, houve três grandes transformações: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2013, p. 193).

Quanto à força normativa da Constituição:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorrida ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. (Barroso, 2013, p. 193).

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, as suas disposições são de caráter vinculativo e obrigatório. Assim, as normas constitucionais são imperativas, atributo de norma jurídica, e no caso de descumprimento poderá ensejar mecanismos de cumprimento forçado. A doutrina brasileira da efetividade procurou tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. No plano jurídico foi atribuída normatividade plena à Constituição, fonte de direitos e obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista científico ou dogmático, foi reconhecido ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo. No aspecto institucional, o Poder Judiciário ganhou ascensão, tendo papel destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta ou imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter atuação decisiva na realização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se registrou acima, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou necessária a sua convivência com novas fórmulas doutrinárias de base, *pos-positivista*, como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial. (BARROSO, 2013, p. 29).

A partir da década de 1940, houve a expansão da jurisdição constitucional, modelo inspirado na experiência estadunidense: o da supremacia da Constituição, ou seja, a constitucionalização dos direitos fundamentais, os quais ficavam protegidos do processo político majoritário, e o tutor passava a ser o Judiciário (BARROSO, 2013, p. 195).

No Brasil, apesar de haver o controle de constitucionalidade desde a primeira Constituição Republicana de 1891, a jurisdição constitucional se expandiu com a Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade de (I) em ações de sua competência originária (art. 102, I, da CF) (II) por via de recursos extraordinários (art. 102, III, da CF) e (III) em processos objetivos, nas ações diretas. (BARROSO, 2013, p. 196).

Os elementos tradicionais de interpretação do Direito, tais como: gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico e os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos, o hierárquico, temporal e o especial conti-

nua a dar conta da maioria das questões jurídicas. No entanto, em alguns casos, esses elementos não atendiam à vontade da Constituição, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de criar elenco próprio de princípios, tais como: o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. (BARROSO, 2013, p. 197).

A interpretação jurídica tradicional está fundada no papel da norma, a qual cabe oferecer no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos e no papel do juiz, ao qual cabe identificar, no ordenamento jurídico, a normal aplicável ao problema a ser resolvido, mediante a subsunção do fato à norma. Contudo, nem sempre a solução do problema se encontra no relato abstrato do texto normativo, assim, o papel do juiz é o de coparticipante do processo de criação do Direito, ao completar o trabalho do legislador, mediante valorações de sentido das cláusulas abertas e escolha entre soluções possíveis.

Portanto, nesse novo cenário, ganha importância o papel do juiz ao interpretar a norma, o qual deve se fundamentar sempre que possível na Constituição, que prevê que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, e tem como um de seus fundamentos a dignidade humana, que está a informar e fundamentar todo o ordenamento jurídico na concepção do Neoconstitucionalismo.

No Neoconstitucionalismo, a Constituição é o centro de todo o sistema; agrega-se normatividade aos princípios, com carga valorativa, axiológica, cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados passíveis de concretização singularizada pelo julgador, sem prejuízo da valoração da dignidade da pessoa humana, da vinculação vertical e horizontal dos direitos fundamentais, da eficácia irradiante em relação aos Poderes e aos particulares, da concretização dos valores constitucionalizados e da garantia de condições dignas mínimas e do ativismo judicial.

2. OBSTÁCULOS A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

2.1 Eficácia jurídica e eficácia social

A eficácia jurídica significa a possibilidade de a norma desde o princípio produzir seus efeitos jurídicos, em razão do seu enunciado dispor de forma suficiente as situações e comportamentos nela previstos hipoteticamente. Assim, a eficácia jurídica trabalha com a exigibilidade ou executoriedade da norma, ou seja, na possibilidade jurídica da aplicação da norma, de esta produzir efeitos na ordem jurídica.

A eficácia social, por sua vez, é a efetivação ou realização da norma no mundo dos fatos, ou seja, a efetividade da norma.

As duas facetas (jurídica e social) da eficácia, todavia, não representam categorias estanques; antes, guardam uma estreita relação entre si. A eficácia jurídica situa-se, por assim dizer na antessala da eficácia social, já que, em princípio, não há como falar em efetivar aquilo que sequer é aplicável juridicamente. Donde a afirmação de a eficácia social depende da eficácia jurídica. (DUARTE, 2011, p. 122).

Portanto, não há como falar de eficácia social, sem abordar a questão da eficácia jurídica, ante a íntima relação e a dependência existentes entre elas. A eficácia jurídica trata da necessidade ou não de prévia conformação legislativa das normas que consagram direitos sociais, tendo em vista a (in) suficiente densidade normativa de tais direitos. Discute-se nessa seara a (in) aplicabilidade direta ou imediata dos direitos a prestações sociais, e por consequência, o seu reconhecimento como direitos subjetivos ou não, e, por conseguinte, a sua justiciabilidade. Isso, porque, há o entendimento de que o Judiciário ao deferir um direito subjetivo diretamente da Constituição, estaria a tomar decisões políticas, ferindo a Separação dos Poderes.

A insuficiência de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais traz em pauta a teoria conhecida como o da Reserva do possível. Em geral, a eficácia jurídica e a insuficiência de recursos, são os dois principais argumentos levantados contra a efetivação dos direitos fundamentais sociais, pretende-se no presente estudo, ao menos em parte, afastá-los, na busca de maior efetividade dos direitos sociais.

A eficácia jurídica ou aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais não tem tanta importância no cenário brasileiro, vez que a maioria das normas sobre direitos fundamentais sociais já foram concretizadas ou conformadas pelo legislador ordinário, não sendo necessária a aplicação direta de preceitos constitucionais de cunho social, salvo na hipótese da intervenção legislativa densificadora insuficiente. (DUARTE, 2011, p. 124).

Predomina o entendimento de que cabe ao Legislativo especificar o conteúdo, delimitar o contorno da prestação e identificar a quem se destina determinado direito social, não podendo o Judiciário identificá-lo e especificá-lo, por intermédio da interpretação das normas constitucionais, e assim torná-los plenamente eficazes. Segundo esse entendimento, o Judiciário ao interpretar determinado direito social direto da Constituição, estaria se imiscuindo na função do Poder Legislativo, o que caracterizaria ofensa à independência dos Poderes, salvo em situações excepcionais.

No entanto, há doutrinadores sustentando que todas as normas constitucionais sobre direitos fundamentais são dotadas de eficácia e são autoaplicáveis:

Independentemente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente *programático* (para nos mantermos fiéis à terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa. (...) Todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão “programática” dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 294).

Depreende-se que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia, mesmo as de cunho programático, uma vez que impõem aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, “imposições legiferantes”, a tarefa de concretizar e realizar os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidas.

2.2 Espécies de direitos fundamentais sociais

O art. 6º da Constituição Federal, exemplificativamente, garante vários direitos fundamentais sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Esses direitos são desenvolvidos nos artigos 7º a 11 (direitos dos trabalhadores e liberdade sindical), 194 a 203 (seguridade social), 205 a 217 (educação, cultura e desporto), cujos conceitos devem ser abordados à luz da teoria do Mínimo Existencial e da Reserva do possível.

2.2.1 Direito à educação

O direito à educação está previsto nos artigos 6º e 205 a 214 da CF, que se classificam como direito fundamental (artigos 6º e 205 a 208). Já os artigos 209 a 214 tratam de aspectos procedimentais e organizacionais. (PINHEIRO, 2008, p. 163)

A educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para trabalho, nos termos do art. 205. Verifica-se que o direito à educação abrange o direito à instrução (no sentido de um direito a que o Estado preste ensino, colocando à disposição do titular do direito: escolas, materiais e professores, entre outros direitos).

O artigo 208 prevê que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante: “Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”. O inciso IV do mesmo artigo diz que a “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. Os parágrafos 1º e 2º do artigo 208 afirmam de forma categórica que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

Sem dúvida, o ensino fundamental obrigatório e gratuito, como na educação infantil em creches e pré-escolas às crianças até cinco anos, consiste em direito público subjetivo, admitindo-se a intervenção judicial concretizadora para implementar tal direito (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP, Rel. Min. Celso De Mello¹).

2.2.2 Direito à saúde

O direito fundamental à saúde está previsto nos artigos 6º e 196 a 200 da Constituição Federal, levantando maiores discussões e polêmicas, haja vista sua identificação com o direito fundamental à vida (artigo 5º, caput, da CF) e a dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012, p. 326).

O artigo 196 traz “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Uma das dificuldades para o reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestação na área da saúde é a forma aberta pelo qual este direito foi consagrado pelo Constituinte, ou seja, qual o conteúdo e o alcance desse direito, sendo necessária a conformação legislativa (SARLET, 2012, p. 327).

Não obstante a dificuldade suscitada, importante ressaltar que:

Assim, não devem prevalecer os habituais argumentos em sentido contrário à efetivação, tais como: a forma aberta de positivação do direito à saúde, a escassez relativa dos recursos e a falta de legitimidade do Poder Judiciário para fixar o modo pelos quais os recursos públicos serão alocados ou distribuídos. (PINHEIRO, 2008, p. 156).

¹ STF – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP, Rel. Min. Celso De Mello, julgado em 23/08/2011, publicado no Dje nº 177, divulgação 14/09/2011, publicação 15/09/2011, Emendário nº 2587-01. No mesmo sentido RE 594.018-AgR, RE 603575, Ag. Reg. no RE 410715/SP, RE 464.143-AgR e RE 594.018 AgR.

Cuidando-se do direito fundamental à saúde, são insustentáveis os argumentos de norma de eficácia limitada, ausência de recursos (reserva do possível) ou incompetência dos órgãos judiciários para alocação e destinação de recursos públicos. A depender das circunstâncias do caso concreto, é possível o reconhecimento de um direito originário a prestações na esfera da saúde (SARLET, 2012, p. 328).

O STJ não reconhecia o direito à saúde como direito subjetivo, pois considerava que as normas constitucionais sobre o tema tinham caráter meramente programático, sem qualquer eficácia². Porém, houve uma mudança salutar, ou seja, o STJ alterou esse entendimento e passou a admitir o direito subjetivo à saúde, independentemente de concretização do legislador ordinário³, nesses julgamentos foram deferidos fornecimento de medicamentos (SARLET, 2012, p. 332).

Também o STF⁴ tem seguido a mesma orientação e já reconheceu o direito subjetivo a um portador do vírus HIV ao recebimento de medicamento, limitado aos constantes da lista elaborada pelo Ministério da Saúde ou prevista em lei, sob crítica:

Portanto, revela-se ameaçador à efetividade do direito à saúde o engessamento da atividade judicial para conceder apenas os medicamentos incluídos previamente na lista, pois conforme já observado, alguns remédios apenas incorporados após uma delonga de tempo considerável. Além disso, é factível que possa ocorrer ingerências dos governantes para que não se introduza na lista remédios de alto custo, evitando-se, assim, impactos relevantes no orçamento (PINHEIRO, 2008, p. 162).

As orientações do STF e do STJ têm sido seguidas pelos diversos tribunais do Brasil, já que, nas questões referentes ao direito à saúde, predomina o ativismo judicial de modo a proteger o próprio direito à vida.

2.2.3 Direito à alimentação

O direito à alimentação foi acrescido pela Emenda nº 64/2010, esse direito também está previsto no artigo 7º, inciso IV, que trata do salário mínimo, e ele está diretamente relacionada ao direito de assistência aos desamparados.

² STJ, RESP nº 57.614, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 27/05/1996, publicado no DJU em 01/07/1996, p. 23.989.

³ Nesse sentido STJ, RESP nº 869.843/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.09.2007, publicado no DJU em 15/10/2007, p. 243. STJ, RMS nº 23.184/RS, Rel. Min. José Delgado, julgado em 27/02/2007, publicado no DJU em 19/03/2007, p. 285. STJ, RESP nº 902.473/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 16/08/2007, publicado no DJU em 03/09/2007, p. 136.

⁴ STF, RE nº 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/09/2000, publicado no DJU em 24/11/2000, p. 101.

Todo ser humano para sobreviver precisa se alimentar, e se possível com alimentos saudáveis e nutritivos. “Todo indivíduo tem direito a se socorrer do Poder Judiciário no intuito de conseguir alimentos que assegurem sua existência”. Entretanto, são raras as demandas judiciais pleiteando o direito à alimentação. (LAZARI, 2011, p. 100)

Embora a alimentação seja considerada um direito social fundamental, a fome ainda não foi erradicada no Brasil, o que se espera seja solucionado o mais breve possível pelos Poderes instituídos pela Constituição Federal.

2.2.4 Direito ao trabalho

O direito social ao trabalho está previsto de forma mais extensa na Constituição Federal (artigos 7º a 11) e pode ser classificado em blocos: direito de trabalhar ou de não ficar desempregado, como a proteção ao mercado de trabalho da mulher (art. 7, XX) ou aos trabalhadores contra a automação (art. 7º, XXVII). O direito de trabalhar com dignidade que se refere às condições dignas de trabalho, como, por exemplo, adicional de remuneração para atividades insalubres ou perigosas (art. 7º, XXIII) ou da duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (art. 7º, XIII). O direito de perceber rendimentos pelo trabalho, isto é, a remuneração, que não pode ser aviltante, exemplos, o salário mínimo (art. 7º, IV) ou o décimo terceiro (art. 7º, VIII). (LAZARI, 2012, p. 101).

O direito ao trabalho é visto como direito de proteção do trabalhador contra abusos do empregador, mas não há o direito subjetivo de pleitear judicialmente um trabalho.

(...) constata-se que o direito ao trabalho, ao menos em nosso direito constitucional, foi objeto de concretização em diversas outras normas constitucionais, inclusive, na seara dos direitos fundamentais, como bem demonstra o extenso rol do art. 7º, sem que, no entanto, se possa chegar ao extremo de reconhecer a existência de um direito subjetivo a local de trabalho (direito a um emprego). (SARLET, 2012, p. 298).

Seria dizer: todo direito de trabalhar exige, de imediato, uma contrapartida materializada na oferta de emprego pelo Estado ou pelo âmbito privado. Tal pensamento é equivocado, obviamente. Não se pode cobrar o Estado, tão menos a iniciativa privada a receber mão de obra de que não precisa ou, principalmente, de que não pode pagar. (LAZARI, 2012, p. 101).

Argumentam os defensores dessa posição, que o direito subjetivo ao trabalho, implicaria maiores custos ao empregador, que encareceria as mercadorias e produtos, desequilibraria a economia e provocaria desemprego e inflação. Apesar disso, o direito ao trabalho, como direito fun-

damental, é endereçado aos Poderes Públicos, seja ao Legislador (quando necessita de concreção legislativa), ao Administrador para implementar políticas públicas de trabalho e emprego, e ao Judiciário (quando aprecia as demandas que visam garantir a sua aplicação), não podendo se furtar à tutela judicial das políticas públicas, bem como aos particulares, sobretudo, no âmbito social-trabalhista. (FONSECA, 2006, p. 249)

Mesmo não ensejando direito subjetivo, o direito ao trabalho não deixa de ser um direito fundamental social, o que implica em obrigações ao Legislativo, Executivo, Judiciário e ao particular.

Já foi objeto de vários debates o art. 7º, inciso IV *in verbis* “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.”, sendo o “maior descompasso da Constituição de 1988 entre norma e fato”. (LAZARI, 2012, p. 103).

No julgamento da ADI nº 737-8, o STF considerou inconstitucional o valor do salário mínimo atribuído pela Lei nº 8149/92, uma vez que não atendia ao conteúdo do inciso IV, do artigo 7º, da CF. Porém, tal ação foi extinta pelo advento de nova lei regulamentando a remuneração impugnada, motivo pelo qual o STF não se manifestou conclusivamente.

Para alguns doutrinadores renomados, como por exemplo, LUIS ROBERTO BARROSO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, há de se reconhecer a inconstitucionalidade do valor estabelecido pela lei para o salário mínimo:

(...) parece oportuna a referência à posição sustentada por alguns dos nossos mais ilustres doutrinadores, que, dentre outros aspectos chegaram a admitir a possibilidade de reconhecer-se, no caso concreto, a insuficiência e, em decorrência, a inconstitucionalidade do valor estabelecido pela lei para o salário mínimo, condenando-se o empregador ao pagamento da diferença apurada em Juízo, ou mesmo a eventual viabilidade de uma indenização por parte do Estado, no sentido de cobrir a diferença entre o valor previsto na lei e o montante efetivamente necessário para atender os critérios constantes na Constituição. (SARLET, 2012, p. 310).

O salário mínimo precisa atender ao que está previsto na Constituição, uma vez assim agindo se estará atendendo ao Mínimo Existencial.

2.2.5 Direito à moradia

O direito à moradia, assim como o direito à alimentação, foi inserido na Constituição Federal pela EC n° 26/2000, e representou grande avanço, uma vez que ter direito a um lar, a uma moradia, um cantinho para se chamar só de seu, não há dúvida, que atende ao princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, já havia previsão da moradia, como uma das condições básicas a ser atendida pelo salário mínimo, art. 7°, inciso IV, da CF.

O artigo 23, IX, da CF diz da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais”. O Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 (PIDESC), no art. 11, assim dispõe: “Os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e morada adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida.”

Outros documentos internacionais que previram o direito à moradia como direito básico da pessoa humana são a Declaração de Vancouver (1976) e a Declaração de Istambul (1996).

O direito à moradia pode ser dividido em três grandes grupos: o direito de ser proprietário/possuidor de um lar; o direito de não perder um lar; e o direito de que o lar seja servido por realizações estatais de absoluta necessidade (LAZARI, 2012).

O direito à moradia, de acordo com a doutrina prevalente e com os parâmetros internacionais, não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade (PINHEIRO, 2008, p. 169; SARLET, 2008, p. 254; LAZARI, 2012, p. 104), em razão do alto custo do direito social à moradia paradoxal à grande quantidade de indivíduos vivendo em periferias.

Talvez, não seja o caso do Estado sozinho arcar com a construção e entrega da moradia aos necessitados, de simplesmente dar a casa, mas, de se pensar em formas alternativas, que garantam maior acesso à moradia, tais como financiamento com maior prazo, ou mesmo o aluguel social, meios para se garantir a posse/propriedade ao cidadão hipossuficiente. Não há dúvida que dar acesso à moradia digna é atender ao valor da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao direito de não perder o lar, há a regra geral da impenhorabilidade do bem de família. Todavia, no RE n° 407.688-8/SP, de Relatoria do Ministro Cezar Peluzo, o STF considerou constitucional a penhora do imóvel residencial do fiador, tal qual autorizada pela legisla-

ção que excepcionou a regra geral da impenhorabilidade do bem de família (art. 3°, inciso VII, da Lei n° 8009/90, com a redação dada pela Lei n° 8245/91. Paradoxalmente, o Ministro Cezar Peluzo fundamentou seu voto vencedor com o argumento de “que castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, **romperia equilíbrio do mercado**, despertando exigência sistemática de garantia mais custosa para as locações residenciais, com consequente desfalque no campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia” (grifo nosso).

No mesmo julgamento, o Ministro Eros Grau objetou: “A minha discordância do voto de Vossa Excelência é que não estou me apegando à lógica do mercado no meu voto, mas, sim ao que diz a Constituição. É nesse ponto que discordo de Vossa Excelência”.

Vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, o STF considerou constitucional a penhora do imóvel residencial do fiador da locação predial urbana, em desrespeito ao direito fundamental social à moradia e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, não foram respeitados os princípios da proporcionalidade e o da necessidade, tendo em vista que poderia haver outros meios disponíveis para garantia do crédito em execução, de modo a recair a obrigação no meio menos gravoso, não atingindo o único imóvel do fiador, ou seja, a moradia dele e de seus familiares, quando poderiam ser exigidas outras garantias (SARLET, 2008, p. 255). Pode-se dizer que essa decisão desrespeitou o Mínimo existencial, já que a moradia é necessidade vital da pessoa humana, cuidando-se de direito indisponível e não sujeito à expropriação embasada em fiança.

(...) se não ocorrer uma reformulação radical do entendimento ora prevalente e expresso pelo voto da maioria dos seus Ministros, pelo menos que haja sensibilidade suficiente para uma possível flexibilização à luz das circunstâncias do caso concreto, pena de, no limite acabarem sendo chanceladas situações de extrema injustiça. (SARLET, 2008, p. 259).

Espera-se que, com a mudança de alguns Ministros do STF, possa ser modificado esse entendimento, a fim de que não sejam “chanceladas situações de extrema injustiça”, conforme dito por Sarlet.

Além disso, para assegurar a dignidade da pessoa humana, as moradias precisam ser dotadas de serviços estatais de absoluta necessidade, como, asfaltamento, energia elétrica, água encanada, saneamento básico, calçamento, coleta de lixo, escolas, postos de saúde, áreas de lazer, transporte público etc.

2.2.6 Direito ao lazer

O direito ao lazer, previsto no artigo 6º da Constituição e elencado entre as necessidades vitais básicas (CF, art. 7º, IV), tem conceito amplo podendo abarcar desde uma quadra poliesportiva, praças públicas, parques, feiras de livros, acessos a teatros, cinemas, shows, shoppings, acesso a internet, programas televisivos, viagens, dentre tantos outros.

Também pode ser extraído dos direitos à cultura (art. 215 e 216) e ao desporto (art. 217) (LAZARI, 2012, p. 107).

2.2.7 Direito à segurança

O direito à segurança, a que se refere o artigo 6º da Constituição Federal é o da segurança pública (LAZARI, 2012, p. 107). De acordo com o artigo 144 da CF “é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, goza de exígua carga principiológica, não podendo o Poder Judiciário, após o requerimento de uma comunidade de moradores, por exemplo, determinar, isolada e sem analisar prováveis efeitos colaterais, o policiamento de uma região, deixando desguarnecido outro setor da municipalidade. (LAZARI, 2012, p. 108)

Assim, de acordo com a conveniência e oportunidade, cabe ao Estado prestar segurança pública aos cidadãos, sendo a insegurança pública um dos males que mais afligem os brasileiros há décadas, ante a escalada da violência e o surgimento do crime organizado, mas a doutrina não o admite como direito subjetivo, talvez por falta de estudos específicos.

2.2.8 Direito à previdência social

O direito à previdência social tem previsão no artigo 6º, e está regulamentado nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal, assim com na legislação Lei nº 8213/1991 e nos regulamentos do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS). Trata-se de direito público subjetivo dos segurados e dependentes, que preencham certos requisitos legais, que se liga ao direito ao trabalho, pois irá se beneficiar àquele que já trabalhou ou que não possa mais trabalhar (LAZARI, 2012, p. 110).

2.2.9 Proteção à maternidade e a infância

O direito à proteção à maternidade e a infância estão dispersos por todo o texto constitucional (artigos, 5º, L, art. 7º, XVIII e XX, 201, II e 203, I e II), que equivocadamente qualifica os direitos à moradia e à infância como gênero, quando na verdade são espécies dos direitos fundamentais

sociais da educação, previdência social e assistência social. Os direitos à proteção da maternidade e a infância não necessitariam de condição autônoma, uma vez que já se encontram dentro de algum grupo maior de direito social (LAZARI, 2012, p. 112).

2.2.10 Assistência social aos desamparados

O último direito social previsto no extenso rol do artigo 6º é a assistência aos desamparados ou direito à assistência social (art. 203 da CF). Segundo Ana Paula de Barcellos é o “direito tampão”, por representar o último recurso na preservação da dignidade humana (LAZARI, 2012, p. 113).

2.3 Os principais obstáculos à efetividade dos direitos sociais prestacionais

2.3.1 Direitos sociais são normas programáticas?

Durante o século XIX predominou conceitos da ideologia liberal, segundo a qual os direitos sociais não eram dotados de qualquer normatividade, devendo ser relegados a normas programáticas. Tais normas eram dirigidas apenas aos poderes políticos, somente aos quais caberia a função de atribuir efetividade a elas. Apesar da sua natureza aberta e indeterminada, as normas fundamentais sociais prestacionais são princípios ou mandados de otimização, aplicáveis dentro das possibilidades fático-jurídicas ao caso concreto (PINHEIRO, 2008, p. 101).

É preciso destacar a noção de normas programáticas:

Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigida ao Legislador. (SARLET, 2012, p. 292).

Ao se falar em normas programáticas, destaca-se a classificação de normas constitucionais de eficácias plena, contida e limitada (SILVA, 1998, p. 82).

As normas constitucionais de eficácia plena são àquelas que independem de provimento legislativo integrador para que possam gerar efeitos. Por exemplo, o art. 7º, inc. XVIII, da CF, que dispõe sobre a licença-gestante com prazo de 120 dias.

As normas constitucionais de eficácia contida são àquelas que estão aptas a gerar efeitos até que sobrevenha

legislação restritiva. O exemplo é o art. 5º, inc. XIII, da CF que possibilita o livre exercício profissional, até que o legislador regulamente àquela profissão, podendo estabelecer requisitos. Como por exemplo, o art. 8º, da Lei nº 8906/91, que estabelece requisitos para a inscrição e o exercício da advocacia.

As normas de eficácia limitada são as que necessitam de provimento legislativo ou executivo superveniente para gerar efeitos. O exemplo é o artigo 5º, inc. XXXII, da CF, “O Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor”, o que foi feito com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Dentro deste último grupo estão as assim chamadas normas programáticas, as quais estabelecem programas sociais a serem implementados pelo Estado.

Jose Afonso da Silva defende que as normas programáticas têm eficácia negativa, podendo o Judiciário atuar apenas nos casos de ação, do Poder Público, contrária à norma, não admitindo a concretização judicial nos casos de omissão do Estado, posicionamento criticado por EROS GRAU (2012, p. 357/358):

Penso já ser tempo de abandonarmos o uso dessa expressão “normas programáticas”, que porta em si vícios ideológicos perniciosos. Essas assim chamadas normas “programáticas” são normas dotadas de eficácia normativa, seguramente. O adjetivo não desqualifica o substantivo a que vem acoplado. A propósito, revendo texto que escrevi há mais de 20 anos [Grau 1981] seguidamente pergunto-me por que terá sido esquecida a lição do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, que, em acórdão já de 29 de janeiro de 1969 (NJW 1969, Heft 14, pp. 597-604), assumiu o entendimento nos seguintes termos enunciado, parcialmente, na síntese de Rolando E. Pina (1973:72 e ss):

(a) Quando a teoria sobre normas constitucionais programáticas pretende na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve estratégia mal-expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se uma orientação de política legislativa – que levou à omissão do Legislativo – vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição.

(b) O argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria de vigência, até a sua ação, o preceito constitucional.

(c) Não dependendo a vigência da norma constitucional programática da ação do Poder Legislativo, quando - atribuível a este a edição de lei ordinária -, dentro de um prazo razoável, não resultar implementado o preceito, sua mora implica violação da ordem constitucional.

(d) Neste caso, tal mora poder ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este ajustar a solução do caso *sob judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais.

(...) A Constituição do Brasil é – tem sido – uma Constituição dirigente, e vincula o legislador.

Eros Grau defende que as normas de direitos sociais são capazes de gerar direitos subjetivos aos cidadãos, pois são diretamente aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Flávia Piovesan realça que os direitos econômicos, sociais e culturais são “autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis e exigíveis”, não meras caridades (PINHEIRO, 2008, p. 108).

Canotilho estabelece uma distinção entre normas programáticas e os direitos fundamentais sociais, as primeiras são diretrizes ao legislador, mas, que não teriam o condão de gerar direito subjetivo de demandar sua implementação, como o direito ao emprego. Já os direitos fundamentais sociais conferem aos indivíduos a prerrogativa de exigir do Estado à prestação material, como o direito à saúde (PINHEIRO, 2008, p. 105).

Roberty Alexy buscou harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais numa concepção calcada na ideia da ponderação entre princípios. Assim, se de um lado temos o princípio da liberdade fática (ou liberdade real), do outro se encontram os princípios da competência decisória do Legislativo, o princípio da separação dos Poderes e os princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros, outros direitos sociais ou mesmo bens coletivos.

O modelo ponderativo de Alexy oferece-nos, para além do exposto, talvez a melhor solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter a uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto (e, portanto, necessariamente afinada com as circunstâncias da proporcionalidade), já que estabelecer, nesta seara, uma pauta abstrata e genérica de diretrizes e critérios efetivamente não nos parece possível. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito

subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada (SARLET, 2012, p. 356).

Sarlet defende que a exigibilidade dos direitos prestacionais em juízo não se limita à garantia do mínimo social necessário a uma vida digna, ou seja, que os direitos fundamentais sociais prestacionais podem ser demandados em Juízo, mediante a ponderação dos princípios. O princípio da dignidade da pessoa humana, nesse aspecto, assume importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo dos direitos sociais, como direitos subjetivos individuais.

2.3.2 Legitimidade do Poder Judiciário

No Estado Democrático de Direito os Poderes Públicos estão estruturados de modo a preservarem sua independência, sem deixarem, contudo, de atuar em harmonia: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º, da CF).

Ao Judiciário cabe a função de “garantidor dos direitos constitucionais”, ou seja, assegurar os direitos fundamentais, quando os Poderes constituídos forem omissos ou agirem em desconformidade com o preceito constitucional (PINHEIRO, 2008, p. 135).

A nossa Constituição também prevê, no art. 102 que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”; no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo 8º, prevê que “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Portanto, diante da não realização dos direitos sociais prestacionais pelos Poderes Públicos (Executivo e Legislativo), ao Judiciário caberá determinar a sua concretização desde que presentes os requisitos fáticos e jurídicos exigidos (PINHEIRO, 2008, p. 136). No entanto, a matéria é controvertida, divergindo duas correntes: a do procedimentalismo e a do substancialismo.

A corrente procedimentalista tem em Jürgen Habermas e Jonh Hart Ely os seus principais defensores, nessa perspectiva, a visão material da Constituição e o próprio controle de constitucionalidade, enfraqueceriam a noção de democracia, na medida em que magistrados não foram legitimados democraticamente pelo povo, e, portanto, não

poderiam determinar as condutas do Poder Público (Legislativo e o Executivo) e, por consequência, aos cidadãos.

Habermas censura a interpretação construtiva das normas jurídicas por parte dos juízes, porquanto, tal postura abalaria a separação dos poderes e, por conseguinte, a própria democracia. Ele se coloca contra a politização dos juízes. A Constituição deve ser interpretada apenas de uma concepção procedimentalista, de modo a resguardar a construção democrática do Direito. Os próprios cidadãos devem chegar a um consenso sobre seus problemas e como resolvê-los (PINHEIRO, 2008, p. 137).

Diante da visão procedimentalista da Constituição, na qual a preocupação maior reside na busca pela igualdade de participação no debate travado no jogo democrático, exsurge o natural questionamento se tal concepção seria efetivamente capaz de garantir a justiça social. Considerando a indagação acima formulada, defendemos que a corrente procedimentalista, apesar de louvável por objetivar o fortalecimento da democracia, não se revela como a mais adequada para a garantia da justiça social, sobretudo nos países em que a democracia se apresenta frágil pelo fato de a população não gozar de liberdade no sentido real, ou seja, quando a população não tem à sua disposição as prestações materiais básicas para uma existência digna. Assim, quando ausentes os aludidos ingredientes sociais numa democracia, os cidadãos assumem o papel de meros espectadores das decisões políticas, de modo que a democracia passa a apresentar caráter apenas formal. (PINHEIRO, 2008, p. 139).

A concepção procedimentalista é aceitável em países desenvolvidos, nos quais os cidadãos têm plena existência assegurada, com a população escolarizada, o suficiente para saber fazer suas escolhas e serem ouvidos politicamente. Já nos países em desenvolvimento, como no caso do Brasil, no qual há grande número de analfabetos, incluídos os funcionais, existindo um abismo social, o procedimentalismo deve ser aplicado com reservas.

Alega-se também que a efetivação de um direito social por meio de decisão judicial pode comprometer políticas públicas já existentes, vindo a prejudicar beneficiados, os quais poderão ingressar com ações judiciais para restabelecer os benefícios.

Por seu turno, a corrente substancialista defende que a Constituição imponha o direcionamento das ações do Poder Público, assim como de todos os cidadãos. Destarte, a Constituição traça os rumos da sociedade, e não é apenas o reflexo desta. Nesse sentido, “A partir de tais premissas, pode-se inferir que a referida corrente teórica é a que melhor se amolda à concepção do dirigismo constitucional, uma vez que prescreve que o Estado deve se pautar pelas diretrizes fixadas no texto constitucional” (PINHEIRO, 2008, p. 141).

Mauro Cappelletti defendeu arduamente a concepção material de Constituição, bem como a possibilidade do Judiciário impor a efetivação dos direitos fundamentais ao Poder Público. Entre nós, Paulo Bonavides enaltece o papel do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, não devendo ser só interpretados, mas, principalmente, concretizados. Portanto, no contexto socioeconômico brasileiro, é aceitável maior aplicabilidade da concepção substancialista (PINHEIRO, 2008, p. 141/142).

Quanto à legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais, para alguns, ela esbarra no princípio democrático, ou seja, os juízes não foram eleitos democraticamente pelo povo para exercer suas funções. Também argumentam que os magistrados não têm conhecimento técnico para implementar políticas públicas e suas decisões trarão consequências macroeconômicas. Em que pese esses argumentos, a princípio, serem verdadeiros, eles são relativos.

O princípio da legitimidade democrática dos magistrados merece reflexão, ainda mais em tempos de crise de representatividade, ora, o que vemos atualmente é o Legislativo submetido ao *lobby* de interesses privados e do mercado, descompromissado com a ética e o interesse público, mais interessado em legislar em causa própria. O Executivo, quase sempre, se utiliza do subterfúgio da falta de recursos financeiros, de que o orçamento é curto, para a implementação de políticas públicas.

Nesse diapasão, os magistrados devem atender aos princípios fundamentais estabelecidos nas normas constitucionais, independentemente da concretização pelo legislador ordinário. Nesta direção, Eros Grau, aduz ter o Judiciário o poder-dever de conferir aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais no caso concreto, de modo assegurar-lhe sua eficácia (PINHEIRO, 2008, p. 145).

Por outro lado, o Poder Judiciário não pode ser o protagonista, que rouba a cena dos atores principais (Poderes Legislativo e Executivo). Assim, é preciso encontrar o ponto de equilíbrio, de modo que as normas constitucionais sobre direitos fundamentais não sejam esvaziadas, sem ruptura do princípio da separação dos poderes.

Deste modo, em situações excepcionais, é possível ao magistrado avaliar se os meios empregados pelo governante são contrários às finalidades previstas no texto constitucional. A título de exemplo, estão os gastos com as propagandas institucionais dos governos, seja Federal, Estadual ou Municipal, e os recursos destinados às propagandas educativas (doenças, trânsito, entre outros), estes tem por escopo a proteção dos direitos fundamentais, tais como vida, saúde, educação, enquanto que os primeiros não atendem a nenhum direito fundamental.

O Judiciário somente deverá intervir na formulação de políticas públicas, quando restar evidente que os outros poderes se abstiveram de cumprir as normas constitucionais de direitos fundamentais. Portanto, não existe vedação para que o magistrado determine a realização de despesas públicas para satisfazer direitos fundamentais sociais, pois as normas colidentes, obrigatoriamente de previsão orçamentária e direito fundamental social, se encontram em plano hierárquico equivalente, cabendo ao juiz fazer a devida ponderação. E, na maioria dos casos, a balança penderá em favor da realização do direito fundamental social, por sua evidente superioridade axiológica.

2.3.3 Reserva do possível

A teoria da reserva do possível origina-se na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, mais precisamente, no célebre caso *Numerus Clausus*, julgado em 1972. O cerne principal desse julgamento não foi a escassez de recursos financeiros, mas, o fato de não ser razoável impor ao Estado a obrigação de garantir a todos os interessados uma vaga no curso de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera.

O Estado Alemão, apesar das liberdades de escolha de profissão que pressupunha o livre acesso às instituições de ensino, não tinha condições de matricular todas as pessoas interessadas no curso de medicina nas mencionadas universidades, razão pela qual foi garantido pelo menos o tratamento igualitário de acesso ao ensino superior.

No Brasil a reserva do possível foi adotada numa outra compreensão, a da escassez de recursos públicos, mas a transposição da teoria alemã para o Brasil não foi adequada, haja vista as gritantes diferenças socioeconômica e cultural desses dois países.

Não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e socioeconômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade. O mundo “em desenvolvimento” ou *periférico*, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas, nem as posições políticas transladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, o Estado Providência nunca foi implantado. (KRELL, 2002, p. 54).

Percebe-se que a teoria da reserva do possível criada na Alemanha foi distorcida no Brasil, e o que é pior, o

que era exceção naquele país desenvolvido, virou regra neste país em desenvolvimento, e passou a ser usado como pretexto para de negar a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

2.3.3.1 Conceito

A reserva do possível no Brasil tem como conceito a insuficiência de recursos financeiros, ou seja, a limitação econômico-financeira do Estado para atender aos direitos prestacionais. Ela é uma invocação de um dado econômico da realidade, segundo alguns, um limite fático, e se configura num dos principais obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Cabe a Administração Pública a efetivação dos comandos prestacionais contidos na norma de caráter fundamental, portanto, a ela caberá o ônus de desincumbir dessa obrigação e não pode a reserva ser alegada pelo particular. O ônus de prová-la é exclusivo do Estado, sem possibilidade de inversão do ônus. Somente comporta alegação excepcional, o Estado não pode se utilizar da reserva para toda e qualquer demanda social que lhe é formulada (LAZARI, 2012, p. 44).

A Reserva do possível tem dimensão tríplice:

(...) a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra também da razoabilidade. (SARLET, 2012, p. 288).

As três dimensões têm de ser equacionadas conjuntamente para que não se tornem barreiras intransponíveis à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Não existe consenso quanto à natureza jurídica da reserva do possível, se regra, valor, metanorma, tendo a prevalecer como condição da realidade.

A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O Direito corresponde a um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma determinada realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas a serem obedecidas. Dentro

desta concepção, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abordar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações. (OLSEN, 2006, p. 212).

Para o Supremo Tribunal Federal a reserva do possível não pode ser condicionante de direito fundamental social. Nesse sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF⁵.

2.3.3.2 O uso excessivo do argumento da reserva do possível

Embora o argumento da reserva do possível deva ser reconhecido como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sociais. O que se critica, como dito alhures, é o uso excessivo deste argumento, utilizado como subterfúgio para a não prestação dos direitos de cunho social, por mais que os direitos fundamentais sociais tenham sido concretizados pelo legislador ordinário (DUARTE, 2011, p. 160):

(...) quase todos os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição já foram objeto de intervenção do legislador ordinário, ainda que, em alguns casos, de forma insuficiente. Para ficar em três exemplos expressivos, basta conferir a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96), a Lei de Assistência Social (Lei nº 8742/93) e a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90). A questão da não efetivação dos direitos sociais, pois, está muito mais afeta ao não cumprimento da legislação que já existe. Trata mais de um problema de formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas*.

No que discorda (PINHEIRO, 2008, p. 126):

(...) Conforme já deduzidos, os direitos fundamentais sociais estão dispersos pelo texto constitucional (art. 6º, 7º, 203, 205, dentre outros), sendo que alguns deles já foram concretizados pelo legislador infraconstitucional. No entanto, a maioria dos direitos fundamentais a prestações não recebeu a devida conformação pelo legislador, o que não exime o Poder Executivo da sua realização, inclusive com a execução de programas sociais que busquem a efetivação de dignidade da pessoa humana.

Falta vontade política para que esses direitos sociais conformados pelo legislador infraconstitucional sejam efetivamente prestados com qualidade à população, ainda mais se considerado o cenário socioeconômico do Brasil, com gritantes desigualdades sociais, não se pode simples-

⁵ STF, ADPF nº 45. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004 e publicado no DJU em 04/05/2004, p. 0012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas> Acesso em 06 nov. 2013.

mente importar uma teoria restritiva criada em país de primeiro mundo.

A reserva do possível não pode ser considerada uma restrição absoluta, uma barreira intransponível, aos direitos fundamentais sociais, visto que está sujeita a um exame de proporcionalidade. O magistrado ao julgar o caso concreto deve analisar, sob o prisma da proporcionalidade, a prestação requerida pelo indivíduo e a alegação estatal da falta de recursos para cumpri-la.

Resumindo, há que ser feita uma ponderação dos direitos (igualmente) fundamentais envolvidos, utilizando como critério o princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, havendo dúvida, por exemplo, em destinar os sempre escassos recursos públicos em prol da efetivação de um direito social deve a escolha ou opção pender em favor do direito cuja não realização, no caso específico, prevê-se como a mais violadora da dignidade da pessoa humana. (DUARTE, 2011, 189).

Destarte, a dignidade da pessoa humana está a balizar as escolhas do Legislador, o qual traça as diretrizes para realização dos direitos prestacionais sociais, cuja implementação caberá ao Executivo, por intermédio de políticas públicas, e ao Judiciário, o guardião da Constituição impor seu cumprimento.

No Brasil, vive-se um momento contraditório, por um lado é comum por parte do Estado a alegação da reserva do possível, já que determinados setores públicos, como saúde, educação, segurança, moradia, dentre outros, funcionam precariamente, em face da não alocação de recursos mínimos necessários. Por outro lado, gastam-se bilhões, como por exemplo, na propaganda institucional, e nos grandes eventos como a Copa do Mundo de 2014, que de acordo com o portal transparência⁶, terá gasto previsto de quase R\$ 27 bilhões de reais, e as Olimpíadas que terá um dispêndio, até a presente data, 2013, em torno R\$ 12 bilhões de reais. Chega a ser paradoxal, o Estado alega insuficiência de recursos para efetivar os direitos fundamentais sociais, mas o tem para fins que não atendem a preceitos constitucionais.

3. AS PROPOSIÇÕES DE MEIOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Resta apresentar os meios para que sejam superados os obstáculos políticos e econômicos, na busca de maior efetivação dos direitos fundamentais sociais. Com esse fito, serão abordados o mínimo existencial, o ativismo judicial, os meios jurisdicionais de efetivação, a questão da distribuição da renda, o imposto sobre grandes

fortunas e a participação popular.

3.1 Mínimo existencial

A teoria do mínimo existencial também surgiu na Alemanha, no início da década de 1950, cujo conceito foi construído pelo Tribunal Federal Administrativo daquele país. O contexto histórico em que o Mínimo foi construído foi o do pós 2ª Guerra Mundial, período no qual havia grande preocupação com a existência humana digna, em oposição às barbáries cometidas durante a guerra.

Na Alemanha os direitos sociais não estão previstos na Constituição, portanto, o Tribunal Federal Constitucional, com base no Estado Social de Direito, foi quem garantiu os direitos sociais aos cidadãos, construindo conceitos que os circundam como o do Mínimo existencial.

3.1.1 Conceito

O conceito do mínimo existencial

Trata-se de subgrupo qualificado de direitos sociais, sem previsão legal específica no ordenamento pátrio (bem como no alemão, onde teve origem), mas fruto de construção hermenêutica, no intuito de salvaguardar direitos fundamentais sociais sem os quais mostra-se impossível a existência digna do homem. Ademais, cuida-se de matéria de mérito, a ser alegada pelo particular em face do Estado, quando da propositura da demanda de cunho assecutorio, e que não comporta utilização, ainda que excepcionalmente, pelo Estado, como matéria de defesa, dado o dever de comprometimento deste, além do mínimo (faixa de subsistência) com aquilo que lhe excede, graças ao postulado da Máxima Efetividade. Sendo assim, tem-se que o Mínimo Existencial não anula a existência de direitos sociais que não integram-no, mas apenas cria observância obrigatória do orçamento estatal e dos agentes implementadores de direito. Por fim, pode o “mínimo” ser excepcionalmente, reconhecido de ofício pelo juiz, via ativismo judicial, desde que clarividente a necessidade, e que tal atividade se dê com critérios os mais objetivos possíveis para seu reconhecimento. (LAZARI, 2012, p. 79).

O principal objetivo do mínimo existencial é evitar o completo esvaziamento dos direitos sociais, ou nada sovraria. O mínimo existencial é matéria de mérito a ser alegada pelo particular em face ao Estado, este não pode se defender alegando que o postulante pleiteia direitos sociais além do mínimo, tendo em vista que os outros direitos sociais continuam a ser fundamentais, e qualquer cidadão pode pleiteá-los. Além disso, o mínimo pode ser reconhecido de ofício via ativismo judicial.

Quanto à natureza jurídica do mínimo não há con-

⁶ Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>. Acesso em: 5 de nov. 2013.

senso na doutrina. Para alguns ele é valor, ou regra ou princípio ou um mix dos três. No entanto, prevalece na doutrina, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o mínimo é regra associada à dignidade da pessoa humana, constituindo-se em barreira intransponível para a alegação estatal de falta de recursos financeiros.

Caso o mínimo fosse considerado princípio, haveria brecha para que lhe fosse retirado justamente o seu caráter de salvaguarda última, o núcleo intangível dos direitos fundamentais sociais, que poderia ceder no conflito com a reserva do possível.

Neste particular, vale estabelecer uma distinção entre os direitos fundamentais sociais relacionados ao mínimo existencial da pessoa humana e aqueles que, apesar de também importantes, não resguardam parcela essencial da dignidade da pessoa humana. Quanto aos primeiros, não cabe ao Poder Executivo, em princípio invocar a cláusula da reserva do possível, pois devem ser garantidas ao indivíduo as prestações materiais mínimas que lhe assegurem uma existência digna. (PINHEIRO, 2008 p. 127).

Logo, quando se tratar do mínimo existencial não pode o Estado alegar a reserva do possível, pois sem o mínimo haveria o completo desrespeito à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e isso esvaziaria os direitos fundamentais sociais.

3.1. 2 Conteúdo do mínimo existencial

Não existe consenso quanto ao conteúdo do mínimo existencial, alguns autores até lhe dão outra designação, mas, de modo geral, ele representa as condições mínimas para uma vida digna. Para Alexy “mínimo vital consiste numa morada modesta, a educação escolar, a formação profissional e um padrão mínimo de assistência médica” (DUARTE, 2011, p. 168).

(...) “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse *mínimo*, no entanto, variará de país para país. A ideia do mínimo social se manifesta também nos diversos projetos de leis municipais a uma “*renda mínima* necessária à inserção na sociedade”. (KRELL, 2002, p. 63)

1) O direito à uma educação básica e em creche e pré-escola (exclui-se, pois, o direito ao ensino superior; 2) O direito às saúdes preventiva, restauradora e pós-restabelecimento (exclui-se), pois, o direito à saúde experimental e demais questões atinentes à saúde 3) O direito à alimentação, principalmente em seu enfoque existencial (exclui-se, pois, aquilo que abunda ou é supérfluo);

4) O direito de trabalhar com dignidade e o direito de perceber rendimentos jamais vis pelo trabalho (exclui-se, pois, o direito de ter um trabalho), com especial atenção para o salário mínimo; 5) O direito de não perder um lar e o direito de que este lar seja servido por prestações estatais de absoluta necessidade (exclui-se, pois, o direito de ser proprietário/possuidor de um lar; 6) o direito à previdência social; 7) a assistência aos desamparados, com especial atenção para o salário dignitário prestado ao idoso/portador de deficiência que comprove não ter condições próprias ou por terceiros de subsistência (LAZARI, 2012, p. 116-117).

Sarlet julga importante o salário mínimo, a assistência social, a previdência social, saúde e educação. Alguns doutrinadores tentaram quantificar o mínimo, v. g., pela tabela do imposto de renda, mas a dignidade humana não tem preço. O que esses conteúdos têm em comum, na verdade, é que o mínimo existencial representa o básico, o essencial, o fundamental, o imprescindível, o mínimo mesmo, para que haja uma existência digna.

Em razão às mazelas sociais existentes no Brasil, poder-se-ia apontar inúmeros casos em que o mínimo não é respeitado, como os moradores de rua, cada vez mais comuns nas grandes e médias cidades, e os brasileiros que vivem de salário mínimo, o qual não atende às necessidades vitais básicas que estão previstas no artigo 7º, inciso IV, da CF.

Conclui-se que o mínimo existencial, subgrupo qualificado dos direitos fundamentais sociais, é autoaplicável e pode ser implantado pelos três Poderes.

3.2 Ativismo judicial e a judicialização

O ativismo judicial é uma expressão surgida nos Estados Unidos entre os anos de 1954 a 1969, utilizada, sobretudo, para se referir à atuação progressista da Suprema Corte em matéria de direitos fundamentais.

O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. (...) Registre-se, todavia, que apesar de sua importância e visibilidade, tais decisões ativistas representam antes a exceção do que a regra. (BARROSO, 2013, p. 40).

Por ativismo judicial entende-se uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. “Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios” (BARROSO, 2013, p.244/246).

Para alguns o ativismo é negativo,

Que não se crucifique sem prévio julgamento este que escreve o trabalho, afinal não se defende o retorno ao *gendarmarismo* estatal, mas critérios precisam ser instituídos. Critérios, e não a mera adaptação moderna do “método Robin Hood” de tirar do Estado “rico” para dar ao povo, “pobre”, apenas determinando-se que se cumpra, não importa como, com que dinheiro, e com qual planejamento, em troca de um estado de consciência, digamos “tranquilo, por parte do julgador”. (LAZARI, 2012, p. 75).

Como exemplos do ativismo judicial: a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e não concretizadas pelo legislador ordinário, como exemplo, imposição da fidelidade partidária e da vedação do nepotismo; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva da constituição, por exemplo, decisões referentes à verticalização e a cláusula de barreira; c) imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em caso de inércia do legislador, por exemplo, greve no serviço público ou sobre a criação de município, como de políticas públicas insuficientes, por exemplo, na efetivação do direito à saúde. (BARROSO, 2013, p. 246)

É necessário diferenciar a judicialização do ativismo judicial. A judicialização, “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário”, o qual está atuando nas omissões do Executivo e Legislativo (BARROSO, 2013, p. 39). O Judiciário, por vezes, com o objetivo de garantir a fruição de direitos fundamentais excede de sua competência, o que se denomina judicialização.

As causas da judicialização são diversas: Judiciário forte e independente, imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais; desilusão com a política tradicional; e para evitar desgastes, algumas vezes os atores políticos preferem que o Judiciário decida por eles. (BARROSO, 2013, p. 39).

A doutrina costuma distinguir a inefetividade das instituições majoritárias da delegação das instituições majoritárias. A primeira diz respeito à falta de representatividade ou de funcionalidade dos órgãos políticos, para atender eficazmente às políticas públicas, cabendo ao Judiciário cuidar das demandas. A segunda ocorre quando o Legislativo para evitar resolver questões polêmicas, como o casamento homossexual, e transfere essa responsabilidade ao Judiciário.

Portanto, a judicialização é um fato, pois o Poder

Judiciário tem a obrigação de agir sempre que provocado, a fim de também não incidir no vício omissivo dos demais Poderes. Além disso, há a vedação do “*non liquet*”⁷, ou seja, o juiz não pode se eximir de julgar alegando a falta, lacuna ou obscuridade da lei.

O ativismo judicial é uma faculdade do magistrado, na qual ele busca a expansão de os direitos fundamentais, “inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)” (BARROSO, 2013, P. 247). O ativismo judicial deve ser realizado, como exceção, nas omissões dos Poderes constitucionalmente legitimados, Legislativo e Executivo, com o objetivo de que os direitos fundamentais sociais sejam efetivados, garantindo ao menos o mínimo existencial,

No entanto, em outras situações – e são estas as cognoscíveis de ofício pelo juiz, o estado de necessidade do indivíduo pautado pela miséria, pela pobreza, pela saúde comprometida, pela fome pelo estado familiar crítico, pela ausência de um lar decente, dentre outras deve, autorizar ao magistrado via “ativismo”, a invocação do “mínimo” como salvaguarda última à observância da faixa de sobrevivência. (LAZARI, 2012, p. 79).

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial que “procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes, (...) abrir mais espaço à atuação dos Poderes Políticos deferência em relação às ações e omissões deste último”. (BARROSO, 2013, p. 247)

O Judiciário pode ir além do mínimo existencial, pela judicialização e pelo ativismo, quando as normas constitucionais, ditas programáticas, já tiverem sido concretizadas pelo legislador ordinário, por exemplos, a Lei nº 9.394/1996 (sobre diretrizes e bases da educação nacional), a Lei nº 8.742/1993 (sobre a organização da Assistência Social) e a Lei nº 8.080/1990 (sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes).

Resta tratarmos de alguns meios jurisdicionais de efetivação, como a ação civil pública, para fornecimento de medicamentos.

⁷ Código de Processo Civil - Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

3.3 Meios jurisdicionais de efetivação

Cumpra ressaltar as ações constitucionais para efetivação dos direitos sociais, que são mais abrangentes do que as ações individuais comuns ou ordinárias.

3.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade foi criada na Alemanha e sofreu influências da doutrina e da jurisprudência italiana, foi acolhida pelo art. 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que atribui legitimidade ativa para tanto ao Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. O sujeito passivo é o órgão competente omisso.

Declarada a inconstitucionalidade por omissão do Legislativo, o STF somente dará ciência àquele Poder, para que tome as providências necessárias, ou seja, sem resultado prático por não lhe impor a obrigação de sanar a inconstitucionalidade. No caso de omissão do Executivo, o STF deve fixar termo, o artigo fala em trinta dias, para que a inércia seja sanada, sob pena de responsabilidade (art. 103, § 2º, da CF).

3.3.2 Mandado de injunção

O mandado de injunção está previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Outra polêmica que cerca o mandado de injunção reside na extensão de seus efeitos, caso acolhido. Tal como se dá na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, há os que apregoam que o seu provimento deve cingir-se à declaração da falta legislativa, seguida de mera comunicação ao órgão omisso. De outra parte, enfileiram-se os adeptos do entendimento segundo o qual, do acolhimento do mandado de injunção, deve resultar um efeito supletivo da omissão normativa. (DUARTE, 2011, p. 215).

O Supremo seguia a primeira corrente, ou seja, assim como na ADI por omissão apenas comunicava ao órgão legislativo acerca de sua omissão. Porém, esse entendimento mudou no julgamento dos mandados de injunção

708 e 712 (relatados respectivamente pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau), julgados em 25 de outubro de 2007. O Plenário declarou que em razão da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica a regular o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, inciso VII, aplicar-se-ia, no que coubesse, a Lei nº 7.783/1989, a qual trata do exercício do direito de greve na esfera privada. Logo, o mandado de injunção pode tutelar direitos fundamentais sociais.

3.3.3 Ação civil pública

A ação civil pública está disciplinada pela Lei nº 7.347/1985, anterior à Constituição de 1988, a qual traz no artigo 129, inciso III, traz como uma das funções institucionais do Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Também estão legitimados para intentar a ação civil pública a União, Estado, Distrito Federal e Municípios, autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mista ou associação, a Defensoria Pública (art. 5º da Lei 7.347/85).

O objeto da ação civil pública é a proteção de interesses ou direitos difusos, que tem sua definição no artigo 81, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), ou coletivos, quaisquer que sejam eles, ou individuais homogêneos, estes, desde que relacionados ao patrimônio público, social ou cultural (patrimônio cultural, os bens e direitos de valor histórico, artístico, turístico, paisagístico ou estético), ao ambiente, à ordem econômica ou urbanística e ao consumidor.

Tendo em vista a ligação e até mesmo a identificação entre os direitos difusos e coletivos com os direitos sociais a ação civil pública tem sido cada vez mais, utilizada para obrigar a Administração a efetivar políticas públicas realizadoras de prestações sociais ou, mesmo, para controlar a sua execução (DUARTE, 2011, p. 218).

3.4 Distribuição da renda e imposto sobre grandes fortunas

Apesar do crescimento econômico, somos o quarto país mais desigual da América Latina em distribuição de renda, ficando atrás apenas Guatemala, Honduras e Colômbia, segundo relatório, sobre as cidades latino-americanas, feito pelo Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-Habitat), divulgado em agosto de 2012.

A concentração de renda no Brasil é uma das pio-

res do mundo, longe da média da União Europeia, apesar de ter diminuído nos últimos dez anos, segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2012⁸. No ano de 2011, segundo o IBGE, os 40% mais pobres ganhavam apenas 11% da riqueza nacional. De acordo com o índice de Gini⁹, desde a década de 90, tem havido redução das desigualdades no Brasil. O país chegou a registrar 0,602 nos anos 90, no ano de 2011 foi registrado 0,508, quanto menor o índice, menos desigual é o país. Para comparação, o a Suécia ostentava o índice de 0,250.

Noutras palavras, o problema, em muitos casos, não é a insuficiência de recursos, mas a concentração deles, esta uma das maiores ou a maior dificuldade para a efetivação dos direitos fundamentais sociais (DUARTE, 2011, p. 196). Os direitos a prestações sociais encontram-se estritamente vinculados, dentre outros fatores, à distribuição dos recursos existentes, muitas vezes isso não é suscitado ou é camuflado.

(...) Ao cuidar daquilo que denominou de “colisão entre os direitos fundamentais sociais de uns e os direitos de liberdades de outros”, Alexy lembra que na realização dos direitos a prestações em sentido estrito, o poder público só pode distribuir aquilo que extrai mediante a cobrança de tributos. Porém, os limites financeiros do Estado derivam não apenas dos bens que este já dispõe, mas também daquilo que o poder público pode tirar dos particulares para “fins distributivos”, sem lesionar seus direitos fundamentais. (DUARTE, 2011, 191).

A aceção “neoliberal” de que o Estado não deve intervir no domínio privado, não pode prevalecer num país com uma das piores distribuições de renda do mundo. Logicamente, a distribuição de renda deve ser feita respeitando os direitos e garantias fundamentais, e não de modo arbitrário, preservando-se o Estado Democrático de Direito.

Muitos sustentam que a melhor distribuição de renda e a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas (IGF), previsto no art. 153, VII, da Constituição, mas não regulamentado, contribuiriam para a melhor distribuição de renda. O IGF também tem previsão no art. 80, III, do Ato

⁸ Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2012/11/concentracao-de-renda-caiu-no-brasil-nos-ultimos-dez-anos-diz-ibge.html>. Acesso em 18 de nov. de 2013.

⁹ O Índice de Gini, criado pelo matemático italiano Conrado Gini, é um instrumento para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Ele aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos. Numericamente, varia de zero a um (alguns apresentam de zero a cem). O valor zero representa a situação de igualdade, ou seja, todos têm a mesma renda. O valor um (ou cem) está no extremo oposto, isto é, uma só pessoa detém toda a riqueza. Disponível em: http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2048:catid=28&Itemid=23. Acesso em 18 de nov. de 2013.

das Disposições Constitucionais Transitórias: “Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: o produto da arrecadação do imposto de que trata o Art. 153, inciso VII, da Constituição”.

Apesar das críticas, o IGF representa segundo especialistas, em experiências bem sucedidas na França e Argentina, que se bem aplicado poderá trazer bons resultados fiscais, e principalmente sociais, com diminuição da concentração de renda. (CARVALHO, 2011, p. 3)

3.5 Participação popular

A participação popular tem papel importante na efetivação não jurisdicional das prestações sociais. O ano de 2013, no qual a Constituição cidadã comemorou 25 anos, foi histórico, pelas manifestações populares que ocorreram por todo o país.

Inicialmente os protestos, combinados pelas redes sociais, eram contra o aumento das tarifas de transporte público, mas, as reivindicações passaram a serem as mais variadas possíveis, como por exemplo, contra a corrupção, o lema pode ser resumido em “serviço público com qualidade FIFA”, em alusão aos serviços públicos de péssima qualidade, não obstante, o dispêndio de recursos públicos com a Copa das Confederações de 2013 e com a Copa do Mundo de 2014.

Devido aos protestos, o Executivo, principalmente na esfera federal, e o Legislativo, especialmente o Congresso Nacional, tiveram de se mexer, e foram propostos: a reforma política, de pronto considerada inconstitucional por juristas, investimentos no transporte público, na saúde e na educação, a qual receberia cem 100% dos royalties do petróleo e 50% do pré-sal, e a responsabilidade fiscal.

Portanto, a participação popular, por meio de manifestações pacíficas, é de suma importância, como forma de pressão, principalmente, ao Executivo e Legislativo, para que sejam criados os mecanismos, políticas públicas, que garantam a efetivação dos direitos fundamentais sociais: “Trata-se da edificação de uma cidadania reivindicatória, a exercer um importante papel no processo social (complexo e gradual) de melhoramento da realidade socioeconômica, com significativo incremento na qualidade de vida” (DUARTE, 2011, p. 220).

Outra forma de participação popular é por meio de um orçamento público participativo ou democrático, ou seja, a própria comunidade participa diretamente da destinação das receitas públicas.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais sociais podem ser resumidos em dois grandes grupos: os que dependem de prévia concretização ou conformação legislativa dos preceitos constitucionais, denominados normas programáticas, que resulta na inaplicabilidade imediata e compromete o reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos, bem como sua justiciabilidade.

Há impossibilidade, em princípio, de o Judiciário satisfazer pretensões prestacionais, já que estas representam decisões políticas a cargo, primeiramente, do Legislativo, que deve conformá-las e concretizá-las através de lei, e posteriormente, à Administração Pública, na execução de políticas públicas.

O segundo grupo refere-se à insuficiência de recursos para a efetivação dos direitos a prestações sociais, o que leva ao reconhecimento, com ressalvas, da chamada teoria reserva do possível, que guarda relação com a eficácia social ou efetividade dos direitos sociais.

Quanto à eficácia jurídica, as normas que preveem direitos sociais prestacionais, não podem ser vistas como regra, ou seja, “tudo ou nada”, sendo mais bem alocadas como princípio, o qual determina que a realização do direito seja no seu máximo, contudo, condicionado às possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Diante da colisão de princípios deve-se realizar a devida ponderação, na esteira do proposto por Alexy, quanto maior for a restrição a um princípio, maior deve ser a importância do princípio contraposto.

Quanto à eficácia social, a maioria dos direitos sociais previstos na Constituição já foram objetos de conformação, ponto que não é pacífico na doutrina, a exemplo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), Lei de Assistência Social (Lei 8.742/93) e a da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), podendo-se afirmar a existência de direitos subjetivos a prestações sociais, na medida e nos moldes de ato legislativo.

No entanto, por vezes, essas leis não são cumpridas pelo Executivo ao argumento da insuficiência de recursos, ou seja, a teoria da Reserva do possível. Apesar do reconhecimento da Reserva como um obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sociais, ela não se configura intransponível, tal argumento se alegado pelo Estado, deve ser provado por ele, e apurado criteriosamente pelo magistrado.

Também aqui, a ponderação entre princípios, proposto por Alexy, ou seja, o mínimo existencial, o direito fundamental a condições mínimas para uma vida digna, afasta

a Reserva do Possível.

O argumento da reserva do possível, usado excessivamente, como desculpa genérica, deve ser relativizado em países em desenvolvimento como o Brasil, com contexto social, cultural e econômico muito diferente à Alemanha, onde essa teoria foi criada.

Quanto a falta de legitimidade democrática dos magistrados para implementar políticas públicas, esta implementação deve ser feita de modo excepcional, na omissão dos demais Poderes e para resguardar ao menos o mínimo existencial.

Conclui-se que, com base na ponderação, no caso concreto de conflito de princípios, a dignidade da pessoa humana, funcionará como balizador na determinação do direito a prevalecer.

A partir do Neoconstitucionalismo, se houver conformação ou concretização de norma proclamadora de direitos a prestações sociais pelo Legislador, o Judiciário pode ir além do mínimo existencial, via ativismo judicial, sob pena de esvaziamento dos direitos sociais.

É possível a maior efetivação dos direitos fundamentais sociais, a despeito dos argumentos contrários. Muitas vezes essa efetivação não ocorre por falta de vontade política, o que passa pela resolução do problema da distribuição de renda, sugere-se que isso passar pela regulamentação do imposto sobre grandes fortunas (IGF).

Por fim, a participação popular, por meio de manifestações pacíficas, e participação no orçamento público, é uma das formas mais importantes para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 83-103, 2005. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 21 de agosto de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2ª. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5ª reimpressão, Rio de Janeiro: 2004, tradução de Carlos Nelson Coutinho.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil promulgado em 5 de outubro de 1988**, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6. Ago.2013.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de Carvalho. **Nota técnica: As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos à efetivação Dos Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: Um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, 2006. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2006-08-08T13:53:41Z-2445/Publico/MariaHemiliaFonseca.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2013. pag. 245-267.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. Dissertação de Mestrado. Marília: Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília/SP – Univem, 2012. Disponível em: <http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/850/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Rafael%20Jos%C3%A9%20Nadim%20de%20Lazari_2012.pdf?sequence=1>. Acesso em 6 de agosto de 2013.

_____. Rafael José Nadim de. Da possibilidade de implementação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário: análise programática. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD**, v. 1, n. 20. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj>>. Acesso em 19 de agosto de 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, UFPR, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em 23 de setembro de 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcos Oriane Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 53-69.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos Direitos Sociais de caráter prestacional: em busca da superação dos obstáculos**. Dissertação de Mestrado. Brasília: Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nacional de Brasília, UNB, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf>. Acesso em 20 e agosto de 2013.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 de out. 2006 .

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9014>>. Acesso em: 6 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11 ed, rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/proces-soAudienciaPublicaSaude/anexoartigo_Ingo_artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. O direito à moradia e penhora do imóvel do fiador: Breves notas a respeito da atual posição Supremo Tribunal Federal Brasileiro. *In: Direitos Fundamentais e Justiça, n° 2.* Porto Alegre: HS Editora, jan-mar/2008. Disponível em <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/comentario_jurisp2.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2013.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação.** 4. ed. rev. atual. Florianópolis: UFSC, 2005. Disponível em <http://www.tecnologiaprojetos.com.br/banco_objetos/%7B7AF9C03E-C286-470C-9C07-EA067CECB16D%7D_Metodologia%20da%20Pesquisa%20e%20da%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20UFSC%202005.pdf>. Acesso em 2 de setembro de 2013.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 17. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000.

SITES CONSULTADOS

<http://www.portaltransparencia.gov.br/>. Acesso em: 5 de nov. 2013.

<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2012/11/concentracao-de-renda-caiu-no-brasil-nos-ultimos-dez-anos-diz-ibge.html>. Acesso em: 18 de nov. 2013.

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso: em 10 de out. 2013.

<http://www.tvjustica.jus.br/index/verdetalheprograma/idPrograma/212891/youtubeid//pagina/2>. Acesso: em 26 de jun. 2013.

O ACESSO A JUSTIÇA ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO E DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Renata Aparecida de Marco FERREIRA*

RESUMO

O artigo tem como objetivo discorrer sobre as dificuldades do acesso à justiça no Brasil, o que acredita ser decorrente da educação de qualidade que não visa à formação de cidadãos plenos. Demonstrar-se-á que a construção da cidadania deve ser fruto de parcerias entre Justiça e Educação, tornando possível uma formação plena de cidadãos, por meio da educação comunitária, que integra Judiciário – Escola – Comunidade, promovendo meios alternativos de solução de conflitos, assim como a promoção de valores como o respeito e a responsabilidade comunitária, reduzindo os conflitos e não apenas reduzindo as demandas judiciais. Tal demonstração foi apresentada utilizando exemplos bem-sucedidos de parcerias entre o Poder Judiciário e Escolas, principalmente em Guarulhos e na região de Heliópolis em São Paulo, onde fora promovida a chamada “Justiça Restaurativa” em casos ocorridos dentro e fora das escolas, promovendo a cidadania, a autonomia e a chamada “responsabilidade comunitária”.

Palavras Chave: Acesso a justiça; educação; cidadania, educação, direitos humanos.

ACCESS TO JUSTICE THROUGH EDUCATION AND CITIZENSHIP OF THE YEAR

ABSTRACT

This paper aims to show briefly the difficulty of access to justice in Brazil, which is believed to be a consequence of a dubious quality in education that does not intend to have full educated citizens. It also demonstrates that the construction of citizenship should be the result of partnerships between Justice and Education, making possible a full education of citizens through community education, which integrates Judiciary - School - Community, promoting alternative means of conflict resolution, as well as promotion of values such as respect and community responsibility, reducing conflicts and not only reducing the lawsuits. This demonstration was presented using examples of successful partnerships between schools and the Judiciary, especially in Guarulhos and the region of Heliópolis in São Paulo, where it was promoted the so-called “Restorative Justice” in cases occurring within and outside of schools, promoting

* Graduada em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUML).

citizenship, autonomy and the so-called “community responsibility”.

Keywords: Access to Justice; education; citizenship, education, human rights.

SUMÁRIO. Introdução. 1. Breves Considerações acerca do cidadão e da cidadania. 1.1 Conceito de Cidadão e Cidadania. 1.2. Breve evolução histórica do conceito de cidadania. 1.3. A cidadania hoje no Brasil. 2. Acesso a justiça no Brasil. 2.1 Meios de acesso à justiça: a judicialização e os meios alternativos de solução de conflitos. 2.2 Os meios alternativos formais e informais de solução de conflitos. 3. Educação. Cidadania e acesso a justiça. 3.1 A educação como fonte da cidadania. 3.2 Educação em Direitos Humanos. 3.3 Educação comunitária: a escola agrega. 3.4 Cidadania e acesso a justiça: a parceria justiça – escola na transformação social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Há décadas, a educação básica é direito de todos e dever do Estado no Brasil; direito que mais uma vez foi contemplado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Da mesma forma, a prestação jurisdicional é livre a todos que aqui residam ou que aqui se encontrem temporariamente.

Há que se considerar ainda que, embora direitos previstos constitucionalmente, tanto a prestação educacional quanto a prestação jurisdicional tem se mostrado ineficientes em nosso país. A escola pouco educa; parece estar à deriva, sem objetivos claros e definidos e, a prestação jurisdicional não atende àqueles que dela necessitam, ora pela morosidade, ora pelo desconhecimento por parte dos cidadãos (se é que assim podem ser chamados todos os sujeitos de direitos) da possibilidade de pleitear seus direitos em âmbito judicial, o que demonstra a ambiguidade que prevalece sobre o direito à justiça.

Embora tais direitos tenham sido positivados na Carta Magna em vigor no Brasil, já em 1948, poucos anos após o término da Segunda Guerra Mundial, que dizimou milhões de pessoas, principalmente no continente europeu, foi publicada a Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário, pela recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU), que já dispunha sobre tais direitos. As disposições contidas em tal Declaração

estão muito distantes do cotidiano da população, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, também dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil, sobretudo nos setenta e oito incisos do artigo 5º da Carta Magna.

Ocorre que, na realidade, estes direitos estão indisponíveis aos indivíduos e a ausência de tais direitos é motivo para a geração de conflitos, sejam em âmbito civil ou criminal.

O que é, de fato, ser cidadão? Quais são os pressupostos para que a educação consiga realmente formá-los? Sendo o Brasil signatário da Declaração Universal de Direitos Humanos, estaria o Estado buscando sua efetivação? A judicialização de conflitos pode estar vinculada ao desrespeito aos Direitos Humanos? Quais seriam as origens de tais conflitos? Quais as relações de tais conflitos com a ausência dos Direitos Humanos? Como fazer com que tais direitos saiam do plano teórico e se concretizem na realidade social?

Esses e outros questionamentos poderão ser respondidos por meio de uma breve análise da judicialização dos conflitos e da efetivação dos Direitos Humanos no Brasil, bem como por meio de análise de projetos educacionais que envolvam comunidades na busca da implementação da Justiça Restaurativa.

Por meio de tais reflexões é possível compreender a importância da efetivação dos Direitos Humanos no cotidiano e da ampliação do acesso aos meios alternativos de solução de conflitos que transcenda os conceitos de cidadania e justiça, tão ambíguos em tempos atuais, sem deixar de considerar a grande importância de uma atuação conjunta entre o Poder Judiciário e as Escolas, em desenvolvimento de projetos que visem, não apenas a difusão dos métodos alternativos de solução de conflitos, mas que esses se tornem meios para evitar a constituição de lides e que sirvam para exercitar a autonomia e a responsabilidade social individual para a manutenção da paz.

Inicialmente, será realizada uma breve análise da evolução da definição de “cidadão” e “cidadania”, fundamental para que se entenda o tipo de formação que a escola pode oferecer aos indivíduos, não apenas pela via acadêmica, mas pela via da “Educação Comunitária”, que vem sendo desenvolvida em alguns grandes centros populacionais e é amplamente defendida pelos pensadores da pedagogia atual.

Com o presente trabalho, será possível discutir os conceitos de cidadania e justiça, bem como a interdependência de efetivação desses conceitos na reali-

dade, por meio da educação em sentido amplo (ou seja, não apenas a educação por meio de uma escola, destinada a grupos de crianças e adolescentes) além da evolução da efetivação dos Direitos Humanos no território brasileiro, bem como o acesso a tais direitos como acesso a justiça e não mero acesso ao judiciário, visto que se configura como princípio constitucional; ou seja, com a efetivação de tais direitos, a judicialização de conflitos pode ser reduzida.

Mas se a educação comunitária e uma educação em Direitos Humanos são importantes para a construção da cidadania, como desafogar o judiciário na solução de conflitos? Acredita-se que os meios alternativos de solução de conflitos podem e devem ser mais difundidos e mais acessíveis, sobretudo entre os grupos sociais mais desfavorecidos economicamente.

Defende-se aqui que, somente com uma visão sistêmica, que supere a fragmentação imposta pelo positivismo, onde cada ciência é responsável tão somente pelo seu campo de atuação, desarticulado do restante do mundo.

Por meio dessa quebra de paradigma é possível intervir diretamente nas causas dos conflitos, reduzindo sua incidência e não apenas sua judicialização, formado cidadãos completos, num trabalho conjunto entre escolas, poder judiciário, lideranças comunitárias, enfim, comunidade escolar para o acesso a justiça através da educação e do exercício da cidadania.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CIDADÃO E DA CIDADANIA

Em tempos atuais, o judiciário brasileiro apresenta morosidade e altos custos para aquele indivíduo que pretende esgotar os meios possíveis para a defesa de seus direitos, ou do que entende ser.

No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” e no inciso LXXIV que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Não é preciso fazer grandes reflexões para que se perceba a Carta Magna Brasileira em vigor prevê o amplo acesso à justiça, independente da situação socioeconômica do indivíduo.

Inicialmente, é preciso entender o que é de fato a

cidadania e quem é o cidadão. Quais são as dimensões que envolvem tais conceitos.

O que se pretende não é fazer uma ampla análise filosófica de tais conceitos, mas sim da aplicabilidade prática dos mesmos, entendidos de forma transdisciplinar, ou seja, não apenas numa visão jurídica, mas sim de maneira que contemple a transformação do indivíduo em cidadão, capaz de exercer plenamente seus direitos e, entre eles, o acesso à justiça para findar litígios, mesmo sem a intervenção do Estado através do Judiciário.

1.1 Conceito de Cidadão e Cidadania

Cidadania é um termo que possui raízes fincadas na organização política e social de um Estado. Para entender a origem de tais termos, é interessante citar Pitano (PITANO, 2008. P. 75):

Adentrando na significação histórica do cidadão, somos remetidos, inicialmente, à Grécia antiga, por volta dos séculos VII e VI a.C. Por origem, a cidadania é uma condição atrelada à participação política na polis (cidade-estado). A inserção na atividade política é uma referência à vida na cidade, do latim, homônimo do civitas grego polis, caracterizando a participação do indivíduo na definição dos rumos da cidade a qual pertence. Em seus primórdios, nitidamente, a cidadania é a condição típica de quem vive na cidade e em sociedade. De certa forma, cidadania e liberdade estão imbricadas em dados períodos da história.

Daí o fato de, normalmente, as definições de tal conceito se encontrar muito vinculadas apenas à dimensão da participação política do termo; Reis expõe o conceito de cidadão: “Na modernidade [cidadania] pode ser compreendida como o conjunto de direitos e obrigações (deveres) existentes entre indivíduos e o Estado (nação) a que pertence, dentre eles sociais, civis e políticos” (REIS, 2010).

Dentro da proposta de Dos Reis, o cidadão ganha dimensões que vão além da participação política, sendo destacada também a importância social e civil na formação do cidadão.

A visão do cidadão enquanto membro de uma sociedade, principalmente em seu aspecto político, já aparecia nos escritos de Rousseau, conforme citado por Ferreira “por reconhecer que o homem não nasce cidadão, mas aprende a sê-lo, Rousseau aponta a todo momento para a dimensão educativa da polis grega, onde se desenvolveu o ser político por excelência.” (FERREIRA, 1993, p. 19.).

Ao definir “cidadão” de tal forma, é possível perceber que, para alguns pensadores, a cidadania tem ape-

nas a dimensão política, tornando-a simplista para a complexidade das dimensões que a integram em tempos atuais.

O cidadão formado na visão de Rousseau contrasta com a formação do indivíduo na sociedade brasileira, que segundo Ferreira (FERREIRA, 1993, p. 213.).

Em nossa sociedade, a heterogeneidade interna de princípios de mercado e da comunidade torna impossível a regulação autônoma dos interesses, o que resulta no Estado ter a primazia quase total da sociedade civil [...] o preço da ineficácia abre espaço para o clientelismo, a via pela qual o povo aprende a se relacionar com o Estado.

Assim, pode-se afirmar que o indivíduo (não-cidadão) brasileiro se encontra distante de experimentar a liberdade cidadã proposta por Rousseau e ela não parece possível nem tampouco acessível ao brasileiro, posto que este, na visão de Ferreira, se comporta de forma que o Estado é o “grande pai” provedor das necessidades de todos.

Em nenhum momento nossa referida constituição define quem é o cidadão e que é a cidadania.

Nas palavras de Dalmo Dallari (DALLARI, 1998, p. 100).

Todos os que se integram no Estado, através da vinculação jurídica permanente, fixada no momento jurídico da unificação e da constituição do Estado, adquirem a condição de cidadãos, podendo-se assim, conceituar o povo como conjunto de cidadãos do Estado. Dessa forma, o indivíduo, que no momento mesmo de seu nascimento atende aos requisitos fixados pelo Estado para considerar-se integrado nele, é, desde logo, cidadão.

A partir do exposto nas ilustres palavras de Dallari, é possível perceber que o conceito jurídico de cidadania praticamente não se distingue do conceito de povo.

Qualquer indivíduo pode ser considerado cidadão, desconsiderando-se todas as dimensões que deveriam integrar de fato o cidadão.

Hans Kelsen já buscava esclarecer que o cidadão é aquele que possui determinados direitos e deveres. Ou seja, na visão kelseniana, há uma distinção, no mundo jurídico, entre o *sujeito* e o *cidadão*.

Pode-se afirmar que, para o autor, *sujeito* abrange uma gama ampla de direitos e deveres, dos quais o *cidadão*, nem sempre gozará. Isto porque cidadania é vínculo a um Estado. A cidadania é um dos elementos que compõe o Estado, conforme pode ser lido no trecho “A cidadania ou nacionalidade é um *status* pessoal, a aquisição e a perda do qual são reguladas pelo Direito nacional e pelo internacio-

nal. A ordem jurídica nacional faz desses *status* a condição de certos deveres e direitos.” (KELSEN, 1998, p. 336.)

O mais importante é salientar que Hans Kelsen vê os direitos políticos como apenas um dos direitos dos cidadãos, ou seja, existem vários outros direitos que integram a cidadania e os direitos políticos, que não compreende apenas o direito ao voto, é parte de tais direitos.

Daí a importância de se fazer uma reflexão sobre quem é o cidadão e o que é a cidadania, pois, muitas vezes, o cidadão é identificado unicamente pelo vínculo jurídico com um Estado ou com a participação em um processo eleitoral. Desse modo, o indivíduo que se vincula a um Estado que não seja democrático não possui cidadania? Ou a possui simplesmente por estar vinculado a tal Estado? Não restam dúvidas que a distinção entre sujeito e cidadão, proposta pelos sábios escritos de Kelsen se faz necessária.

Para o autor, portanto, há uma grande distinção entre sujeito, cidadão e direitos políticos. Essa é a vertente a cerca de cidadania que parece próxima da definição que aqui se busca.

Como mencionado inicialmente, a ideia é compreender o cidadão de forma transdisciplinar, que não o simplifique como um mero portador de título de eleitor que, periodicamente, comparece a uma sessão eleitoral para depositar seu voto em um “representante” e que, muitas vezes, esquece-se quem é tal “representante” escolhido.

Não se busca aqui um conceito de cidadão engessado, participante de uma falsa democracia que em nada representa os interesses dos sujeitos (assim chamados, pois a ideia é pensar na coletividade, no povo e não em apenas um grupo).

Para a formação do cidadão pleno, é necessário um engajamento entre Poder Judiciário, comunidades e escolas para que sejam desenvolvidos projetos que objetivem uma educação para a cidadania, onde os valores propostos, por exemplo, na Declaração Universal de Direitos Humanos, como propõe os professores Lodi e Araújo sejam norteadores dessa formação (LODI; ARAÚJO, 2007, p. 69).

Aprender a ser cidadão e a ser cidadã é, entre outras coisas, aprender a agir com respeito, solidariedade, responsabilidade, justiça, não-violência, aprender a usar o diálogo nas mais diferentes situações e comprometer-se com o que acontece na vida coletiva da comunidade e do país. Esses valores e essas atitudes precisam ser aprendidos e desenvolvidos pelos estudantes e, portanto, podem e devem ser ensinados na escola.

Portanto, na visão dos ilustres professores, ninguém nasce cidadão. A cidadania deve ser aprendida, desenvol-

vida, o que, de fato, diferencia o que hoje se entende por cidadania e o que se entendia em tempos de cidade - estado, onde bastava que o indivíduo nascesse em tal cidade (fosse do sexo masculino e livre) para ser chamado de *cidadão*.

É nesse ponto que os conceitos de cidadania propostos por alguns juristas destoam daqueles propostos por pedagogos e outros profissionais da educação.

Como já citado anteriormente, muitas vezes, no Direito, o cidadão é reduzido apenas aquele indivíduo que goza de direitos políticos ou que se vincula juridicamente a um Estado. Daí a importância de se pensar no cidadão multidimensional, como, em muitos projetos educacionais que buscam parecerias com o judiciário a fim de que o cidadão pleno consiga “caminhar com suas próprias pernas”, sem remeter-se ao auxílio do referido poder para sanar quaisquer conflitos que surjam na vida social.

Silva, *apud* Milton Santos, define quem é o cidadão transdisciplinar que se acredita possível existir (2008):

Para Santos (2000, p. 40), “Há uma relação carnal entre o mundo da produção das notícias e o mundo da produção das coisas e das normas”.

Ambos os autores [Paulo Freire e Milton Santos] sustentam que a participação política dos sujeitos no processo de definição das práticas sociais, políticas e culturais é importante. O processo comunicativo entre os agentes sociais vai criando o imaginário que constitui a subjetividade dos grupos sociais. A codificação e decodificação dos processos sócio-culturais é condição para consciência histórica, para pensar a complexidade social e criar possibilidades de participar da história como sujeito...

Segundo ele (1993, p. 7-8), a cidadania pressupõe o respeito ao indivíduo, mas isto somente acontecerá de fato quando as pessoas tiverem consciência deste direito. Ela é resultado de um processo de aprendizagens, que quando começa vai delineando a subjetividade dos sujeitos e criando laços culturais.

Na condição de cidadãos eles têm como prática social e política, a luta por cidadania, que se consubstancia cotidianamente, nunca está completa, sucessivas gerações precisam atuação para intervir no sistema jurídico para criar dispositivos legais para garantir dispositivos institucionais que permitam exigir os direitos. Mas, adverte Santos, as leis por si só não garantem cidadania é necessário reivindicar, para isso é fundamental a capacidade de leitura do mundo e participação política.

Assim, talvez pela sua formação acadêmica (formado em Direito e Professor doutor em geografia), Milton Santos mostra a importância de um sistema jurídico para a proteção e defesa dos cidadãos, mas lembra que não são

as leis capazes de dar conta de todas as implicações sociais que interferem na vida cotidiana dos indivíduos, tornando-os cidadãos. O cidadão é por tanto, aquele que conhece (ainda que superficialmente) as leis, mas usa-as em favor dos sujeitos com quem possui laços culturais. Esse é de fato o cidadão. O vínculo jurídico com um Estado é, portanto, apenas uma parte que compõe a cidadania.

Conseqüentemente, a cidadania nada mais é que o exercício pleno de participação e de disposição de direitos por parte daquele que, sem essa participação e luta, é meramente sujeito. Sujeito de direitos e deveres, mas um sujeito que os pratica de forma plena.

Ocorre que, nem sempre, a cidadania foi entendida como participação plena dos sujeitos no meio cultural e em âmbito jurídico, como foi supracitada.

Tais conceitos podem se apresentar até confusos àqueles que estão habituados a uma definição disciplinar, fragmentado, proposta desde o ressurgimento das ciências. Para que se entenda essa evolução conceitual, será exposta, então, uma breve análise histórica do conceito de cidadania e de cidadão, que se confundem e são indissociáveis, pelo que já foi exposto.

1.2. Breve evolução histórica do conceito de cidadania

Para compreender a dimensão de cidadão e cidadania, é importante demonstrar suas origens etimológicas.

Para Dos Reis, cidadania remonta ao termo *civitas*, que “significava entre os romanos o Estado- cidade, entidade política soberana, onde os homens livres gozavam dos direitos civis e políticos, e esses homens eram os cidadãos – origem do termo cidadania.” (REIS, 2010).

Se durante a antiguidade cidadania era de extrema importância para as discussões filosóficas, durante a Idade Média, o tema foi abandonado pelo predomínio do Direito Cristão no mundo Ocidental, sendo retomado apenas pelo debate entre o *Direito Natural* e o *Direito Positivo*, sendo que apenas alguns filósofos trataram de tal tema.

É possível compreender tal esquecimento do tema devido ao fato de que, durante séculos, a Europa estava imersa no feudalismo e a religião regia as relações entre pessoas e classes sociais distintas, o que sufocava reflexões acerca dos direitos individuais.

Importante salientar ainda que, durante tal período, os Estados ainda estavam se unificando, o que não proporcionava a vinculação dos indivíduos com territórios.

No entanto, tal situação começa a ser modificada

com o iluminismo, onde autores como Rousseau e Locke se dedicaram ao referido tema.

No entanto, para Rousseau, a cidadania, na realidade, consiste na alienação, ou anulação dos direitos individuais para que a coletividade presente no Estado possa se beneficiar.

Rousseau afirma que não há direitos individuais que possam estar sobrepostos ao direito público. Foi um grande defensor do Estado, por isso, a anulação total do indivíduo em prol de uma coletividade.

Para ele (ROUSSEAU, p. 26).

Ademais, fazendo-se a alienação sem reserva, a união será a mais perfeita possível, e nenhum sócio tem de reclamar, porquanto, se restassem alguns direitos aos particulares, como não haveria então superior comum que pudesse decidir entre eles e o público, sendo cada um, neste ou naquele ponto, seu próprio juiz, pretendia logo sê-lo em todos.

A retomada da cidadania na ideia rousseauiana esteve presente nos ideais da Revolução Francesa de 1789, grande retomada dos ideais de liberdade dos indivíduos, ainda que em prol de um Estado, como no discurso de Rousseau.

Assim, a liberdade dos indivíduos estava limitada a um bem comum e, essa limitação pelo bem comum é que podia ser entendida como *cidadania*. Cidadão era aquele que era capaz de se alienar em prol do Estado.

Nas palavras de Ferreira, Rousseau defende uma alienação, mas se esquece da heterogeneidade que marca a sociedade já naqueles tempos (FERREIRA, 1993, p. 145-150).

No cerne da ideia de comunidade está o pressuposto de alienação. Mas a alienação, para Rousseau, tem o sentido de despojamento, de entrega espontânea, e não de renúncia. Para ele, é fundamental que todos se alienem da propriedade para que possam se desalienar do que ela produziu: a desigualdade social.

Havia, para ele uma comunidade a ser defendida, que só poderia ser alcançada por meio da alienação, mesmo que fosse da propriedade, antes garantida pela relação soberano - indivíduo. Mas teriam todos capacidade e a possibilidade de abrir mão de seus bens e sua liberdade enquanto sujeitos pelo bem de um grupo que não é homogêneo? Ou seja, a sociedade seria capaz de acabar com as desigualdades por meio de tal alienação, visto que, mesmo após a tomada do poder pela burguesia, nova classe dominante.

Rousseau esquece a heterogeneidade interna da própria comunidade e a impossibilidade de conciliar va-

lores contraditórios como justiça e autonomia.

Acredita ser possível que os indivíduos compreendam e aceitem sua posição de classe, não considerando que o que existe na luta não são indivíduos, mas, cada vez mais, grupos concorrentes, com interesses antagônicos e diferentes autonomias “possíveis” frente a um sistema qualquer de governo.

Por isso, é difícil transpor e mesmo aceitar a ideia de cidadania rousseauniana, embora tenha sido de suma importância para a retomada do debate acerca desses temas que deveriam estar no cerne das discussões de todas as ciências humanas, mas que durante tanto tempo ficou esquecida pelo direito, enquanto nasciam ciências que se dedicariam a esse estudo como a sociologia, por exemplo.

Os debates que se sucederam, portanto, estiveram muito mais dedicados a análise do Estado e das relações que nele se estabeleciam nos conflitos sociais que ocorreram a partir do século XVIII.

Desses conflitos sociais, ignorados por Rousseau, surgiu o embrião da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando, na França, após a revolução, surgem os documentos acerca dos “direitos do homem”, que visava a tutelar os direitos naturais, civis e agora também, os políticos.

Mas foi só no século XX que a discussão sobre o cidadão e a cidadania voltam a ser tema das discussões jurídicas.

Alguns filósofos do direito se dedicaram a tal análise. Para o presente trabalho, a abordagem de Norberto Bobbio parece ser interessante de ser brevemente analisada, posto que este já nas primeiras décadas do século já tratava da importância de se entender o cidadão como sujeito de direitos, principalmente nos anos que seguiram a segunda grande guerra que arrasou territórios na Europa, deixando cerca de 50 milhões de vítimas fatais.

O ilustre italiano relacionou cidadania ao exercício de direitos, sobretudo aos Direitos Humanos, talvez por ter vivenciado a elaboração e publicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948 (BOBBIO, 1992, p. 61).

No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.

Bobbio lembra que a cidadania só é possível em um Estado de direito, pois a cidadania é o exercício dos

direitos, ou seja, só há cidadania se há direitos e, quem deve provê-los é o Estado.

Não é difícil aceitar a teoria de Bobbio, posto que, como foi supracitado, durante o longo período em que os Estados ocidentais consolidavam-se e constituíam suas fronteiras, a discussão acerca do tema ficou abandonada, subjugada pelo direito cristão, que explicava todas as relações entre indivíduos e classes pela religião. Como havia apenas um Estado soberano, representado pelo monarca, ele definia o que era direito e o que não era, não cabendo, portanto, ao sujeito (e não cidadão) questionar o que lhe era concedido do que lhe era privado.

Para o ilustre jurista italiano, o sujeito é todo e qualquer indivíduo, que passa a ser cidadão quando goza de direitos dentro de um Estado. Ele apresenta distinções entre os indivíduos, alertando que para que existam cidadãos é necessário reconhecer as distinções entre grupos de indivíduos para que a estes sejam concedidos direitos específicos, para que sejam todos considerados cidadãos. Ou seja, para Bobbio, torna-se cidadão o indivíduo que tem reconhecido pelo Estado todos os seus direitos a medida que suas peculiaridades físicas, de gênero, psíquicas entre outras lhe impõe para que este tenha uma vida plena em sociedade, citando exemplos de legislações que buscavam, entre a década de 1950 e 1980, garantir direitos de todos, previstos na DUDH.

Nas palavras abaixo transcritas, tais ideias podem ser observadas (BOBBIO, 1992, p. 62-63).

(...) Assim, com relação ao abstrato sujeito “homem”, que já se encontrara uma primeira especificação no “cidadão” (no sentido de que podiam ser atribuídos ao cidadão os novos direitos com relação ao homem em geral), fez-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão? (...) Com relação aos estados normais e excepcionais, faz-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc.

Mas o jurista compreende a dificuldade de se diferenciar o “sujeito” do “cidadão”, segundo sua concepção, o que realmente parece complexo, pois, seria todo aquele tutelado pelo Estado e por suas leis e estatutos capazes de conhecer e fazer valer seus direitos? De que adianta, por exemplo, a tutela estatal de direitos em um país composto por grande parte da população formada por analfabetos? Ou ainda por indivíduos que vivem sob a tutela de estados autoritários? Teriam acesso a seus direitos tais sujeitos? Seriam eles cidadãos? Bobbio (BOBBIO, 1992, p. 63-34) distingue o que entende por “plano ideal” e “plano real” acerca da cidadania, lembrando que apenas a teoria não é

suficiente para transformar sujeitos em cidadãos.

Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes, outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva... Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos do homem como um sinal do progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos.

1.3. A cidadania no Brasil

Partindo das conceituações e contextualizações acima realizadas, cabe analisar, agora, a situação da cidadania no Brasil em tempos atuais. Ela deve ser entendida como meio de participação plena e de maneira menos conflituosa na sociedade, como leciona Manzini Covre *apud* Eufrásio.

[...] penso que a cidadania é o próprio direito à vida no sentido pleno. Trata-se de um direito que precisa ser construído coletivamente, não só em termos do atendimento às necessidades básicas, mas de acesso a todos os níveis de existência, incluindo o mais abrangente, o papel do(s) homem(s) no Universo.

Daí a grande dificuldade do não-cidadão em conhecer e aceitar as formas alternativas de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Ora, se o Estado é o grande tutor das relações entre os indivíduos, como conceber a possibilidade de um terceiro, um particular, interferir nas conflituosas relações entre os pares?

Na visão de Freitas “o liberalismo (político e burguês) de Locke e Montesquieu leva o Estado à condição de inimigo da liberdade humana, deixando o indivíduo amparado somente por direitos naturais” (FREITAS, 2002, p. 9).

Dessa forma se explica a ineficiência do Estado brasileiro na formação de cidadãos e na aplicação das leis. Ambos os problemas constituem as duas faces de uma mesma moeda: o Estado leva os indivíduos à sua dependência cega, impedindo sua formação enquanto cidadão.

Assim o indivíduo que não é cidadão, desconhece meios mais acessíveis que o judiciário para sanar seus conflitos e litígios, tornando-se cada vez mais dependentes do Estado, e o judiciário cada vez mais moroso.

Embora os aspectos políticos da cidadania não possam (nem devam) ser desprezados, para que se construa esse cidadão politicamente consciente e participativo, é necessário antes desenvolver nele conhecimentos e

envolvimento na esfera civil, para que, assim, tenha visão da sua importância política e social dentro da comunidade a qual se insere.

Mas quem seria o cidadão, de fato? Quais são os direitos do cidadão brasileiro? O direito a cidadania é previsto no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entre os princípios que regem o país. Vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Já a gama de direitos previstos na é ampla e estão elencados, sobretudo em seu art. 5º da Carta Magna Brasileira, seguido pelos seus numerosos incisos e parágrafos.

Como o objetivo do presente trabalho não é esgotar o tema, citemos apenas os elencados no *caput* do referido artigo “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”.

Para Buffa, o Brasil é um país que, para alguns, não possui cidadãos, sejam eles entendidos pelos direitos defendidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que serão ainda discutidos em capítulo posterior, ou aqueles criados pela sociedade capitalista, posto que o Brasil é um país adepto de tal ideologia (BUFFA, 1993. p. 28 e 29).

Portanto, nesta concepção, o cidadão não deve ser entendido como um mero habitante do país, que adquiriu o direito de participar politicamente das relações ali estabelecidas, mas sim como aquele que tem pleno acesso aos direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos, que consolidou ideais proclamados ainda na Revolução Francesa (ou Revolução Burguesa).

Para demonstrar com maior clareza quem seria, de fato, o cidadão que deve ser construído para que a justiça (e não o judiciário) esteja de fato acessível a todos no Brasil, é possível citar as brilhantes palavras de Nilda Teves

Ferreira (FERREIRA, 1993, p. 229).

(...) a educação para a cidadania passa por ajudar o aluno a não ter medo do poder do Estado, a aprender a exigir dele as condições de trocas livres de propriedade, e finalmente, a não ambicionar o poder como a forma de subordinar seus semelhantes. Esta pode ser a cidadania crítica que almejamos. Aquele que esqueceu suas utopias, sufocou suas paixões e perdeu a capacidade de se indignar diante de qualquer injustiça social não é um cidadão, mas também não é um marginal. É apenas um NADA que a tudo nadifica.

E assim, serão formados cidadãos que possam exercer uma cidadania que vai muito além de um superficial conhecimento de seus direitos, que, muitas vezes, se resume à falsa ideia que apenas o Estado, por meio do Poder Judiciário, tem capacidade para sanar todos os conflitos que surjam em suas relações com os demais indivíduos. O objetivo é que este cidadão não seja aquele que, segundo Souza, citando Hobbes, vive “uma guerra de todos contra todos” (SOUZA, 2004, p. 36).

Atualmente, existem projetos governamentais e não governamentais que buscam o pleno desenvolvimento do cidadão a partir da escola, pois este pode se tornar um multiplicador de informações e conhecimentos, já que todo indivíduo se insere em um meio social, ainda que este seja apenas por meio de seus vínculos familiares. Dessa forma, o cidadão pleno é capaz de reproduzir conhecimento, de interferir e modificar a realidade que o circunda, levando à conscientização de um grupo maior.

Assim pode ser entendida a educação comunitária e é por meio dela que se pode desenvolver projetos que valorizem as formas alternativas de resolução de conflitos. Aliás, o cidadão pleno, como se entende na visão exposta no presente trabalho é aquele que consegue estabelecer relações de forma menos conflituosa, o que só é possível em um Estado que valorize os princípios dispostos na DUDH.

Não se acredita que por meio de uma educação em Direitos Humanos seja capaz de acabar com todos os conflitos existentes dentro de uma sociedade, mas sim que eles possam ser minimizados e solucionados por diversas formas, que valorizem muito mais o diálogo que o litígio.

Mas para que isso ocorra, é necessário um engajamento de vários grupos e dos “três poderes” (executivo, legislativo e judiciário) para que a cultura de litígio seja substituída pela cultura do respeito e do diálogo.

Existem alguns projetos no país que buscam a realização de projetos com tais intuítos. Entre eles, pode-se

citar a cooperação entre o judiciário e a escola. Como esses meios podem auxiliar no acesso à justiça, sem que haja, no entanto, uma judicialização dos conflitos e, portanto, ocorra uma redução nas demandas judiciais serão objetos de discussão adiante.

2. ACESSO A JUSTIÇA NO BRASIL

O objetivo aqui é demonstrar como e quais são as dificuldades que o *cidadão* encontra para exercer seus direitos e obter acesso a proteção de seus direitos por meio do poder de jurisdição do Estado, ou mesmo por meio de meios alternativos, já bastante utilizados em vários países, mas que ainda caminha em passos curtos no Brasil.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem desenvolvido parcerias, pesquisas e projetos educacionais a fim de melhorar o acesso à justiça no país, tornando o judiciário mais célere e eficiente.

Em documento publicado em uma dessas parecerias, feita com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o CNJ apresentou dados que mostram as dificuldades de acesso à Justiça, bem como a morosidade e características socioeconômicas daqueles que em pesquisa, demonstraram ter a necessidade de sanar conflitos ocorridos entre os anos de 2004 e 2009.

Assim, o documento citado traz uma conceituação do que seria o *acesso à justiça* na visão do Conselho, parafraseando alguns autores (CNJ, 2011. p. 5):

Por acesso à justiça, devem ser entendidas não apenas as condições de acesso dos cidadãos aos tribunais, varas e juizados especiais. Para além da estrutura de recepção das demandas dos cidadãos, é necessário considerar em que medida os conflitos apresentados por eles ao Estado tiveram desfechos justos, considerando o menor espaço de tempo possível e o menor custo social (Ferraz, 2010; Ribeiro, 2008; Junqueira, 1996).

É nítido que no Brasil, ainda que o cidadão conheça seus direitos, a eficiência do Estado na prestação jurisdicional tem se mostrado deficiente. Assim como a cidadania é engessada, o Estado se beneficia desta inércia, pois o judiciário não consegue sanar os conflitos que já lhe chegam. Como seria se o país fosse formado apenas por cidadãos que desejam sanar seus conflitos acionando o judiciário? O Estado brasileiro não tem se mostrado eficiente na garantia dos direitos fundamentais e, entre eles, o previsto no art. 5º, LXXIV da Carta Magna brasileira “LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”.

No Brasil, as dificuldades quanto ao acesso à justiça se concentra muito mais entre pessoas com menores rendas e menor nível de escolaridade. De acordo com o próprio relatório (CNJ, 2011, p. 15):

Outra explicação para a concentração dos desalentados nos conflitos advindos das relações de consumo de serviços de utilidade pública é a alta probabilidade de que o custo de procurar, por exemplo, o Judiciário seja mais alto que o possível valor do prejuízo causado na relação de consumo, bem assim do valor a ser pago a título indenizatório...

Embora tal aspecto mereça investigações específicas que considerem o perfil laboral e educacional dos desalentados, ainda assim é possível argumentar que tal fenômeno tem relação com as condições sócio-econômicas. A relação entre condições de vida e capacidade de mobilização para a solução de conflitos é relevante em especial para reforçar a necessidade de o Estado repensar em que medida se apresenta de modo eficiente frente àqueles que dele mais necessitam.

Portanto, após surgirem os conflitos o cidadão busca auxílio do Estado para saná-los, embora nem sempre o faça devido à morosidade e até mesmo a desconfiança deste em relação ao do Estado na prestação jurisdicional.

O texto ainda suscita que, talvez o Estado esteja sendo omissivo na prestação justamente àqueles que dele mais necessitam, o que, retomando mais uma vez as discussões acerca da cidadania do capítulo anterior só demonstra que vivemos hoje num Estado onde a alienação proposta por Rousseau durante o iluminismo se mostra frustrada, posto que o grupo de cidadãos, conscientes de seus direitos e capazes de exercê-los e exigí-los frente ao poder público ainda é pequeno, o que cria um abismo entre aqueles que são cidadãos em pleno gozo de seus direitos e aqueles “quase cidadãos”, que, aos poucos, tomam consciência de seus direitos, mas que encontram barreiras para o exercício da cidadania.

Souza (SOUZA, 2004, p. 31) elenca essas barreiras em três grupos, quais são:

- 1 – Barreiras econômicas – o custo da justiça, os honorários de advogados, os riscos de sucumbência;
- 2 – Barreiras Geográficas – decorrentes da imensidão do território nacional e da impossibilidade de se colocar pelo menos um juiz ao alcance de qualquer cidadão;
- 3 – Barreiras burocráticas – desaparelhamento da máquina judiciária, decorrente da má remuneração e da falta de formação técnico – profissional dos serventuários e da inadequação da estrutura judiciária para enfrentar a massa de feitos que lhe são submetidos.

Para o presente trabalho, não se busca entender

apenas a solução de conflitos (sobretudo por meio da tutela jurisdicional do Estado) existentes como meio de acesso à justiça, mas sim uma dimensão muito mais ampla, como a redução no surgimento dos conflitos. Por isso, a ênfase no Estudo realizado pela parceria CNJ – IBGE (CNJ, 2011, p. 07): pois “Conforme salientado por Zackseski, o suplemento da PNAD possui ‘uma concepção de acesso à justiça que não se resume no acesso ao Poder Judiciário, e sim a uma decisão justa ou ao término de uma situação de conflito’” (ZACKSESKI, 2010, p. 303).

Nem sempre o poder judiciário consegue sanar os conflitos existentes, devido á problemas já mencionados. Por isso, muitas vezes os cidadãos tem buscado outros meios para findá-los, como igrejas, por exemplo. Esta informalidade, no entanto, nem sempre é bem vista por aqueles indivíduos com menor autonomia, ou seja, aqueles que mantêm a visão de um Estado paternalista, que “concede” direitos, não os garante, uma visão alienada, superficial e despolitizada.

Para que haja uma superação dessa visão, acredita-se que seja possível um trabalho educacional, voltado não apenas para crianças e adolescentes, mas um trabalho que transcenda os muros escolares e seja capaz de interferir na realidade da comunidade a qual uma escola esteja inserida, numa parceria que envolva judiciário, comunidade, lideranças locais, entre outras. Já existem tais projetos sendo desenvolvidos em algumas comunidades do país, liderados e incentivados pelo CNJ. Tais iniciativas serão objeto de discussão mais adiante.

Acerca do desconhecimento de outros meios de solução de conflitos, os dados da pesquisa realizada pelo IBGE comprovam tal situação (CNJ, 2011, p. 08):

No que tange à busca por soluções, a PNAD de 2009 revela que 92,7% das pessoas que viveram situações de conflito procuraram formas de resolvê-las (tabela B-4, anexo I). Do universo dos que se empenharam em solucionar seus problemas, o Judiciário (incluindo os Juizados Especiais) foi o caminho escolhido por 70,2% das pessoas, seguido da polícia (6,6%) e do PROCON (3,9%). Para a maior parte dos conflitos trabalhistas, familiares, de terras e de moradia, assim como para os casos de impostos, tributação e previdência social, as ações judiciais foram a principal medida procurada para a pacificação dos conflitos.

Não é difícil perceber que, além do Estado não conseguir tutelar os indivíduos, muitas vezes ele é causador de conflitos, como nas questões tributárias, que poderiam sequer existirem, se houvesse empenho para esclarecimentos de dúvidas aos cidadãos.

Conforme citado por Souza, as barreiras burocráticas são capazes de também criar conflitos, ao prestar informações ineficientes, ambíguas, ou, muitas vezes, nem ao menos prestá-las.

Na realidade, a ideia do presente trabalho é demonstrar que por meio de uma educação que priorize valores dispostos na DUDH é possível formar cidadãos e reduzir os conflitos. Mas, ainda que ocorram os conflitos, que tais cidadãos sejam capazes de sanar seus conflitos sem um apelo constante ao Judiciário, como se apenas o Estado fosse capaz de dizer o direito de cada indivíduo de forma legítima. Para tanto, parece importante demonstrar sucintamente outros meios de solução e alguns projetos que tem se mostrado eficientes na solução de conflitos.

2.1 Meios de acesso à justiça: a judicialização e os meios alternativos de solução de conflitos

Conforme demonstrado anteriormente, nem sempre os conflitos que chegam ao judiciário apresentam soluções dentro de um tempo razoável¹. Tanto é que, entre os entrevistados, a maioria dos que deixaram de procurar o judiciário para sanar conflitos alegando sua morosidade, estão os indivíduos que apresentam maior nível de escolaridade.

Assim, é possível inferir, que, quanto maior é o nível de escolaridade do indivíduo, menor é a sua confiança no judiciário.

No entanto, aqueles indivíduos que buscaram meios alternativos para solucionar conflitos, como órgãos administrativos, como PROCON, associações, sindicatos e até mesmo igrejas apresenta bastante variação quanto à renda familiar. Ocorre que, aqueles que possuem menores condições de arcar com os custos de um processo judicial em alguns casos, acabam buscando meios de sanar seus conflitos sem procurar o judiciário, não por não confiar nele, mas por não ter possibilidade material de buscá-la, como é o caso daqueles que procuraram parentes, ou igrejas, por exemplo.

Já no caso daqueles que buscaram órgãos administrativos, associações e sindicatos e aqueles que aparecem, genericamente como “outros” (dos quais se acredita estar inseridos a mediação, a conciliação e a arbitragem, já que não aparecem discriminadas na pesquisa) encontram-se as pessoas de situação financeira mediana, ou seja, são pes-

¹ O CNJ e o IBGE consideraram um lapso temporal de cinco anos para sua pesquisa, portanto, o que se entende aqui por “tempo razoável” é tal prazo.

soas que, ainda que tenham condições de arcar financeiramente com um processo judicial não tem interesse nele ingressar por conhecer a morosidade do judiciário e, portanto, optaram por meios alternativos para sanar seus conflitos.

Portanto, o próprio CNJ entende que, muitas vezes, os indivíduos deixam de buscar soluções para seus conflitos por dois motivos: o primeiro é não ter condições financeiras de buscar apoio do Poder Judiciário e o segundo, que poderia suprimir o primeiro, solucionando tais conflitos, mesmo sem a presença do judiciário é o desconhecimento de meios alternativos para sanar tais conflitos, conforme pode ser observado no trecho abaixo (CNJ, 2011, p. 05):

Além de se concentrar na pacificação de conflitos, outro fator de grande peso na explicação dos problemas de acesso à Justiça no Brasil se dá pelo desconhecimento da população em relação aos seus direitos e às instituições que podem vir a ser mobilizadas para assegurá-los (...).

Atualmente, existem projetos desenvolvidos por órgãos do Poder Público (como a Polícia Militar e o Poder Judiciário, no caso o Ministério Público) que buscam sanar conflitos dentro das comunidades carentes das grandes cidades sem a necessidade de transformar conflitos em litígios judiciais.

Não é de se estranhar que um país que está entre os que têm a educação de pior qualidade no mundo², sua população deixe de buscar solucionar seus litígios, ou veja no Estado uma função paternalista, onde é possível resolver todos os conflitos que surjam no convívio e nas relações interpessoais, como se houvesse um “endeusamento” desse Estado, que, como já mencionado no capítulo anterior não consegue, nem ao menos, formar cidadãos, quiçá resolver todos os conflitos entre os indivíduos.

É o oposto do que ocorre em países onde a qualidade da educação é maior e, portanto, existem cidadãos capazes de dialogar e findar seus conflitos sem a judicialização, como por exemplo, a Argentina e Alemanha, onde, em alguns casos, a mediação e a conciliação são obrigatórias antes que haja a interposição de ação judicial.

Nas palavras de Souza (SOUZA, 2004, p. 47)

(...) remanescem outros mecanismos como a mediação a conciliação e a arbitragem que, na realidade, apenas são reativados, apenas são reativados, porque mostraram-se eficazes para a solução dos conflitos de interesses.

² O Brasil ficou em 88ª posição no Ranking Mundial de Educação, divulgado pelo Fórum Econômico Mundial no *The Human Capital Report*. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_HumanCapitalReport_2013.pdf> Acesso em: 30/11/2013.

Assim é que, nos países denominados de primeiro mundo, a mediação, a conciliação e a arbitragem são agrupados sob o título de Juízos Conciliatórios.

Na realidade, estes juízos, sejam do Poder Judiciário ou não, isto é, extrajudiciais, têm a preferência geral para a solução de conflitos de interesses que surgem.

(...) no Brasil não há uma tradição de solucionar problemas fora do âmbito Judiciário.

(...)

O que se pretende com esta forma de solucionar conflitos é uma nova negociação direta das partes, é um entendimento entre as pessoas envolvidas para que se busquem uma solução para suas contendas.

Após uma breve análise sobre o trecho transcrito, podemos mais uma vez retomar o que já foi mencionado anteriormente: na verdade, os países que investem de fato na educação são capazes de formar verdadeiros cidadãos. Neste caso, os cidadãos não dependem do Estado por meio de um juiz analisar e julgar quem tem razão em um conflito, ou de um longo processo judicial. Assim, essas estruturas alternativas são valorizadas.

O mesmo não ocorre no Brasil. É possível até afirmar que há certo desconhecimento em relação à existência desses meios. O próprio CNJ aconselha a ampliação de tais meios a populações mais pobres.

Ocorre que, muitas vezes, existe um custo para a realização de tais procedimentos, o que também pode ser um fator desmotivador da busca desses meios alternativos. Podemos então usar a pesquisa realizada pelo CNJ, já mencionada anteriormente como proposta de ampliar o acesso aos meios alternativos, sobretudo nas comunidades mais carentes: os meios informais. Passemos então a uma breve reflexão sobre eles.

2.2 Os meios alternativos formais e informais de solução de conflitos

Conforme exposto anteriormente, é possível afirmar que o acesso a justiça nem sempre consiste em judicialização de conflitos e constituição de uma demanda judicial. Na realidade, muitas vezes é possível saná-los sem a presença do Estado por meio da jurisdição.

Por isso, os meios alternativos de solução de conflitos aparecem em pesquisa do CNJ como sendo aqueles que ajudaram a sanar litígios.

Na referida pesquisa, aparecem associações e sindicatos, as igrejas, amigos e parentes e, de forma mais genérica, “outros” como sendo os responsáveis pela solução de conflitos relatados pelos entrevistados.

Segundo Souza “os direitos dos cidadãos têm de ser assegurados, seja através do Estado, ou melhor, do Poder Judiciário, seja por outros mecanismos formais e não oficiais, como, por exemplo, a mediação, a conciliação e a arbitragem” (SOUZA, 2004, p. 38). É sabido por todos que existem as Câmaras de Mediação, bem como também é de conhecimento de todos no meio jurídico que o Brasil possui uma Lei que regulamenta a Arbitragem no país, a Lei 9.307 de 1996.

Portanto, os meios formais não oficiais de solução de conflitos já estão instalados no país. A grande questão que se coloca, portanto, é a difusão desses meios entre a população mais carente que, muitas vezes, desconhece esses meios.

Atualmente, o CNJ tem trabalhado para suprir essa ausência, sobretudo nas regiões que durante muito tempo, ficaram esquecidas pelo Estado, como as favelas pacificadas no Rio de Janeiro.

O trecho a seguir, extraído de reportagem do Jornal do Senado³, expõe de maneira sucinta o desenvolvimento do projeto:

A capacitação de 30 mediadores recrutados entre lideranças comunitárias de cada uma das favelas cariocas atendidas pelas Unidades de Polícia Pacificadoras (UPPs) é uma das metas dos acordos de cooperação que começaram a ser firmados, em dezembro, entre a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o governo do Rio de Janeiro. Inserida no projeto UPP Social, essa iniciativa nos morros cariocas se baseia na experiência bem sucedida do programa Justiça Comunitária, criado em outubro de 2000 no DF (veja matéria nesta página).

O Complexo do Alemão e a Cidade de Deus funcionarão como projetos-piloto, segundo o secretário do Ministério da Justiça, Marivaldo Pereira, que assina, na sexta-feira, acordos que incluirão as comunidades do Borel e do Morro da Providência. “Nessa nova fase da UPP é fundamental para pacificar levar a presença do Estado, com serviços públicos. Esse papel, em muitos casos, era desempenhado pelo crime organizado”, reconhece Pereira, em entrevista ao Jornal do Senado.

Além de selecionar e capacitar mediadores e conciliadores para agilizar a solução de conflitos nas comunidades, nos moldes dos 15 núcleos em funcionamento no país (há mais 29 em implementação, já considerando os das favelas cariocas), incluindo os três do DF nas cidades satélites de Taguatinga, Ceilândia e Samambaia, atendidas pelo ‘Justiça Comunitária’, o acordo de cooperação no Rio prevê um esforço maior.

³Favelas pacificadas terão mediadores comunitários. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/cidadania/edicoes/333/favelas-pacificadas-terao-mediadores-comunitarios>> Acesso em: 30/11/2013.

Nessas regiões, os líderes comunitários têm importante papel na intermediação do Estado com a população. Eles representam a voz da comunidade frente ao Estado (por tanto tempo omissos), mas também são capazes de promover a solução de conflitos de maneira informal.

Por isso, o projeto do CNJ é transformar os mecanismos informais de solução de conflitos em meios formais, levando a estrutura necessária para tais lugares e capacitando pessoas que, muitas vezes, já são responsáveis por mediar conflitos em mediadores formais. Portanto a responsabilidade do Estado está voltada a promover e difundir de maneira formal o que já ocorria na informalidade.

Como exemplo dessas instituições que já funcionam, é possível citar as “UNAS” existentes na região de Heliópolis, São Paulo (EDNIR, 2007. p. 24):

Como exemplo, citamos a UNAS (União de Núcleos, Associações e Sociedades dos Moradores de Heliópolis e São João Clímaco). Nascida na década de 70, é hoje o órgão mais atuante da região. Começou reivindicando a posse das áreas ocupadas, e depois ampliou sua ação, por meio de parcerias com a iniciativa privada. Isso permitiu às lideranças comunitárias desenvolver no local projetos nas áreas de educação, tecnologia, cultura, esporte, saúde, habitação, geração de renda e assistência social. A UNAS é constituída por uma diretoria eleita pelos próprios moradores.

Dentre as realizações das parcerias promovidas pela UNAS, contam-se a instalação, em Heliópolis, de:

- Núcleos Socioeducativos;
- Centros de Educação Infantil;
- creches; e
- lavanderia comunitária.

Além disso, foram criados Programas visando:

- atendimento jurídico;
- alfabetização de adultos;
- prevenção do uso indevido de drogas;
- prevenção da gravidez não planejada;
- mediação de conflitos;
- inclusão digital;
- apoio aos sem-teto; e
- apoio a jovens infratores.

Pode-se afirmar com segurança que este é o verdadeiro acesso a justiça. A partir do momento que os conflitos ocorridos são solucionados e que os envolvidos são tratados com dignidade e há celeridade em sanar tais conflitos a justiça ocorre. Não é por meio de um processo judicial que se arrasta por anos que a paz social será instalada em lugares onde a o Estado não chegou. Seja pela falta de infraestrutura, pela ausência de educação (ausência total ou de qualidade), seja pela ação de organizações criminosas.

Parece ser este o caminho ideal a ser seguido: a justiça promovida pelo Estado, porém, sem o seu formalismo, que distancia e encarece a solução de litígios, tornando inacessível a justiça àqueles que dela mais necessitam.

Mas, além de sanar conflitos, o projeto inclui também o desenvolvimento da cidadania (entendida no sentido explicitado no capítulo anterior do presente trabalho), por meio da instituição de projetos de conscientização da população sobre direitos básicos, vinculado a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. A grande importância de tais projetos é que, de nada adianta a instituição de Câmaras de Mediação e Conciliação se a população a ser beneficiada desconhece as funções destas.

E mais: como um indivíduo pode buscar a defesa de seus direitos se ele não os conhece? Só é possível o sucesso desses projetos se envolverem um empenho conjunto do judiciário e da educação.

Partindo desta visão, o Conselho Nacional de Justiça tem promovido parcerias para que ocorra a formação de cidadãos e, portanto, seja difundida a possibilidade de se resguardar e garantir direitos sem a atuação direta do Estado.

Além do CNJ, o Ministério Público também desenvolve projetos em áreas de grande risco social, como o Projeto de Justiça Restaurativa, que envolve comunidade, escolas e Poder judiciário, onde (EDNIR, 2007. p. 14):

A criação ou fortalecimento de redes na comunidade, de um lado, quebra a burocracia e, de outro, estimula as organizações voltadas ao atendimento dos direitos das crianças e adolescentes a clarear os sentidos de sua ação e os valores que marcam suas condutas; estímulo à apropriação coletiva da regra (incluindo sua possível atualização ou mudança), do diálogo e da resolução de conflitos, buscando superar a apatia e desenvolver um sentimento de responsabilidade para com os problemas comunitários, com um maior engajamento cívico; desenvolvimento de habilidades específicas para resolução de conflitos, para uma comunicação social mais eficaz e realização de direitos.

Os Círculos Restaurativos, espaços de diálogo e de resolução não-punitiva de conflitos, por meio de Acordos definidos em conjunto pelas partes envolvidas buscam o atendimento dos dois primeiros eixos da concepção de Justiça Restaurativa: a reparação de danos e participação dos envolvidos, mas também são o elemento de conexão entre o Sistema de Justiça e da Segurança Pública com a comunidade, em um papel outro daquele hoje existente.

Pode-se afirmar, portanto, que, em tais meios, os conflitos são realmente sanados, sem a burocratização e morosidade e sem a imposição de uma sentença que, muitas vezes, deixa ambas as partes envolvidas insatisfeitas. O objetivo dessa chamada justiça restaurativa é promover a paz no convívio social e não apenas a solução de um litígio específico, que poderá voltar a ocorrer diversas vezes por não serem extraídas as raízes causadoras dos conflitos. Por isso a importância de um envolvimento da escola na promoção da Justiça Restaurativa. Sem conscientização, não há sucesso em tais medidas.

3. EDUCAÇÃO, CIDADANIA E ACESSO A JUSTIÇA

Anteriormente, fora realizada uma breve análise do que é cidadania e o acesso a justiça no Brasil, bem como também foi explorada a morosidade do judiciário, tendo em vista a grande demanda pela judiciliação dos conflitos que ocorrem, sobretudo envolvendo as classes sociais mais desfavorecidas.

Diante de tais dificuldades, o Conselho nacional de Justiça (CNJ) desenvolve projetos que visam facilitar a promoção do acesso à justiça, como as “Casas de Cidadania” e os “Mutirões de Cidadania”, cujo objetivo é proteger os Direitos Fundamentais dos indivíduos, sobretudo a Cidadania (art. 1º, II da CFRB/ 88).

Daí a importância de se ter discorrido inicialmente, sobre o que é, de fato, cidadania, lembrando que está nunca pode estar restrita meramente ao voto, como corriqueiramente ocorre em nosso país. Para o CNJ, para o Ministério Público e para a Educação, a cidadania é o *status* do indivíduo que goza plenamente de seus direitos e pratica seus deveres.

Mas, para que isso ocorra, é necessário um engajamento de todos os setores da sociedade e do Estado para que a educação se torne o meio de desenvolver a formação de cidadãos, não apenas do aluno que a frequenta diariamente, mas de toda a comunidade na qual ela se insere, pois, segundo o próprio CNJ (CNJ, 2011. p. 26).

(...) o uso dos serviços do Poder Judiciário pressupõe algum conhecimento das leis, da sua aplicabilidade e também das instituições que as operam. Por esse motivo o desconhecimento em relação às leis e ao Poder Judiciário pode ser visto, sem ambiguidades, como alvo de políticas judiciárias em prol da ampliação do acesso à Justiça no Brasil.

É neste sentido que, não há como se falar em acesso à justiça sem uma educação que promova a

conscientização e a formação plena de cidadãos, por meio de uma relação cíclica escola – aluno – família – comunidade.

Importante salientar que aqui se entende “família” pelo conceito de família extensa, estabelecido no parágrafo único do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

A escola pode ser a única fonte de informações e conhecimento que os indivíduos de regiões carentes podem ter acesso ao longo de toda sua vida. Muitas vezes, inclusive, ela é a única presença do Estado nessas localidades.

Mas como é essa escola? É uma escola que forma indivíduos plenos ou é a escola que os mantém no que Paulo Freire trata de consciência de fantasia (FREIRE, 1967. p. 5):

Por isso é que é próprio da consciência crítica a sua integração com a realidade, enquanto que da ingênua o próprio é sua superposição à realidade. Poderíamos acrescentar dentro das análises que fizemos no primeiro capítulo, a propósito da consciência, finalmente que para a consciência fanática, cuja patologia da ingenuidade leva ao irracional, o próprio é a acomodação, o ajustamento, a adaptação.

Ou seja, a escola não tem formado cidadãos capazes de sair da inércia e buscar o exercício de seus direitos. São indivíduos que, muitas vezes, não tem nenhuma consciência sobre seus direitos ou, quando a tem, acabam se acomodando com morosas demandas judiciais, pois estão habituados à vida em um aparente “Estado paternalista”: ele “concede” direitos, ele “oferece” tutela jurisdicional, ele “dá” educação gratuita.

Freire acreditava em uma educação transformadora. Embora seu trabalho esteja muito voltado para a educação escolar, devido a sua vasta e brilhante atuação na alfabetização de adultos, sobretudo na região Nordeste do Brasil, é possível trazer as questões por ele levantadas a respeito da formação de cidadãos na escola.

Para o Educador (FREIRE, 1967. p. 36):

Nas sociedades fechadas, as relações entre a elite e o povo quase - imerso vêem-se mediatizadas pelos líderes políticos que representam as diversas facções da elite. No Brasil, os líderes políticos, necessariamente paternalistas, são proprietários não somente de suas ter-

ras, como também das massas populares silenciosas e obedientes que eles têm sob controle.

Talvez por isso seja tão difícil encontrar ações que busquem de fato a formação de cidadãos no país. Não estaria a elite ocupada demais com seus próprios interesses para se ocupar das necessidades das classes menos favorecidas?

Cabe, portanto, ao Poder Judiciário, que, ao menos se espera que não esteja imerso nos interesses das elites, mobilizar-se para que os indivíduos se transformem em cidadãos, pois assim, a sua suposta “morosidade” daria lugar à eficiência, tendo em vista a redução das demandas.

Se em seu tempo a maior preocupação de Paulo Freire era retirar os indivíduos do “mundo da fantasia” e formar sujeitos capazes de transformar a sociedade, sobretudo por meio da leitura e da democracia (Freire defendia a democracia mesmo em tempos de Ditadura militar no país) ainda hoje, necessitamos da desmistificação das massas em relação ao poder do Estado, não apenas por meio do voto universal, que já foi contemplado pela Constituição Federal, mas por meio de uma sociedade capaz de tomar suas necessidades e anseios com as próprias mãos e tornar a vida comunitária mais digna e autônoma.

É possível entender, então que a educação escolar pode ser fonte da cidadania, não apenas formando alunos, mas sendo uma escola que agrega, uma escola que interage com a comunidade na qual está inserida, que aprende com ela, mas que também ensina.

Mas seria possível isso ocorrer? Não é apenas possível como já acontece em projetos desenvolvidos por escolas e por parceiras entre o Ministério Público e escolas da Região Metropolitana de São Paulo.

3.1 A educação como fonte da cidadania

Embora já citado anteriormente que o Brasil está entre os piores países do mundo em relação à qualidade da educação, existem vários exemplos de escolas e de projetos desenvolvidos em parceria com universidades na busca da melhoria da qualidade da educação oferecida. Não apenas “ensinando melhor” a seus alunos, mas mudando a metodologia de trabalho. Mas qual é a relação dessa educação com a cidadania e o acesso à justiça?

A questão é fácil e ser respondida. Uma das metodologias empregadas para tanto é a Educação comunitária. Este modelo de educação é entendido como aquele capaz de usar a comunidade na qual a escola está inserida

como fonte de conhecimento; ou seja: a ideia é promover a transformação social pela escola e seus discentes, mas não de forma bisonha, voltada um conjunto de argumentos e teorias imateriais. O objetivo é transformar a realidade local em objeto de estudo e de mudança. Não ver a comunidade como um problema que se reflete dentro do espaço escolar, mas um espaço que pode (e deve) ser transformado pelos cidadãos formados pela escola.

Nas palavras de KLEIN & PÁTARO (KLEIN; PÁTARO, 2008 p. 13):

Vemos, assim, que o trabalho da escola, na perspectiva da Educação Comunitária, envolve não apenas a dimensão tradicional da educação escolar – que diz respeito ao conteúdos trabalhados – mas, em direção à democratização, preocupa-se também com uma dimensão voltada para a constituição dos sujeitos, o sentimento de coletividade, o desenvolvimento de relações interpessoais pautadas em princípios e valores como justiça, respeito, cooperação. Neste sentido, podemos dizer que esta educação pretende uma organização do ensino capaz de unir a instrução à formação para a cidadania, visando a participação crítica e ativa de cada indivíduo/cidadão.

Portanto, quando se fala em educação para a cidadania, está-se falando dessa metodologia aplicada a educação, a qual o judiciário pode e deve participar, contribuindo para sanar e evitar os conflitos antes que eles se tornem lides judiciais, pois, muitas vezes, os litígios passam a existir pela omissão do Estado nestas comunidades.

Se a tolerância, o respeito, a autonomia e a responsabilidade dos sujeitos em relação à comunidade a que pertencem fossem valorizadas, muitos conflitos poderiam ser evitados. Acontece que em situações socioeconômicas críticas, as relações de força que se sobrepõem se tornam constantes. O objetivo daquele indivíduo esquecido a própria sorte pelo Estado é mudar de posição, passar de oprimido para opressor, como já advertia Paulo Freire (FREIRE, 1967. p. 31):

Para eles, o homem novo são eles mesmos, convertidos em opressores. Sua visão é individualista, por causa de sua identificação com o opressor: não têm consciência de si mesmos enquanto pessoas, enquanto membros de uma classe oprimida. Não é com o objetivo de serem homens livres que desejam a reforma agrária, e sim para adquirir uma terra e deste modo converterem-se em proprietários ou, mais precisamente, em patrões de outros trabalhadores. É raro o caso de um camponês, promovido a chefe, que não seja mais tirano em relação a seus antigos camaradas que o próprio proprietário. Isto deve-se a que o contexto da situação do camponês (a opressão) permanece sem mudança. Neste exemplo, o chefe, para assegurar seu trabalho, tem de ser tão duro como o

proprietário ou ainda mais. Isto ilustra nossa afirmação, segundo a qual, durante a fase inicial da luta, os oprimidos encontram no opressor seu “tipo de homem”.

Como já explicitado anteriormente, pela sua atuação, Freire trata do camponês como exemplo, mas pode-se tranquilamente transferir esse exemplo para as sociedades urbanas dos tempos atuais: já foi mencionado em capítulo anterior que os grupos onde há maior incidência de conflitos são aqueles de piores condições socioeconômicas. Ou seja, aqueles grupos negligenciados e oprimidos dentro da sociedade tornam-se opressores daqueles com os quais deveriam se unir para superar o estado de abandono em que vivem.

E assim, é possível entender que apenas a educação comunitária é capaz de ajudar a superar essas relações de opressão que marcam as comunidades mais pobres e sobrecarregam o judiciário. A Educação Comunitária receberá um maior destaque no presente trabalho a seguir no qual se pretende demonstrar, além da sua importância, a metodologia empregada para que ela funcione e norteie as parcerias entre judiciário e escola.

É preciso, no entanto, que sejam traçadas linhas de atuação para o levantamento dos problemas que atingem a comunidade e desencadeiam conflitos. Para isso, é necessário que se levante valores dentro da escola para que os alunos consigam vislumbrar um conjunto de problemas que atingem sua comunidade e geram conflitos. Em todo o mundo, os valores que são expressos como aqueles capazes de promover a valorização e respeito entre os seres humanos são os previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Atualmente, o Brasil conta com o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. No entanto, esse plano começou a nascer apenas em 2003 e foi concretizado em 2007. Muito antes disso, muitos educadores já lutavam e se dedicavam a uma educação que buscasse a construção da paz, da equidade e da cidadania.

Para entender a importância desses direitos na construção de uma sociedade menos litigiosa e na construção da cidadania, é necessária uma breve conceituação e exploração do tema.

3.2 Educação em Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. Entre os Estados fundadores da Organização está o Brasil, o que lhe inclui entre os países que, desde a instituição da DUDH tem o dever de buscar concretizar os direitos lá previstos.

Na CFRB/ 1988, alguns dos valores expressos na DUDH foram contemplados como Direitos e Garantias Fundamentais, previstos no Art. 5º da Referida Carta Magna, que não serão aqui transcritos pela sua grande extensão (são setenta e sete incisos mais dois parágrafos), mas que, pelo *caput* do referido artigo já é possível relacionar com os direitos previstos na DUDH: “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...”; além do artigo 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” e do 7º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...”.

Mas há um problema: se os direitos a serem trabalhados na escola estão vinculados a cidadania, seriam os Direitos Humanos os Direitos dos Cidadãos? Benevides entende que não. E leciona (BENEVIDES, 2013, p. 4):

Enfim, o que são direitos humanos e em que eles diferem dos direitos do cidadão e em que se aproximam?

Cidadania e direitos da cidadania dizem respeito a uma determinada ordem jurídico-política de um país, de um Estado, no qual uma Constituição define e garante quem é cidadão, que direitos e deveres ele terá em função de uma série de variáveis tais como a idade, o estado civil, a condição de sanidade física e mental, o fato e estar ou não em dívida com a justiça penal etc. Os direitos do cidadão e a própria idéia de cidadania não são universais no sentido de que eles estão fixos a uma específica e determinada ordem jurídico-política. Daí, identificamos cidadãos brasileiros, cidadãos norte-americanos e cidadãos argentinos, e sabemos que variam os direitos e deveres dos cidadãos de um país para outro.

A idéia da cidadania é uma idéia eminentemente política que não está necessariamente ligada a valores universais, mas a decisões políticas. Um determinado governo, por exemplo, pode modificar radicalmente as prioridades no que diz respeito aos deveres e aos direitos do cidadão; pode modificar, por exemplo, o código penal no sentido de alterar sanções; pode modificar o código civil no sentido de equiparar direitos entre homens e mulheres, pode modificar o código de família no que diz respeito aos direitos e deveres dos cônjuges, na sociedade conjugal, em relação aos filhos, em relação um ao outro. Pode estabelecer deveres por um determinado período, por exemplo, àqueles relativos à prestação do serviço militar. Tudo isso diz respeito à cidadania. Mas, o mais importante é o dado a que me referi inicialmente: direitos de cidadania não são direitos universais, são direitos espe-

cíficos dos membros de um determinado Estado, de uma determinada ordem jurídico-política. No entanto, em muitos casos, os direitos do cidadão coincidem com os direitos humanos, que são os mais amplos e abrangentes. Em sociedades democráticas é, geralmente, o que ocorre e, em nenhuma hipótese, direitos ou deveres do cidadão podem ser invocados para justificar violação de direitos humanos fundamentais.

Portanto, para Benevides, nos países democráticos, como o Brasil, Direitos Humanos e Direitos de Cidadania em muitos momentos se fundem e se confundem, isso justifica a busca por uma educação fundada nos Direitos Humanos. Eles são capazes de mostrar, em linhas gerais, quais são os direitos de cada indivíduo, agora, conscientes, chamados “cidadãos”.

A educação em Direitos Humanos pode ser entendida como meio de construção da cidadania não porque dá conta de ensinar a todos os indivíduos quais são os direitos e deveres de cada indivíduo no Brasil, mas por traduzir em linhas gerais, como se pode alcançar a dignidade e a equidade, princípios Constitucionais brasileiros.

O professor Ulisses Araújo bem lembra que a Educação em Direitos Humanos é o caminho e não a própria cidadania (ARAÚJO, 2007. p. 6):

Buscar estratégias que se traduzam em melhores condições de vida para a população, na igualdade de oportunidades para todos os seres humanos e na construção de valores éticos socialmente desejáveis por parte dos membros das comunidades escolares é uma maneira de enfrentar essa situação e um bom caminho para um trabalho que visa à democracia e à cidadania.

Durante décadas, docentes e órgãos da sociedade civil se dedicaram à luta pela inserção os direitos humanos como norteadores da educação no país e pela implementação dos próprios DH's nas relações entre o Estado e os indivíduos. Tempos que Zenaide chama de “processo de resistências”, onde, com o fim da ditadura militar, foi possível dar início a uma política educacional voltada para a implementação dos Direitos Humanos nas escolas brasileiras (ZENAIDE, p. 2 e 3).

Da constatação dos usos e abusos do uso da força vieram o exercício da crítica e com ele, a condenação e a hostilidade ao regime militar por parte de grupos e organizações sociais (a exemplo das organizações religiosas, de setores da imprensa, da OAB). Emergiram ações educativas em direitos humanos em modalidades não formais e não escolares. Inventamos cursos de justiça, processos de educação popular, curso de educação popular, visitas às prisões, assessorias jurídico-popular aos movimentos sociais, promovemos encontros, nos arti-

culamos em movimentos de defesa dos direitos humanos. Desse processo de resistências surgiram as comissões de justiça e paz, as pastorais de promoção social, os centros de defesa de direitos humanos.

Importante salientar que essa busca pela defesa dos Direitos Humanos na educação não partiu do Estado e sim daqueles citados por Zenaide no trecho acima transcrito. Porém, não se pode ignorar que o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) é de suma importância para o desenvolvimento da cidadania no país, pois, até então, eles só eram tratados como meio de redução da violência nas escolas (ZENAIDE, p. 5).

Inicialmente a temática dos direitos humanos na educação foi sendo abordado na perspectiva do enfrentamento à violência na escola, na educação em valores, e na educação para a cidadania, para então com a criação do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, avançar na inovação institucional criando setores na gestão para tratar de programas na área, assim como os comitês de educação em direitos humanos, editais público apoiando e incentivando a produção de materiais e a formação em educação em direitos humanos, para então conseguir dialogar com vista a inserção da temática nas diretrizes nacionais.

Segundo o próprio documento, ele está alicerçado no Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH) e tem como objetivos (Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, p. 24):

a) fortalecer o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais; b) promover o pleno desenvolvimento da personalidade e dignidade humana; c) fomentar o entendimento, a tolerância, a igualdade de gênero e a amizade entre as nações, os povos indígenas e grupos raciais, nacionais, étnicos, religiosos e lingüísticos; d) estimular a participação efetiva das pessoas em uma sociedade livre e democrática governada pelo Estado de Direito; e) construir, promover e manter a paz.

Mas o que realmente importa no documento citado é que ele traz uma visão sistêmica, ou seja, é a partir dele que é possível entender que justiça e educação devem andar juntas pela promoção da cidadania e que esta união deve ser norteada pelos valores expressos na DUDH, valores que também são contemplados pela Constituição Brasileira.

Se a Educação Comunitária é aquela que agrega, que é capaz de vincular a escola à comunidade a qual se insere, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos é o vinculador do que sempre foi defendido por educadores, pedagogos, sociólogos, enfim: todos os que estudam o fenômeno da violência e dos problemas sociais que atin-

gem o país: só há justiça e redução dos conflitos se, ao invés de punir, educarmos a população.

O Plano contempla algumas das ideias já defendidas neste trabalho, como a integração entre vários grupos e indivíduos da sociedade civil, sistemas de educação e justiça, além de estabelecer relações entre instituições formais e grupos não - formais, que se dediquem a promoção dos objetivos nele estabelecidos, como consta dentro do grupo de **“Gestão de programas e projetos” do referido documento** “a) Sugerir a criação de programas e projetos de educação em direitos humanos em parceria com diferentes órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a fortalecer o processo de implementação dos eixos temáticos do PNEDH;” (Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, p. 29):

De fato, todas as ações e descritas dentro do PNEDH já eram buscadas por alguns profissionais da Educação.

No entanto, no que tange a articulação com o judiciário, parece importante salientar o trabalho que foi realizado pelo Ministério Público em conjunto com Diretorias de Ensino da Região Metropolitana de São Paulo (Guarulhos e Zona Sul de São Paulo), que, antes da implementação do plano, quando este ainda estava em elaboração, já desenvolvia um projeto grandioso, com bons resultados na redução de conflitos e no acesso à justiça, que servem como comprovação do que se espera comprovar com esse trabalho: a educação é o meio para se promover a cidadania e esta é condição para o acesso à justiça.

3.3 Educação comunitária: a escola agrega

Se a educação em Direitos Humanos é concebida como o caminho para a promoção da cidadania, é na educação comunitária que esta deve estar inserida para que faça sentido, sobretudo na educação básica pública.

Aliás, é importante lembrar que a educação acontece por meio de interações do sujeito com o meio em que vive e estabelece relações. É nesse contexto que a educação comunitária deve ser estar inserida. A essas interações, dá-se o nome de “inteligências” múltiplas. Cabe aos educadores desenvolver essas inteligências (EDNIR, 2007. p. 39):

Tendo em vista que a aprendizagem ocorre por meio de interações, possibilita-se o exercício e a criação de procedimentos que favorecem o diálogo, a cooperação na resolução de problemas e o compartilhar de idéias e experiências (Cf. Paulo Freire, Pedagogia como prática da Liberdade, 1968). As múltiplas inteligências dos aprendizes (Cf. Howard Gardner, 1992) são mobilizadas durante

o processo, considerando-se os participantes de forma holística, em suas dimensões intelectual, física, sensorial e emocional (Cf. Daniel Goleman, 1994). O foco de todos os processos é a prática dos educadores, com impacto na aprendizagem das crianças e jovens nas escolas.

Essa educação deve priorizar valores para serem trabalhados não apenas dentro das disciplinas escolares, mas expandir o seu ambiente de atuação para além dos muros escolares, transformando essas crianças e jovens em multiplicadores de uma cultura de paz e de valorização da diversidade, mas, sobretudo, da responsabilidade dos atos individuais sobre toda a comunidade com a qual convive.

Nas palavras de Klein, a escola deve exercer uma *função social* (KLEIN; PÁTARO, 2008 p. 03):

A escola cumpre uma função social essencial à formação dos novos cidadãos, na medida em que os saberes selecionados por uma sociedade e os seus valores serão transmitidos e construídos mediante ações educativas. Nesta instituição nossas crianças e jovens permanecem quatro horas por dia, cinco dias por semana, nove meses por ano e ao menos doze anos de suas vidas. Trata-se da única instituição social por qual passa obrigatoriamente toda a população infantil e juvenil. A incidência da escola sobre a vida das crianças e dos jovens não se restringe às horas em que permanecem na instituição, prolonga-se para além deste tempo, compreendendo o desenvolvimento de atividades como tarefas, estudo, trabalhos em grupo, etc.

Na atualidade, urge entender que, infelizmente, nem todos os educadores tiveram o sucesso de Paulo Freire em sua jornada na promoção da cidadania, como já explicitado anteriormente. Pode-se relacionar este fato a necessidade de democratização do país em seu tempo, afinal, boa parte das obras mais marcantes do autor foram desenvolvidas no período de ditadura militar do país. O fato é que, mesmo com a democratização, a educação não foi capaz de promover a cidadania, deixando indivíduos “alfabetizados”, porém, alienados de seus direitos. É aí que entra, portando, a educação comunitária.

A escola das décadas de 1950 até a década de 1970 era bem diferente da atual. Nas palavras de Klein & Pátaro (KLEIN; PÁTARO, 2008 p. 07):

Enquanto a educação escolar era concebida e usufruída como privilégio, destinada a poucos, seu objetivo principal residia na formação de uma elite. A escola elitizada congregava discentes e famílias que comungavam valores semelhantes em relação ao ensino escolar, e os conteúdos selecionados e trabalhados faziam parte dos interesses, das vivências e da cultura desta elite. A escola de hoje está aberta a todos e a todas, de forma que muitos

dos conhecimentos valorizados tradicionalmente nas escolas não se vinculam à realidade vivenciada pelos alunos e alunas, e possivelmente não serão utilizados por eles e por elas. Torna-se relevante, então, questionarmos sobre qual o sentido que estes alunos e alunas (e suas famílias) atribuem ao conhecimento difundido pela escola.

É nessa escola diversificada que a educação comunitária faz sentido. Se não houvesse diversidade, não haveria conflitos. Se a escola estivesse inserida em um ambiente pacífico, não haveria realidade a ser transformada e não é o que ocorre na realidade. É nessa comunidade que os conflitos se desenvolvem. É nesse espaço que conflitos além – muros se infiltram na escola, ocasionando conflitos que ali se instalam.

Hoje, a educação em Direitos Humanos é vista como meio de transformação social e não como meio de reduzir conflitos dentro do ambiente escolar, pois, não há resolução de conflitos internos se a cultura de conflito e violência que se desenvolve nessas regiões não for superada.

Mas esses problemas não podem ser contemplados de longe, como um pesquisador que observa cobaias em um laboratório. É importante conhecer as necessidades locais para se atuar sobre elas. Caso contrário, o trabalho se torna inútil e até impositivo, por isso (KLEIN; PÁTARO, 2008 p. 09):

Acreditamos que a organização e a seleção de conteúdos escolares raramente ou nunca contemplam as possibilidades e os temas da comunidade onde a escola se insere. Isto, no entanto, não significa que a comunidade não esteja na escola, ela está: cada aluno e aluna, cada pai ou mãe, cada professor, professora, funcionário; enfim, todos os agentes que compõem o cotidiano escolar são membros da comunidade e trazem consigo suas experiências, conflitos, valores, saberes... O entorno não apenas circunda a escola, ele está presente dentro dela possibilitando ou dificultando o desempenho das suas tarefas educativas. Neste sentido, a escola é um espaço de encontro da comunidade, com potencial para se transformar também em um espaço de diálogo, de reflexão crítica acerca de temas que afetam a vida e as relações interpessoais ou institucionais de seus agentes.

Por isso, se o objetivo do Poder Judiciário é atuar na Educação em Direitos Humanos para a redução de conflitos, como prevê o PNEDH, é inserido nessas comunidades que seu trabalho deve ocorrer e, este trabalho não deve ser impositivo, mas sim buscando ajudar essas comunidades a dialogar sobre suas necessidades e seus conflitos e o espaço para isso é a escola. Isso que pode ser entendido como Educação Comunitária.

Ela só existe quando todos entendem a necessidade de saber ouvir para ser ouvido. Assim é que se promove o diálogo e a cidadania aflora, reduzindo os conflitos e, por isso, não ocorre a judicialização, simplesmente porque a autonomia do cidadão permite sanar seus conflitos sem a necessidade de buscar o Estado na figura do Poder Judiciário.

É claro que, antes de atuar em conjunto com toda a comunidade, é necessário ver o estudante como um ser capaz de dialogar, de mediar conflitos.

Existem projetos em que as assembleias escolares são criadas para o incentivo ao diálogo entre os estudantes, para que esses deem início a um processo de implantação da cultura do diálogo. Para Araújo, “O caminho está no reconhecimento dos estudantes como possíveis parceiros de uma caminhada política e humana que almeja a construção de uma sociedade mais justa, solidária e feliz.” (LODI; ARAÚJO, 2007, p. 04).

Esse modelo de escola, que promove o diálogo, dentro e fora de seus muros, que interage com a comunidade (famílias, associações de bairros, líderes sindicais, empresas e, claro, o Poder Judiciário).

Não se pode ignorar a contribuição que cada grupo ou indivíduo pode ter sobre esse processo de construção de cidadania. Araújo *apud* Torres lembra (LODI; ARAÚJO, 2007, p. 07):

A partir de tais idéias, Torres (2005) afirma que a educação deve deixar de ser vista como função apenas da comunidade escolar para que seja assumida pela comunidade de aprendizagem, de forma que os diferentes recursos e disciplinas locais possam ser utilizados no processo educativo. Na educação comunitária proposta por ela, todos são educadores e todos são aprendizes, e desaparecem as barreiras entre educação formal e informal, educação escolar e extra-escolar. Esse é o princípio do bairro-escola, que adota o entorno da escola como espaço de aprendizagem.

Tanto é assim que no projeto desenvolvido pelo Ministério Público em Heliópolis e Guarulhos, todas as estruturas e aparatos já existentes foram inseridos na busca pela construção da cidadania e implantação da chamada “Justiça Restaurativa”, que será abordada a seguir. O fato é: a comunidade tem suas necessidades, mas também tem suas contribuições para sua autotransformação. É nesse contexto que o Judiciário deve se inserir, se enxergando como parte de um processo de transformação, mas não como o grande agente transformador, superior aos demais sujeitos, membros de uma escola que acolhe, apoia, que agrega e não aprofunda a intolerância e os conflitos.

3.4 Cidadania e acesso a justiça: a parceria justiça – escola na transformação social

A preocupação em ampliar o acesso a Justiça pelo Judiciário ou o acesso à cidadania através das transformações sociais tem crescido.

O acesso à justiça tem sido ampliado, principalmente entre as comunidades com maior risco socioeconômico, como as regiões pacificadas pelas Unidades de Polícia Pacificadora (UPP's) no Rio de Janeiro, onde são instaladas Câmaras de Mediação e Conciliação.

Tais projetos não são novidades, posto que já eram desenvolvidos nas regiões próximas do Distrito Federal, encabeçados pelo Ministério da Justiça.

No entanto, isoladamente, tais projetos ainda que tenham bons resultados, podem acabar sendo superficiais, se não houver um engajamento para a promoção da cidadania em sentido amplo. Por isso, embora tais projetos sejam interessantes, não são suficientes, pois a nosso ver, é nas palavras de Araújo que a cidadania se encontra respaldada e, neste sentido, citaremos o trabalho do MP em Heliópolis e Guarulhos (LODI; ARAÚJO, 2007, p. 01):

Entender a cidadania a partir da redução do ser humano às suas relações sociais e políticas não é coerente com a multidimensionalidade que nos caracteriza e com a complexidade das relações que cada um e todas as pessoas estabelecem com o mundo à sua volta. Deve-se buscar compreender a cidadania também sob outras perspectivas, por exemplo, considerando a importância que o desenvolvimento de condições físicas, psíquicas, cognitivas, ideológicas, científicas e culturais exerce na conquista de uma vida digna e saudável para todas as pessoas.

Em busca da conquista dessa cidadania, a proposta é basicamente metodológica. Trata-se de um rompimento com a visão fragmentada do mundo, onde cada grupo ou órgão é responsável unicamente pelo que considera seu trabalho para que se chegue a uma visão sistêmica do acesso a justiça que passa pela educação, mas não uma educação meramente formal e conteudista, uma educação que, para Moraes, supera os moldes tradicionais, criticados por Freire e muitos outros autores. Para a autora, vivemos na “Era das Relações” e esta era almeja uma nova educação (MORAES, 1997. p. 26):

A conjuntura atual da humanidade requer o desenvolvimento de uma consciência ecológica, relacional, pluralista, interdisciplinar, sistêmica e espiritual, que traga maior noção de abertura, novos hábitos e valores, uma nova visão de realidade baseada na consciência do estado de inter-relação e interdependência essencial de todos os

fenômenos da natureza, que transcende fronteiras disciplinares, conceituais, físicas, sociais e culturais.

Uma educação para a Era das Relações almeja uma proposta educacional que reflita e englobe tanto as dimensões materiais quanto espirituais da sociedade, que busque a superação de metas voltadas para a erradicação do analfabetismo, a melhoria de qualidade com equidade, a superação dos índices de evasão e repetência, mas que, simultaneamente, favoreça a busca de diferentes alternativas que ajudem as pessoas a aprender a conviver e a criar um mundo de paz, harmonia e fraternidade.

Tal tarefa, complexa por natureza, pressupõe a educação de todos (crianças, jovens e adultos), a partir de princípios coerentes com esses objetivos, e com a intenção explícita de promover a cidadania pautada na democracia, na justiça, na igualdade, na equidade e na participação ativa de todos os membros da sociedade nas decisões sobre seus rumos. Dessa maneira, pensar em uma educação para a cidadania torna-se um elemento essencial para a construção da democracia social.

Percebendo essa urgência social, os projetos de integração devem levar em conta a realidade local e à escola não compete apenas à realização de “mais um projetinho”. Para a construção da comunidade – cidadã, que parte dos princípios da educação comunitária, com seus conteúdos fincados na Educação em Direitos Humanos, é necessária a consciência de que a realidade é holística, não sendo possível dissociar justiça social, conflitos e acesso à justiça.

É pautado nessa visão que o Ministério Público de São Paulo (no caso, o do Município de São Caetano do Sul) percebeu importância de se aliar as escolas das regiões de onde surgiam os conflitos que envolviam adolescentes no município de sua atuação (EDNIR, 2007. p. 17):

Justiça e Educação, estendendo reciprocamente as mãos, certamente maximizam suas capacidades para atuar no sentido contrário à triste realidade social que vivemos. As experiências anteriores de Justiça Restaurativa, no Brasil e no mundo, mostram a viabilidade desta articulação, da qual dependem a própria reversão do quadro de deterioração de valores e do individualismo sem limites na luta por sobrevivência, com a construção de direitos de cidadania para todos.

Se havia dúvidas no sucesso de tal parceria, há demonstrações quantitativas de que seus objetivos foram alcançados (tais dados serão explorados a diante). A proposta do MP é da instituição da chamada “Justiça Restaurativa”, cujas raízes remontam aos meios alternativos de solução de conflitos, ou seja, se ao longo do presente trabalho a ideia era demonstrar que a desburocratização do judiciário através de sua aproximação de grupos com

credibilidade dentro da sociedade (como a própria escola ou as associações de bairro e lideranças comunitárias) tais projetos são modelos de que o sucesso é possível.

A escola possui potencialidades que, devido aos inúmeros problemas que a envolvem na atualidade (violência, falta de docentes, baixo rendimento da educação brasileira em avaliações internacionais, entre outros), acabam sendo desprezadas.

Entre suas potencialidades, está a capacidade de difusão de informação e conhecimento, importantes ingredientes para uma transformação social (KLEIN; PÁTARO, 2008 p. 15-16).

A escola pode converter-se em uma instituição que reúne e difunde os esforços de distintas instâncias da comunidade visando a melhora e a transformação social. Esta transformação implica de um lado na possibilidade de participação democrática efetiva de demais agentes escolares e extra-escolares na discussão e na busca do enfrentamento de problemas comuns; de outro lado, na permeabilização do currículo escolar aos problemas da comunidade, ou seja, trazer para dentro das salas de aula temas e discussões, através de projetos, vinculados à realidade e aos problemas da comunidade.

É aí que entra a contribuição da escola na construção da Justiça Restaurativa visando à redução de conflitos. O primeiro passo é reestruturar seus conteúdos, objetivando a democratização das relações intraescolares, que promovam uma nova visão de mundo, que abandone a relação oprimido – opressor, explicitada por Paulo Freire e que move aquelas pessoas que vivem subjugadas a um sistema que as oprime. Sai de cena, dessa forma, a Justiça Retributiva e entra a Justiça que promove a conscientização e a responsabilidade social de cada indivíduo (EDNIR, 2007. p. 12).

A gestão de uma escola cidadã tem como propósito fazer com que educadores, alunos, profissionais da escola, familiares e membros da comunidade sintam-se conectados entre si e com outras organizações da comunidade; sintam-se pertencendo à escola e à cidade, ensinando e aprendendo e provocando mudanças, ao interagir no espaço escolar e comunitário.

A elaboração coletiva de projetos sociais e educativos é uma forma de enfrentar a histórica contradição entre exclusão e inclusão inerente à dinâmica das cidades brasileiras e reproduzida em suas escolas.

Paralelamente, dissemina-se no nosso Sistema de Justiça outras formas de resolução de conflitos, que não se baseiam apenas na cultura do litígio, do “perde ou ganha”, que alimentam sistemas de controle social, que em essência retroalimentam a violência e geram ainda mais a exclusão e a estigmatização. Há muito vem surgindo no âmbito do Poder Judiciário, dinâmicas de resolução de

conflitos que valorizam a mediação, e, mais recentemente, a Justiça Comunitária e a Justiça Restaurativa.

É por estas vocações da escola que o sucesso da implantação da Justiça Restaurativa nas regiões de Heliópolis e Guarulhos funcionaram.

Aliás, não restam dúvidas que a implantação de tais projetos surte efeito no que tange ao acesso a justiça e redução de conflitos. O município de Guarulhos, pioneiro nesta implantação no Estado de São Paulo apresenta dados quantitativos que comprovam a eficácia dos mesmos (EDNIR, 2007. p. 19-20):

(...) desde 2003 Procedimentos Restaurativos começaram a ser implementados na Vara da Infância e da Juventude. Além disso, medidas de gestão administrativa e, principalmente, a estruturação e o fortalecimento de uma Rede de Atendimento haviam reduzido o número de processos em andamento, de mais de 6000, em 2004, para menos de 3100, em 2006.

Tratando da experiência de Guarulhos, para o desenvolvimento do projeto, a parceria entre o MP e as escolas funcionou da seguinte forma (EDNIR, 2007. p. 22-23):

O projeto, iniciado em outubro de 2003, formou, na primeira capacitação, um grupo de 20 mediadores (selecionados entre professores da faculdade – parceira do projeto, ex-alunos, ou pessoas de reconhecida capacidade e formação intelectual), vindos das áreas do Direito, Psicologia, Assistência Social e Pedagogia. A instituição de ensino fornece o espaço físico, com os recursos materiais e humanos necessários ao funcionamento. Ao Judiciário incumbe a capacitação em mediação, compreendida como forma de resolução alternativa de conflitos, de acordo com técnicas internacionalmente reconhecidas, padrões de carga horária e condutas éticas.

A ideia, portanto, é capacitar pessoas da própria comunidade, que conhece suas necessidades e problemas, para serem conciliadores ou mediadores de conflitos que existem no local. Aqui, percebe-se a integração judiciário – comunidade: uma faculdade oferece o espaço físico para que ocorram as conciliações e, o judiciário, ao entrar em contato com esses membros da sociedade promove a capacitação desses mediadores, mas acima disso: sai de um plano mitificado, inatingível e se integra à comunidade, leva um contato mais real e humanizado, que é o caminho para a Justiça Restaurativa.

Não basta, no entanto, apenas a instalação desses centros de mediação se não houver a conscientização da população a respeito dessa possibilidade de sanar problemas. É dentro da escola que começa esse trabalho: os adolescentes em conflito, entre eles, os adolescentes, ou com

os demais membros da unidade escolar. Isso porque se acredita que “Este projeto é uma possibilidade de criar um espaço para se articular a reflexão sobre o trabalho com direitos humanos nas escolas com as questões do poder, da violência e da autoridade”. (EDNIR, 2007. p. 35).

Ele enseja uma mudança de atitudes dentro do espaço escolar, que transcende seus muros e é capaz de conduzir a comunidade pelo mesmo caminho, o que reflete positivamente no ambiente escolar, reduzindo a violência escolar, primeiro foco das ações e projetos relacionados a Direitos Humanos.

Esse é o ponto de encontro entre a Educação em Direitos Humanos e as parcerias para melhorar o acesso à justiça: a educação em direitos humanos não pode estar desvinculada do contexto no qual a escola se insere. As demandas locais devem nortear os trabalhos da justiça restaurativa, onde (EDNIR, 2007. p. 26):

O que se busca é tornar a Justiça mais educativa e a educação mais justa. Para tanto, estimula-se o entendimento de que as ações educativas extrapolam o âmbito da escola, são sugeridos procedimentos que facilitam a atuação de forma sistêmica e as manifestações de violência são investigadas a partir de suas causas, o que aumenta a possibilidade de se reverterem tais manifestações.

É importante destacar que não basta o judiciário tentar instalar uma justiça restaurativa nas comunidades sem o engajamento das escolas. Não é fácil fazer com que equipes gestoras e docentes entendam que a escola está inserida em um meio social, que se reflete dentro desse ambiente.

Dessa forma, ainda que objective buscar estabelecer espaços para a promoção da cidadania, acreditando que essa emane da escola, torna-se difícil esse envolvimento, pois, segundo o próprio relatório do projeto (EDNIR, 2007. p. 56):

Na Educação, o novo paradigma já se tornou hegemônico entre o “alto clero” (intelectuais da Universidade, autores, especialistas, formadores de opinião). O processo de transformação em curso no campo da Justiça tem a mesma urgência e enfrenta os mesmos desafios que os da Educação.

Assim, surgem novos projetos que buscam a democratização no acesso a justiça, treinando moradores de comunidades pacificadas, por exemplo, para atuarem como mediadores; no entanto, esses projetos não contam com a parceria das escolas, sendo, portanto, apenas uma forma de desafogar o judiciário, sem, contudo, estimular uma convivência pacífica entre os indivíduos.

Portanto, os esforços conjuntos são necessários para a construção da cidadania.

O que justifica essa busca pela parceria “judiciário – escola”, partindo sobretudo do judiciário, é a ideia de criar os Círculos Restaurativos, que é um modo de resolver conflitos por meio do diálogo, em que as partes envolvidas chegam a acordos definidos em conjunto, com apoio de um Facilitador de Práticas Restaurativas.”

Há muito, existem parcerias entre judiciário e educação nos países desenvolvidos. Essa parceria pode encontrar respaldo em vastas obras de pedagogos, como Paulo Freire, que sempre destacou a importância da promoção da cidadania. Além disso, o processo de globalização acelerado durante após a década de 1990 fez com que a superação da visão fragmentada das ciências fosse intensificada. A visão holística do mundo, a redemocratização do Brasil e a difusão dos estudos sobre a importância dos Direitos Humanos possibilitou mudanças nos currículos escolares, provocou uma abertura desses currículos para que novos temas possam ser trabalhados na escola, para que esta cumpra sua função social.

A escola difusora de conhecimento deve ser a primeira a receber os Círculos Restaurativos (EDNIR, 2007. p. 42):

É preciso que os Círculos comecem a acontecer na escola, para que o seu poder educativo possa ser sentido. Assim, é essencial que as lideranças educacionais envolvidas no Projeto construam as pré-condições básicas para acolher essa nova prática.

Atualmente, novos projetos integrando o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário tem sido desenvolvidos. Ainda que não de extensão tão grandiosa quanto o “Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania”, até aqui explicitado, mas que buscam a cultura de paz e a mediação dentro das escolas, como aqueles desenvolvidos pelo CNJ e pelo “Movimento Todos pela Educação”, que não está vinculado a nenhum dos poderes, mas que busca envolver os três poderes por uma educação de qualidade e que promova a paz e a mediação dentro das escolas.

Se a escola for o exemplo da cultura de paz e do acesso aos meios alternativos para a solução de conflitos, há grande possibilidade de superar os problemas históricos de exclusão e desigualdade que marca o Brasil.

A justiça só pode ser alcançada quando se há a consciência de que, nem sempre, o judiciário a representa em sua melhor forma.

Conforme o “Gráfico 8” do Anexo I, em média metade dos conflitos levados ao judiciário não foram solucionados num prazo de cinco anos. É a isso que se pode chamar de acesso a Justiça? A garantia ao Direito de Ação, previsto no art. 5º, XXXV da CRFB/ 88 não tem garantido o acesso à justiça. O poder judiciário deve receber as ações propostas, mas de os Círculos Restaurativos iniciados nas escolas funcionarem, eles podem ampliar a confiança nos meios alternativos de solução de conflitos. Para o próprio MP (EDNIR, 2007. p. 48):

A implementação dos Círculos Restaurativos nas escolas é mais uma forma de “Conscientizar a comunidade a ocupar melhor seus espaços de direito; sensibilizar a comunidade escolar da necessidade de ações anti-violência e promover a articulação com as instituições governamentais e não-governamentais que estejam ligadas à questão dos direitos da criança e do adolescente”...

Por isso, pode-se afirmar que, quando duas instituições que vem perdendo sua credibilidade (que, no caso do judiciário, pode ser observada pelos gráficos do próprio CNJ, constantes no Anexo I) dentro da sociedade e essas resolvem se unir na busca da transformação social, melhorando as condições, promovendo a paz dentro de uma comunidade, estes projetos podem ganhar forças e serem ampliados, não apenas para novas comunidades dentro de um mesmo grande município, sendo difundidos para vários outros municípios, visto que não é apenas nos grandes centros que a violência e lentidão no andamento dos processos judiciais ocorrem.

Quanto maior a expansão desses projetos e a promoção da integração entre essas instituições, maior é a possibilidade de sucesso, visto que, anteriormente, já fora mencionado que este é o caminho para a construção da cidadania, não apenas com as crianças e adolescentes que freqüentam a educação básica, mas transportando esse processo num engajamento com suas famílias, trazendo-as, ainda que tardiamente, essas pessoas por muito tempo subjugadas para o pleno exercício da cidadania.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou discutir a importância da interação entre o Poder Judiciário e a Educação para a construção da cidadania no Brasil, considerando a cidadania sob a luz de conceitos clássicos, como de Norberto Bobbio e Hans Kelsen, chegando a conceitos mais atuais, como de Dallari e de pedagogos e juristas que pesquisam sobre o tema.

Além disso, também foram pesquisados dados quan-

titativos do Conselho Nacional de Justiça que mostram a atual situação do acesso à justiça no Brasil, bem como relatos de projetos envolvendo o judiciário e a educação pelo país, com destaque ao Estado de São Paulo.

A conclusão a que se pode chegar é que, infelizmente, o acesso à justiça no Brasil está diretamente relacionado à promoção da cidadania. Isto porque foi possível reconhecer claramente que, a quantidade de conflitos que surgem e não são sanados num prazo de cinco anos atingem, em maioria, os grupos de pessoas com menores níveis de escolaridade e renda familiar.

Assim, os dados apresentados pelo CNJ em parceria com o IBGE e o PNAD confirmam o que já se defendia neste trabalho: só há acesso à justiça quando os cidadãos são capazes de gerir suas relações sociais, sem necessitar de uma interferência direta e frequente do Estado na forma de tutela jurisdicional.

Para que isso seja possível, é importante disseminar nas classes desfavorecidas socioeconomicamente os meios alternativos de solução de conflitos, como as Câmaras de Mediação e Conciliação ou os Círculos Restaurativos realizados pelo projeto Educação e Justiça do Ministério Público de São Paulo nas comunidades de Heliópolis e de Guarulhos, marcadas pela violência e por muitos outros problemas socioeconômicos, que começaram a ser enfrentados conjuntamente entre o Poder Judiciário e a Educação.

O grande problema vislumbrado é que as ações para a promoção da cidadania e dessa forma, garantindo o acesso à justiça ainda são mínimos.

Os mais pobres, além da exclusão que já sofrem, são privados também do Direito Constitucional do acesso à justiça, não porque são impedidos de ingressar em uma demanda judicial, mas justamente por desconhecer outras possibilidades de sanar seus conflitos, sem que para tanto o Estado tenha que interferir em tais litígios.

As ações do Judiciário buscando tais parcerias, ainda são pequenas. Parece que falta a percepção a educação de que esta, ao abrir-se para o judiciário ganha, não porque o poder judiciário irá, como de maneira mágica (e essa visão mágica da realidade remete a visão de cidadania de Paulo Freire) sanar os problemas enfrentados pela escola, mas que, em conjunto, podem superar ou minimizar as situações de conflito vivenciadas dentro do espaço escolar, mas que são fruto da incapacidade de autorresponsabilização diante de situações cotidianas que são as causadoras dos conflitos.

E seguindo por esse viés, não se propõe neste trabalho soluções instantâneas para reduzir o número de processos ou que se acredite de, de um dia para o outro, todos os conflitos existentes dentro da sociedade, que se concretizam no ambiente escolar, ou superlotam o Judiciário irão desaparecer. O que se propõe é uma superação do distanciamento entre Justiça – Escola – comunidade, pois, este parece ser o caminho mais curto para a construção de uma sociedade que ganha poder econômico anualmente, mas a cada dia se mostra mais distante de superar os conflitos que possuem raízes socioeconômicas.

Esta é, aliás, a importância da Educação Comunitária aqui defendida para a promoção da cidadania. Não basta educar a criança e o adolescente no ambiente escolar se, fora deste ambiente, sua vida é conflituosa, marcada por desigualdades e valores questionáveis (não se trata, logicamente, de uma questão de moral, mas de respeito ao grupo ao qual o indivíduo se insere). Assim, na educação comunitária, Escola e Justiça (entendendo aqui todos os que integram o poder judiciário ou nela atual) tem um dever social de promover valores de respeito, tolerância (como os dispostos na Declaração Universal de Direitos Humanos), formando cidadãos plenos, que não farão uma grande revolução e sim transformarão o mundo, tornando-o mais justo e tolerante, menos litigioso e mais dialógico. Por fim, o que se acredita é que, com pequenas mudanças, com a participação e envolvimento é possível o acesso à justiça através da educação e do exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ulisses F. **Educação comunitária e a construção de valores de democracia e cidadania.** “Paper” apresentado na 33rd Annual Conference of the Association for Moral Education New York, 15-18/11/2007

BENEVIDES, Maria Victoria. **Cidadania e Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/benevidescidadaniaedireitoshumanos.pdf/at_download/file> Acesso em: 26/10/2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOMFIM, Ana Paula Rocha do. MENEZES, Hellen Monique Ferreira (Coord). **MESCs – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BUFFA, Ester. ARROYO, Miguel G. NOSELLA, Paolo. **Cidadania: quem educa o cidadão?** Coleção Questões da nossa época. 4 Ed. São Paulo: Cortez, 1993.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. PINTO, Antônio de Toledo, WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos, CÉSPEDES, Livia. *Vade Mecum* compacto. 5 ed. atual. ampl. São Paulo; Saraiva, 2011, p. 9 a 139.

CNJ. **Panorama de acesso à Justiça no Brasil, 2004 – 2009.** Brasília: julho de 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** 20 Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> acesso em 05/08/2013.

DOS REIS, Marli Pettenon. **A ESCOLA NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA.** Disponível em <http://www.unicruz.edu.br/15_seminario/seminario_2010/CCHC/A%20ESCOLA%20NO%20PROCESSO%20DE%20CONSTRU%20C3%87%20C3%83O%20DA%20CIDADANIA.pdf> acesso em 05/08/2013.

EDNIR, Madza (org.). **Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania.** São Paulo: CECIP, 2007.

EUFRASIO, Marcelo Alves Pereira. **Filosofia do direito: a cidadania em Rousseau e Marx.** Disponível em <http://www.robertexto.com/archivo14/a_cidadania.htm> acesso em 20/08/2013.

FERREIRA, Nilda Teves. **Cidadania: uma questão para a educação.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

_____. **Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire.** Tradução de Kátia de Mello e Silva. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

FREITAS, Maria Cecilia Weigert Lomelino de. **O Estado e os meios alternativos de resolução de conflitos.** In Rev. TRT - 9ª R. Curitiba v. 27 n.1 p. Jan./ Jun. 2002. Justiça contribui para a educação no Brasil com projetos diferentes. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/09/justica-contribui-para-educacaono-brasil-com-projetos-diferentes.html>> - acesso em 14/09/2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.**

Trad. Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, Ana Maria. PÁTARO, Cristina Satiê de Oliveira. **A escola frente às novas demandas sociais: educação comunitária e formação para a cidadania.** In Revista Cordis Revista Eletrônica de História Social da Cidade - PUC-SP. Ano I, Edição I, 2008. ISSN- 2176-4174. Disponível em <http://www4.pucsp.br/revistacordis/index_n1.htm> Acesso em 25/10/2013.

LEPRE, Rita Melissa. MARQUES, Antonio Francisco. CAPELLIN, Vera Lúcia Messias Fialho. BONFIM, Paula Alessandra . **Educação comunitária: promovendo a construção da cidadania no bairro Ferradura Mirim.** Disponível em <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/educacaoemrevista/article/viewFile/644/527> > acesso em 05/08/2013.

LODI, Lucia Helena. ARAÚJO. Ulisses F. **Escola, democracia e cidadania** in *Ética e cidadania : construindo valores na escola e na sociedade / Secretaria de Educação Básica, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.* –Brasília : Ministério da Educação, Secretaria de Educação Básica, 2007.

MORAES, Maria Cândida. **O paradigma educacional emergente.** 16ª Ed. Campinas: Papirus, 1997.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NETO, Elydio dos Santos. **Paulo Freire e Gramsci: contribuições para pensar educação, política e cidadania no contexto neoliberal.** Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/ML/article/viewFile/1265/1280>> acesso em 05/08/2013.

PEQUENO, Marconi. **Ética, educação e cidadania.** Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/04_marconi_pequeno_etica_educacao_cidadania.pdf > acesso em 05/08/2013.

Priorizar os mais pobres e construir meios alternativos para solução de conflitos são destaques no debate sobre a Reforma do Judiciário. Disponível em <http://www.probono.org.br/priorizar-os-mais-pobres-e-construir-meios-alternativos60para-solucao-de-conflitos-sao-destaques-no-debate-sobre-a-reforma-do-judiciario>. Acesso em 05/08/2013.

PITANO, Sandro de Castro. **Jürgen Habermas, Paulo Freire e a crítica à cidadania como horizonte educacional: uma proposta de revivificação da Educação Popular ancorada no conceito de sujeito social.** Porto

Alegre, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político.** Trad. Pietro Nassetti. 3 ed. São Paulo: Martin Claret.

SILVA, Luiz Etevaldo. **PAULO FREIRE E MILTON SANTOS: Um encontro em favor da cidadania e da solidariedade** in Revista E-Curriculum, São Paulo, v. 3, n. 2, junho de 2008 <<http://www.pucsp.br/ecurriculum>> acesso em 05/08/2013.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e mediação nos conflitos trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2004.

THE HUMAN CAPITAL REPORT. Disponível em <http://www3.weforum.org/docs/WEF_HumanCapitalReport_2013.pdf>. Acesso em: 30/11/2013.

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. **Educação em Direitos Humanos no Brasil.** Disponível em <<http://midia.atp.usp.br/evc/m3/textos/EDH-textodeapoiou-aula10.pdf>>. Acesso em: 05/08/2013.

DIREITOS HUMANOS: UMA TRAJETÓRIA HISTÓRICA EM SEU CONTEXTO GLOBAL E SEU REFLEXO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Karen Nascimento CAMILO*

RESUMO

O artigo propõe analisar a trajetória histórica dos direitos humanos, buscando demonstrar, no âmbito global, o seu desenvolvimento até os dias atuais, bem como, em âmbito nacional, discorrer sobre os seus reflexos na Constituição Brasileira de 1988.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Evolução história dos Direitos Humanos. Conceito de Direitos Humanos. Internacionalização dos direitos humanos. Constituição Brasileira de 1988.

HUMAN RIGHTS: A HISTORIC JOURNEY IN YOUR GLOBAL CONTEXT AND ITS REFLECTION IN THE CONSTITUTION OF BRAZILIAN 1988

ABSTRACT

The present article proposes a real historical tour through the development of human rights, to demonstrate how its spread occurred worldwide until arriving at its current context and, nationwide, reflect the 1988 Brazilian Constitution.

Keywords: Human Rights. Evolution history of Human Rights. Concept of Human Rights. Internationalization of human rights. Brazilian Constitution of 1988.

SUMÁRIO. Introdução. 1. Concepção de Direitos Humanos. 2. A evolução histórica dos direitos humanos. 2.1 O reino davídico, a democracia ateniense e a república romana. 2.2 Idade Média e a Magna Carta. 2.3 O Século XVII, o Habeas Corpus e o Bill of Rights. 2.4 A Independência Americana e a Revolução Francesa. 2.5 O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social. 2.6 A internacionalização dos direitos humanos. 3. Influência e adaptação dos direitos humanos na Constituição Brasileira de 1988. 3.1 A Constituição de 1824 - Brasil Império. 3.2 A Constituição de 1891- Brasil República. 3.3 A Constituição de 1934 - Segunda República. 3.4 A Constituição de 1937- Estado Novo. 3.5 A Constituição de 1946. 3.6 A Constituição de 1967 - Regime Militar. Conclusão. Referências.

* Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUMML).

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi financiada por meio de bolsa-auxílio do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário Moura Lacerda.

Desde a sua origem, a sociedade luta para que seus direitos sejam reconhecidos e para que lhes sejam asseguradas condições mínimas de uma vida digna. Esse reconhecimento foi obtido gradativamente, a partir de lutas travadas contra os Estados, contra as opressões, momentos que se tornaram históricos por terem como conquista parte da evolução dos direitos humanos.

Por isso, compreender os direitos humanos sem conhecer sua história torna-se uma tarefa impossível. A ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos passou a ser reafirmada e reforçada ao longo dos anos, e a garantia de justiça e dignidade, que são inerentes à condição humana, exigidas pela sociedade.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (1992, p.5) afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

A matéria sobre Direitos Humanos tem ganhado cada dia mais destaque, tamanha sua importância no cenário mundial. Assim, esta pesquisa propõe trazer uma melhor compreensão sobre o tema tanto em seu contexto global quanto sobre sua ingerência em nosso contexto pátrio, fazendo uma verdadeira excursão pelos principais marcos de sua evolução histórica a fim de entender como ocorreu a gradativa propagação dos direitos humanos até chegar ao seu atual âmbito universal.

Na visão de Maria Victória Benevides:

Os direitos humanos são aqueles direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do reconhecimento formal dos poderes públicos- por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei-, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes.

Todas as pessoas, sem absolutamente nenhuma distinção, têm direito à vida, à liberdade e a condições

mínimas de uma vida digna, condições estas que devem ser garantidas e protegidas pelo Estado.

Na Segunda Guerra Mundial ocorreram as maiores atrocidades da história, um verdadeiro massacre do próprio Estado contra seu povo, barbaridades que fizeram com que os direitos humanos não fossem mais um problema do Estado em particular, tendo início, assim, no pós-guerra, a internacionalização dos direitos humanos.

Nesse sentido, Fábio Konder COMPARATO afirma que:

Após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

A afirmação dos direitos humanos como sendo um problema internacional, trouxe a criação de instituições de defesa desses direitos, garantindo maior efetividade de sua seguridade e proteção. O tema passou a ganhar proporções mundiais e foi consagrado como direitos universais e inerentes à condição humana.

Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos e estabelece a proteção universal dos direitos humanos.

O Brasil tem aderido aos principais tratados de direitos humanos, estabelecendo como obrigação de seu governo a promoção e proteção dos direitos humanos e as liberdades dos indivíduos, consagrando no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, atualmente vigente, os direitos fundamentais.

A matéria sobre “direitos humanos”, por ter se tornado uma das mais respeitáveis e abordadas no âmbito global, é alvo desta pesquisa que nos permitirá entender todo o contexto do objeto, de forma clara e precisa.

1. CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (Pérez Luño).

Segundo Pérez Luño, o conceito de direitos humanos é:

Conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade,

da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Direitos humanos fundamentais podem ser definidos também como o conjunto, já estabelecido, de direitos e garantias do ser humano que, por meio de sua proteção contra a determinação do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade.

Para a UNESCO, Direitos Humanos são definidos, por um lado, como uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do estado e, por outro, regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Tobeñas (1976, p.13) define os direitos humanos como sendo:

Aqueles inerentes à pessoa humana – considerada tanto em seu aspecto individual como comunitário – que correspondem a esta em razão de sua própria natureza (da essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidas e respeitadas por todo poder e autoridade, inclusive as normas jurídicas, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum.

Por terem origem histórica, os direitos humanos estão em constantes transformações relacionadas ao tempo e ao espaço, estando, assim, em um constante processo de mutação que é determinado pela evolução da humanidade, tal como salienta Bobbio (1992, p.18):

[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. [...] Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armar contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Pérez Luño sustenta que, para alguns os direitos humanos supõem uma constante histórica cujas raízes remontam às instituições e ao pensamento do mundo clássico; outras compreendem que os direitos humanos

nascerem com a afirmação cristã da dignidade moral do homem. Os direitos humanos são ainda considerados como fruto da afirmação dos ideais jusnaturalistas ou, ainda, produto da progressiva afirmação da individualidade.

Podemos perceber que a expressão “direitos humanos” possui uma heterógena significação, o que contribuiu para fazer deste conceito um paradigma equivocado. Assim, surge a necessidade de distinguir os direitos humanos de outras expressões e termos com os quais geralmente se confunde.

Sobre a distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, Bonavides afirma:

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usadas indiferentemente? Termos vistos nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém, o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência, aliás, com a tradição e a história, enquanto a preferência dos publicistas alemães.

Neste contexto, assume a relevância de se fazer a distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Os “direitos fundamentais” são sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos, são positivados nas Constituições e concernem às pessoas como membros de um ente público concreto; já os “direitos humanos” referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana).

Segundo lição de J. Miranda, o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Ao passo que, como afirma M. Kriele, a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Já sobre a comparação entre as expressões “direitos humanos” e “direitos naturais”, muitos afirmam ser correta, mas uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lição de Bobbio, já revelou a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam da ideia de um direito natural.

Cumpramos ressaltar, também, a distinção entre as expressões “direitos do homem”, questão de direitos naturais não, ou ainda não positivados; esta é uma conotação essencialmente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação entre a fase que precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governantes e não para seu benefício próprio, por meio da ideia de limitação do poder político foi o primeiro passo decisivo na admissão da consciência dos direitos humanos. A partir de então, uma longa caminhada iniciou-se para que os indivíduos tivessem seus direitos garantidos e assegurados pelo Estado. Para melhor compreender a trajetória percorrida nesta luta travada contra o absolutismo do Estado a fim de conquistar os direitos dos homens, utiliza-se a divisão empregada por Fábio Konder COMPARATO.

2.1 O reino davídico, a democracia ateniense e a república romana

Pode-se dizer que a proto-história dos direitos humanos começa nos séculos XI e X a.C., quando se instituiu, sob Davi, o reino unificado de Israel. Pela primeira vez na história política da humanidade, o reino de Davi – que durou 33 anos - estabeleceu a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se manifesta como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina, evidentemente contrapondo-se aos regimes monárquicos de todos os outros povos de sua época. Surgia, assim, o embrião de uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editadas por uma autoridade superior, o que foi chamado, no século XIX, pelo jurista alemão Robert Von Mohl de Estado de Direito.

Essa limitação institucional do poder de governo foi retomada com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas, no século VI a.C., e prosseguiu no século seguinte com a fundação da república romana.

A democracia ateniense fundamenta-se no princípio da preeminência da lei e da participação ativa do cidadão nas funções de governo. Na vida política ateniense, a soberania das leis e a complexidade de instituições e cidadania em que o povo, pela primeira vez na história,

governou a si mesmo, limitaram estritamente o poder dos governantes. Além disso, a democracia ateniense atribuiu ao povo o poder de eleger os governantes e de tomar diretamente em Assembleias as grandes decisões políticas, tais como, declarações de guerra, adoção de novas leis, conclusão de tratados de paz ou de aliança. Tal processo reunia-se a um sistema de incumbência, em que o povo tinha competência originária para julgar os dirigentes políticos, que eram obrigados a prestar contas de sua gestão perante o povo, e os réus dos crimes mais importantes.

Já na República Romana, a limitação do poder político foi alcançada por meio de um sistema de controles recíprocos entre os órgãos políticos, denominado, pelo historiador grego Políbio, de Checks and Balances. Em Roma, o poder dos côsules, responsáveis pela iniciativa do processo legislativo ordinário que redigia os projetos, era tipicamente monárquico; já o Senado, aristocrático, aprovava os projetos para submetê-los à votação democrática do povo. Essa associação de regimes políticos, conciliada aos mecanismos de controle, fez da república romana uma organização política superior aos regimes exclusivos de soberania de um só ou de poucos.

Entretanto, não se pode falar, nesse primeiro momento histórico, na existência de Direitos Humanos, pois estes não foram estabelecidos ao ponto de se oporem em face do Estado. O que havia era o reconhecimento da necessidade da limitação e controle de abusos do poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas.

2.2 Idade Média e a Magna Carta

No ano 453 da era Cristã, com a extinção do império romano do ocidente, uma nova civilização teve início, estabelecida pela harmonização de instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos. Era a Idade Média, um período compreendido entre os séculos V e XV, que se estendeu por mil anos na história. Tal época se divide em dois períodos - cuja linha de separação situa-se entre os séculos XI e XII, quando a noção de limitação do poder dos governantes volta a ganhar espaço – sendo, a Alta Idade Média, com início marcado pelas invasões germânicas, e a Baixa Idade Média, finalizada pela retomada comercial e renascimento urbano.

Na Alta Idade Média, surge a ideia de limitação do poder dos governantes e da existência de direitos comuns a todos os indivíduos, independentemente de seu estamento social.

A partir do século V, as invasões bárbaras e a desagregação do Império Romano corromperam o poder político e iniciaram uma profunda reorganização no

continente, marcado por descentralização do poder, emprego de mão-de-obra servil e ruralização da economia, instauração de um sistema de organização econômica, social e política - o feudalismo. As invasões acarretaram no declínio do comércio e das atividades das cidades, como resultado, a economia tornou-se principalmente agrária com limitada circulação monetária, voltando-se para os consumos do próprio feudo.

Além disso, a autoridade central foi arruinada, e os poderes transferidos aos senhores feudais e à Igreja, que passaram a controlar as forças militares locais e regionais, a instituição e arrecadação de tributos e a aplicação da justiça.

A reconstrução da unidade política corrompida ocorreu a partir do século XI, em que o imperador carolíngio (relativo à dinastia de Carlos Magno) e o papa passaram a disputar a supremacia sobre o território europeu; ao mesmo tempo os reis passaram a reivindicar poderes e prerrogativas, apresentando, em toda a Europa Ocidental, uma evidente tendência à centralização do poder.

Todo esse abuso na reconcentração do poder fez com que surgissem as primeiras manifestações de rebeldia contra a tendência de instituição de um poder real soberano, sobretudo na Inglaterra, em que a supremacia do rei sobre os barões-feudais, reforçada durante todo o século XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra e culminou na elaboração da *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatumecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês), em 1215.

A Magna Carta constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos privilégios, contribuindo para reforçar o regime feudal e reconhecendo que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca; além disso, o poder dos governantes passa a ser limitado por normas superiores e por direitos subjetivos dos governados, deixando implícito que o rei se achava vinculado às leis que ele mesmo editava.

Assim, a importância da Magna Carta na evolução dos direitos humanos está na determinação de limitação do poder e no reconhecimento da existência de direitos subjetivos inatos aos governados.

Magna Carta - 1215 (Magna Charta Libertatum)
Redigida em latim bárbaro, a Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro

concessione libertatum ecclesiae et regni angliae (Carta magna das liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, dito João Sem-Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Outorgada por João sem Terra em 15 de Junho de 1215, e confirmada; seis vezes por Henrique III; três vezes por Eduardo I; catorze vezes por Eduardo III; seis vezes por Ricardo II; seis vezes por Henrique IV; uma vez por Henrique V, e uma vez por Henrique VI. Inglaterra.

João, pela graça de Deus rei da Inglaterra, senhor da Irlanda, duque da Normandia e da Aquitânia e conde de Anjou, aos arcebispos, bispos, abades, barões, juízes, couteiros, xerifes, prebostes, ministros, bailios e a todos os seus fiéis súditos.

Sabei que, sob a inspiração de Deus, para a salvação da nossa alma e das almas dos nossos antecessores e dos nossos herdeiros, para a honra de Deus e exaltação da Santa Igreja e para o bem do reino, e a conselho dos veneráveis padres Estevão, arcebispo de Cantuária, primaz de Inglaterra e cardeal da Santa Igreja Romana... e dos nobres senhores Guilherme Marshall, conde de Pembroke ..., oferecemos a Deus e confirmamos pela presente Carta, por nós e pelos nossos sucessores, para todo o sempre, o seguinte:

1. A Igreja de Inglaterra será livre e serão invioláveis todos os seus direitos e liberdades: e queremos que assim seja observado em tudo e, por isso, de novo asseguramos a liberdade de eleição, principal e indispensável liberdade da Igreja de Inglaterra, a qual já tínhamos reconhecido antes da desavença entre nós e os nossos barões [...].

2. Concedemos também a todos os homens livres do reino, por nós e por nossos herdeiros, para todo o sempre, todas as liberdades abaixo remuneradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo o sempre [...].

1. Não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (commue concilium regni), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres,

2. E a cidade de Londres conservará todas as suas antigas liberdades e usos próprios, tanto por terra como por água; e também as outras cidades e burgos, vilas e portos conservarão todas as suas liberdades e usos próprios.

3. E, quando o conselho geral do reino tiver de reunir para se ocupar do lançamento dos impostos, exceto nos três casos indicados, e do lançamento de taxas, convocaremos por carta, individualmente, os arcebispos, abades, condes e os principais barões do reino; além disso,

convocaremos para dia e lugar determinados, com a antecedência, pelo menos, de quarenta dias, por meio dos nossos xerifes e bailios, todas as outras pessoas que nos têm por suserano; e em todas as cartas de convocatória exporemos a causa da convocação; e proceder-se-á à deliberação do dia designado em conformidade com o conselho dos que não tenham comparecido todos os convocados.

1. Ninguém será obrigado a prestar algum serviço além do que for devido pelo seu feudo de cavaleiro ou pela sua terra livre.

1. A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem, prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator (contenementum); a mesma regra valerá para asmultas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressaltando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos.

2. Não serão aplicadas multas aos condes e barões senão pelos pares e de harmonia com a gravidade do delito.

1. Nenhuma cidade e nenhum homem livre serão obrigados a construir pontes e diques, salvo se isso constar de um uso antigo e de direito.

1. Os xerifes e bailios só poderão adquirir colheitas e quaisquer outras coisas mediante pagamento imediato, exceto se o vendedor voluntariamente oferecer crédito.

1. Nenhum xerife ou bailio poderá servir-se dos cavalos ou dos carros de algum homem livre sem o seu consentimento.

2. Nem nós nem os nossos bailios nos apoderaremos das bolsas de alguém para serviço dos nossos castelos, contra a vontade do respectivo dono.

1. A ordem (Writ) de investigação da vida e dos membros será, para futuro, concedida gratuitamente e, em caso algum, negada.

1. Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

2. Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça.

3. Os mercadores terão plena liberdade para sair e entrar em Inglaterra, e para nela residir e a percorrer tanto por terra como por mar, comparando e vendendo quaisquer coisas, de acordo com os costumes antigos e consagrados, e sem terem de pagar tributos injustos, exceto em tempo de guerra ou quando pertencerem a alguma nação em guerra contra nós. E, se no começo da guerra, houver mercadores no nosso país, eles ficarão presos, embora sem dano para os seus corpos e os seus bens, até ser conhecida por nós ou pelas nossas autoridades judi-

ais, como são tratados os nossos mercadores na nação em guerra conosco; e, se os nossos não correrem perigo, também os outros não correrão perigo.

4. Daqui para diante será lícito a qualquer pessoa sair do reino e a ele voltar, em paz e segurança, por terra e por mar, sem prejuízo do dever de fidelidade para conosco; excetuam-se as situações de tempo de guerra, em que tal direito poderá ser restringido, por um curto período, para o bem geral do reino, e ainda prisioneiros e criminosos, à face da lei do país, e pessoas de países em guerra conosco e mercadores, sendo estes tratados conforme acima prescrevemos.

1. Só serão nomeados juízes, oficiais de justiça, xerifes ou bailios os que conheçam a lei do reino e se disponham a observá-la fielmente.

1. Todos os direitos e liberdades, que concedemos e que reconhecemos enquanto for nosso o reino, serão igualmente reconhecidos por todos, clérigos e leigos, àqueles que deles dependerem.

2. Considerando que foi para honra de Deus e bem do reino e para melhor aplanar o dissídio surgido entre nós e os nossos barões que outorgamos todas as coisas acabadas de referir; e querendo torná-las sólidas e duradouras, concedemos e aceitamos, para sua garantia, que os barões elejam livremente um conselho de vinte e cinco barões do reino, incumbidos de defender e observar e mandar observar a paz e as liberdades por nós reconhecidas e confirmadas pela presente Carta; e se nós, a nossa justiça, os nossos bailios ou algum dos nossos oficiais, em qualquer circunstância, deixarmos de respeitar essas liberdades em relação a qualquer pessoa ou violarmos alguma destas cláusulas de paz e segurança, e da ofensa for dada notícia a quatro barões escolhidos de entre os vinte e cinco para de tais fatos conhecerem, estes apelarão para nós ou, se estivermos ausentes do reino, para a nossa justiça, apontando as razões de queixa, e à petição será dada satisfação sem demora; e se por nós ou pela nossa justiça, no caso de estarmos fora do reino, a petição não for satisfeita dentro de quarenta dias, a contar do tempo em que foi exposta a ofensa, os mesmos quatro barões apresentarão o pleito aos restantes barões; e os vinte e cinco barões, juntamente com a comunidade de todo o reino (comuna totiu terrae), poderão embargar-nos e incomodar-nos, apoderando-se de nossos castelos, terras e propriedades e utilizando quaisquer outros meios ao seu alcance, até ser atendida a sua pretensão, mas sem ofenderem a nossa pessoa e as pessoas da nossa rainha e dos nossos filhos, e, logo que tenha havido reparação, eles obedecer-nos-ão como antes. E qualquer pessoa neste reino poderá jurar obedecer às ordens dos vinte e cinco barões e juntar-se a eles para nos atacar; e nós damos pública e plena liberdade a quem quer que seja para assim agir, e não impediremos ninguém de fazer idêntico juramento.

Pode-se notar que desponta no embrião dos direitos

humanos, essencialmente, o valor da liberdade, mas liberdades específicas - principalmente em favor do clero e da nobreza, que eram os estamentos superiores da sociedade - e não a liberdade em benefício de todos sem distinção de condição social, havia apenas algumas concessões em favor do “Terceiro Estado”, ou seja, o povo.

Com a abertura das vias de comunicação marítima, ainda na Idade Média, ocorre a evolução social dos comerciantes e o povo passa a tomar contornos mais definidos. À margem dos castelos medievais, formam-se os burgos que rapidamente se tornam locais de concentração das grandes fortunas mercantes e os centros de irradiação do primeiro capitalismo. Nestas cidades comerciais, verifica-se o início da primeira experiência histórica de sociedade de classes, em que a desigualdade social resulta das diferenças de situação patrimonial de famílias e individuais e não do direito.

2.3 O Século XVII, o Habeas Corpus e o Bill of Rights

Como afirma Comparato, todo o século XVII foi um tempo de “crise da consciência europeia”, em que se indagava profundamente as certezas tradicionais, passando a dominar uma filosofia que exaltava a razão subjetiva e crítica. As ideias republicanas e democráticas renasceram com a rebelião dos Levellers e a revolta armada bem sucedida de Oliver Cromwell contra a monarquia. Durante os dois séculos que sucederam à era da Idade Média, houve uma concentração de poderes na Europa; assim, foi elaborada - por Jean Bodin e Thomas Hobbes - a teoria da monarquia absoluta em que se fundaram os impérios coloniais Ibéricos ultracentralizadores.

Estimulado pela ânsia da resistência à tirania, ressurgiu na Inglaterra o sentimento de liberdade, que agregado às devastações provocadas pela guerra civil reafirmou a importância da harmonia social e a consciência dos perigos representados pelo poder absoluto. Desta forma, como frutos da consciência quanto aos perigos da concentração de poder, surgem, no final do século XVII, o Habeas Corpus, em 1679, e o Bill of Rights, em 1689.

O Habeas Corpus já existia, há vários séculos, na Inglaterra - antes mesmo da Magna Carta - como mandado judicial em caso de prisão arbitrária; mas sua eficácia, como remédio jurídico, era muito reduzida. Assim, a Lei de 1670, denominada, oficialmente, como “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar” surgiu para corrigir essa irregularidade e assegurar ao povo inglês a verdade das garantias processuais que criam os direitos e não o contrário.

A Lei de “Habeas Corpus” de 1679

Habeas Corpus já existia na Inglaterra bem antes da Magna Carta, como mandado judicial em caso de prisão arbitrária, mas sem muita eficácia em virtude da falta de normas adequadas. A Lei de 1679, cuja denominação oficial foi “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das pressões no ultramar”, trouxe as garantias processuais que criam os direitos.

I - A reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto tratando-se de traição ou felonía, assim declarada no mandato respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandato, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandato ou o certificado de que a cópia foi recusada, concederão providência de habeas corpus (exceto se o próprio indivíduo tiver negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executória perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se, afiançável, o indivíduo será solto, durante a execução da providência (upon the return), comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente.

II - A providência será decretada em referência à presente lei e será assinada por quem a tiver concedido.

II - A providência será executada e o preso apresentado no tribunal, em curto prazo, conforme a distância, e que não deve exceder em caso algum vinte dias.

IV - Os oficiais e os guardas que deixaram de praticar os atos de execução devidos, ou que não entregarem ao preso ou ao seu representante, nas seis horas que se seguirem à formulação do pedido, uma cópia autêntica do mandato de captura, ou que mudarem o preso de um local para outro, sem suficiente razão ou autoridade, pagarão 100 libras, no primeiro caso, e 200 libras, no segundo caso, ao queixoso, além de perderem o cargo.

V - Quem tiver obtido providência de habeas corpus não poderá voltar a ser capturado pelo mesmo fato sob pena de multa de 500 libras ao infrator.

VI - Quem estiver preso, por traição ou felonía, poderá se o requerer, conhecer a acusação, na primeira semana do período judicial (term) seguinte ou no primeiro dia da sessão de orjer e terminer ou obter caução, exceto se a prova invocada pela Coroa não se puder produzir nessa altura; e, se absolvido ou se não tiver sido formulada a acusação e se for submetido de novo a julgamento em novo período ou sessão, ficará sem efeito pelo direito imputado; porém, se no condado se efetuar sessão do tribunal superior (assize), ninguém sairá em liberdade por virtude de habeas corpus até acabar a sessão, ficando então confiado à justiça desse tribunal.

A importância do Habeas Corpus consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a

liberdade de locomoção, tornou-se a fonte de todas as outras que, posteriormente, foram criadas para proteger outras liberdades fundamentais. Apesar de não ter sido reproduzido nas legislações estranhas ao mundo anglo-saxônico, ao acolherem o instituto; o habeas corpus passou a ser utilizado não só em caso de prisão efetiva, mas também de ameaça de simples constrangimento à liberdade individual de ir e vir.

Sobre a Declaração de Direitos - Bill of Rights -, cumpre elencar que foi promulgada precisamente um século antes da Revolução Francesa, num contexto histórico de grande intolerância religiosa. A Revolução Inglesa apresenta certo caráter contraditório em relação às liberdades públicas, pois estabeleceu a separação de poderes, no Estado moderno, como garantia das liberdades civis e, ao mesmo tempo, essa fórmula de organização estatal, no Bill of Rights, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial.

Pela primeira vez, desde seu surgimento na Europa renascentista, o Bill of Rights pôs fim ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei. Ao limitar os poderes governamentais e garantir as liberdades individuais, essa lei fundamental aboliu a maior parte dos empecilhos jurídicos que atrapalhavam a atividade profissional dos burgueses. Mas sua principal contribuição foi na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão destinado essencialmente à defesa dos súditos perante o Rei e cujo funcionamento não pode ficar sujeito à vontade deste. Além disso, o Bill of Rights fortaleceu a instituição do júri e reafirmou direitos fundamentais dos cidadãos, como o direito de petição e a proibição de penas cruéis, que são enunciados, até hoje, pelas Constituições modernas.

Declaração de Direitos 1689- Bill of Rights.

Os Lords 1º espirituais e temporais e os membros da Câmara dos Comuns declaram, desde logo, o seguinte:

1. Que é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento.
2. Que, do mesmo modo, é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para dispensar as leis ou o seu cumprimento, como anteriormente se tem verificado, por meio de uma usurpação notória.
3. Que tanto a Comissão para formar o último Tribunal, para as coisas eclesiásticas, como qualquer outra Comissão do Tribunal da mesma classe são ilegais ou perniciosas.
4. Que é ilegal toda cobrança de impostos para a Coroa sem o concurso do Parlamento, sob pretexto de prerrogativa, ou em época e modo diferentes dos designados por ele próprio.
5. Que os súditos tem direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões vexatórias de qualquer espécie que sofram por esta causa.

6. Que o ato de levantar e manter dentro do país um exército em tempo de paz é contrário a lei, se não proceder autorização do Parlamento.
7. Que os súditos protestantes podem Ter, para a sua defesa, as armas necessárias à sua condição e permitidas por lei.
8. Que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento.
9. Que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum.
10. Que não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado deveras.
11. Que a lista dos Jurados eleitos deverá fazer-se em devida forma e ser notificada; que os jurados que decidem sobre a sorte das pessoas nas questões de alta traição deverão ser livres proprietários de terras.
12. Que são contrárias as leis, e, portanto, nulas, todas as concessões ou promessas de dar a outros os bens confiscados a pessoas acusadas, antes de se acharem estas convictas ou convencidas.
13. Que é indispensável convocar com frequência os Parlamntos para satisfazer os agravos, assim como para corrigir, afirmar e conservar as leis.
15. Reclamam e pedem, com repetidas instâncias, todo o mencionado, considerando-o como um conjunto de direitos e liberdades incontestáveis, como também, que para o futuro não se firmem precedentes nem se deduza consequência alguma em prejuízo do povo.
16. A esta petição de seus direitos fomos estimulados, particularmente, pela declaração de S. A. o Príncipe de Orange (depois Guilherme III), que levará a termo a liberdade do país, que se acha tão adiantada, e esperamos que não permitirá sejam desconhecidos os direitos que acabamos de recordar, nem que se reproduzam os atentados contra a sua religião, direitos e liberdades.

Ocorre que, as liberdades pessoais que estes documentos procuraram garantir não beneficiavam indistintamente todos os súditos de sua majestade, mas preferencialmente os dois primeiros estamentos do reino, a saber, o clero e a nobreza. Porém, as garantias neles asseguradas acabaram por possibilitar que fossem também essas liberdades individuais aproveitadas pela burguesia, isso porque tiveram formulação mais geral e abstrata do que o texto da Magna Carta.

2.4 A Independência Americana e a Revolução Francesa

O registro de nascimento dos direitos humanos na História instituiu-se com a Declaração que o “bom povo da Virgínia” tornou pública, em 16 de junho de 1776, por meio de seu artigo I que reconheceu solenemente a igualdade entre todos os homens vocacionados, pela sua própria

natureza, ao aperfeiçoamento de si mesmo:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter felicidade e a segurança.

A Declaração de Direitos de Virgínia teve George Mason – que representou o Estado na Convenção de Filadélfia de 1787, onde foi votada a Constituição - como autor de seu texto original. O documento reflete a mentalidade puritana, predominante nas colônias norte-americanas, em que as normas de direito são consideradas indissociáveis da moralidade pessoal.

Cumprir elencar que a Declaração de Virgínia expressa nitidamente, em seu texto, os fundamentos do regime democrático, com o reconhecimento de direitos inatos de toda pessoa e o princípio de que todo poder emana do povo; afirma o princípio fundamental da igualdade perante a lei; estabelece e proclama a igualdade de condição política de todo cidadão; entre outros.

A “busca pela felicidade” é a razão de ser desses Direitos Humanos inerentes à própria condição humana, e foi repetida, duas semanas após, na Declaração de Independência dos Estados Unidos.

Porém, somente durante a Revolução Francesa - treze anos após a Declaração de Independência dos Estados Unidos - é que a ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos foi reafirmada e reforçada: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Já o reconhecimento formal da fraternidade – exigência de uma organização solidária da vida em comum - (terceiro ideal da Revolução Francesa) aconteceu apenas em 10 de dezembro de 1948, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

A afirmação de que todos os seres humanos são essencialmente iguais, em dignidade e direitos, trouxe como consequência imediata uma mudança radical nos fundamentos da legitimidade política.

Duas revoluções que ocorreram em curto espaço de tempo em dois continentes foram ações notáveis de geração dos primeiros direitos humanos e de reinstituição da legitimidade democrática. A Revolução americana foi essencialmente uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos de cidadania, diante dos abusos e usurpações do poder monárquico. Já na Revolução Francesa, todo estímulo visou uma tentativa de mudança

radical das condições de vida em sociedade. A palavra “revolução” foi empregada em acepções distintas e contraditórias, pois o principal interesse dos norte-americanos não era estimular o movimento em outras colônias europeias, e sim firmar sua independência em relação à coroa britânica; já os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos, querendo apagar totalmente o passado e recomeçar a história do marco-zero.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos foi o primeiro documento, na história política moderna, a afirmar os princípios democráticos e a reconhecer, a par da legitimidade da soberania popular, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultural ou posição social.

A Confederação dos Estados Unidos da América do Norte nasce sob a invocação da liberdade, principalmente da liberdade de opinião e religião, e da igualdade de todos perante a lei. No entanto, em relação ao terceiro elemento da tríade democrática da Revolução Francesa – a fraternidade ou solidariedade – os norte-americanos não chegaram a admiti-los.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada, em 1789, pela Assembleia Nacional francesa, em conjunto com as declarações de direitos norte-americanas instituem as cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o estamento e as organizações religiosas. Os *billofrights* norte-americanos são, essencialmente, declarações de direitos individuais; além disso, os norte-americanos transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos, reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais e elevaram os direitos humanos ao nível constitucional, acima da legislação ordinária, na qualidade de direitos fundamentais, ou seja, direitos assegurados expressamente pelo Estado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 - anunciada ao público, na França, em 26 de agosto de 1789 - aniquilou a monarquia absoluta e os privilégios feudais, instituindo-se como o primeiro elemento constitucional do novo regime político. Este documento garantiu direitos civis que asseguram a liberdade individual, direitos do homem, e direitos políticos relativos à igualdade de participação política, direitos do cidadão.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão- 1789
França, 26 de agosto de 1789.

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos

Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou por meio de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada

antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

2.5 O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social

O indivíduo sempre se sujeitou aos grupos da sociedade: familiar, estamental e religioso. Porém, com as declarações de direitos norte-americanas e a Declaração francesa de 1789 constituíram na libertação histórica do indivíduo ante estes grupos, tornando-o suscetível às vicissitudes da vida; no entanto, a sociedade ofereceu-lhe a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei.

Ocorre que, essa isonomia revelou-se amplamente desnecessária para a crescente legião de trabalhadores que, perante a lei, eram considerados iguais em direitos aos seus patrões. Assim, a estipulação do salário e as demais condições de trabalho eram feitas livremente entre ambas as partes; e, os operários, por estarem em desvantagem

em relação a seus patrões - que representavam a classe mais poderosa - eram explorados e prejudicados, o que gerou um grande descontentamento no grupo.

O resultado dessa atomização social foi, na primeira metade do século XIX, a brutal pauperização das massas proletárias, o que resultou na indignação dos espíritos bem formados e provocou uma necessária organização da classe trabalhadora.

Algumas exigências econômicas e sociais foram reconhecidas pelas Constituições de 1791 e 1793. Mas a completa afirmação desses novos direitos humanos ocorreu apenas no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Na primeira metade do século XIX, o movimento socialista conseguiu fazer com que os direitos humanos de caráter econômico e social fossem reconhecidos, tendo como titular desses direitos o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização.

A Constituição Mexicana foi promulgada em 05 de fevereiro de 1917, e foi a primeira Carta Política a atribuir qualidade de direitos fundamentais aos direitos trabalhistas, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos.

Já na Constituição de Weimar, cumpre ressaltar, que foram reconhecidas as liberdades individuais (como a propriedade privada), e inseridos direitos sociais (como a proteção à família, à educação e ao trabalho). Comparato destaca que “A Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente”. A partir dela foi que o Estado Democrático Social adquiriu estrutura mais elaborada, com escopo à defesa da dignidade humana, ao integrar os direitos civis e políticos com os direitos econômicos e sociais.

2.6 A internacionalização dos direitos humanos

Na segunda metade do século XIX, teve início a internacionalização dos direitos humanos que terminou com a Segunda Guerra Mundial, manifestando-se em três setores:

- **Direito humanitário:** que abrange o conjunto das leis e costumes da guerra, visando diminuir o sofrimento de soldados prisioneiros, doentes, feridos e das populações atingidas. O primeiro documento normativo de caráter internacional foi a Convenção de Genebra, de 1864, que resultou na instituição da Comissão Internacional da Cruz Vermelha, em 1880. Revista em 1907, a Convenção foi revista com o objetivo de difundir seus princípios aos conflitos marítimos, Convenção de Haia, e a seguir em 1929,

para a proteção dos prisioneiros de guerra, Convenção de Genebra de 1929.

A Convenção de Genebra é a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional. O direito da guerra e da paz passou, então, a bipartir-se em direito preventivo da guerra e direito da situação ou estado de guerra, designado a regular as ações das potências combatentes. Posteriormente, uma evolução desencadeou no reconhecimento da injuricidade objetiva da guerra como solução de conflitos internacionais, quaisquer que sejam as razões de seu início. A Comissão genebrina transformou-se, em 1880, na Comissão Internacional da Cruz Vermelha, mundialmente reconhecida.

- Luta contra a escravidão: as primeiras regras interestatais de repressão ao tráfico de escravos africanos foram estabelecidas, embora sem efetividade, com o Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890.

O objetivo declarado do Ato Geral da Conferência de Bruxelas não era a abolição das práticas escravistas - pois a continuação da escravidão “doméstica” nos países signatários onde ela subsistia foi expressamente permitida no acordo final - mas sim a repressão ao tráfico de escravos que se fazia em prejuízo do chamado Estado Livre do Congo (criado e explorado pelo rei belga Leopoldo II como seu patrimônio pessoal).

Em 1926, a fim de “completar e desenvolver a obra realizada pelo Ato de Bruxelas, e de encontrar um meio de dar efeito prático, no mundo inteiro, às intenções expressas no tocante ao tráfico de escravos e à escravidão, pelos signatários da Convenção de St. -Germain-em-Laye”, uma Convenção celebrada em Genebra, no quadro da Liga das Nações Unidas, não alcançou totalmente a meta proposta por seus autores; estipulou-se que a abolição completa da escravidão seria realizada, progressivamente e assim que possível, percebemos então, que isto não significava obrigação nenhuma na prática.

- Regulação dos direitos do trabalhador assalariado: com o fim da primeira Guerra Mundial, em 1919, surge a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que é a agência das Nações Unidas, com a finalidade de promover oportunidades de acesso a um trabalho decente, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, estabelecendo critérios de proteção ao trabalhador assalariado. Além disso, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável são consideradas condições fundamentais para a superação da pobreza.

Neste contexto, Piovesan (2007, p.125) diz que esses três institutos:

cada qual ao seu modo, contribuíram para o processo de internacionalização dos direitos humanos, seja no asseguramento de parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacionais, ou, seja ainda proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado.

Percebe-se, então, o fim de uma época em que o Direito Internacional limitava-se a controlar as relações entre os Estados. Inaugura-se, neste processo histórico, a fase em que as obrigações internacionais ultrapassam os interesses exclusivos dos Estados contratantes, para atingir a proteção dos direitos humanos sob o aspecto coletivo.

Em setembro de 1939, teve início a Segunda Guerra Mundial, com o fortalecimento do totalitarismo estatal, e envolveu setenta e duas nações. Após três lustros de massacres e atrocidades, foi a maior catástrofe provocada pelo homem em toda a história da humanidade. O número de mortos superou os 50 milhões; aos que conseguiram sobreviver nos conflitos, jamais se libertaram dos traumatismos psíquicos aos quais foram submetidos, incluindo a tortura, fome, bombardeios e o medo permanente.

Na Alemanha, Hitler espantou o mundo com seu nazismo cruel, ao criar os campos de concentração para o extermínio das raças que não eram consideradas “puras” – principalmente os judeus – este período ficou conhecido como “Holocausto”; o mundo jamais viu tanta crueldade, uma atrocidade imensurável.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, em 1945, a humanidade compreendeu o valor supremo da dignidade humana e generalizou-se um sentimento de que era necessário encontrar uma forma de manter uma paz entre os países. Assim, foi estabelecido o verdadeiro aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos humanos.

Podem ser considerados como marcos inaugurais da nova fase histórica, a Declaração Universal – aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas -, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio.

Em 16 de fevereiro de 1946, durante a sessão do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas foi estabelecido que a Comissão de Direitos Humanos, a ser criada, desenvolveria seus trabalhos em três etapas. Na primeira, seria elaborada uma declaração de direitos humanos; em seguida, dever-se-ia “produzir um documento juridicamente mais vinculante do que uma mera declaração” (no dizer de uns dos delegados presentes àquela reunião),

documento esse que deveria ser um tratado ou convenção internacional; e, finalmente, seria preciso criar um mecanismo que assegurasse o respeito aos direitos humanos e tratasse os casos de sua violação.

Em 18 de junho de 1948, a primeira etapa foi concluída pela Comissão de Direitos Humanos, com um projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada no dia 10 de dezembro do mesmo ano, pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Em 1966, completou-se a segunda etapa ao serem aprovados dois Pactos- um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Já a terceira etapa, que consiste na criação de mecanismos capazes de assegurar a observância nacional desses direitos, ainda não foi completada; sendo instituído apenas um processo de reclamações junto à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa a manifestação histórica de que se formara, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens. Tecnicamente, a Declaração é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros, pois costuma-se afirmar que o documento não tem força vinculante; por isso, a Comissão de Direitos Humanos considerou-a, originalmente, como uma etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto.

Cumprir esclarecer, porém, que atualmente é reconhecida a independência da vigência dos direitos humanos quanto a sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, mesmo porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.

3. INFLUÊNCIA E ADAPTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Após fazer uma análise detalhada sobre a evolução histórica dos Direitos Humanos pelo mundo, desde seu surgimento até os dias atuais, cabe à pesquisa realizar um breve estudo sobre todas as Constituições Brasileiras e demonstrar como estes progrediram em âmbito nacional influenciando e compondo a Constituição Federal de 1988, suas garantias e proteção aos direitos humanos.

3.1 A Constituição de 1824 - Brasil Império

A primeira Constituição do Brasil foi imposta em 1824, no Brasil Império, por D. Pedro I. Com duração de 65 anos, esta Carta datada de 25 de março de 1824 fortaleceu o poder

do Imperador por meio do Poder Moderador, que prevalecia sobre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além disso, concedia o direito ao voto apenas aos homens livres e proprietários com altas rendas.

Nesta Carta, o Brasil o Estado passa a ter o catolicismo como religião oficial. No âmbito dos direitos humanos, para se integrar com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a primeira Constituição previu, em seu Título 8º, a garantia dos direitos fundamentais.

3.2 A Constituição de 1891 - Brasil República

Em 15 de novembro de 1889, com a Proclamação da República, várias mudanças começaram a ocorrer no Brasil. Com a abolição da escravatura, houve um grande deslocamento de pessoas da zona rural para a urbana e a indústria passou a se desenvolver. Assim, o chefe do governo provisório e proclamador da república – o marechal Deodoro da Fonseca – nomeou uma Comissão para apresentar um projeto que vigoraria como Constituição Provisória da República.

Datada de 24 de fevereiro de 1891, a Nova Carta foi promulgada; o Estado Unitário transformou-se em Estado Federativo, e as antigas províncias passaram a ser Estados-membros; o poder Moderador foi extinto, e o país tornou-se uma República Presidencialista; além disso, o voto passou a ser universal (impedidos, ainda, aos analfabetos e mendigos), e houve a separação da Igreja e o Estado – o Estado passou a ser Laico – foi instituído, também, o habeas corpus.

Vale destacar que direitos como a inviolabilidade à liberdade, à segurança individual e à propriedade; a igualdade perante a lei; o livre exercício de cultos religiosos; entre outros, são direitos declarados e garantidos pelo Estado, mas não havia uma política que efetivasse a proteção destes.

3.3 A Constituição de 1934 - Segunda República

Na Segunda República, os primeiros anos da Era de Vargas são presididos por um governo provisório, a nova Constituição foi redigida pela Assembleia Constituinte apenas em 1933, em São Paulo, após a derrota da Revolução Constitucionalista de 1932.

A Carta foi promulgada em 16 de julho de 1934, trazendo uma reforma eleitoral ao inserir o voto obrigatório e secreto e o voto feminino; atribuindo maior poder ao governo federal; além disso, houve a criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho (novas leis trabalhistas que limitaram a jornada de trabalho a 8 horas diárias, direito

ao repouso semanal e férias remuneradas); foram estabelecidos o mandado de segurança e a ação popular.

A Constituição de 1934 optou por proibir a irretroatividade a garantir o direito adquirido.

3.4 A Constituição de 1937- Estado Novo

Em 10 de novembro de 1937, a fim de permanecer no poder, Getúlio Vargas deu um golpe de Estado ao revogar a Constituição de 1934 e outorgar ao país a Carta Constitucional do Estado Novo, estabelecendo, assim, a ditadura no Brasil.

A nova Carta outorgada, de inspiração fascista, modificou a forma de Estado, voltando ao Estado unitário, e instituiu um regime ditatorial com direitos à pena de morte, prisão e exílio a opositores do governo e eleição indireta para presidente da República; além disso, os partidos políticos, a liberdade de imprensa e o habeas corpus foram abolidos. Nota-se, nesta Constituição e na forma de poder, o total descaso com a preservação dos direitos humanos.

Com a derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, as ditaduras internacionais entraram em crise e, no Brasil, as reações populares, com o apoio das Forças Armadas resultaram na concessão do poder - após a deposição de Vargas, em 29 de outubro de 1945 - a José Linhares, então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF).

3.5 A Constituição de 1946

Com a queda de Vargas e o processo de redemocratização, a nova Constituição foi promulgada em 18 de setembro de 1946 e reestabeleceu, entre outros, os direitos individuais; a eleição direta para presidente da República; a pluralidade partidária; o direito de greve; o fim da censura e da pena de morte e a independência dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Após a renúncia do então presidente do país, Jânio Quadros, uma crise político-militar tomou conta do país e foi instituído - por meio do ato adicional, em 02 de setembro de 1961 - o regime parlamentarista. Em janeiro de 1963, por meio de plebiscito, a população decidiu que fosse retomado o regime presidencialista.

3.6 A Constituição de 1967 - Regime Militar

Na passagem do governo do presidente Castelo Branco para o Costa e Silva, o autoritarismo predominava no Brasil. Em 1964, foi instalado o regime militar no país e no dia 24 de janeiro de 1967 uma nova Constituição foi promulgada, ampliando o rol de direitos e garantias e incluindo a proteção aos direitos políticos. Emendada por

sucessivos Atos Institucionais (AIs), as ações políticas dos militares, que obtiveram poderes extraconstitucionais, foram legalizadas.

A crise política da segunda metade de 1968 culminou com a promulgação, em 13 de dezembro do mesmo ano, do mais severo dos Atos Institucionais, o AI-5, que instituiu poderes absolutos ao regime e fechou o Congresso Nacional por quase um ano; além disso, reestabeleceu a censura e suspendeu o habeas corpus para os crimes políticos e a federação do Brasil foi totalmente extinta nessa época.

3.7 Constituição de 1988 – Constituição Cidadã

Após o término do regime militar, o Brasil passou por um grande momento de redemocratização, conhecido como “abertura”. Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federal, conhecida como Constituição Cidadã, que consagra um extenso rol de garantias fundamentais e severa obediência aos direitos humanos.

Logo em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana é legitimada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; depois, no artigo 4º, inciso II, declara a prevalência dos direitos humanos como princípio na condução das relações internacionais.

A Constituição Federal de 1988 talvez tenha todo artigo 5º como sendo o principal para a sociedade, pois é este que consagra os direitos e garantias fundamentais.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de

crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do “de cujus”;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;
d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;
XLVII - não haverá penas:
a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
b) de caráter perpétuo;
c) de trabalhos forçados;
d) de banimento;
e) cruéis;
XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;
LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;
LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão

pela autoridade competente;
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; (Regulamento).
LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;
LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;
LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;
LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;
LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;
LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;
LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;
LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;
LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associa-

ção legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á “habeas-data”:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

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

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de “habeas-corpus” e “habeas-data”, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. (Regulamento)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Cumprе ressaltar que os parágrafos 1º (primeiro), 2º (segundo), 3º (terceiro) e 4º (quarto) garantem a imediata aplicação de normas que versem sobre os direitos e garantias fundamentais, além disso, outros direitos derivados do regime e dos princípios adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte não são excluídos. Uma grande proteção a esses direitos ocorre com a submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, responsável por punir os maiores crimes contra a humanidade. Ademais, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros, serão correspondentes às emendas constitucionais.

Evidencia-se, agora, as Convenções Internacionais sobre direitos humanos que foram ratificadas pelo Brasil e que, no âmbito do sistema da ONU, até 2008 são:

1- Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio: ratificada pelo Brasil em 15 de abril de 1952.

2- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966): ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

3- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966): o Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992.

4- Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966): o Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992.

5- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher: ratificada pelo Brasil em 1º de Fevereiro 1984.

5.a- Emenda ao artigo 20, parágrafo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher: o Brasil aceitou a emenda em 05 de março de 1997.

5.b- Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher: ratificado pelo Brasil em 28 de Junho de 2002.

6- Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes: ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989.

6.1- Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes: ratificado pelo Brasil em 12 de janeiro de 2007.

7- Convenção sobre os Direitos da Criança: ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

7.1- Emenda ao artigo 43 (2) da Convenção sobre os Direitos da Criança: o Brasil aceitou a emenda em 26 de fevereiro de 1998.

7.2- Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento das crianças em conflitos armados: ratificada pelo Brasil em 27 de janeiro de 2004

7.3- Protocolo Opcional à Convenção dos Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil: aprovado pelo Decreto nº 5.007, de março de 2004.

8- Acordo de estabelecimento do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e Caribe: ratificado pelo Brasil em 17 de junho de 1998.

9- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: ratificada pelo Brasil, promulgada no Senado Federal em 09 de julho de 2008, com status de Emenda Constitucional. Aguarda a sanção presidencial e o depósito da ratificação na ONU.

10.1- Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: idem a 10.

10.2- Convenção internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado: assinada pelo Brasil em 06 de Fevereiro de 2007.

(Fonte: Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas, atualizado).

Todos os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil agregam direitos e garantias fundamentais possuem nível constitucional e tem aplicação imediata.

CONCLUSÃO

Conclui-se que todas as pessoas têm direito à vida, à liberdade, à educação, à saúde e a todas as condições que lhes propiciem uma vida digna. Estes são os chamados direitos humanos que devem ser garantidos e protegidos pelos Estados aos seus cidadãos. No contexto global, os direitos humanos foram totalmente desrespeitados na Segunda Guerra Mundial, e o pós- guerra fez com que pessoas do mundo todo, chocadas com as atrocidades cometidas principalmente durante o nazismo, passassem a reivindicar seus direitos e a lutar para que os Estados pudessem assegurá-los em âmbito constitucional.

No Brasil, na década de 30, durante a ditadura imposta por Getúlio Vargas, muitas pessoas tiveram seus direitos violados, sendo proibidas de expressar seus pensamentos e opiniões; outras foram vítimas de torturas e assassinatos, promovidos pelo próprio governo; histórias de

total horror e desrespeito à vida humana.

Após a ditadura e o regime militar, a redemocratização ganhou espaço. A Constituição de 1988 é a mais democrática do Estado brasileiro e possui um extenso rol de garantias fundamentais e direitos humanos. Além disso, o país ratificou vários Tratados Internacionais sobre direitos humanos que possuem força de emenda constitucional e aplicação imediata.

Isso demonstra que o Brasil se preocupa com os direitos de seus cidadãos, procurando garanti-los de forma eficaz. Infelizmente, ter estes direitos consagrados na Magna Carta não significa que eles são respeitados; corriqueiramente vêm-se notícias de pessoas doentes esperando, em situações degradantes, por atendimento nos hospitais públicos e notamos, ainda, no Brasil outras formas de desrespeito ao ser humano: a falta de segurança, que ceifa vidas todos os dias; o trabalho escravo infantil (pouco mostrado pela imprensa); o déficit na saúde e educação do país; a falta de moradia para os cidadãos, que acabam residindo em barracos, onde não possuem o básico de higiene e segurança; além disso, temos a situação dos presidiários nas cadeias do país, sem nenhuma condição de vida digna; entre outros.

Recentemente vivenciamos um movimento por todo o Brasil, em que pessoas de todas as classes sociais foram às ruas lutar por seus direitos. O país todo se mobilizou e o governo se viu pressionado; mas, infelizmente nenhuma atitude concreta foi tomada por parte das autoridades, a não ser a de tentar “calar” seus cidadãos.

Em um país como o Brasil, em que o governo cobra impostos altíssimos de seus cidadãos, a sociedade deve cobrar das autoridades serviços de qualidade na área da saúde, educação, transporte, moradia e segurança. Direitos que demoraram centenas de anos para serem consagrados não devem ser aceitos como migalhas.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2ª. Ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTUAL, Helena Daltro. **Constituições Brasileiras**. Disponível em: <<http://www.12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 10 dez.2013

VARISCO, Alessandra Gomes. **Evolução dos direitos humanos nas Constituições Brasileiras**. Disponível em: http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=851&categoria=Constitucional>. Acesso em 13 dez.2013.

ABATE HUMANITÁRIO DO GADO: LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E SUAS PERSPECTIVAS

Kaísa Gabriela Teixeira Montagnani de SOUZA*

RESUMO

O artigo discorre sobre o abate humanitário do gado, mostrando como ele ocorre, os problemas encontrados e as implicações. Sabe-se que o gado sofre em todas as fases do abate, especialmente em matadouros clandestinos. No entanto, somos responsáveis por esse sofrimento, pois os animais não têm meios para se defender. Assim, a explicação sobre como fazer o abate humanitário e tratar sobre a legislação brasileira parece necessário. Serão analisadas questões importantes, tentando entender todas as leis e decretos que o nosso país possui, mostrando as lacunas nesta legislação e perspectivas.

Palavras-chave: abate humanitário; gado; animais; meio ambiente, matadouros.

HUMANE SLAUGHTER CATTLE : BRAZILIAN LAW AND PROSPECTS

ABSTRACT

This work aims to discuss about cattle humane slaughter, showing how it occurs and the problems encountered and the implications. It's known that the cattle suffers in all stages of the slaughter, specially in clandestine slaughterhouses. Nevertheless, we are responsible for this suffering, because the animals don't have ways to defend themselves. Therefore, the explanation about how to do the humane slaughter and the treatment on the Brazilian legislation seems necessary. Will be given an overview of the topic, pointing the important issues, trying to understand all the laws and decrees that our country has, showing the gaps on this legislation and prospects.

Keywords: humane slaughter; cattle; animals; environment, slaughterhouses.

SUMÁRIO. Introdução. 1. Evolução histórica da legislação protetiva dos animais no Brasil. 2 Animas como sujeitos de direito ou objeto de direito? 3. O abate humanitário do gado e o bem-estar animal. 3.1 Métodos de Insensibilização. 4. Legislação internacional e brasileira sobre o abate humanitário. 4.1 Legislação Internacional. 4.2 Legislação Brasileira. 4.2.1 Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934.

* Graduada em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUML).

4.2.2 Lei nº 7.705, de 19 de fevereiro de 1992. 4.2.3 Decreto nº 39.972, de 17 de fevereiro de 1995. 4.2.4 Instrução Normativa nº 3, de 17 de janeiro de 2000. 4.2.5 Instrução Normativa nº 56, de 06 de novembro de 2008. 4.3 Comissão Técnica Permanente de Bem Estar Animal (CTBEA). 4.4 Programa Nacional de Abate Humanitário – STEPS. 4.5 Julgados acerca do abate. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Toda a ideia se inicia com um gatilho, assim, este artigo iniciou-se com o de Temple Grandin.

Temple Grandin é americana, autista e quando pequena descobriu sua afinidade com os animais, em especial, com o gado. Ela podia perceber seus movimentos e os sentimentos que eles tinham. O brete, pelo qual os bois passavam e os acalmavam, fora testado por ela própria, constatando sua eficácia. Surgiu, assim, uma história de devoção ao gado e em fazer com que o sistema de abate fosse humanitário, de forma que os bois não sofressem e nem se estressassem ao longo do ciclo do matadouro.

O abate humanitário é um tema por muitos desconhecido e pode ser definido como um conjunto de procedimentos com o intuito de proporcionar o bem-estar dos animais desde o transporte na propriedade rural até o manejo final no frigorífico.

A Constituição de 1988 traz punições aos maus tratos e é contra a violência, todavia o que vemos é totalmente diverso, animais sendo vítimas de experimentos e estudos, matadouros desumanos, arenas de rodeios e picadeiros fazendo a alegria das crianças às custas do sofrimento dos animais.

E ainda que tenhamos métodos indolores para serem aplicados ao gado, a maioria deles ainda utilizam métodos arcaicos de tortura. E quem disse que esses animais, fadados à morte, não sentem dor ou não percebem o que os esperam? Com certeza uma lasca de consciência da dor e da maldade humana eles têm. E é nesta linha que o trabalho será abordado para atingir sua finalidade de discutir o assunto; os animais como seres sencientes. Far-se-á uma análise sobre o abate humanitário do gado, bem como sobre as legislações pertinentes ao tema no Brasil. Ainda, serão tecidas algumas considerações do assunto em âmbito internacional.

Cada ser vivo possui singularidades que deveriam

ser respeitadas. As ações humanas devem ser pautadas em princípios morais e de justiça. Ao passo que no momento em que nossa Constituição veda a crueldade, passa a considerá-los como sujeitos jurídicos. Por não possuírem legitimidade para atuarem em causa própria, cabe a nós, seres humanos lutarem por eles.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO PROTETIVA DOS ANIMAIS NO BRASIL

Desde os primórdios dos tempos, a problemática homem-animal existe. Apesar do homem ser um animal, por ser racional, sempre se colocou acima dos demais seres vivos.

Desde a colonização do Brasil, os animais sofrem, visto que os portugueses encontraram tantas riquezas, como o Pau-brasil e animais silvestres, que os levavam para comercialização. Assim, animais eram engaiolados e morriam em porões de navios, como objetos de propriedade dos portugueses.

Quanto à legislação brasileira, os primeiros indícios de proteção à fauna em nosso direito foi um dispositivo inserido no Código de Posturas em outubro de 1886, do Município de São Paulo, quando proibia os cocheiros, condutores de carroça e ferradores de maltratar os animais, aplicando inclusive uma multa.

Mas somente depois da proclamação da República que começaram a surgir normas para proteção dos animais. Em 1924 deu-se o Decreto 16.590 de setembro de 1924, que regulava as Casas de Diversões Públicas, e vedava a concessão de licença para corridas de touros e brigas de galo que causassem sofrimento aos animais (LEVAI, 2004, p. 30).

Uma década depois, Getúlio Vargas, em seu governo provisório, expediu o Decreto federal 24.645, o qual proibia os maus-tratos. Esse Decreto foi muito importante, pois deu maior efetividade à proteção dos animais e reconheceu o Ministério Público como legítimo para litigar em nome deles.

O artigo terceiro de referido decreto enumerava condutas proibidas, como colocar o animal em trabalho extenuante e não lhe dar descanso, fazer engorda mecânica e promover lutas entre eles. Salienta-se que por ter sido editado em período de exceção política, possui força de lei, e ao contrário do que muitos sustentaram, ainda está em vigor.

No ano de 1941 surgiu o Decreto-lei 3.688, conhecido como Lei de Contravenções Penais, que tratava

da crueldade e previa prisão simples de 10 dias a 1 mês, e que foi revogado pela Lei dos Crimes Ambientais.

Em anos posteriores foi estabelecido o Código de Caça que foi substituído pela Lei de Proteção à Fauna, Lei federal 5.197 de 1967, que prevê proteção à fauna silvestre e infração aos que forem contra ela e que colocou os animais como pertencentes ao Estado.

No mesmo ano de 1967, o Código de Pesca pôs limites à caça predatória e aumentou as penas, retirando o status de algumas práticas como sendo contravenções e passou a reconhecê-las como crimes.

No ano de 1978 foi proclamada pela Unesco a Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Neste documento, há a proibição dos maus-tratos e coloca o crime contra um animal como crime contra a vida. Ainda, dispõe que o ato que implique na morte de grande número de animais é considerado genocídio. Outras disposições são feitas e demonstram ser um grande passo para os animais.

Em 1979, houve a edição da Lei 6.638 que passou a regular a vivissecção dos animais, sendo esta lei considerada contrária à sua defesa, uma vez que ao invés de proibir, regulamentava a prática, somente se atentando para fatos como de que os animais deviam ser sedados e não deviam sofrer maus-tratos conscientes, o que não é a realidade dos laboratórios. A referida Lei foi substituída pela Lei 11.794 de outubro de 2008 e que pode ser caracterizada como um retrocesso, já que prevê a vivissecção em estabelecimentos de ensino médio, o que não era previsto na Lei anterior, por ser a vivissecção um ato brutal.

A Lei 7.173 de 1983 passou a dispor sobre o funcionamento dos zoológicos, procurando estabelecer que as dimensões dos encarceramentos devem ser suficientes à sanidade e habitabilidade do animal. Mas, aqui também, fica demonstrado que a preocupação não é só com os animais não humanos, mas também com os humanos, visitantes que devem ter conforto ao visitar o zoológico.

Em 1998 foi sancionada a Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605/98 que dispõe sobre sanções para as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A Seção I, capítulo V, traz artigos de crimes contra a fauna. Esta lei, apesar de ainda ter um cunho utilitarista ao autorizar exportação de couro e a experimentação, desde que sem sofrimento, mostra ser mais um avanço para o direito animal. Contudo, ainda prevê sanções brandas, pois possui caráter educativo, havendo necessidade de se endurecer as penas.

Quanto às nossas Constituições, a de 1824, Constituição do Império, nada previu em termos de proteção ao ambiente, fauna e flora, até porque o contexto histórico

impedia, já que não se tinham preocupações com o ambiente.

A primeira constituição Republicana de 1891 também não deu proteção constitucional aos animais, tão somente à terra e minas, numa maneira de colocar a necessidade do Estado dar aval para sua exploração.

Já a Constituição de 1934 passou a observar mais os elementos da natureza, dando ênfase não só às minas e terras, como à caça, pesca, florestas e águas e já possibilitando leis estaduais suprirem as lacunas da lei federal.

E assim foi a Constituição de 1937, que manteve o mesmo caminho, legislando sobre os recursos naturais e a competência legislativa. Na mesma esteira foi a Constituição de 1946, que continuou se preocupando apenas em dispor sobre essa competência.

A Constituição de 1967 permaneceu no mesmo passo, obtendo avanços, mas nada que pudesse ser tratado como verdadeira proteção aos animais e ao meio ambiente, tão somente aumentando o domínio público sob os recursos naturais.

Até então, o enfoque de todas essas Constituições era econômico, muito maior do que a proteção propriamente dita. Os animais não eram vistos como seres dignos de deterem direitos, pois o contexto histórico e a mentalidade eram diferentes.

Assim, foi com a Constituição Federal de 1988 que passou-se a ter uma verdadeira disposição sobre a proteção do meio ambiente, e com ela, dos animais. Considerada ambientalista, dedicou um capítulo à proteção ambiental (Capítulo VI do Título VIII), e então, os animais passaram a ter uma maior proteção e entraram como integrantes do ecossistema.

O artigo 225 é destaque e prevê o direito fundamental do homem de viver em um meio ambiente equilibrado. Apesar de ser essencialmente antropocêntrico, mostrou ser a maior evolução quanto ao tema e abriu um leque maior de possibilidades de proteção¹.

Vê-se que essa Constituição coloca como direito fundamental o meio ambiente equilibrado, mostrando que mais tem a ver com os direitos do ser humano do que com os direitos dos seres não-humanos.

Em seu artigo 23, a Constituição determina a

¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum OAB e concursos. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 73

competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na preservação da fauna, flora e florestas, demonstrando que todos somos responsáveis pela proteção do ambiente em que vivemos².

Mas é com a evolução que os animais vão obtendo maior proteção. É com a necessidade eminente de cuidarmos do meio em que vivemos, que a necessidade de uma proteção aos animais aparece.

É nossa cobrança, como consumidor, que auxiliará na mudança efetiva da realidade.

2. ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO OU OBJETO DE DIREITO?

Nós, seres humanos, temos direito a um meio ambiente equilibrado, direito este previsto constitucionalmente conforme já visto neste trabalho.

O meio ambiente saudável é verdadeiro direito humano, tendo em vista que nele vivemos e temos o dever de cuidado. Trata-se de verdadeira condição necessária para a vida. Degradar o meio ambiente é degradar a própria vida humana.

A discussão que surge sobre os animais é se são sujeitos de direito ou simples objetos de direito.

Vivemos em meio ao antropocentrismo, o qual surgiu

² Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
- II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
- III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
- V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
- VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
- VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
- XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
- XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. BRASIL. *ibidem*. p 18.

com o movimento Renascentista do século XII até parte do século XVII, quando dá início à Idade Moderna. É aqui que houve a mudança do teocentrismo para o antropocentrismo.

O antropocentrismo é a concepção de que o Homem é o centro do universo. Desvaloriza-se as outras espécies em detrimento do ser humano, pois somente ele é racional. Trata-se do Homem como o centro dos pensamentos e tudo que o rodeia é para servi-lo, em uma relação de utilidade.

Nesta corrente, a personalidade jurídica só pode ser adquirida por pessoa física e pessoa jurídica. Pois se é o homem quem faz as leis, somente ele pode ser destinatário delas. É o homem como ser superior sobre tudo o que existe, subjugando assim, os mais fracos.

Somente o ser humano é que pode pleitear seus direitos, brigar por eles, e possuir direitos e obrigações. Portanto, os animais, de pronto, estão excluídos da possibilidade de adquirir direitos.

Inclusive, os animais são vistos como “coisa” e não entram na categoria de pessoas, daí haver uma justificação desta corrente no artigo 82 do Código Civil, quando dispõe: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.”

Desta forma, o animal é visto como objeto, já que somente as pessoas compõem uma sociedade. Para essa corrente, só possui relevância o que tem utilidade. E a proteção dada à natureza é para o bem-estar da raça humana.

Aqui, os animais não são sujeitos passivos, e sim a coletividade, então, quando há crueldade contra o animal, é a coletividade que foi ferida e não o próprio bicho. O que nos leva ao pensamento antropocentrista de que a saúde e o bem-estar animal são visados para satisfazer os interesses humanos.

E é nesse pensamento que encontramos o especismo, quando o valor moral é dado somente à raça humana, por considerar que os fatores biológicos do homem são mais relevantes que de outras espécies não-humanas. Visa favorecer os membros de uma determinada espécie em detrimento de outras.

Assim, a crueldade é possível, desde que tenha o intuito de trazer ao ser humano uma sadia qualidade de vida e nesta esteira, somente o homem é passível de consideração moral e os animais tão somente objetos, pois é dado à eles o *status* de patrimônio ambiental.

Singer possui este pensamento ao afirmar: “Homem emanam e a ele se reconduzem todas as características moralmente significativas deste mundo.” (RODRIGUES,

2013, p. 70).

Singer acredita que os animais são objetos de direito e que temos que levar em conta o princípio da igualdade de interesses, onde o sofrimento dos animais deve ser levado em igualdade com o sofrimento dos semelhantes, como os seres humanos. Mas que isso não se trata de direitos e tão somente de igualdade.

Assim, os animais, desprovidos de capacidade postulatória, isentos de subjetividade e moral, não figuram como sujeitos de direito, e sim, como simples objetos dele.

Se assim pensarmos, os animais sequer possuem valor ou ética, porquanto o direito só pode ser aplicado a quem vive em sociedade e a quem tenha senso de justiça.

Entretanto, os animais possuem direito moral ao entendermos moral como respeito. E a partir dessa ideia temos o princípio da igualdade de interesses, ao percebermos que os animais possuem sentimentos de dor, sofrimento e até prazer.

O direito moral é anterior ao ordenamento jurídico e nos remete ao direito de respeito, consideração e situação digna de acordo com seus interesses e constituição. Ninguém é moralmente livre para ir além de seu limite, interferir na liberdade do próximo ou causar danos e sofrimentos ao outro e aos outros seres.

São esses direitos morais que levam a positivação sobre a preservação e proteção do meio ambiente, então por que considerar os animais somente como objetos de direito e não sujeitos?

Se a corrente antropocentrista alega que os animais não os possuem porque sequer podem figurar numa relação processual, temos o Ministério Público para os representarem.

A partir da aceitação de que os animais são seres sencientes, capazes de terem os mais variados tipos de sentimentos, vemos a semelhança entre tais seres e os seres humanos.

Se considerarmos que temos que proteger o meio ambiente por ser direito fundamental do homem um ambiente saudável, e se considerarmos a necessidade de proteção aos animais usados em experiência e largados à crueldade humana, consideramos a necessidade de positivação sobre eles, conseqüentemente, tornam-se verdadeiros detentores de direitos.

Na medida em que as leis protegem os animais, tornam-se eles sujeitos de direito. E como tais, possuem, inclusive, deveres. Tais deveres advêm de sua função ecológica, pois possuem funcionalidade no meio em que vivem.

Neste diapasão, para entendermos os animais como sujeitos, devemos adotar uma visão ecocêntrica e biocêntrica, onde valoriza-se a manifestação da vida em todos os seus níveis e coloca os animais como seres dotados de ética, moral, proteção e sentimentos.

O biocentrismo retira o valor econômico dados aos animais no antropocentrismo, e os reconhece como indivíduos. Aqui, reconhece-se a singularidade.

Para esta corrente, todas as vidas, em todas as suas formas, tem igual valor e existência. Trata-se de colocar os seres humanos e os seres não humanos em uma só comunidade, onde os humanos possuem deveres diante da natureza. Aqui a vida é o centro do universo.

É este entendimento que tenta demonstrar que o homem só irá alcançar a preservação correta do meio ambiente, no momento em que entender que faz parte dele e que está ao lado dos demais seres vivos. Buscando a proteção jurídica do meio, é que se protege o próprio homem.

A professora Irvênia Luiza de Santis Prada assim preleciona:

Não podemos mais continuar com a indiferença pela vida e pelo sofrimento dos animais, a que estamos acostumados. Aprendendo a olhar o mundo com novos olhos, estaremos adotando o paradigma biocêntrico, isto é, estaremos valorizando a manifestação da vida em todos os níveis, e, com ela, a desse outro elemento referido como 'mente ou 'psique'. Estou convencida de que a Ciência não nos autoriza a negar, para os animais, a possibilidade da existência de rudimentos, pelo menos, dessa dimensão abstrata. Pelo contrário, penso que ela, a Ciência, já nos autoriza a supor, com razoável segurança, a ocorrência, nos animais, dessa potencialidade – a Mente – ainda que primária, mas inegavelmente em evolução (PRADA, apud LEVAI, 2004. p.133).

A partir do biocentrismo, inúmeras teorias e correntes vão sendo criadas, como por exemplo, o socioambientalismo, que preconiza a sustentabilidade cultural e social, reconhecendo a biodiversidade e a necessidade de sua sustentabilidade. Nesta última corrente, verifica-se que o homem, único ser pensante, deve ter valores baseados de que a vida é o centro do universo e todas as manifestações de vida devem ser protegidas, alcançando uma harmonia entre os mesmos.

A consideração dos animais como sujeitos de direito ainda não é pacífica, porquanto existem as duas correntes; dos animais como sujeito e como objeto de direitos.

O Estado está em constante mutação e sempre atribuindo novos valores a questões antes impensadas ou esquecidas. Daí a necessidade da visão biocêntrica.

O Promotor de Justiça Laerte Fernando Levai é defensor da primeira corrente e por ela luta assiduamente. A respeito do tema dispõe:

O discurso ético em favor dos animais decorre não apenas da dogmática inserida neste ou naquele dispositivo legal protetor, mas os princípios morais que devem nortear as ações humanas. O direito dos animais envolve, a um só tempo, as teorias da natureza e os mesmos princípios de justiça que se aplicam aos homens em sociedade, porque cada ser vivo possui singularidades que deveriam ser respeitadas. E o que representa uma lei repressiva senão a implícita confissão da própria torpeza do homem? Isso explica porque a ética e a moral como atividades de reflexão, precisam estar sempre acima do direito. A postura piedosa e compassiva perante a vida deve se somar aos deveres humanos relacionados ao respeito e à proteção dos animais, erigindo-se em uma única e relevante questão filosófica (LEVAI, 2004. p. 137).

Desta forma, entendemos que os animais são sujeitos de direito, pois necessitam de proteção assim como o ser humano.

Seus direitos são tutelados pelo Ministério Público, não havendo discussão quanto sua capacidade postulatória, uma vez que um ser humano que possui deficiência mental, que é interditado ou até mesmo uma criança, também necessita de representação para postular seus direitos.

Negar-lhes o patamar de sujeitos de direito é continuar na visão antropocêntrica, seja ela radical ou moderada, ignorando a existência da moral, característica de todos os seres humanos e não humanos, anterior a qualquer positivação.

Seria continuar com uma visão estagnada, sem acompanhar a evolução e necessidades de interagirmos mais com a natureza e seres vivos e dar-lhes direitos de proteção contra crueldade e sofrimento.

3. O ABATE HUMANITÁRIO DO GADO E O BEM-ESTAR ANIMAL

Abate humanitário pode ser definido como o conjunto de procedimentos técnicos e científicos que garantem o bem-estar dos animais desde o embarque na propriedade rural até a operação de sangria no matadouro-frigorífico (ROÇA, 2002, p. 03).

Há algumas décadas, o abate humanitário não era pensado, e não havia nenhum nível científico nas insensibilizações. A tecnologia aplicada nesta operação começou a ser levada em conta depois que observaram que todos os momentos desde o embarque do gado na área rural até o efetivo abate tinha ligação direta na qualidade

da carne e consequente bem-estar do animal.

O bem-estar animal pode ser entendido como uma preocupação com o sofrimento dos animais e modos de trazer esse bem-estar. Ciência do bem-estar animal é a ciência sobre o sofrimento desses animais e o modo de combatê-lo (SOTA, 2004. p.13).

Nós, seres humanos, sofremos de muitas maneiras, como doença, ansiedade, medo, privação emocional, frio, calor, desconforto físico, dor, sede ou a fome extrema. Não há dúvida de que os animais também experimentam esses mesmos sentimentos.

A WSPA é uma Sociedade Mundial de Proteção Animal, criada há mais de 30 anos, com o objetivo de promover o bem-estar animal e lutar contra os maus-tratos. Foi reconhecida como órgão consultivo da ONU, e atua não somente de maneira global, como regional. Essa sociedade, em seu manual, explica:

La eutanasia no es lo mismo que el sacrificio. El sacrificio es el acto de matar animales, (usualmente el ganado), para el comercio o afrontando enfermedades como la influenza aviar y fiebre aftosa.

La palabra eutanasia viene del Griego, de ‘eu‘ bien + ‘thanatos‘ muerte’. El verbo es eutanasiar (‘to euthanase’, ingles del Reino Unido o ‘to euthanize’, ingles americano). La versión americana esta más cercana al verbo original en Griego.

La eutanasia es humanitaria por definición, ya que la palabra implica que el sujeto no sufre dolor, miedo y angustia cuando esta muriendo. El sacrificio debería ser humanitario. Sin embargo, los motivos para el sacrificio y la eutanasia son distintos: a diferencia con el sacrificio, la eutanasia intenta aliviar a los animales que están sufriendo de una enfermedad incurable y que no puede ser tratada o salvada.

Por esta razón, la eutanasia también es conocida como ‘sacrificio por piedad’. Los ejemplos incluyen el sacrificio de una vaca que ha caído en un acantilado en las rocas y tiene múltiples heridas, o el ave marina cubierta por petróleo que no puede ser limpiada.

Sin embargo, nótese que no todo sacrificio por piedad es humanitario, así no todo sacrificio humanitario es eutanasia. Por ejemplo: un propietario que no posee los medios para tratar un animal muy enfermo, o para sacrificarlo rápidamente, podría ahogarlo para poner fin a su sufrimiento. Esto podría ser un sacrificio humanitario, pero el animal no tendría una muerte humanitaria o ‘buena’ — el animal no habría sido eutanasiado, pero si sacrificado³.

O modo como são conduzidos durante o abate é essencial não só para evitar estresse e sofrimento para o gado, bem como é essencial para assegurar a qualidade da carne.

O embarque dos animais na área rural é o início do procedimento de preê-abate dos animais, pois é o momento em que os animais estarão suscetíveis a iniciar o processo de estresse.

O transporte é o momento mais estressante para o gado. Há de se atentar para situações como a densidade da carga do caminhão, tempo de viagem até o abatedouro, tempo da dieta hídrica, temperatura e velocidade do vento e até mesmo condições das rodovias.

Os animais devem mover-se silenciosamente com um mínimo de excitação visível ou agitação. O aguilhão elétrico, ou bastão elétrico, objeto usado para fazer o gado andar, não deve ser utilizado. Se os animais se recusam a se mover, deve-se determinar o que está causando a perda do fluxo, se são problemas causados pelo equipamento, ou problemas causados pela falta de treinamento dos funcionários e supervisão destes.

Em pesquisas realizadas por Temple Grandin, os resultados foram de que os mecanismos de abate com bons equipamentos e funcionários bem treinados, trouxe um nível baixo de vocalização do gado, vocalização esta traduzida pelo mugido do gado e que é utilizada para medir o grau de estresse, dor e problemas com os animais durante esse abate (GREGORY, 1998. p. 44).

O uso excessivo do aguilhão elétrico possui estreita relação com a vocalização do gado, o que demonstra dor e quanto menos utilizado, menos vocalização há. Quanto mais desconforto, mais o gado vocaliza.

³ WSPA. **Eutanasia**. Disponível em: < http://www.wspalatinoamerica.org/Images/Módulo%2020%20Eutanasia_tcm24-20787.pdf> Acesso em 08 de outubro de 2013, p. 03.

Em tradução livre: A eutanásia não tem o mesmo significado que sacrifício. O sacrifício é o ato de matar animais, (usualmente o gado), para o comércio ou para doenças como a gripe aviária e a febre aftosa.

A palavra eutanásia vem do Grego, de “eu” que significa bem, e “thanatos”, que significa morte. O verbo é eutanasiar (“to euthanase”, inglês do Reino Unido ou “to euthanize”, inglês americano). A versão americana está mais próxima do verbo original em Grego.

A eutanásia é humanitária por definição, já que a palavra implica que o sujeito não sofre dor, medo e angústia quando está morrendo. O sacrifício deveria ser humanitário. No entanto, os motivos para o sacrifício e para a eutanásia são diferentes: a eutanásia tenta aliviar os animais que estão sofrendo de uma doença incurável e que não pode ser tratada ou curada. Por esta razão, a eutanásia também é conhecida como “sacrifício por piedade”. Os exemplos incluem o sacrifício de uma vaca que caiu nas rochas de um penhasco e possui muitas feridas, ou a ave marinha coberta por petróleo que não pode ser limpa.

Porém, note-se que nem todo sacrifício por piedade é humanitário, assim, nem todo sacrifício humanitário é eutanásia. Por exemplo: um proprietário que não possui os meios de tratar um animal muito doente, para sacrificar rapidamente, poderia afogá-lo para por fim ao seu sofrimento. Isso seria um sacrifício humanitário, mas o animal não teria uma morte humanitária ou boa, pois o animal não teria sido eutanasiado, mas sim sacrificado.

Ao logo do dia o uso do bastão elétrico tende aumentar, o que nos faz concluir que o cansaço do funcionário atua diretamente em seu uso, pois um funcionário exausto e com acúmulo de trabalho não conseguirá fazer um bom manejo. As horas trabalhadas e a temperatura do ambiente de trabalho influem de maneira sensível no uso do aguilhão.

As pessoas que lidam com gado necessitam entender os princípios comportamentais básicos dos animais quando em movimento. A experiência das pessoas que manipulam os animais vão afetar diretamente nos níveis de estresse do animal.

Esses funcionários devem ser orientados, a por exemplo, não deixar muitos bovinos entrarem na linha de abate ao mesmo tempo, evitando uma aglomeração. E nem empurrar novos bovinos contra os que já entraram. O gado deve se mover fácil e tranquilamente. Se eles se recusarem a andar, é porque existe algo de errado ou viram uma pessoa à frente deles. As portas devem ficar abertas até entrarem todos completamente, caso contrário irão recuar e causar transtornos.

Os manipuladores não podem ficar na zona de “voo”, ou seja, do campo de visão, também chamado como zona de fuga, caso contrário causará problemas ao fluxo. Isto porque o gado tem uma visão diferente da nossa. Essa zona de voo precisa ser ampla para o animal se sentir em uma zona de segurança.

Se a pessoa entra neste seu campo de visão, o animal pode se assustar e tentar se virar e escapar, o que causará grandes transtornos aos outros bovinos. Sua zona de voo torna-se menor quando há uma barreira sólida como um muro, o que traz mais segurança ao animal, pois não se distrairá com o que se passa além dessa barreira.

Para manter o animal em movimento, há de se respeitar três regras, quais sejam, dar-lhes tempo, espaço e uma saída. Assim, mantém-se o fluxo o que aumenta a velocidade de todo o processo.

Para o animal caminhar e não parar, o manipulador deve entrar em sua zona de fuga e andar em sentido contrário até sair do campo de visão do boi. O animal vai para frente quando o funcionário cruza o ponto de equilíbrio localizado em seu ombro.

Nunca se deve deixar um animal isolado e solitário, pois pode causar acidentes e estresse. O animal precisa de seu grupo e se estiver sozinho, é este grupo que irá acalmá-lo.

Quando um animal fica agitado e com medo, muitas pessoas não percebem que pode levar um longo tempo para ele se acalmar. Em bovinos, pode levar até 30 minutos para que a frequência cardíaca volte ao normal. O que há de ser

feito é seu manuseio calmo e tranquilo. Animais calmos são mais fáceis de se moverem e são menos propensos a hesitar.

Para mantê-los calmos, os manipuladores devem utilizar movimentos lentos. Movimentos bruscos e repentinos causam agitações nos animais e trarão problemas ao fluxo, como por exemplo, o boi irá querer dar a volta, parando todo o fluxo e agitando os outros animais.

Bastões elétricos devem ser substituídos tanto quanto possível com outros auxiliares de condução, como por exemplo, um cabo de madeira com uma bandeira ou serpentinas de plástico em uma das extremidades. A bandeira deve ser utilizada para dirigir os animais cuidadosamente e não deve ser agitada vigorosamente.

Problemas de iluminação é um outro quesito a ser analisado e crucial para o bem-estar e continuidade do movimento do animal, pois os animais tendem a mover-se melhor a partir de um lugar escuro para um lugar mais iluminado. Os bovinos não irão entrar no corredor se a entrada é muito escura. E essa luz não deve brilhar diretamente nos olhos dos animais.

Reflexos no metal brilhante, água pingando ou um piso molhado também farão os animais pararem. Uma lâmpada instalada estrategicamente pode evitar tais problemas, mantendo o nível de luz equilibrado por todo o corredor de abate.

Bovinos têm uma audição muito sensível. Eles são mais sensíveis a ruídos de alta frequência do que os seres humanos. Assim, reduzir o ruído vai melhorar o movimento do animal. Os funcionários não devem gritar, assobiar ou fazer ruídos altos.

Piso antiderrapante é essencial para a calma. Os níveis de estresse aumentam quando os animais escorregam e caem. O gado precisa se sentir seguro e sentir o chão em todos os momentos, caso contrário irão se assustar, cair e trazer sérios problemas tanto à linha de abate como para o próprio animal que poderá se lesionar.

Assim, quando do banho de aspersão, necessário para haver uma esfolia higiênica, é nítido que o animal se desespera quando cai na baia para esse banho, desta forma, deve haver uma rampa para que ele sinta o chão a todo o momento e não caia de maneira brusca, quando então se agitará e causará transtornos para retirá-lo, podendo levar a morte deste animal. O afunilamento final da rampa de acesso tem o nome de “seringa” e deve ser projetado de forma a trazer conforto para o animal (ROÇA, 2002, p. 09).

O bem-estar do gado também deve ser levado em conta quando da falta de manutenção dos portões, equipamentos e atordoadores. Muitas vezes a falta de

manutenção nos atordoares e pistolas fazem com que não consigam cumprir seu propósito de abate no primeiro disparo. Ou até falta de mira, o que nos leva novamente a importância do treinamento dos funcionários.

O *design* do equipamento todo também tem importância direta no bem-estar do gado durante todo o processo de abate, como corredor que se apresenta como um beco sem saída, ou quando esse corredor é muito grande ou então quando há rampas.

Neste diapasão, demonstrado fica que todos os momentos do abate, desde o transporte do gado na fazenda, até o atordoamento quando perde a consciência tem de ser levado em conta. Os detalhes são decisivos, pois ditarão se o abate foi realmente humanitário ou não.

Não basta que o método de insensibilização, o qual será logo abordado, seja eficaz, mas que todo o manuseio do bovino em seus mínimos detalhes sejam levados em conta para que não haja o estresse e nem lesões aos animais.

O abate humanitário envolve todo o mecanismo do abatedouro e o treinamento dos funcionários, manipuladores do gado, é intrínseco para o bom aproveitamento do abate. São essas pessoas que irão proporcionar condições dignas para os animais que irão ser abatidos. São eles que proporcionarão momentos tranquilos ao animal que logo será atordoadado (GREGORY, 1998, p. 132)⁴.

3.1 MÉTODOS DE INSENSIBILIZAÇÃO

Para o atordoamento do boi existem três tipos de métodos: o mecânico, representado pela concussão, sem penetração de dardo no crânio do animal; método elétrico, representado pela eletronarcose, onde se utiliza corrente elétrica que passa pelo cérebro do animal causando epilepsia; e por fim, o método da exposição à atmosfera controlada, quando se usa o dióxido de carbono.

Roça em seu estudo enumera todos os tipos de métodos possíveis para insensibilização:

Os instrumentos ou métodos de insensibilização que podem ser utilizados são: marreta, martelo pneumático não penetrante (*cash knocker*), armas de fogo (*firearm-gunshot*), pistola pneumática de penetração (*pneumatic-powered stunners*), pistola pneumática de penetração com injeção de ar (*pneumatic-powered air injections stunners*), pistola de dardo cativo acionada por cartucho de explosão (*cartridge-fired captive bolt stunners*), corte da medula ou choupeamento, eletronarcose e processos químicos. O abate também pode ser realizado através da degola cruenta (método *kasher*) sem atordoamento prévio (ROÇA, 2002, p. 82).

Alguns métodos devem receber considerações, como o da marreta, que é largamente utilizado em matadouros clandestinos, os quais não se preocupam com o bem-estar do animal e nem com higienização, e sim com o produto final, ou seja, a carne pronta para comercialização. Este método é doloroso e jamais deve ser utilizado.

Outro método comumente utilizado é o martelo pneumático, o qual dilacera o encéfalo do boi, levando à inconsciência, contudo essa inconsciência não é alcançada imediatamente, o que traz sofrimento ao gado, que continuará com consciência por um tempo considerável.

Já o método de pistola pneumática é um método eficiente, amplamente utilizado em frigoríficos de nosso país. Proporciona uma rápida inconsciência, sem maiores complicações, por isso ser um dos mais indicados. Mas o único método que causa inconsciência permanente é o dardo cativo, que rapidamente penetra o crânio do boi, mas não permanece lá dentro, voltando para a pistola.

O que deve ser ponderado, é que todos os métodos de atordoamento dependerão do funcionário para serem considerados seguros e bem aplicados. Isto porque não adianta utilizar o melhor método de abate se o magarefe não possui habilidade suficiente para atordoar o animal o mais rápido possível, diminuindo qualquer possibilidade de dor.

Para o atordoamento, o boi deverá entrar no box

⁴ Knowing the ancestral behaviour of a species is helpful in understanding the behaviour and needs of animals kept in modern farming conditions. It can help us to understand, but not necessarily solve, some of the welfare problems in today's farming. Cattle have been domesticated for over 6000 years. In their wild state they were grazing and browsing animals, without a fixed territory but with strongly developed herd behaviour. The calves were protected by the herd for a large part of their early life. If threatened by a predator, the herd would have behaved in much the same way as Cape buffalo do today when stalked by a lioness. The horned adults, and in particular the bulls, defend the herd by facing outwards towards the danger whilst the herd makes an escape. The strong herd and maternal bonds helps to explain why there can be so much emotional upheaval when a dairy calf is separated from its mother.

Em tradução livre: Conhecer o comportamento dos ancestrais de uma espécie é útil para compreender o comportamento e as necessidades dos animais em condições agrícolas modernas. Ele pode nos ajudar a compreender, mas não necessariamente resolver, alguns dos problemas de bem-estar na agricultura atual. O gado tem sido domesticado há mais de 6.000 anos. Em seu estado selvagem eles eram animais de pasto, sem um território fixo, mas com comportamento de manada extremamente desenvolvido. Os bezerros foram protegidos pelo rebanho por uma grande parte da sua vida. Se ameaçada por um predador, o gado teria se comportado da mesma maneira como búfalo faz hoje quando perseguido por uma leoa. Os adultos com chifres, em particular os touros, defendem o rebanho indo em direção ao perigo, enquanto o rebanho empreende fuga. O rebanho forte e os laços maternos, ajudam a explicar por que pode haver tanta agitação emocional quando um bezerro de leite é separado de sua mãe.

de contenção, onde deve estar iluminado de forma a guiar o boi a encaixar sua cabeça no local correto, evitando que possa mexer sua cabeça. Ainda, o box deve ser estreito de forma a confortar o boi para que não venha a se sentir agitado ou estressado. Desta forma, os níveis de cortisol não aumentam e o boi não sofre nenhuma contusão.

Depois da insensibilização, o boi desliza por uma grade, onde será erguido por um gancho, dando início a sangria, acompanhado posteriormente pela esfolagem higiênica, que é a remoção do couro, a evisceração para retirada das vísceras e órgãos e por fim a lavagem da carcaça para retirar pelos e evitar contaminação da carne fresca.

Quando falamos em matadouros clandestinos e métodos de abate religiosos, falamos em um abate direto, sem a insensibilização, o que faz com que o animal presencie toda a sua dor, estresse e angústia até morrer. Muitas vezes a sangria é feita com estes animais ainda conscientes, o que de longe não pode ocorrer. O animal deve ficar inconsciente rapidamente para não sentir dor nas fases restantes do abate.

O método utilizado nestes rituais religiosos e matadouros clandestinos costumam ser o da jugulação cruenta, quando degola-se o animal, por meio de faca, alcançando sua traqueia, esôfago, veias e artéria. E pela contração de sua musculatura ao ser degolado, fica explícito o sofrimento por ele experimentado.

Os métodos de abate além de influenciarem na qualidade e cor da carne, porque o animal liberará substâncias como o cortisol, decidirão se o abate foi concluído com sucesso ou não, ou seja, se foi humanitário ou se causou dor, desconsiderando todo e qualquer direito dos animais.

4. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E BRASILEIRA SOBRE ABATE HUMANITÁRIO

4.1 Legislação Internacional

Primeiramente, devemos ressaltar a existência da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO, em sessão realizada em Bruxelas, em 27 de janeiro de 1978.

Este documento possui 14 artigos e se inicia com considerações importantes, como:

Considerando que cada animal tem direitos;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo destes direitos levaram e continuam levando o homem a cometer crimes contra a natureza e contra os animais;

Considerando que o reconhecimento por parte da espécie humana do direito à existência das outras espécies

animais, constitui o fundamento da coexistência das espécies no mundo;

Considerando que genocídios são perpetrados pelo homem e que outros ainda podem ocorrer;

Considerando que o respeito pelos animais por parte do homem está ligado ao respeito dos homens entre si;

Considerando que a educação deve ensinar à infância a observar, compreender e respeitar os animais⁵.

Vê-se que esta Declaração é verdadeiramente humanitária e reconhece que os animais possuem direitos.

Seu artigo 3º dispõe que o animal não deve ser maltratado e nem submetido à crueldade, bem como sua morte deve ser instantânea e sem dor. Esse dispositivo mostra traços do abate humanitário, mesmo sem utilizar a expressão.

O artigo 9º é crucial ao estabelecer que “no caso do animal ser criado para servir de alimentação, deve ser nutrido, alojado, transportado e morto sem que para ele resulte ansiedade ou dor⁶.”

Aqui, a morte de um animal sem que haja necessidade, é chamada de biocídio e é considerado um delito contra a vida. Assim, percebe-se uma tentativa de igualar o valor da vida do ser humano e do ser não humano.

Trata-se de um documento curto, mas muito rico, pois enxerga a dignidade do animal e coloca sua proteção em nível internacional.

4.2 Legislação Brasileira

4.2.1 Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934

O presente Decreto, realizado por Getúlio Vargas, representa um marco para a defesa dos animais, pois efetivamente explica e penaliza os maus tratos. Assim, importante pincelar sobre ele antes de adentrarmos a legislação específica sobre o abate humanitário.

Logo em seu artigo 1º, o Decreto coloca os animais como tutelados do Estado, e diferentemente do Código Civil, que trata o animais como coisa, aqui, nota-se uma personificação do animal quando dispõe que os animais serão assistidos pelo Ministério Público, substitutos legais e pelos membros de sociedades protetoras. Extrai-se que a problemática da legitimidade fica sanada, o que demonstra

⁵ Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Bruxelas: 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <<http://www.propq.ufscar.br/comissoes-de-etica/comissao-de-etica-na-experimentacao-animal/direitos>> Acesso em 26 de outubro de 2013. p 01.

⁶ Declaração Universal dos Direitos dos Animais. *ibidem*. p 02.

uma faísca da corrente de que os animais são sujeitos de direito.

O Decreto preleciona que aquele que causar maus tratos a um animal, tanto em local público como privado, sofrerá pena de multa e prisão, cabendo ação civil.

Já o artigo 3º enumera o que é considerado maus tratos. São 31 incisos elucidando as mais diversas situações, como por exemplo não dar morte rápida e livre de sofrimento ao animal que terá que ser sacrificado tanto para consumo ou por outro motivo, manter animais em transporte por mais de 12 horas, sem água e comida e manter animais em lugares anti-higiênicos.

Ressalta-se que o artigo 8º dispõe que a sanção será dobrada em caso de castigos violentos na cabeça do animal, baixo ventre ou pernas. Detalhes importantes que o Decreto levou em conta.

Ainda, preconiza que as pessoas que mantiverem os animais sob guarda ou uso, desde que cientes, serão consideradas solidárias na aplicação de multa e prisão.

O Decreto, apesar de ter sido formulado em 1934, ainda está em vigor e possui força de lei, e mesmo utilizando verbetes desatualizados, mostra-se muito importante para a defesa dos animais, ao passo que introduz a noção de maus tratos e a sua penalização.

É largamente utilizado na advocacia para defesa dos animais e deve sempre servir como guia para a conquista de novas leis e maior proteção animal.

4.2.2 Lei nº 7.705, de 19 de fevereiro de 1992

Trata-se de Lei estadual, destinada ao Estado de São Paulo e estabelece normas para o abate de animais para consumo, e estabelece que deverão ser utilizados métodos modernos de insensibilização a serem aplicados antes da sangria.

Veda-se o uso de marreta e picada no bulbo, o que ocorre frequentemente nos matadouros clandestinos. Seu artigo 2º assim dispõe:

Artigo 2º - O boxe deverá ser adequado para o uso do equipamento do abate de método científico, visando à contenção de um animal por vez.

§ 1º - O fechamento da comporta do boxe somente será efetuado após a entrada total do animal naquele compartimento, evitando-se assim que a comporta venha atingir e ferir parte do corpo do animal.

§ 2º - O choque elétrico, para mover os animais no corredor de abate, terá a menor carga possível, usado com o máximo critério e não será aplicado, em qualquer circunstância, sobre as partes sensíveis do animal, como mucosa, vulva, ânus, nariz e olhos⁷.

A partir deste artigo e seus parágrafos, mesmo não

se utilizando a terminologia “abate humanitário”, é o que se vê, pois dispõe sobre a contenção, que deverá ser utilizada por um animal cada vez e fala sobre o choque elétrico que deverá ser utilizado com critério, pecando ao não proibi-lo, pois como já explicado neste trabalho, o bastão elétrico traz dor ao animal e o desestabiliza, devendo ser totalmente abolido.

Mas de se constar que a lei em discussão é de 1992, época em que a preocupação com os animais ainda era menor e que as leis de proteção específicas aos animais de consumo começaram a aparecer.

O artigo 5º estipula que o corredor do abate deverá ser específico para cada espécie de animal para evitar ferimentos ou contusões. Aqui nota-se que há uma preocupação com a linha do abate, muitas vezes fato esquecido pelos matadouros e abatedouros. Mas somente pincela, sem mencionar as peculiaridades que devem ser notadas neste corredor.

Esta Lei delibera que ao descumprimento das normas estabelecidas, haverá penalização, como multa e suspensão das atividades. Contudo, a penalização é melhor delineada pelo Decreto 39.972 de 1995, que regulamenta a presente Lei.

Reconhece-se que esta legislação é importante para dar um “norte” sobre o abate dos animais para consumo. E mesmo não se referindo ao abate como humanitário, introduz algumas noções defendidas por ele.

4.2.3 Decreto nº 39.972, de 17 de fevereiro de 1995

Este Decreto, elaborado por Mario Covas quando governador do Estado de São Paulo, regulamenta a Lei 7.705 de 19 de fevereiro de 1992, a qual estabelece normas para o abate dos animais para consumo.

A referida Lei e o Decreto em comento são destinados aos estabelecimentos do Estado de São Paulo e estabelecem normas para o abate.

Em seu artigo primeiro, o Decreto prevê que os métodos de insensibilização deverão ser aqueles que não causem sofrimento ao animal.

Ainda, prevê a fiscalização e inspeção por meio de órgãos, quais sejam:

Artigo 3.º - Caberá ao Centro de Inspeção de Produtos de Origem Animal, do Departamento de Defesa Agropecuária, da Coordenadoria de Assistência Técnica Inte-

⁷ Lei nº 7.705, de 19 de fevereiro de 1992. **Estabelece normas para o abate de animais para consumo.** Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7705-19.02.1992.html>> Acesso em 10 de outubro de 2013.

gral, da Secretaria de Agricultura e Abastecimento, a execução da Lei n.º 7.705, de 19 fevereiro de 1992, bem como a fiscalização dos atos que ela descreve, a autuação dos infratores, a aplicação das sanções cabíveis e a aprovação de outros métodos de insensibilização não previstos neste decreto⁸.

Em seu corpo, o texto explica as expressões utilizadas e também faz uma breve explicação acerca dos métodos de insensibilização, expondo que os métodos mecânicos são melhores para os bovinos, os métodos elétricos para animais com até 200 kilos e os métodos químicos para o abate de suínos. Mas assevera que todos esses métodos podem ser empregados a outras espécies desde que respeitadas as suas peculiaridades.

Do artigo 6º ao artigo 9º, há a disposição sobre situações a serem respeitadas, como a entrada de um animal por vez na linha de abate, que o corredor seja específico para cada espécie, que fêmeas paridas não sejam abatidas e nem as que estejam com gestação avançada.

Também proíbe os maus tratos quando do abate e nenhuma situação que provoque estresse e sofrimento físico e psíquico.

Contudo, mais uma vez permite o uso de bastão elétrico, utilizado aqui com a expressão de “choque elétrico”. E sequer dispõe sobre o tempo máximo de uso do choque e em quais situações poderá ser utilizado, deixando a cargo da Secretaria da Agricultura e Abastecimento dispor sobre os detalhes.

Interessante que o Decreto, em seu parágrafo 1º do artigo 10º permite a inspeção por parte de sociedades protetoras dos animais desde que cadastradas no Centro de Inspeção de Produtos de Origem Animal.

Ainda, traz as penalidades a quem não cumprir o preconizado e não utilizar os métodos de atordoamento corretos e modernos.

As sanções previstas vão desde multas simples ou diárias, perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo estado de São Paulo, perda ou suspensão de financiamentos, até suspensão temporária de sua atividade por até 60 dias, podendo haver suspensão definitiva em determinadas situações.

A suspensão temporária poderá ser via ato do Secretário de Agricultura e Abastecimento, já a suspensão definitiva deverá ser por ato do Governador do Estado.

⁸ Decreto Nº 39.972, de 17 de fevereiro de 1995. **Estabelece normas para o abate.** Disponível em: <<http://www.defesaagropecuaria.sp.gov.br/www/legislacoes/popup.php?action=view&idleg=312>> Acesso em 03 de setembro de 2013.

A suspensão definitiva acontecerá se houver reiteração da situação que deu causa a suspensão, ou quando feita com dolo mesmo que eventual, quando houver danos permanentes à saúde humana, bem como uso de métodos cruéis de forma reiterada na morte dos animais.

Por estas situações que dão ensejo a uma suspensão definitiva da atividade, vemos que não há abertura para desculpas de que o estabelecimento não sabia da situação e das normas, pois não dá lugar ao dolo eventual, onde mesmo o agente não querendo o resultado, assume o risco.

No caso de reincidência específica, o valor da multa é agravado no patamar de 50%, já que quando a reincidência é específica tem sempre tratamento mais severo, a se confirmar no Direito Penal, onde o reincidente específico, que comete novamente o mesmo crime, perde a possibilidade de substituição de sua pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Daí percebemos a existência de um escalonamento das sanções, medindo o grau das infrações.

Havendo a infração a uma das normas e princípios aqui estabelecidos, haverá um Auto de Infração, do qual caberá defesa ao Centro de Inspeção de Produtos de Origem Animal. Se julgada procedente, haverá a aplicação da multa explicitada anteriormente.

Da decisão caberá recurso ao Diretor de Departamento de Defesa Agropecuária. Se provido o recurso, haverá o cancelamento do Auto de Infração, e por consequência, de eventuais multas.

Se a multa for mantida, e não houver o pagamento no prazo estabelecido, haverá a inscrição em dívida ativa.

Por este Decreto, clara fica a boa vontade por parte do governador em procurar estabelecer parâmetros para o abate humanitário e, principalmente, estabelecer sanções aos estabelecimentos que cometerem infrações ao disposto.

Trata-se de uma tentativa de mostrar aos frigoríficos e abatedouros que a necessidade de se proteger o animal de uma morte cruel é uma necessidade iminente e que não respeitar a dor deles leva a uma punição efetiva.

O Decreto em testilha foi sancionado no ano de 1995, o que demonstra um avanço para o direito dos animais e uma busca pelo seu bem-estar.

4.2.4 Instrução Normativa nº 3, de 17 de janeiro de 2000

A instrução normativa dispõe sobre a insensibilização e seus métodos que devem ser humanitários, contudo despreza o intervalo de tempo do embarque na propriedade rural até a chegada para o abate.

Essa instrução explica todos os verbetes utilizados quando do abate humanitário, como por exemplo o que é manejo, contenção e insensibilização, e inclusive o abate, que por esta instrução é definida como “a morte do animal pela sangria”⁹.

Ainda, prevê o abate humanitário a todos os animais de açougue, bem como proíbe o uso de instrumentos agressores aos animais e vislumbra a necessidade de se diminuir ao máximo o desconforto deles.

Fica clara a tentativa de implantar o abate humanitário, contudo, de uma forma precária, pois de maneira superficial explica as noções do abate humanitário e as mínimas exigências.

Interessante, que o texto legal explica que o animal que se feriu no transporte para o abate e que está em sofrimento, deve ser abatido em situação emergencial, e que não deve ser arrastado, e sim levado por meio adequado, para que não traga sofrimento ao bicho, porém não explica como o procedimento deve ser realizado, deixando em aberto ao estabelecimento, o que demonstra que a falta de padronização continua sendo um problema.

Quanto ao agulhão elétrico, este é permitido em caráter excepcional e desde que aplicado nos membros do animal e por no máximo 2 segundos.

Ressalta-se que aqui permite-se o uso do bastão elétrico, que no nosso entendimento, deveria ter sido banido, propondo-se outros meios de auxílio aos funcionários para fazer o animal avançar pela linha de abate, porém, ao permitir seu uso, acerta ao restringir o tempo de utilização e lugar do corpo, neste caso, somente nos membros.

Dispõe, também, que o animal deverá ser introduzido na contenção se logo for abatido, pois se houver demora na insensibilização, não poderá lá ficar. E neste aspecto foi assertivo também, pois se o animal fica na contenção por muito tempo, aumentam as chances de exposição ao estresse e consequente agitação, desconforto e até vocalização.

O texto faz uma breve explicação dos métodos de insensibilização a serem adotados e como devem ser utilizados, assim como explica sobre a sangria, que deve ser realizada com o animal inconsciente, mas com as funções vitais ainda intactas. Possibilita, ainda, a utilização de outros métodos de abate, desde que:

⁹ Instrução Normativa nº 3 de 17 de janeiro de 2000. **Dispõe sobre regulamento técnico de métodos de insensibilização para o abate humanitário de animais de açougue.** Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/Ministerio/concursos/em_andamento/instrucoes%20normativas/INT%20003%2017%2001%202000%20ABATE%20HUMANIT%25C1RIO%20ANIMAIS%20DE%20ACOUGUE.doc> Acesso em 29 de agosto de 2013.

Admite-se a adoção de outros métodos de insensibilização. Torna-se necessário, para tanto, que a parte interessada adote os seguintes procedimentos:

10.1. Requerer ao Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal - DIPOA - da Secretária de Defesa Agropecuária, do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, a aprovação do método. Anexar ao requerimento literatura especializada ou trabalho técnico-científico, avalizado por instituição de pesquisa, pública ou privada, registrada e/ou certificada pelo órgão competente¹⁰

Assim, há de se ter a plena certeza da eficácia do método empregado, a fim de assegurar que o animal não sofra durante o abate.

Ainda, dispõe que a sangria deve ser imediatamente posterior à insensibilização, através de corte das veias do pescoço, a fim de garantir o maior escoamento possível do sangue.

Os rituais religiosos de abate de animais são permitidos pelo Regulamento, desde que sejam voltados diretamente para o consumo pela comunidade que realiza o abate ou ao comércio internacional quando haja exigência, como assim dispõe:

11.3. É facultado o sacrifício de animais de acordo com preceitos religiosos, desde que sejam destinados ao consumo por comunidade religiosa que os requeira ou ao comércio internacional com países que façam essa exigência, sempre atendidos os métodos de contenção dos animais¹¹.

Importante apontar que esta instrução revela os requisitos para aprovação do método de insensibilização a ser adotado pelo estabelecimento, dizendo que os métodos explicitados em seu texto dispensam aprovação, mas que tais estabelecimentos deveriam, no prazo de 60 dias após sua publicação, enviar para o Serviço de Inspeção Federal local as especificações quanto aos procedimentos adotados.

Tal documento deveria conter detalhadamente as informações necessárias, como razão social do estabelecimento, quais os equipamentos utilizados, métodos e espécies de animais utilizados.

Ainda, deveria ser enviado um Programa de Controle de Processo, explicando a contenção utilizada, fatores interferentes no processo, ajustes nos equipamentos utilizados, quais os procedimentos adotados quando da insensibilização e todo o seu percurso pela linha de abate.

O texto legal preconiza que todo o descrito deverá ser fiscalizado pela Inspeção Federal, bem como deverão ser analisados os registros dos estabelecimentos e a

¹⁰ Instrução Normativa nº 3 de 17 de janeiro de 2000. *Ibidem*

¹¹ Instrução Normativa nº 3 de 17 de janeiro de 2000. *Ibidem*.

realidade deles, para ver se há cumprimento do mesmo.

Outras especificações serão realizadas por meio de outros decretos e regulamentações para cada espécie de animal.

Mas ao falar da Inspeção Federal, somente pincela sua importância e realização junto aos estabelecimentos que fazem o abate, mas não dispõe de forma efetiva de que forma será feita.

A inspeção deve ser detalhada e efetiva, sua mera indicação não traz segurança jurídica e nem mesmo a certeza de que os métodos de insensibilização serão empregados de maneira correta e eficaz.

É certo também, que a Instrução Normativa em análise foi feita no ano de 2000 e que 13 anos se passaram, e com esses anos, a necessidade de uma melhor legislação vem emergindo, pois as exigências aumentam com as gerações.

4.2.5 Instrução Normativa nº 56, de 06 de novembro de 2008

Essa Instrução normativa regulamenta as boas práticas de bem-estar animal e é estabelecida pelo ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Para alcançarmos um abate humanitário, temos que proporcionar aos animais o bem-estar, pois abate para ser humanitário, deve trazer tranquilidade e conforto ao bicho.

Levando-se em conta esta premissa, o artigo 1º da Instrução em comento assim dispõe:

Art. 1º Estabelecer os procedimentos gerais de Recomendações de Boas Práticas de Bem-Estar para Animais de Produção e de Interesse Econômico - REBEM, abrangendo os sistemas de produção e o transporte¹².

O texto inicia explicando o significado das expressões como animal de produção e animais de interesse econômico, onde estes englobam os primeiros. Ainda, explica o que é sistema de produção, que vem a ser os procedimentos que ocorrem na propriedade rural, desde o nascimento do animal até o embarque no transporte, diferente do abate humanitário que é desde o embarque no transporte até o abate em si.

Estabelece, ainda, princípios a serem observados com o fim de assegurar o bem-estar animal, como:

Art. 3º Para fins desta Instrução Normativa, deverão ser observados os seguintes princípios para a garantia do bem-estar animal, sem prejuízo do cumprimento, pelo interessado, de outras normas específicas:

I- proceder ao manejo cuidadoso e responsável nas vári-

as etapas da vida do animal, desde o nascimento, criação e transporte;

II - possuir conhecimentos básicos de comportamento animal a fim de proceder ao adequado manejo;

III - proporcionar dieta satisfatória, apropriada e segura, adequada às diferentes fases da vida do animal;

IV - assegurar que as instalações sejam projetadas apropriadamente aos sistemas de produção das diferentes espécies de forma a garantir a proteção, a possibilidade de descanso e o bem-estar animal;

V - manejar e transportar os animais de forma adequada para reduzir o estresse e evitar contusões e o sofrimento desnecessário;

VI - manter o ambiente de criação em condições higiênicas¹³.

A partir do artigo 3º e seus incisos, acima elencados, percebemos que o texto não utiliza a expressão “abate humanitário”, mas nos introduz a uma ideia similar, de que os animais deverão ter sua integridade física e psíquica resguardada.

Porém, mostra-se superficial, prevendo uma necessidade de bem-estar animal muito escassa, uma vez que não detalha os procedimentos a serem adotados para que este bem-estar seja alcançado.

Ainda, preleciona que deverão ser editados Manuais com práticas específicas para cada espécie. Mas é certo que ao fazê-lo, deixa uma lacuna, já que não prevê em quanto tempo tais Manuais deverão ser confeccionados.

Ao deixar à vontade de outras pessoas, prejudica a padronização de procedimentos e atos para o alcance do bem-estar animal, até porque, assim, vão sendo criados outros decretos, Instruções e Manuais, cada um com suas peculiaridades e modo que acharem cabíveis, dificultando o acesso a uma legislação completa e que sane todas as dúvidas.

Contudo, ao prever que Manuais deverão especificar os procedimentos para bem-estar voltados a cada espécie, abre uma janela para que cada um desses Manuais sejam escritos de formas diferentes, em diferentes visões do que é o bem-estar.

Inclusive, percebemos que a introdução da ideia de bem-estar animal vem ocorrendo de forma gradual. Essa ciência do bem-estar surgiu em 1886 na Universidade de Cambridge, na Inglaterra e no Brasil chegou a partir de 1998 em algumas Universidades.

¹² Instrução Normativa nº 56, de 06 de novembro de 2008. **Dispõe sobre e o bem-estar animal.** Disponível em: <<http://extranet.agricultura.gov.br/sislegis-consulta/consultarLegislacao.do?operacao=visualizar&id=19205>> Acesso em 03 de setembro de 2013.

¹³ Instrução Normativa nº 56, de 06 de novembro de 2008. *ibidem*.

Neste diapasão, entendemos ser uma ciência nova, daí a precariedade de legislações acerca do tema, mas é de se apontar que se houvesse um texto legal que explicasse pormenorizadamente o que é o bem-estar animal e como deve ser alcançado, limitaria os Manuais a disporem sobre o abate propriamente dito, dispensando a incansável tarefa de explicar todos os verbetes, expressões e concepções do que é o referido bem-estar.

4.3 Comissão Técnica Permanente de Bem Estar Animal (CTBEA)

Instituída pela Portaria nº 524, de 21 de junho de 2011, essa Comissão é constituída por servidores do MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Trata-se de uma Comissão com participação de servidores de diversas áreas para atuar em vigilância agropecuária, inspeção de produtos e saúde animal, e para alcançar seus objetivos, a Comissão possui o apoio de diversos parceiros, tanto de entidades públicas, como privadas.

Como objetivo geral, a Comissão deve propor normas e recomendações técnicas para o bem estar animal, bem como promover a capacitação das pessoas envolvidas com a pecuária.

Ainda, apresentam o objetivo de formar convênios e parcerias com entidades para promover esse bem estar animal e boas práticas.

São divididas em regiões, para que haja representantes de cada região atuando diretamente na promoção do bem estar animal.

A formação dessa Comissão veio de diversas exigências, como por exemplo da União Europeia que se preocupa com o bem estar animal em um nível mais elevado do que nosso país.

A sede da CTBEA fica no Distrito Federal e possui representantes da WSPA, da Embrapa, Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), Departamento Nacional de Trânsito (Denatran), dentre outros.

O que se percebe é que a instituição desta comissão é inegavelmente um avanço, entretanto, sua criação foi mais pela exportação de carne do que a demanda interna.

Isto porque o Brasil é membro da OIE – Organização Mundial da Saúde Animal, e como exporta muita carne, deve se adequar às exigências dos países. Contudo, se adequando à essas exigências, como reflexo, temos manuais de boas práticas e maior treinamento dos funcionários que trabalham no abate, proporcionando bem estar ao animal que será atordoado e que irá absorver a demanda interna.

4.4 Programa Nacional de Abate Humanitário – STEPS

Este Programa, patrocinado pela ONG WSPA – Sociedade Mundial de Proteção Animal e com parceria do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, procura treinar inspetores veterinários que lidam diretamente com o abate de animais.

Com a capacitação, os inspetores terão um conhecimento aprofundado de como deve ser o abate, para que possam fiscalizar melhor e exigir mais dos frigoríficos, além de passar esse conhecimento para os estabelecimentos, proporcionando, assim, um bem estar animal maior aos animais que serão abatidos.

O objetivo também é de proporcionar um melhor manejo dos animais com menos agressividade, visando a melhoria da qualidade da carne. Trata-se da efetiva implementação da legislação brasileira e internacional, fazendo com que as boas práticas previstas saiam do papel e se tornem realidade.

O Programa produziu manuais e DVD's para implementação das práticas e passa por uma região de cada vez, ensinando os fiscais federais, estaduais e municipais.

Relatos deste Programa foram feitos, no sentido de que encontraram dificuldades no decorrer do programa, já que o desconhecimento sobre o bem estar animal é generalizado e inclusive, os próprios fornecedores dos equipamentos de insensibilização não demonstraram conhecimento técnico sobre o uso.

A partir da realização do treinamento, nota-se uma discrepante mudança, com o beneficiamento de milhares de animais.

Os equipamentos passam a ser constantemente mantidos, e todos os procedimentos são melhorados. Interessante que com este treinamento, o uso do bastão elétrico é diminuído. Não podemos dizer que é abolido, mas há uma sensível diminuição em seu uso, o que é uma grande conquista para os animais que entram no corredor de abate.

Os lugares físicos também são modificados, visando uma melhor contenção dos animais e melhor qualidade do abate.

Programas como esse são essenciais, não só por serem exigências de outros países para que a exportação de carne continue a crescer, mas para que os animais mantenham sua dignidade e sua sanidade mental e física até o último segundo de vida e para que o atordoamento seja correto, de forma que a inconsciência seja efetiva.

4.5 Julgados acerca do abate

Apesar de não termos muitas jurisprudências sobre o tema, algumas chamam atenção e merecem ser brevemente analisadas.

PROCESSUAL CIVIL. INTERDIÇÃO DE MATADOURO. DESRESPEITO A NORMAS AMBIENTAIS E SANITÁRIAS. RISCO A SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE. 1) Constatado que o matadouro não obedece as normas ambientais e sanitárias necessárias para o abate de animais, sua interdição é providência que se impõe necessária em face dos constantes riscos que se apresentam para a saúde pública e meio ambiente; 2) Agravo provido em parte¹⁴.

O presente acórdão, do Tribunal de Justiça do Amapá, mostra-se extremamente interessante, pois trata-se de um matadouro em situação lastimável, sem qualquer higiene, respeito ao animal e ao consumidor. Em fiscalização realizada, encontraram uma situação de caos, onde não há um espaço bem construído, não há banho de aspersão e a carne é separada no chão, em meio a cachorros e gatos. Os animais são abatidos por meio de marreta e pistola, meios retrógrados e que trazem sofrimento ao animal.

No mérito, assim colocou o relator:

Não acredito que a interdição só venha a aumentar ainda mais o problema, ante o fato de que o consumo de carne e o abate de animais se torne clandestino ou qualquer coisa assemelhado. Se essa não for a medida, estaremos aquiescendo com estado de caos implantado pela omissão, o que em nada contribui para a percepção de valores como dignidade e respeito à vida, aos semelhantes e ao meio ambiente. O progresso e o bem estar maior, aqui representado pelo gozo de inefável saúde, jamais poderão ser postergados, ao contrário, cuida-se de providência vital, de respeito e de dignidade, a qual, nada é permitido transigir e todos aqueles investidos da função de administrar devem estar conscientes¹⁵.

O presente voto demonstrou que a preocupação não é específica com o consumidor, mas também com o meio ambiente e os animais ali abatidos em situação lastimável.

Mesmo o matadouro afirmando que representava 60% de vendas de carne na região, a situação encontrada se sobrepôs, pois o desrespeito às leis e aos seres humanos e seres não humanos não poderia continuar, pois a saúde pública e o equilíbrio do meio ambiente se mostraram frágeis.

Outro julgado acerca do tema:

MANDADO DE SEGURANÇA - BUSCA E APREENSÃO - FERRAMENTAS DESTINADAS AO ABATE DE GADO BOVINO - CRIME CONTRA O CONSUMIDOR (LEI N.

8.137/90, ART. 7º, IX) - INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO NA ORIGEM (CPP, ART. 120) - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS. Não se conhece do mandado de segurança que objetiva revogar decisão que autorizou a busca e apreensão de materiais utilizados na prática de suposto crime contra o consumidor, porquanto tal irresignação se procede mediante incidente de restituição de coisa apreendida (CPP, art. 120)¹⁶.

O referido julgado, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, trata de uma situação também corriqueira, onde os instrumentos utilizados para abate do gado se mostram totalmente em desacordo com a regulamentação própria.

No caso concreto, a parte disse que não mais abatia bovinos, pois a fiscalização já havia feito muitas exigências. Mas em nova fiscalização encontraram 200 kilos de carne em um refrigerador desligado, o que configura crime contra o consumidor.

A lei citada na ementa, Lei nº 8.137/90 dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Em seu artigo 7º, inciso IX, assim dispõe:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

A partir deste acórdão e do artigo acima disposto, vemos que a mudança deve vir também do consumidor, pois o ser humano tem as ferramentas para ir contra o abate indigno e desrespeitoso. A lei nos ampara e ampara os animais. Se houvesse um maior conhecimento da população sobre a problemática do abate humanitário, teríamos uma evolução muito maior na área.

O julgado demonstra que a lei é aplicada, apesar de escassa as decisões sobre o tema, se evocarmos a legislação, ela estará pronta para ser aplicada. Aqui não foi uma exceção. Os instrumentos foram confiscados.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. **Agravo de Instrumento**. AG nº 1.994/2007. Decisão sobre interdição de matadouro. Relator: Desembargador LUIZ CARLOS, Julgamento: 30/10/2007, Câmara Única. Disponível em <<http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3675495/agravo-agv-199407/inteiro-teor-10896505>> Acesso em 28 de out de 2013.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. *Ibidem*.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Mandado de Segurança**. MS 175445 SC 2009.017544-5 Decisão sobre apreensão de instrumentos utilizados no abate bovino. Relator: Salete Silva Sommariva, Julgamento: 15/09/2009, Segunda Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6716120/mandado-de-seguranca-ms-175445-sc-2009017544-5>> Acesso em 28 de outubro de 2013.

A partir da breve análise das decisões acima, percebemos que apesar de escassas, as ações para proteção dos animais e dos consumidores existem, e que a mudança deve partir de nós.

A lei existe, mas para ser aplicada, não basta a fiscalização existente, pois muito pobre e frágil. Necessita-se da força dos consumidores em exigir implementação de mais fiscalização e de interdição dos matadouros clandestinos e com irregularidades. Pois a realidade é que não só os animais arcam com a negligência do estabelecimento, mas toda a população que fica sujeita à doenças advindas do manejo errado dos animais.

CONCLUSÃO

Como fartamente demonstrado no decorrente trabalho, o abate humanitário não é difundido de maneira ampla e o desconhecimento por parte da população é imenso.

Primeiro devemos entender que o abate humanitário não é de pronto para uma melhor qualidade da carne, mas sim para uma melhor qualidade de vida do animal. Ressalta-se que com este trabalho não se pretende impedir o abate dos animais, mas abrir os olhos ao inevitável: a dor deles é nossa responsabilidade.

Anatole Franco é assertivo ao dizer que *“enquanto não amarmos um animal, uma parte de nossa alma permanecerá adormecida”* (FRANCO, 2013.) Isto porque somos seres humanos, mas nem todos seres humanos possuem humanidade.

Enquanto não tentarmos enxergar o mundo pelos olhos de um animal, enquanto não retirarmos nossa capa da indiferença, animais continuarão a sofrer em corredores de abates.

Em matadouros clandestinos, o boi, pendurado por um gancho e com seu pescoço cortado, sente sua vida se esvaindo em uma poça de sangue. E quem disse que nós, seres humanos, temos o direito de suscitar essa dor? Não, nós certamente não temos. A indústria da utilidade e egoísmo é quem cria essa ilusão.

No manejo do gado, os detalhes são de extrema importância. Objetos metálicos que refletem direto nos olhos do boi, deixa-o desorientado. Pisos escorregadios os fazem sentir-se estressados. Agulhões elétricos causam dor. São uma sucessão de acontecimentos que trazem falha ao sistema do abate, queda da qualidade da carne e sofrimento ao animal.

A insensibilização, momento em que o boi ficará inconsciente para que a sangria aconteça, é um momento

crítico, pois se realizado de forma errada, o animal não ficará inconsciente e presenciará toda a dor de sua morte. E a questão não é tão somente não causar dor a esses animais, mas dar-lhes a dignidade de que são parte legítima.

Olhe dentro dos olhos de um animal e diga que não sente nada. Impossível essa afirmação. Aqueles olhos escondem o mistério e o evidente: há uma vida ali, com sentimentos, dores e alegrias.

Quanto à proteção do gado, as diversas áreas do direito se apresentam importantes, pois o Direito Ambiental vem tratar dos direitos dos animais e do meio ambiente; o Direito do Consumidor trata da legislação que os indivíduos tem em mãos para exigir um abate limpo, higiênico, seguro e indolor e a Lei de crimes ambientais fora criada para isto. Não seguir as regras impostas e causar sofrimento aos animais é crime e quem o faz deve ser punido.

O Direito Administrativo nos garante com fiscalização e elaboração de Autos de Infração, a fim de penalizar administrativamente quem desobedece a legislação e o Direito Constitucional prevê o direito a um meio ambiente equilibrado e a proteção dos animais.

Assim, há um conjunto de leis, que de certa forma, constroem um ambiente propício aos animais, mas cabe a nós implantá-lo, já que os Decretos e Instruções Normativas existentes, tentam, talvez de maneira desesperada, procurar proteger os animais quando do abate, mas se mostram completamente frágeis.

Os estados brasileiros formulam legislações acerca do tema, mas as normas não se mostram suficientes e demonstram que o abate é colocado como algo subjetivo, a mercê do que cada estado entende ser correto.

Não há uma legislação coerente e uníssona. O que vemos são lacunas e falta de harmonia entre todas estas leis. Cada dispositivo tenta impor uma regra que é constantemente violada, e as inspeções e fiscalizações previstas não são realizadas de maneira efetiva, porquanto temos poucos inspetores e pouca vontade de melhorar.

Mais fácil seria se ao invés de vários regramentos, tivéssemos uma só lei, completa e bem delineada, que explicasse o que é o abate humanitário e o previsse efetivamente, com a utilização de sua expressão.

Uma lei que dispusesse sobre como deve ser o manejo do animal para o abate, suas peculiaridades, detalhes, noções e que instituisse uma fiscalização realmente ativa, com pessoas preparadas a lidar com o abate e com vontade de proteger os animais.

Desta forma, não teríamos tantas leis esparsas e vazias. Não teríamos a necessidade de se criar uma

legislação a cada assunto esquecido de ser tratado.

Falta vontade de atender aos bichos. Falta consideração para com eles. Se possuímos um Código Penal tão completo para proteger a vida e o patrimônio do ser humano, por que não podemos ter uma legislação eficaz na proteção dos animais e disposição sobre um abate verdadeiramente humanitário?

Trata-se de um ecossistema perfeito, completo e necessário para cada espécie animal, tanto racional como irracional. Desta forma, se descuidamos do meio ambiente, não afetamos ele, e sim a nós mesmos, pois somos parte dele.

O ensinamento de amar ao próximo ainda é um ensinamento, pois não é seguido por todos. E se o Homem tem dificuldade de amar seu semelhante, daí a dificuldade de amar um animal ou ao menos se sensibilizar com sua situação.

O abate humanitário não é nenhum favor que fazemos aos animais e ao gado em específico, é um dever! Trata-se de proporcionar ao boi o que já é seu de direito: dignidade e uma passagem pelo mundo sem sofrimento. Eles são sujeitos de direito, e não objeto.

As lacunas existentes em nossa legislação devem ser sanadas, e de preferência, em uma legislação única, capaz de atender à todas as regiões e a todas espécies de animais destinados ao consumo.

A perspectiva é de que em breve melhoraremos esta situação frágil que encontramos, pois mudanças sempre acontecerão, como a consulta pública sobre mudança da Instrução Normativa nº 3 de 2000, que deverá ser atualizada.

Mesmo que as mudanças e melhorias sejam lentas, cada passo dado será uma conquista e uma vitória. As ONG's de proteção aos animais é de importância intrínseca para impulsionar essas mudanças. São elas que mais cobram melhorias e que mais lutam pelos animais.

Temos muito o que melhorar e temos muitos que enxergam isso. É o despertar da humanidade para o que já deveria ser uma obrigação: o abate humanitário do gado.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de CNBB. 12 reed. São Paulo: Editora Canção Nova.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum OAB e concursos. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Mandado de Segurança**. MS 175445 SC 2009.017544-5 Decisão

sobre apreensão de instrumentos utilizados no abate bovino. Relator: Salete Silva Sommariva, Julgamento: 15/09/2009, Segunda Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6716120/mandado-de-seguranca-ms-175445-sc-2009017544-5>> Acesso em 28 de outubro de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. **Agravo de Instrumento**. AI nº 1.994/2007. Decisão sobre interdição de matadouro. Relator: Desembargador LUIZ CARLOS, Julgamento: 30/10/2007, Câmara Única. Disponível em <<http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3675495/agravo-agv-199407/inteiro-teor-10896505>> Acesso em 28 de out de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Agravo de Instrumento**. AI 2012211330 SE. Decisão sobre interdição de matadouro municipal. Relator: Des. Cláudio Dinart Déda Chagas. Julgamento: 28/08/2012, 1ª Câmara Cível. Disponível em: <<http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22315615/agravo-de-instrumento-ai-2012211330setjse/inteiro-teor-22315617>> Acesso em 28 de outubro de 2013.

CADAVEZ, Lília Maria Vidal de Abreu Pinheiro. **Crueldade contra os animais**: uma leitura transdisciplinar à luz do sistema jurídico brasileiro. 32p. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/5161/3785>> Acesso em 10 de setembro de 2013.

D'ÁVILA, Ana Karine Gurgel. RIBEIRO, Wesley Lyeverton. **Abate dito "humanitário" e o que diz a legislação brasileira**. 6p. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/abateditohumanitrioeequedizalegisla_obrasileira.pdf> Acesso em 05 de setembro de 2013.

Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Bruxelas: 27 de janeiro de 1978. 3p. Disponível em: <<http://www.propq.ufscar.br/comissoes-de-etica/comissao-de-etica-na-experimentacao-animal/direitos>> Acesso em 26 de outubro de 2013.

Decreto Nº 39.972, de 17 de fevereiro de 1995. **Estabelece normas para o abate**. Disponível em: <<http://www.defesaagropecuaria.sp.gov.br/www/legislacoes/popup>

[php?action=view&idleg=312](http://www.defesaagropecuaria.sp.gov.br/www/legislacoes/popup.php?action=view&idleg=312)> Acesso em 03 de setembro de 2013.

- FRANCO, Anatole. **Frases sobre animais**. Disponível em: <<http://pensebicho.org/frases.php>> Acesso em 28 de outubro de 2013.
- GREGORY, Neville G. GRANDIN, Temple. **Animal Welfare and Meat Science**. New York: Cabi Publishing, 1998.
- Instrução Normativa nº 3, de 17 de janeiro de 2000. **Dispõe sobre regulamento técnico de métodos de insensibilização para o abate humanitário de animais de açougue**. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/Ministerio/concursos/em_andamento/instrucoes%20normativas/INT%20003%2017%2001%202000%20ABATE%20HUMANIT%25CIRIO%20ANIMAIS%20DE%20ACOUGUE.do> Acesso em 29 de agosto de 2013.
- Instrução Normativa nº 56, de 06 de novembro de 2008. **Dispõe sobre e o bem-estar animal**. Disponível em: <<http://extranet.agricultura.gov.br/sislegis-consulta/consultarLegislacao.do?operacao=visualizar&id=19205>> Acesso em 03 de setembro de 2013.
- Lei nº 7.705, de 19 de fevereiro de 1992. **Estabelece normas para o abate de animais para consumo**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7705-19.02.1992.html>> Acesso em 10 de outubro de 2013.
- Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm> Acesso em 28 de outubro de 2013.
- LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos Animais**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004.
- MEDEIROS, Luiza Fontoura de. **Direito dos Animais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.
- Ministério da Agricultura, Agropecuária e Abastecimento. **Programa Nacional de Abate Humanitário**. 35p. Disponível em: <http://www.workshopdebemestaranimal.com.br/palestras/jose-rodolfociocca_programa-nacional-de-abate-humanitario-steps.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2013.
- NEVES, Julia Eumira Gomes. **Influências de métodos de abate no bem-estar e na qualidade da carne de bovinos**. Jaboticabal, 2008. 69p. Tese (Mestrado em Zootecnia). Faculdade de Ciências Agrárias e Veterinárias. Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”. Jaboticabal, 2008.
- PEREIRA, Angélica Simone Cravo. **Manejo pré-abate e qualidade da carne**. Pirassununga, 2006. 6p. Dissertação (Graduação em Zootecnia). Faculdade de Zootecnia e Engenharia de Alimentos, Universidade de São Paulo. Pirassununga, 2006. Disponível em: <<http://cloud.cnpqg.embrapa.br/bpa/files/2013/02/Manejo-pre-abate-e-qualidade-da-carne.pdf>> Acesso em 06 de setembro de 2013.
- ROÇA, Roberto de Oliveira. **Conferência Virtual Global sobre Produção Orgânica de Bovinos de Corte**. Abate Humanitário de Bovinos, 2002. Botucatu. Anais... 15p. Disponível em: <<http://www.cpap.embrapa.br/agencia/congresso/virtual/pdf/portugues/02pt03.pdf>> Acesso em 05 de julho de 2013.
- RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. **Legitimação dos Direitos Animais**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Custos Legis. 36p. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Diogo.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2013.
- SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O Pequeno Príncipe**. ed. 48. Rio de Janeiro: Editora Agir, 2000.
- SOTA, Marcelo Daniel de la. **Informes técnicos**. Manual de Procedimientos Bienestar Animal. Buenos Aires, 2004. 39p. Disponível em: <http://www.produccionbovina.com/etologia_y_bienestar/bienestar_en_general/06manual_procedimientos_bienestar_animal.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2013.
- TEMPLE GRADIN. Produção de Mick Jackson. Estados Unidos: HBO Films, 2010. DVD (107min.), son., color. Legendado. Port.
- WSPA. **Eutanásia**. 36p. Disponível em: <http://www.wspalatinamerica.org/Images/Módulo%2020%20Eutanasia_tcm24-20787.pdf> Acesso em 08 de outubro de 2013.

RESUMO

O artigo analisa a extrafiscalidade no Direito Ambiental, sendo essa capaz de coibir ou incentivar comportamentos em prol do ecossistema. Será exposto desde as primeiras legislações até questões problemáticas enfrentadas na contemporaneidade, atinentes ao meio ambiente.

Palavras-chave: Extrafiscalidade; Direito Ambiental; Meio Ambiente; Ecossistema; Políticas Públicas.

EXTRAFISCALITY ON ENVIRONMENTAL LAW

ABSTRACT

This study aims to analyze the extrafiscality in Environmental Law, this being able to curb or encourage behaviors towards ecosystem. Esporemos since the first legislation to problematic issues faced in the contemporary world, which is increasingly concerned with the shows discipline.

Keywords: Extrafiscality; Environmental Law; Environment; Ecosystem; Public Policy.

SUMÁRIO. Introdução. 1. Do Meio Ambiente. 2. Das Políticas Públicas. 2.1 Políticas Públicas no Meio Ambiente. 3. Extrafiscalidade. 3.1 Extrafiscalidade no Direito Ambiental.

INTRODUÇÃO

A disciplina ambiental ganha na atualidade cada vez mais notoriedade por parte da mídia, essa sabe que o clamor social vai ao sentido de frear as inúmeras violências cometidas em detrimento do patrimônio ambiental, vislumbradas desde quando a República Federativa do Brasil vivia o regime Imperial.

Com a evolução das legislações, de 1605 quando surgiu à primeira, Regimento Pau Brasil, até a Constituição da República de 1988, percebe-se o progresso da defesa do Meio Ambiente em nossos ordenamentos, vez que aquela tinha como escopo central apenas a proteção das florestas, enquanto esta outorga a qualidade de cláusula pétrea ao direito de se ter um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

* Graduado em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUML).

Desse modo, para viabilizar a tutela do ecossistema, a Carta Maior conferiu responsabilidade comum a todas as esferas de governo quanto à disciplina do Meio Ambiente. Assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem se utilizar de políticas públicas para garantir o respeito aos postulados constitucionais de defesa Ambiental, especialmente os da preservação e do desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, o Estado, pelo poder de tributar, consegue intervir na economia. Mediante a função extrafiscal dos tributos garante a prática de comportamentos em benefício do ecossistema, que quando desrespeitadas implicam em multas pecuniárias de altíssimos valores e até mesmo crimes ambientais.

Como decorrência dessa intervenção no mercado financeiro, nasce ainda uma discussão, afinal, o fato de o Estado manipular a economia no sentido da prática de determinada conduta, que quando praticada garante benefício àquele que a praticou, trata-se de incentivo fiscal ou efeito extrafiscal?

Pretendemos afastar qualquer margem de dúvida acerca de incentivos fiscais e extrafiscalidade tributária ambiental, justamente por ser pela última que os governantes manipulam práticas, comissivas ou omissivas, podendo punir displicentes dessas, diferindo-se dos incentivos fiscais, vez esse ter como premissa uma ação comissiva, ou seja, fazer algo e então ser beneficiado.

1. DO MEIO AMBIENTE

A responsabilidade ambiental, prevista na constituição e leis esparsas, poderá, a depender do dano causado, recair em uma das três existentes em matéria de direito: civil, penal ou administrativa.

Todavia, em quem recai essa responsabilidade?

Nosso ordenamento pátrio, ao menos neste sentido, optou em dar uma grande abrangência à responsabilização por danos ambientais, vez que tanto pessoa física como jurídica são legitimadas para responder pelos efeitos negativos que causem em face do meio ambiente.

Vejamus a previsão do artigo 225, parágrafo 3^a, da Constituição Federal: “As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar o *dano*”.

Certo de que a Constituição não mencionou qual espécie de responsabilidade adotada: objetiva ou subjetiva. Lei infraconstitucional se preocupou com o tema, definindo-a como objetiva, conforme artigo 14, parágrafo 1^a, da Lei número 6.938, de 31 de agosto de 1981:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Quanto ao tema, pondera Édis Milaré na sua obra de Direito do Ambiente:

Coube à Lei 6.938, de 31.08.1981, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente – ciente de que a atividade ruínosa do poluidor corresponde a uma indevida apropriação pessoal de bens de todos -, dar adequado tratamento à matéria, substituindo, decididamente, o princípio da responsabilidade subjetiva, fundamentado na culpa, pelo da responsabilidade objetiva, fundamentado no risco da atividade. (MILARÉ, 2009. p.954).

Exposta sucinta pincelada ao tema, não há dúvidas que ao adotar a teoria objetiva quanto aos danos ambientais, quis o legislador facilitar a punição dos infratores ambientais.

Insurge, pois, mais uma problemática ao nosso trabalho, qual seja, o que venha a ser dano ambiental?

Na definição de Paulo de Bessa Antunes (ANTUNES, 2013, p.539): “[...] é a ação ou omissão que prejudique as diversas condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permita, abrigue e reja a vida, em quaisquer de suas formas”.

Ressalta-se como outro ponto importante na responsabilização dos autores de danos ambientais, a Teoria da Dupla Imputação, consagrada no artigo 225, parágrafo 3^a, da CF. De acordo com a teoria tanto pessoa física como jurídica podem figurar no polo passivo das demandas criminais onde o meio ambiente for a vítima, todavia, nunca poderá somente a pessoa jurídica figurar sozinha no processo judicial, diferentemente da pessoa física, que por sua vez pode ser processada mesmo que solitária.

Por sua vez, a Preservação ambiental, consagra-se como mais um dos princípios propriamente ditos do Direito Ambiental, embora não citada na abordagem dos postulados ambientais, afigura como de suma importância em nossa dissertação.

Na atualidade são desenvolvidos diversos programas com fins de preservação ambiental. Variando

desde simples campanhas voluntárias nas escolas, públicas ou particulares, até na reutilização de matérias primas pelas grandes empresas, como por exemplo, o caso do papel.

Importante esclarecer, que além de campanhas em prol da preservação ambiental, o Estado oferece um conjunto de medidas normativas destinadas a punir infratores deste verdadeiro postulado do Direito Ambiental chamado de Preservação.

A exata compreensão do tamanho da importância que a Preservação Ambiental exige, é demonstrada quando nos deparamos com as monstruosas multas imputadas sobre aqueles que descumprem as medidas administrativas ou judiciais impostas pelo Estado, o qual, em última análise, é obrigado a defender os interesses da coletividade, sendo impossível que se imagine a defesa dos direitos coletivos sem a utilização de medidas coercitivas.

No mais, torna-se impossível falar de preservação sem se deparar com a problemática do desenvolvimento sustentável, esse que nas palavras do engenheiro e ambientalista, Professor Carlos Gabaglia Penna, é abordado da seguinte maneira:

O desenvolvimento sustentável exige da sociedade que suas necessidades sejam satisfeitas pelo aumento da produtividade e pela criação de oportunidades políticas, econômicas e sociais iguais para todos. Ele não deve pôr em risco a atmosfera, a água, o solo e os ecossistemas, fundamentais à vida na Terra. O desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual o uso dos recursos, as políticas econômicas, a dinâmica populacional e as estruturas institucionais estão em harmonia e reforçam o potencial atual e futuro para o progresso humano. Apesar de reconhecer que as atividades econômicas devem caber à iniciativa privada, a busca do desenvolvimento sustentável exigirá, sempre que necessário, a intervenção dos governos nos campos social, ambiental, econômico, de justiça e de ordem pública, de modo a garantir democraticamente um mínimo de qualidade para todos.

Contudo, o desenvolvimento sustentável, por enquanto, é apenas um conceito, uma formulação de objetivos, e tem sido incluído, cada vez mais, na retórica desenvolvimentista, os discursos dos que pregam o crescimento econômico constante. É um novo instrumento de propaganda para velhos e danosos modelos de desenvolvimento. Por isso, o desenvolvimento sustentável corre o risco de tornar-se uma quimera. (MILARÉ, 2009. p.66).

Inimaginável um futuro com qualidade de vida sem a devida observância da preservação ambiental, ligando-se essa intimamente ao desenvolvimento sustentável, conforme bem explicitado acima. Porém, para que se garanta uma

real tutela ao futuro das próximas gerações, o Estado obrigatoriamente deve intervir mediante ações públicas para consagração dos postulados ambientais.

2. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Poder Público e sociedade, segundo postulado Constitucional, são os atores responsáveis pela qualidade ambiental no Brasil. Entretanto, para que se alcance esse objetivo utópico, a utilização de políticas públicas torna-se flagrantemente indispensável, especialmente por ter como fim os interesses da atual e futura geração.

Desse modo, ao elaborar políticas que visem os interesses da população, dentre elas, as ambientais, a Administração Pública cumpre com a finalidade dos atos administrativos, sendo esses obrigados a atenderem, em última análise, a Supremacia do Interesse Público.

Cumprir destacar, que há falta de observância dos interesses da coletividade na feição de políticas públicas, acarretará, irremediavelmente, na nulidade do ato praticado pelo ente estatal. Devendo, nessa situação, serem cessados todos os efeitos gerados pelo ato, reconhecendo-se sua invalidade.

Antes de tudo, vejamos uma definição para o que venha a ser Política.

Édis Milaré nos ajuda nesse entendimento: “Na força de seu étimo,” política” é o ordenamento de práticas ou ações para que sejam alcançados os fins estabelecidos pelos cidadãos da polis no intuito de realizar o bem comum” (MILARÉ, 2009. p. 299).

Consoante breve definição acerca de Política do renomado jurista, sobressai para o Estado à obrigatoriedade de ações voltadas ao bem estar social. Pode ser compreendidas como políticas que atendam ao bem estar da sociedade, aquelas referentes: a educação, saúde, emprego, transporte, moradia, cultura, lazer, dentre outras.

Notadamente, é o poder Executivo, aquele que deve se preocupar de modo mais incisivo com a problemática desenvolvida pelo sistema altamente burocrático do legislativo brasileiro.

Como resultado do excesso de formalismo, deve a administração não somente atentar-se com execução das leis, mas consagrar junto a elas, programas e incentivos que facilitem sua eficácia junto da sociedade.

As políticas públicas funcionam quando corretamente implementadas e aparelhadas, exatamente por serem dotadas de instrumentalidade, perfazendo um grande mecanismo para a manipulação de programas voltados ao clamor social.

Segundo Eduardo Appio:

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos. (APPIO. Apud. COUTINHO, 2008, p. 6).

Bem diferente da época do pensamento do Estado Liberal, onde em síntese, existia-se uma ideia da mínima participação do Estado na sociedade, nos dias atuais, reconhece-se que deve sim existir a participação estatal junto da sociedade. De modo que ao criar políticas de interesse público, na medida em que essas atingem sua eficácia, haverá uma diminuição, mesmo que sucinta, das grandes desigualdades existentes em qualquer País, em especial quando esses forem caracterizados pelo Capitalismo.

No entanto, embora exista previsão constitucional e diversas leis ordinárias, um dos grandes problemas, senão o maior deles, para a efetivação dessas políticas, consiste na falta de aparelhamento para uma fiscalização adequada do Meio Ambiente.

Um grande aliado na efetividade das políticas públicas é o Poder Judiciário, o qual, embora não seja *a priori* legitimado para criação de normas ou execução e elaboração de programas com fins sociais, pode exercer um verdadeiro poder estratégico, justamente por ser o responsável em assegurar que as políticas públicas sejam democráticas e respeitem os direitos fundamentais impostos pela nossa Carta Maior.

Zenildo Bodnar assevera:

A dogmática processual tradicional construída apenas para resolver conflitos individuais, também não equaciona com eficácia as ofensas aos bens ambientais. Deve o Estado constitucional ecológico facilitar o acesso do cidadão à justiça ambiental não apenas criando novos instrumentos de defesa, mas principalmente conferindo uma interpretação adequada aos instrumentos processuais já existentes como da Ação Civil Pública e a Ação Popular, para conferir-lhes a verdadeira amplitude e potencialidade (BODNAR. Apud. COUTINHO, 2008, p. 8).

Ao reconhecer a importância de uma participação efetiva do poder judiciário no processo de observância e cumprimento das Políticas Públicas, Gilson de Azevedo Coutinho, dispõe:

Quando ocorrer omissão, negligência, descuido, esquecimento do Poder Legislativo e Executivo em obedecer à diretriz constitucional de concretização dos direitos fundamentais, é imprescindível o controle judicial das Políticas Públicas através do Poder Judiciário. (COUTINHO, 2008, p. 16).

Todavia, para se valer de uma real tutela judiciária, a Constituição garantiu remédios constitucionais à sociedade. De modo que esses remédios possam ser utilizados em face de possíveis injustiças ou inércias dos outros poderes, legislativo e executivo.

A participação popular no poder judiciário é vista quando a coletividade se utiliza de um dos seguintes remédios constitucionais: I) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (arts. 102, I, a, 103 e 125, parágrafo 2.º); II) ação civil pública (art. 129, III, c/c o parágrafo 1.º); III) ação popular constitucional (art. 5.º, LXXIII); IV) mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX); e V) mandado de injunção (art. 5.º, LXXI).

Vale mencionar que as “Políticas Ambientais” não podem ser confundidas com a Política Nacional do Meio Ambiente, vista que essa foi editada pela Lei 6.938/1981, e prevê a implementação de uma política nacional do Meio Ambiente. Destaca-se a doutrina de MILARÉ novamente como boa referência:

Por outro lado, fala-se da “Política do Meio Ambiente” ou, ainda, de “políticas ambientais”. Nenhuma das expressões deve ser confundida com a Política Nacional do Meio Ambiente, editada com a Lei 6.938/1981, que estabelece as grandes diretrizes (princípios, objetivos, instrumentos) para a implementação efetiva de uma política nacional que transcenda a administração meramente local ou setorial do meio ambiente.[...] (MILARÉ, 2009, p. 298).

Contudo, embora não seja a mesma coisa, uma não exclui a outra, vez que a Lei de 1981 foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, sendo aquela uma importante ferramenta para a aplicação das próprias políticas ambientais manejadas como objetivos do Estado de Direito.

2.1 Políticas Públicas no Meio Ambiente

A Carta Maior emana ao Estado dois deveres para com o Meio Ambiente: tutela e preservação. Ambos são elencados nos incisos do parágrafo 1º, do artigo 225. Vejamos tal dispositivo:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à

pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Quando a constituição impôs como obrigação do Estado o dever de defender e preservar o meio ambiente, foi reconhecido pelo legislador há necessidade de uma conjugação de ações por todos que estão dentro do Poder Público, independente da esfera de governo ou sua modalidade.

Essa conjugação de esforços, indubitavelmente, é alicerçada na competência comum administrativa, distribuição de responsabilidade em matéria ambiental pela Constituição aos Entes Federados, ou seja, tanto o Município, como o Estado e também União, devem se preocupar com matérias de cunho ambiental, conforme disciplina o artigo 23: “VI proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII preservar florestas, a fauna e a flora”.

Nas palavras de Édís Milaré: “trata-se de” ações conjugadas” porque não são excludentes, ao contrário, somam-se; uma não espera pela outra, ambas devem concretizar-se onde e quando for necessário o tratamento do meio[...]”.

MILARÉ, em sua obra, *Direito do ambiente*, cita exemplos de processos ecológicos essenciais:

[...] podemos considerar como processos ecológicos essenciais: fixação, transformação, transporte e utilização de energia; produção, transporte, transformação e utilização de matérias várias; biodegradação de rejeitos; restituição aos corpos receptores (ar, água e solo) de suas condições e qualidades naturais; propagação e aperfeiçoamento das formas de vida num sentido evolutivo e de seleção natural; e, num sentido mais amplo, o estabelecimento de condições adequadas à perpetuação e ao aper-

feioamento da espécie humana, sobretudo no que ela tem de específico – a racionalidade e seus valores espirituais -, uma vez que o ser humano, tanto individual como socialmente, é parte integrante do mundo natural e do meio ambiente e, no ecossistema planetário, produz cultura, conjunto de valores e práticas que determinam as inter-relações Homem-Natureza. (MILARÉ, 2009. p. 158).

Quando consagra a competência comum em matéria ambiental, pelo menos na teoria, quis a Constituição Cidadã facilitar a criação de instrumentos capazes de garantir a sustentabilidade ambiental, justamente por dotar de legitimidade qualquer uma das esferas de governo do Poder Público.

Uma correta definição para competência torna-se importante, sendo essa dotada de grande valor em nosso ordenamento pátrio, tamanho destaque conferido pela Carta Magna ao seu objeto.

Para ANTUNES (2005, p. 88) “a competência comum, portanto é uma imposição constitucional para que os diversos integrantes da Federação atuem em cooperação administrativa recíproca, visando a resguardar os bens ambientais.”

Ao garantir a corresponsabilidade na tutela do ecossistema, todas as esferas de governo passaram a ter que se preocupar com a preservação ambiental. Correto?

No plano abstrato, sem dúvidas, a resposta para essa indagação é sim! Porém, o que se observa é inúmeras escusas de responsabilidade entre os entes federados.

Sozinho o Governo sabe que nunca atingirá eficácia na tutela ambiental, uma vez que depende de todos os indivíduos da sociedade para alcançar o máximo de efetividade, sendo essa a principal interessada.

Certo da necessidade de se existir uma conjugação de esforço entre poder público e coletividade, dispõe Luís Paulo Sirvinskas:

A responsabilidade pela preservação do meio ambiente não é somente do Poder Público, mas também da coletividade. Todo cidadão tem o dever de preservar os recursos naturais por meio dos instrumentos colocados a disposição pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. (SIRVINSKAS, 2002. p.45).

Configurada a necessidade de garantia da máxima efetividade na tutela ambiental, a Administração Pública, respeitando um de seus postulados explícitos, qual seja, eficiência, começa a desconcentrar ou ainda descentralizar suas atividades, mediante a criação de órgãos e estruturas indiretas voltadas para a fiscalização da preservação e do desenvolvimento sustentável ambiental.

Dessa forma, ao garantir alto grau de especialidade aos agentes fiscalizadores das políticas ambientais, devido à criação de órgãos específicos, o Estado facilita na manipulação dos instrumentos cogentes que possui em mãos, especialmente vislumbrado no Poder de Polícia da Administração Pública.

Cumpra ressaltar a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA – Lei nº 6.938/81), a qual representou um marco na tutela ambiental, vez que seu conteúdo abordava a implantação de diversas ações voltadas ao meio ambiente, dentre elas, por exemplo, a criação de órgãos voltados à preservação ambiental.

Com a criação da PNMA, houve uma revolução no pensamento ambiental, tendo refletido diretamente na criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), o qual é composto pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e ainda órgãos executivos sejam na esfera estadual ou na federal.

Também é de suma importância citar o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), que detém a responsabilidade na preservação e conservação do patrimônio natural, sendo competente para elaboração de estudos e licenças ambientais.

Revela-se na atualidade, grande atenção de ordem legal ao Meio Ambiente, graças aos inúmeros agentes criados com propósitos ambientalistas. No entanto, a contrário senso, inexistente medida de ordem prática suficiente a garantir uma eficácia já apreciada no plano formal de proteção ambiental.

Fica claro estar nas mãos do homem a responsabilidade pela sustentabilidade do planeta, vez que ele o único dos seres dotado de habilidade para que através de suas ações, consiga romper o equilíbrio produzido de maneira espontânea pela ligação das forças da natureza, modificando instrumentos reguladores, os quais em condições normais, mantêm ou renovam os recursos naturais, garantindo a vida na Terra. (MILARÉ, 2009. p. 171).

3. EXTRAFISCALIDADE

Para conseguir a realização dos seus objetivos, esses especialmente contemplados nas políticas públicas, o Estado utiliza-se do seu poder de tributar, de modo que amparado pelo interesse público venha a ser um verdadeiro protagonista do interessante mercado financeiro.

Um conceito para Direito Tributário torna-se indispensável, vez que o poder de tributar é uma das “células” desse ramo jurídico.

Segundo Hugo de Brito Machado, Direito Tributário

trata-se do: “ramo do Direito que se ocupa das relações entre o fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder.” (MACHADO, 2008. p.49).

A doutrina reconhece que estamos diante de um Direito de cunho protetivo, sendo um importante limitador aos possíveis abusos estatais, especialmente por impor princípios e normas ao fisco de observância obrigatória na hora de sua atuação. Os postulados da legalidade e anterioridade são os alicerces que vedam a imposição de tributos abusivos.

Desse modo, por pertencer ao ramo público, possui dois grandes objetivos: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado; e a indisponibilidade do interesse público.

Impossível tratar desse ramo do direito público, sem uma definição para o que venha a ser tributo, seu principal objeto. Em vista de sua natureza, a qual é vislumbrada principalmente no princípio da Legalidade, nos socorremos do próprio texto legal.

Dispõe o artigo 3º do CTN: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Já Luciano Amaro define tributo como: “a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”. (AMARO, 2012. p.8).

Vale mencionar que ao analisar o conceito de Tributo dado pela lei, observa-se a expressão “que não constitua sanção de ato ilícito”, a qual afasta a possibilidade do tributo ser encarado como punição, pois ele decorre de um fato gerador distinto da natureza sancionatória inerente da multa.

Para Kiyoshi Harada:

A multa administrativa, também, compõe o quadro de receitas públicas. É sanção pecuniária aplicada pela Administração Pública aos administrados em geral, em casos de inobservância da ordem legal, aí compreendidas as disposições regulamentares e de organização dos serviços e bens públicos. [...]. (HARADA, 2010. p.51).

Também é necessário um destaque ao forte laço que une o Direito Tributário ao Constitucional, pois aquele em seu conteúdo resguarda as garantias individuais que são cláusulas pétreas.

Kiyoshi Harada esclarece a respeito: “Desse modo, tem relação direta com o Direito Constitucional por

representar o tronco da Árvore Jurídica donde se originam todos os ramos jurídicos” (HARADA, 2010. p.292).

Grande exemplo é a limitação ao poder de tributar, que impõe regras ao fisco, garantindo aos contribuintes direitos, como os de não ser surpreendido com a cobrança de novos tributos ou então esses majorados sem a espera de no mínimo noventa dias, salvo raras exceções.

Acerca disso, assevera Ricardo Alexandre:

A Carta Magna estatui as principais limitações ao exercício da competência tributária, mas não necessariamente todas. Isto é percebido pela simples leitura do art. 150 da CF. O dispositivo inaugura a Seção denominada “Das limitações do poder de tributar”, deixando claro que as garantias que estatui existem “sem prejuízo de outras (...) asseguradas ao contribuinte”. (ALEXANDRE, 2012, p.76).

Em relação ao poder de tributar, Machado assevera que: “O poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta”. (MACHADO, 2008, p.29).

Todavia, como intervir no mercado econômico?

Historicamente é possível a afirmação de ter o tributo função predominantemente fiscal. Desse modo, devido a essa qualidade, eles possuem como grande objetivo enriquecer o bolso da administração, fomentando a máquina estatal, sem existência de destinação vinculada à arrecadação ou finalidade especial.

Pondera Ricardo Alexandre: “O tributo possui finalidade fiscal quando visa precipuamente a arrecadar, carrear recursos para os cofres públicos. São os casos do ISS, do ICMS, do IR e de diversos outros.” (ALEXANDRE, 2012, p. 68).

Contudo, nasce com a idade contemporânea um pensamento voltado também para outra função dos tributos, a extrafiscal, sendo justamente por meio dessa função atípica que o Estado consegue protagonizar no mercado econômico.

Em vista do caráter extrafiscal, como moderna função dos tributos, o Governo começa a manipular os laços do mercado econômico e não mais apenas fomentar atividades estatais, deixando de ser um mero arrecadador de receitas. Sobressai para o direito a chamada extrafiscalidade tributária.

A respeito da extrafiscalidade, acentua Geraldo Ataliba:

Consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para a obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados. (ATALIBA, Apud. BELAVILAQUA, 2013, p.18).

No mesmo sentido, define Ricardo Alexandre: O tributo possui finalidade extrafiscal quando objetiva fundamentalmente intervir numa situação social ou econômica. São os casos, entre outros, dos impostos de importação e exportação, que, antes de arrecadar, objetivam o controle do comércio internacional brasileiro, podendo, às vezes, servir de barreira protetiva da economia nacional e outras de estímulo à importação ou exportação de determinada espécie de bem. (ALEXANDRE, 2012, p. 68).

Vale mencionar a existência de tributos que possuem arrecadação e finalidades específicas, como é o caso da Taxa, a qual é paga justamente porque a administração presta um serviço específico e divisível ao contribuinte.

Por excelência, o tributo que não possui nenhuma destinação ou finalidade específica é o imposto, sendo esse o principal arrecadador pecuniário de um Estado como o Brasil.

Já em relação aos impostos, em especial, ressalta-se o fato de ser a própria Constituição da República responsável por dizer qual dos entes federados, União, Estado ou Município, será o incumbido de instituí-lo. Essa repartição de atribuições é denominada como competência privativa.

Há ainda mais uma função para os tributos, denominada de parafiscal. Destaca o Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Pernambuco, Ricardo Alexandre, em relação à função parafiscal dos tributos:

O tributo possui finalidade parafiscal quando a lei tributária nomeia sujeito ativo diverso da pessoa que a expediu, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos arrecadados para o implemento de seus objetivos. Como exemplo, podem ser citadas as contribuições previdenciárias que, antes da criação da secretaria da Receita Previdenciária, eram cobradas pelo INSS (autarquia federal), que passava a ter, também, a disponibilidade dos recursos auferidos. Tem-se aí a finalidade parafiscal da tributação. (ALEXANDRE, 2012, p. 68).

No entanto, é a finalidade extrafiscal, que insurge como grande instrumento em poder do Estado na manipulação das suas pretensões em prol do interesse e da supremacia da coletividade, contribuindo na implantação de políticas públicas.

Desse modo, mediante a natureza tributária extrafiscal, os administradores conseguem incentivar ou coibir pessoas a terem comportamentos atinentes aos postulados constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal possui posicionamento no sentido da função extrafiscal dos tributos, onde ele mostra que em algumas situações pode existir a prevalência dessa função em face dos próprios princípios do direito tributário.

Vejamos o seguinte julgado:

Ao instituir incentivos fiscais a empresas que contratam empregados com mais de quarenta anos, a Assembleia Legislativa Paulista usou o caráter extrafiscal que pode ser conferido aos tributos, para estimular conduta por parte do contribuinte, sem violar os princípios da igualdade e da isonomia. Procede a alegação de inconstitucionalidade do item 1 do § 2º do art. 1º, da Lei 9.085, de 17/02/95, do Estado de São Paulo, por violação ao disposto no art. 155, §2º, XII, g, da Constituição Federal. Em diversas ocasiões, este Supremo Tribunal já se manifestou no sentido de que isenções de ICMS dependem de deliberações dos Estados e do Distrito Federal, não sendo possível a concessão unilateral de benefícios fiscais. Precedentes ADIMC. 1.557 (DJ 31/08/01), a ADIMC 2.439 (DJ 14/09/01) e a ADIMC 1.467 (DJ 14/03/97). Ante a declaração de inconstitucionalidade do incentivo dado ao ICMS, o disposto no §3º do art. 1º desta lei, deverá ter sua aplicação restrita ao IPVA. Procedência, em parte, da ação. (BELAVILAQUA, 2013, p. 22).

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal, reconhece a importância de incentivar a contratação de empregados com mais de quarenta anos, sabendo que tal faixa etária encontra receio dentro do mercado de trabalho. Ao agir nesse sentido, fez a corte máxima judiciária uso do caráter extrafiscal dos tributos.

Um grande exemplo do poder de manipulação da extrafiscalidade ocorrido em solo brasileiro é verificado no caso da montadora de veículos norte-americana Ford. Na época, acerca de uma década, governos federal e estadual incentivaram que a empresa instalasse filial no estado da Bahia.

Recentemente, a União decidiu pela prorrogação dos incentivos fiscais conferidos a Ford, entendendo que a continuidade dos benefícios tributários acarretaria de maneira reflexa na continuidade do crescimento do Estado da Bahia, em consequência da geração de empregos ocasionados pela indústria automobilística.

A matéria abaixo veiculada pela página eletrônica do UOL destaca os incentivos conferidos a indústria americana:

Para sua instalação na Bahia, a Ford conseguiu empréstimo de R\$ 1,3 bilhão do BNDES, com juros de 2% ao ano. Além disso, no bojo dos incentivos fiscais dos governos federal e estadual, foram dadas isenções de impostos de importação, de IPI, de imposto de renda sobre o

lucro, além da doação do terreno para instalação da fábrica, com toda a infra-estrutura.¹

Esse é um grande exemplo do poder executivo agindo na economia, pois é claro que a instalação de uma grande montadora de veículos causará enorme impacto na economia. Ao agir nesse sentido, o Governo, a princípio, quis diminuir as diferenças que existe entre os próprios Estados do Brasil, sendo um dos ditames constitucionais a busca pela erradicação das desigualdades sociais.

3.1 Extrafiscalidade no Direito Ambiental

Desde as últimas décadas do século passado, a comunidade global passa a dar grande atenção ao meio ambiente. Começou a fazer uso do que detinha em mãos para incentivar a preservação e o desenvolvimento sustentável, especialmente no controle das poluições, sendo criados diversos mecanismos contra a prática dessa típica ação da indústria.

Recente pesquisa realizada pelo Ibope, a pedido da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e divulgada pelo Estadão, comprova a afirmativa destacada no parágrafo anterior. Vejamos:

O percentual de pessoas que se dizem preocupadas com o meio ambiente aumentou de 80%, em 2010, para 94%, em 2011. Além disso, 44% dos entrevistados afirmaram que a proteção ao meio ambiente tem prioridade sobre o crescimento econômico, comparado a 30% anteriormente. Só 8% disseram que o crescimento econômico é prioritário, e 40% acreditam que é possível conciliar ambos.

O estudo ainda revela outro grande importante ponto no desenvolvimento sustentável, uma vez demonstrar que mais da metade dos entrevistados, 52%, mostraram-se favorável a utilização de produtos que cumpram com os propósitos ambientais.

Mais da metade dos entrevistados (52%) disse estar disposto a pagar mais por um produto ambientalmente correto, comparado a 24% que afirmaram não estar dispostos. Para 16%, a decisão “depende do quanto mais caro” custa o produto. Apenas 18%, porém, disseram ter modificado efetivamente seus hábitos de consumo em prol da sustentabilidade - por exemplo, preferindo produtos ecologicamente corretos ou deixando de comprar aqueles nocivos ao meio ambiente.²

Como vimos no tópico anterior, o principal meio do Estado intervir na economia, sem dúvidas, é pelo poder de

¹ Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/noticias/1286249>> Acesso em: 13 out. 2012.

² Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,meio-ambiente-e-preocupacao-para-94-dos-brasileiros-entrevistados-pelo-ibope-,868445,0.htm>> Acesso em: 12 nov. 2013.

tributar, especialmente quando diante da qualidade extrafiscal inerente a alguns tributos.

Também discorremos que essa qualidade, garante a possibilidade da administração manipular os laços financeiros, funcionando a extrafiscalidade como um verdadeiro mecanismo em poder do Estado para garantir a eficácia de suas ações em prol da supremacia do interesse público.

Dessa maneira, Torres define da seguinte forma o Direito Tributário Ambiental:

O ramo da ciência do direito tributário que tem por objeto o estudo das normas jurídicas tributárias elaboradas em concurso com o exercício de competências ambientais, para determinar o uso de tributo na função instrumental de garantia, promoção ou preservação de bens ambientais. (BELAVILAQUA, Karen Affonso. Ibid. p.19)

A partir do momento em que o Estado passa a dar uma margem maior de importância na implantação de políticas públicas voltadas ao Meio Ambiente, eis que surge os denominados tributos verdes ou ecotributos. Esse assegura novos pilares na sustentação ambiental.

A respeito dos objetivos da tributação ambiental, pondera Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida:

(...) 1- Minimizar o dano ambiental, internalizando seus custos, sem impedir o desenvolvimento industrial (do contrário poderia gerar efeitos prejudiciais no desenvolvimento, desnaturalizando-os); 2- influenciar a conduta do sujeito passivo de modo a reduzir sua atividade poluidora; 3- constituir instrumentos de indenização para a sociedade; 4- criar um incentivo para reduzir a quantidade de produtos poluentes, cujo êxito depende de um alto nível de informação à população e à existência de um ente arrecadador apto; 5- fonte de financiamento do custo ambiental, por exemplo, utilizando a arrecadação para desenvolver dispositivos de segurança ou reduzir os custos do produto reciclado. (YOSHIDA, Yatsuda APUD. BELAVILAQUA, 2013. p.20).

Todos sabem que o desenvolvimento econômico é fundamental para o crescimento de um Estado, e é exatamente por esse pensamento voltado na evolução industrial, refletida no mercado financeiro, que se fundamenta a tributação verde, a qual reconhece que um País precisa suprir as expectativas criadas em torno das suas empresas nacionais.

A história mostra que em Pátrias desenvolvidas existe comumente menor taxa de desemprego entre sua gente. Isso é óbvio, vez ser pelo crescimento das indústrias, muitas vezes transformando-se em multinacionais, que uma nação consegue se desenvolver financeiramente, o que refleti em todas as áreas sociais, especialmente na

educacional. Contudo, todo crescimento industrial acelerado, pode ocasionar prejuízos ao Meio Ambiente, permanecendo com o Estado e seus agentes a responsabilidade pela fiscalização dessas empresas.

Desse modo, os tributos verdes influenciam condutas, incentivando comportamentos, esses voltados à diminuição ou extinção dos comportamentos danosos ao ecossistema, o que garante o respeito das diretrizes sustentadas pelo desenvolvimento sustentável.

Embora seja reconhecida a necessidade da criação de mais mecanismos para que se tenha um resultado satisfatório na busca do postulado constitucional referente ao Meio Ambiente equilibrado como direito de todos, existem diversos tributos capazes de tutelá-lo, desde que sabiamente manejados.

Para Hugo de Brito Machado:

O objetivo do tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo finalmente os efeitos mais diversos na economia. A esta função moderna do tributo se denomina função extrafiscal. (MACHADO, Apud. BEVILAQUA, 2013, p.21).

Nesse sentido, alguns exemplos da extrafiscalidade ambiental podem ser vislumbrados na contemporaneidade, sendo mecanismos de regulação para eficácia das políticas públicas alicerçadas no Direito Ambiental. Vejamos:

ICMS – política de maiores repasses do Estado para os municípios que cumprirem determinadas ações no que tangem a proteção ambiental, como tratamento de efluentes e esgoto, áreas de preservação permanente, qualidade dos recursos hídricos dos municípios, administração de resíduos sólidos (aterros sanitários, coleta seletiva dentre outros); consideração do impacto ambiental na determinação da seletividade das mercadorias e serviços etc;

ISS – incentivos fiscais às empresas que invistam em infraestrutura urbana e questões ambientais. Redução ou isenção do imposto a determinados serviços como ecoturismo;

IPI - poderá ter alíquotas seletivas em razão da essencialidade ambiental ou do percentual de matéria-prima reciclada utilizada na fabricação de determinados novos produtos;

IPVA – redução das alíquotas ou isenção para determinados veículos que se utilizem de combustíveis menos poluentes ou energia limpa;

IPTU - em face da função social da propriedade, aquela que em sua utilização não respeitar o meio ambiente será, submetida ao IPTU progressivo;

ITR – isenções sobre áreas de preservação permanente, e reservas particulares do patrimônio nacional. O exemplo do IPTU, também pode haver a Progressividade;

IR – incentivos às pessoas físicas ou jurídicas que apoiem projetos de proteção ambiental e ou façam doações ao fundo Nacional de Meio Ambiente, com deduções do imposto sobre os valores aplicados ou ainda deduções àquelas pessoas jurídicas que tratem em seu ambiente fabril de minimizarem a poluição com instalação de filtros, reduzindo-se a emissão de partículas no ar, que tratem seus efluentes etc.³

A extrafiscalidade ambiental deve ser encarada como um grande mecanismo em poder do Estado na tutela ao Meio Ambiente, visto que, conforme demonstrado ao longo do capítulo insurge-se como elemento regulador de ações, comissivas ou omissivas, que quando depreciadoras do ecossistema, implicam em sanção de natureza punitiva ao infrator ambiental. Ao Estado cabe cumprir seu papel de protagonista da guarda aos interesses coletivos, identificando e reprimindo os displicentes ambientais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o objetivo de esclarecer questões pertinentes à atual problemática que envolve a extrafiscalidade no Meio Ambiente, especialmente com relação ao desenvolvimento sustentável e preservação ambiental.

Desse modo, reconhece-se na contemporaneidade que a presença estatal deve ser obrigatória na tutela ambiental, uma vez essa deter qualidade de interesse coletivo indisponível. Assim, a Constituição de 1988 conferiu ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado natureza de cláusula pétrea.

A Carta Magna atribui responsabilidade comum aos Entes Federados frente às questões ambientais, o que, em regra, facilita na elaboração e manejo de ações. Contudo, no caso concreto, percebe-se certa displicência deles quando requisitados a prestar informações acerca do que estão efetivamente colaborando nos propósitos verdes, havendo verdadeiras escusas de responsabilidade.

De fato, principalmente a partir do fim do século passado, os holofotes estão se voltando cada vez mais para a disciplina ambiental, o Estado passa a se motivar na busca pelo Ambiente Ecologicamente Equilibrado, utilizando políticas públicas para esse fim, sendo por conta dessas

ações, as quais manipulam comportamentos, o único jeito do alcance efetivo do direito elencado pela Carta Maior.

Pois bem, a partir dessa constatação, nasce a ideia da extrafiscalidade ambiental, a qual se mostra como grande instrumento nas mãos dos que estão no poder para garantir os propósitos ambientais, desde que claro exista cooperação em conjunto com a sociedade.

A questão é interessante, tendo em vista as atuais diretrizes do mercado econômico, focado demasiadamente nos lucros incessantes. Pela extrafiscalidade, o Estado consegue manipular comportamentos, estimulando ou coibindo a prática de ações nocivas ao Meio Ambiente, implicando que as grandes e até mesmo pequenas empresas estejam de acordo com as imposições feitas pelos órgãos ambientais de fiscalização, que quando descumpridas implicam sanções pecuniárias de altíssimos valores.

Não se pode confundir extrafiscalidade com incentivo fiscal. Aqui, não se trata apenas de um mero meio de se incentivar a prática de atos que favoreçam ao meio ambiente.

A extrafiscalidade nas questões ambientais teria não apenas a função de incentivar, mas também de punir as empresas degradadoras do Meio Ambiente, vez que o poder executivo ao aumentar as alíquotas demonstraria a preocupação do Estado com o ecossistema, e ao diminuí-las incentivaria àquelas que de fato buscam evitar ou minimizar danos ambientais.

Ad conclusam, a extrafiscalidade ambiental, se utilizada corretamente, é o grande trunfo em poder da sociedade na busca dos propósitos ambientais pelas próximas décadas, devendo os que detêm competência para a sua implantação cumprir com o que se espera desse importante papel social, e aqueles que não são legitimados para tanto, reivindicar daqueles que são a correta efetividade das políticas públicas ambientais, mas não só abstratamente, como também em concreto. Do contrário, continuará a existir a falta de aparelhamento físico satisfatório para a plena tutela do Direito Ambiental.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 6ed. São Paulo: Método, 2012.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 18ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AMBITO Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11766> Acesso em: 20/10/2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 15ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARROSO, Darlan.; ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antônio. **Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e Concursos**. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEVILAQUA, Karen Affonso. **A Extrafiscalidade como mecanismo de políticas públicas ambientais**. Ribeirão Preto, 2013.

CONAMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>> Acesso em: 18/11/2013.

COUTINHO, Gilson De Azeredo. **Políticas públicas e a proteção do meio ambiente**. Rio Grande, 2008

GANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 19ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Marciano Almeida. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6921> Acesso em: 05/10/2013.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 6ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PORTAL UOL. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/noticias/1286249>> Acesso em: 13/11/3012.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUTELA do meio ambiente e responsabilidade civil ambiental. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2357/a-tutela-do-meio-ambiente-e-responsabilidade-civil-ambiental>> Acesso em: 01/10/2013.

RESUMO

O objetivo do artigo é de demonstrar que o Instituto da Substituição Tributária no ICMS, anula o favorecimento e a diferenciação trazidos pela Lei Complementar nº 123/2006 – Simples Nacional. O ICMS-ST é anterior à LC 123/2006, mas com o advento desta, houve uma “avalanche” de mercadorias incluídas nesta sistemática de cálculo, que parte de uma base de cálculo encontrada por presunção de um fato futuro, utilizando-se, regra geral uma Margem de Valor Agregado - MVA, definida por norma infralegal, qual seja, Portaria do Coordenador da Administração Tributária, no Estado de São Paulo. A competência para a inclusão das mercadorias foi delegada ao Poder Executivo, que, por óbvio as faz por meio de Decreto. Além da mitigação e ofensa aos princípios da não-cumulatividade, irretroatividade e anterioridade.

Palavras-chave: ICMS-ST. Simples Nacional. MVA. Substituto Tributário. Substituído Tributário.

ICMS - TAX REPLACEMENT AND SIMPLE NATIONAL

ABSTRACT

The purpose of this study is to demonstrate that the Institute of Tax Substitution in the ICMS negates the favoritism and differentiation brought about the Complementary Law nr. 123/2006 – National Simples System. The ICMS-ST predates the LC 123/2006, but with the advent of this, there has been an “avalanche” of goods included in this calculation, that is originated on a calculation basis found for a presumption of a future fact and uses, as a general rule, a value-added Margin - VAM, set by an infralegal norm, which is an Ordinance of the Coordinator of Tax Administration, in the State of São Paulo in Brazil. The competence for the inclusion of those goods was delegated to the Executive Power, which obviously makes them by Decree. Furthermore the mitigation and offense to the principles of non-cumulativity, non-retroactivity and anteriority.

Keywords: ICMS-ST. Simples Nacional. MVA. Substituto Tributário. Substituído Tributário.

SUMÁRIO: Introdução; 1. ICMS-ST com retenção do imposto; 1.1 Breve Histórico; 1.2 Elementos da Obrigação Tributária no ICMS; 1.3 Sujeito Passivo por Substituição

* Graduado em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUML).

Tributária no ICMS; 1.4 Fato Gerador e Base de Cálculo; 1.5 Das Alíquotas e do cálculo do ICMS-ST; 2. Simples Nacional; 2.1 Breve Histórico; 2.2 Tributos Envolvidos e não envolvidos; 2.3 Fato Gerador e a Base de Cálculo; 2.4 Das Alíquotas; 3. Princípios tributários na substituição tributária; 3.1 A Previsão Legal do Regime Jurídico-Tributário de Sujeição Passiva por Substituição com Retenção do Imposto – ICMS-ST; 3.2 Anterioridade e Irretroatividade; 3.3 A Não-cumulatividade do ICMS; 4. A substituição tributária no ICMS no simples nacional; 4.1 A Admissibilidade; 4.2 A Anulação do Benefício Trazido pela LC 123/2006; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A finalidade deste texto é o de demonstrar a anulação do efeito do regime diferenciado e favorecido, previsto na Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei Complementar 123/2006 que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, no que tange ao recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS pelo instituto da substituição tributária para frente.

O Simples Nacional é um regime diferenciado e favorecido às Microempresas (ME) e às Empresas de Pequeno Porte (EPP), com suporte Constitucional, previu o tratamento jurídico diferenciado pela simplificação de suas obrigações, quer sejam administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Essa determinação Constitucional obriga a União, os Estados e o Distrito Federal e os Municípios, a dispensarem esse tratamento diferenciado.

No tocante à parte tributária, o recolhimento dos tributos pelas ME e EPP fica concentrado num único recolhimento, abrangendo tributos de competência da União (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, IPI, CPP), de competência dos Estados e do Distrito Federal (ICMS) e dos Municípios (ISS), através do Documento de Arrecadação do Simples – DAS.

O recolhimento através do DAS representa, portanto, um recolhimento único em razão da aplicação de um percentual resultante da somatória dos percentuais atribuídos a cada tributo e contribuição para efeito de repartição dessas receitas entre os entes envolvidos, União, Estados e o Distrito Federal e os Municípios.

A Substituição Tributária no ICMS (ICMS-ST) é um instituto utilizado pelos Estados e o Distrito Federal, que anula o efeito do favorecimento, pois esta espécie de imposto, ICMS-ST, não está contemplada no recolhimento único através do DAS, deve ser calculado à margem do Simples Nacional, de forma normal (débito e crédito), anulando assim o efeito do favorecimento, recolhido diretamente aos Estados e ao Distrito Federal.

Neste estudo, o objetivo principal é demonstrar a forma de apuração utilizada e o efeito final, mitigando o favorecimento fiscal preceituado na Carta da República de 1988.

São objetivos específicos conceituar o imposto estadual, a substituição tributária, a tributação das ME e EPP e o resultado final na tributação pelo SIMPLES para, ao final, explicar as questões relacionadas à substituição tributária, desde sua criação até a atual legislação e os projetos de lei em trâmite.

É utilizado o método dedutivo, partindo de questões gerais para se chegar à conclusão específica sobre o tema.

1. ICMS-ST - IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS.

1.1 Breve histórico

O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, ou simplesmente ICMS é de competência dos Estados e do Distrito Federal, portanto é um tributo Estadual, conforme artigo 155, inciso II da Constituição Federal do Brasil de 1988.

O ICMS, como o próprio nome diz, incide sobre a circulação de mercadorias, sobre os serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação, neste último caso, a onerosa. O transporte intramunicipal, isto é, o serviço de transporte dentro do município, sofre a incidência do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN.

A circulação de mercadorias compreende a circulação jurídica (transmissão de propriedade) e física. Podemos ter a circulação física sem a transmissão de propriedade, como a transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa, mas apenas há incidência do imposto na circulação jurídica.

Deve atender aos princípios da não cumulatividade (CF, art. 155 § 2º, I) – segundo o qual o adquirente aproveitará o valor cobrado na fase anterior (compra) como

dedução (crédito) no cálculo para pagamento na sua fase (venda), ou seja, incide sobre o valor agregado, e da seletividade (CF, art. 155 § 2º, III) – que permite a diferenciação de alíquotas em função da essencialidade, onde bens de primeira necessidade, por exemplo: alimentos da cesta básica, terão alíquotas menores e os bens não considerados de primeira necessidade, como bebidas alcoólicas e cigarros, terão alíquotas maiores. No estado de São Paulo temos as alíquotas que variam de 7%, 12%, 18% e 25%, conforme disposto no artigo 34 da Lei 6.374 de 01/03/1989 (DOE 02/03/1989).

Em resumo, cada um dos envolvidos no ciclo econômico do produto – produção/circulação/consumo final – desde o fabricante/produzidor até o comerciante varejista que antecede o consumidor final, paga o ICMS sobre o valor agregado ao custo de aquisição, são os contribuinte de direito, pois o contribuinte de fato é o consumidor.

Em nosso ordenamento jurídico temos o instituto da substituição tributária, que, regra geral, consiste em atribuir a um terceiro, através de lei, a responsabilidade pelo recolhimento de determinado tributo.

No ICMS temos três tipos de substituição tributária: (i) sobre operação subsequente, ou chamada “para frente”, (ii) sobre operação antecedente ou diferimento e (iii) a concomitante. A que nos interessa é a primeira, chamada de ICMS-ST para frente, por ser tratar de imposto pago sobre um fato presumido. Pois o ICMS ‘diferido’ é aquele pago em uma determinada fase do ciclo econômico, como por exemplo, quando o produtor agrícola vende para o restaurante, e não paga o ICMS sobre sua operação, ficando a responsabilidade pelo pagamento do imposto para o restaurante, ou quando uma fábrica gera resíduos (sucata de metal) e vende esta sucata para outra fábrica que a utilizará como matéria prima. O pagamento do ICMS fica diferido para o momento em que ‘entrar’ no estabelecimento do comprador, ou seja, será recolhido por este. A concomitante é quando o imposto é pago sobre prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal juntamente com o ICMS do tomador do serviço, em razão do prestador do serviço (transportador) não ter inscrição como contribuinte no Estado.

O ICMS-ST para frente abrange todo o ciclo econômico de um produto, desde sua origem (fabricante/importador), passando pelo(s) comerciante(s) e chegando no consumidor final. Como nos ensina a Mestra Lais Vieira Cardoso (2007, p. 179)

A substituição tributária para frente no ICMS é o instituto que dispõe sobre a incidência do imposto, no início da cadeia de circulação da mercadoria, cobrado do industri-

al, produtor ou atacadista, sobre o preço eu será realizado quando da venda do varejista para o consumidor final.

Para esta cobrança adiantada do tributo utiliza-se a regra da presunção, segundo a qual são estipulados pautas fiscais ou outros levantamentos pelos quais se “presume” qual o preço que a mercadoria irá atingir quando da sua venda ao destinatário final.

Portanto, através do instituto da substituição tributária no ICMS, cobra-se um imposto sobre um fato futuro, presumido.

E continuando a Mestra:

Ocorre que a presunção do preço final no varejo nem sempre coincide com o preço que é efetivamente praticado quando das transações com as mercadorias, podendo se dar por valor inferior, como no caso de descontos incondicionais ou, ainda, por valor superior ao anteriormente tributado no início da cadeia de circulação da mercadoria.

Cobra-se imposto sobre uma base determinada por lei, não importando se o valor a ser praticado quando da realização do fato presumido seja tal qual foi cobrado o imposto.

1.2 Elementos da Obrigação Tributária no ICMS

O que faz surgir a obrigação tributária no ICMS é a ocorrência do fato concreto do fato-tipo (abstrato) previsto pelo legislador na hipótese de incidência do tributo, ou seja, para que haja o tributo é necessário uma previsão em lei (princípio da legalidade). Na previsão da incidência (fato-tipo) do tributo estão os elementos da obrigação tributária: o fato gerador, o objeto da obrigação e o contribuinte.

Quando falamos em obrigação – direito civil – temos os seguintes elementos: o devedor, o credor e o objeto da obrigação. O direito tributário não foge à regra. Na previsão de incidência do tributo também temos os três elementos, (i) o fato gerador, (ii) o objeto e (iii) os sujeitos da obrigação: sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor). Podendo, surgir um quarto elemento: o substituto tributário, que recolherá o imposto retido do contribuinte de direito. Esse quarto elemento, na verdade, é o sujeito passivo de uma operação normal de compra e venda, onde o vendedor é o sujeito passivo da obrigação tributária, mas por estar a mercadoria, envolvida nessa operação, sujeita ao regime da substituição tributária no ICMS, a norma jurídica o obriga a reter e recolher o ICMS-ST devido sobre uma operação futura presumida. Portanto, o sujeito passivo numa operação de compra e venda de mercadorias sujeita ao regime jurídico da substituição tributária no ICMS, se

desdobra em duas, no cumprimento da obrigação principal (pagamento do tributo), quais sejam: como ‘contribuinte’, no pagamento do ICMS de sua operação própria, e no cumprimento da obrigação do ‘responsável tributário’ no pagamento do ICMS-ST, retido do comprador.

A doutrina acrescenta aos três/quatro elementos acima o elemento temporal, momento que ocorre o fato impositivo do imposto:

Operações relativas à circulação de mercadorias são quaisquer atos ou negócios, independentemente da natureza jurídica específica de cada um deles, que implicam circulação de mercadorias, vale dizer, que implicam mudança da propriedade das mercadorias, dentro da circulação econômica que as leva da fonte até o consumidor. A principal dessas *operações* é, sem dúvida, o contrato de compra e venda. Vale ressaltar, todavia, que um contrato de compra e venda de mercadorias, por si mesmo, não gera o dever de pagar ICMS. Não é fato gerador desse imposto enquanto não implique *circulação de mercadoria*. Por isto mesmo é importante o sentido da expressão *operações relativas à circulação de mercadorias*, que há de ser entendida em seu conjunto, e não o significado de cada uma das palavras que a compõem. (grifos do autor) (MACHADO, 2009, p. 367).

E, o elemento espacial ou territorial, local onde se dá a incidência do imposto:

Na Constituição de 1988 ele está entre os impostos da competência dos Estados e do Distrito Federal e teve o seu âmbito ampliado, passando a abranger, também, as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Com isto a sigla ICM foi substituída por ICMS. (Ibidem, 2009, p. 363).

O fato gerador é o ato, descrito em lei, praticado pelo sujeito passivo (devedor) contribuinte de direito. O objeto – obrigação tributária - surge pela prática do ato, pelo sujeito passivo (contribuinte de direito).

Assim, na ocorrência do fato-tipo, praticado pelo sujeito passivo, onde surge a obrigação tributária, surge também o sujeito ativo dessa obrigação que no caso é a Fazenda Pública – credor dessa obrigação tributária.

No caso do ICMS, o sujeito ativo da obrigação tributária são as Fazendas Públicas Estaduais/Distrital, pois são as pessoas de direito público, designadas pela Lei Maior do nosso país, com a competência para tanto.

Para se encontrar o tributo devido, quando da ocorrência do fato gerador, tem-se a base de cálculo e a alíquota, ambas definidas por lei. Quanto à alíquota ela pode ser *ad-valorem*, ou seja, um percentual que será aplicado sobre um valor que é a base de cálculo, e também a específica, que é um valor determinado em razão de uma

unidade de medida.

No caso do ICMS no Estado de São Paulo, não temos alíquotas específicas, temos base de cálculo por pauta fiscal (artigo 30 da Lei 6.374/89) mas, somente na comercialização de gado e carne.

Como dito anteriormente, podemos ter um quarto elemento nessa relação tributária, que é o substituto tributário, também definido por lei, que neste caso, de substituição tributária, deve ser por lei complementar conforme disposição constitucional – artigo 155, § 2º, inciso XII, letra “b”. No caso do ICMS por Substituição Tributária com retenção do imposto, o contribuinte substituto tributário (vendedor) passa a ser o responsável tributário pelo ICMS devido na operação subsequente do comprador (contribuinte substituído), não tendo aquele, vínculo com o objeto da operação subsequente, mas somente pelo fato de comercializar uma mercadoria sujeita ao regime jurídico da substituição tributária no ICMS com a retenção do imposto.

1.3 Sujeito Passivo por Substituição Tributária no ICMS

O sujeito passivo na substituição tributária no ICMS, - o substituto tributário - é aquele que torna concreto o que a lei em abstrato define como fato gerador, a despeito desse fato gerador ainda não ter ocorrido, assim, cada um dos envolvidos na cadeia produtiva – produção/circulação – desde o fabricante/ produtor até o comerciante varejista que antecede o consumidor final, é o sujeito passivo da obrigação tributária, conforme definido no artigo 4º da Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir).

Essa mesma lei, como já vimos, no seu artigo 6º faculta a atribuição da responsabilidade do recolhimento do ICMS a terceiro – o substituto tributário. Este, não tendo relação com o fato gerador subsequente, que é do comprador – contribuinte substituído – fica como responsável tributário pelos fatos geradores subsequentes, calculando e cobrando (retendo) o ICMS que será devido pelo comprador, por presunção, ou seja, presume-se que haverá um fato gerador subsequente e conseqüentemente um débito de ICMS a ser recolhido, que neste caso – substituição tributária – é recolhido antecipadamente ao fato gerador. É a substituição tributária para frente.

Conforme dispõe a professora Lais Vieira Cardoso:

A substituição tributária para frente no ICMS é o instituto que dispõe sobre a incidência do imposto, no início da cadeia de circulação da mercadoria, cobrado do industrial, produtor ou atacadista, sobre o preço que será realizado quando da venda do varejista para o consumidor final.” (PEIXOTO e MELO, 2007, p. 1M79).

Constata-se, portanto, a figura do substituto tributário, que recolhe o ICMS que será devido no futuro, nas demais fases de circulação com a mesma mercadoria.

1.4 Fato Gerador e Base de Cálculo

Como dito anteriormente, o fato gerador do ICMS, é a circulação da mercadoria, transmitindo-se a posse/ propriedade ou não. No caso do regime jurídico-tributário de sujeição passiva por substituição, com retenção do imposto (ICMS), o fato gerador ocorre por presunção, pois na venda feita pelo substituto tributário ao comerciante, seja atacadista ou varejista, também chamado de retalhista, presume-se que estes irão praticar o ‘fato gerador’, que é a revenda da mercadoria, portanto, um fato gerador por ficção jurídica.

Na legislação Paulista, não se aplica o instituto da substituição tributária no ICMS em determinadas situações, de acordo com o artigo 264 do Decreto nº 45.490 de 30 de novembro de 2000 (DOE de 01/12/2000), Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS.

O caso se complica quando o comerciante paulista, não optante do regime do Simples Nacional, revende mercadoria enquadrada no regime jurídico da substituição tributária no ICMS, para contribuinte do ICMS estabelecido em outra unidade da federação, optante ou não do regime do Simples Nacional, comerciante ou industrial, que deverá destacar o ICMS de sua operação própria, assim, este comerciante que sofreu a retenção do ICMS quando da compra, agora ao vender a mesma mercadoria, para contribuinte situado em outra unidade da federação, pagará novamente o ICMS, podendo se creditar do ICMS da parcela correspondente ao valor do ICMS da operação própria quando da compra, mas o valor do ICMS retido (ICMS-ST) só será recuperado se este comerciante utilizar-se do procedimento estabelecido na norma infralegal da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, qual seja, a Portaria CAT 17/1999, um mecanismo complexo que requer um controle minucioso do estoque e das saídas das mercadorias.

Nessa situação, em havendo acordo entre os Estados envolvidos, São Paulo, Estado de origem e o Estado destino, o comerciante paulista, seja optante ou não do Simples Nacional, aplicará a retenção do ICMS-ST, recolhendo o valor do ICMS-ST a favor do Estado destino.

A base de cálculo para a determinação do ICMS devido por substituição tributária – ICMS-ST, será

encontrada conforme definido em lei (estadual/distrital). No estado de São Paulo, a Lei 6.374/1989, que disciplina o ICMS, define como será a base de cálculo do ICMS-ST nas operações subsequentes nos artigos 28 ao 28-C.

Três são as formas para se encontrar a base de cálculo: (i) o preço final a consumidor, único ou máximo, autorizado ou fixado por autoridade competente; (ii) preço sugerido pelo fabricante/importador; e (iii) margem de valor agregado.

No dizer de da professora Lais Vieira Cardoso:

Para esta cobrança adiantada do tributo utiliza-se a regra da presunção, segundo a qual são estipulados pautas fiscais ou outros levantamentos pelos quais se “presume” qual o preço que a mercadoria irá atingir quando da sua venda ao destinatário final. (Ibidem, 2007, p. 179).

A forma sempre será definida por ato normativo, normalmente, no caso do Estado de São Paulo, por Portaria do Coordenador da Administração Tributária, ou simplesmente Portaria CAT, que através de procedimentos previamente estabelecidos, contando com a participação de entidades de classe dos produtos envolvidos. A forma mais usual é a Margem de Valor Agregado (MVA), margem esta, definida pelo Índice de Valor Adicionado Setorial – IVA-ST, de acordo com o artigo 41 do RICMS/SP.

Assim, o substituto tributário (fabricante/importador - vendedor), por presunção de que haverá fato gerador subsequente, praticado pelo comprador, tem definido por lei e ato normativo infralegal o procedimento para se chegar à base de cálculo do ICMS-ST. Portanto, quando o fabricante/importador vende mercadoria(s) sujeita(s) à substituição tributária, recolhe dois ICMS, o da sua operação própria – contribuinte e o da operação subsequente - ICMS-ST, como responsável tributário. Para encontrar a base de cálculo, quando esta for por Margem de Valor Agregado o vendedor aplicará a MVA sobre o valor que será despendido pelo substituído (comprador) – o preço cobrado pelo vendedor acrescido, se for o caso de despesas suportadas por este, tais como: o frete, despesas acessórias, o IPI, enfim, todo encargo a ser suportado (pago) pelo comprador.

1.5 Das Alíquotas e do cálculo do ICMS-ST

As alíquotas a serem aplicadas sobre a base de cálculo do ICMS-ST, são as mesmas alíquotas utilizadas pelo substituto tributário (vendedor) no cálculo do ICMS devido na sua operação própria. Alíquotas estas de 7%, 12%, 18% e 25%, de acordo com a essencialidade do produto e estabelecidas pela Lei 6.384/79.

Sobre esta base de cálculo, o vendedor aplicará a alíquota interna correspondente ao produto, encontrando o

ICMS débito, deduz deste valor, o valor do ICMS devido na sua própria operação, que neste caso é o ICMS crédito do substituído, encontrando assim o valor do ICMS-ST, que dessa forma é destacado em campo próprio na nota fiscal, em forma de retenção, que será recolhido separadamente do ICMS devido pela sua operação própria.

2. SIMPLES NACIONAL – ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE

2.1 Breve Histórico

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, ou simplesmente Simples Nacional, foi instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 de 14/12/2006 – D.O.U. 15/12/2006, em obediência à CRFB/1988 nos artigos 170, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

E, no art. 179, *in verbis*:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Complementando a regra, o art. 145, inciso III, letra “d”, *in verbis*:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

A Lei Complementar 123/2006, estabelece no seu artigo primeiro o tratamento diferenciado e favorecido a

ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento **diferenciado e favorecido** a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: (grifei).

Este tratamento não se restringe somente à parte de tributação, mas também ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, principais e acessórias e acesso a crédito e ao mercado tendo preferência quanto as aquisições pelos Poderes Públicos de bens e serviços, de acordo com os incisos do artigo primeiro da Lei Complementar 123/2006.

Temos então, um favorecimento e uma diferenciação para as empresas que podem e querem optar por esse regime jurídico de tributação, onde se pagarão tributos, da área federal, estadual e municipal, num único documento, o DAS – Documento Único de Arrecadação.

Não é obrigatório, é opcional, mas existe vedação, seja pela atividade, por exemplo: representação comercial, consultoria, fabricação de veículo autopropulsado, etc., ou pelo quadro societário, não poder ter como sócio pessoa jurídica ou pessoa física ou jurídica estrangeira, ou pelo faturamento anual, que atualmente é de no máximo R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

A Lei Complementar nº 139 de 10 de novembro de 2011, trouxe alterações à LC 123/2006, dentre essas alterações acrescentou um valor adicional no limite máximo de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) referentes à receitas de exportação de mercadorias, mesmo que realizadas através de comercial exportadora. De acordo com § 14 do artigo 3º da LC 123/2006.

Assim, uma empresa optante do Simples Nacional poderá ter um faturamento no mercado interno de até R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) e também esse mesmo valor de faturamento no mercado externo com exportação de ‘mercadorias’, ou seja, poderá faturar até R\$ 7.200.000,00 (sete milhões e duzentos mil reais) no ano, desde que, individualmente, nem no mercado interno e nem no mercado externo os valores não ultrapassem o limite máximo de R\$ 3.600.000,00.

2.2 Tributos envolvidos e não envolvidos.

O “*regime único de arrecadação*” compreende, conforme artigo 13 da Lei Complementar 123/2006, a arrecadação dos seguintes tributos: (grifei)

- a) Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ;
- b) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL;
- c) Programa de Integração Social – Pis;
- d) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins;
- e) Contribuição Patronal Previdenciária – CPP;
- f) **Imposto sobre a Circulação de Mercadoria e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS;** (grifei) e
- g) Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

O valor a ser recolhido, englobando os tributos retro mencionados é calculado sobre o faturamento ou sobre os recebimentos mensais, de acordo com a opção do contribuinte, se regime de competência ou regime de caixa, que é a base de cálculo do Simples Nacional. A alíquota a ser aplicada, sobre essa base de cálculo, é definida de acordo com a faixa de faturamento dos últimos doze (12) meses anteriores ao mês do cálculo, conforme dispõe o § 1º do artigo 18 da LC 123/2006.

O mesmo artigo 13 da Lei Complementar 123/2006 em seu § 1º lista taxativamente os tributos não envolvidos no recolhimento único estabelecido no regime do Simples Nacional.

2.3 Fato Gerador e a Base de Cálculo

O regime tributário do Simples Nacional, como o próprio nome diz é um regime de tributação e não um tributo em si, pois agrega, como já dito, vários tributos, e cada qual tem o seu fato gerador definido em lei. Apesar de não definir o fato gerador, a Lei Complementar nº 123/2006, no artigo 18, § 3º, define como será o cálculo *in verbis*: “§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do **caput** e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irrevogável para todo o ano-calendário.” Portanto, temos a definição da base de cálculo que é o auferimento da receita bruta de um mês, podendo ser pelo regime de competência – a receita bruta auferida no mês - ou pelo regime de caixa – a receita recebida no mês.

A base de cálculo definida conforme dispositivo supracitado, é a mesma para todas as atividades, independente do Anexo no qual se enquadra a empresa. No caso de termos atividades mista – comércio e serviço a receita tem que ser segregada de acordo com o tipo de receita e também em relação à forma de tributação das mercadorias vendidas no caso de comerciante, pois este

pode ter no seu comércio mercadorias sujeitas à substituição tributária e mercadorias não sujeitas, bem como mercadorias sujeitas à tributação concentrada, também chamada de regime monofásico, como é o caso do Pis e da Cofins incidentes sobre algumas mercadorias listadas em lei específicas, definindo essa forma de tributação – concentrada.

A segregação se faz necessária pois, se na receita bruta contiver valores oriundos das vendas dessas mercadorias com tratamento fiscal diferenciado, seja por substituição tributária, seja por concentração tributária, onde os tributos que deveriam incidir agora, nesta fase já foram pagos na fase anterior (compras), portanto com base na segregação das receitas, evitamos o *bis in idem*, ou seja, o pagamento em dobro de certos tributos que fazem parte do regime tributário diferenciado e único o “Supersimples” ou simplesmente Simples Nacional.

2.4 Das alíquotas

A alíquota a ser aplicada sobre a receita bruta do mês ou a receita bruta recebida no mês, o contribuinte deverá, de acordo com a sua atividade, buscar na tabela de um dos cinco (5) anexos, elaborados pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, que são, atualmente, partes integrantes da Resolução CGSN nº 94/2011. Essa alíquota corresponde ao somatório dos percentuais dos tributos constantes das tabelas dos anexos.

O anexo I, corresponde à tabela de alíquotas a ser aplicada sobre a receita de revenda de mercadorias (comércio).

O anexo II, corresponde à tabela de alíquotas a ser aplicada sobre a receita de venda de mercadorias por ele industrializadas (indústria).

Os anexos III, IV e V, correspondem às tabelas de alíquotas a ser aplicada sobre as receitas de locação de bens móveis (anexo III) e da prestação de serviços. Neste caso, prestação de serviços, para enquadramento, dependerá do tipo de serviço prestado. Serviços estes listados na Resolução CGSN nº 94/2011 e atribuídos ao seu determinado anexo: III, IV ou V.

O contribuinte recolherá em documento único de arrecadação o DAS – Documento de Arrecadação do Simples -, o valor apurado resultante da aplicação da alíquota, definida de acordo com a sua atividade e o valor do seu faturamento nos doze (12) últimos meses imediatamente anteriores ao mês de apuração. Assim, se estivermos apurando o tributo do mês de outubro de 2013, por exemplo, para fins de determinação da faixa de

enquadramento devemos efetuar o somatório das receitas compreendidas no período de outubro de 2012 até setembro de 2013.

O que nos interessa no presente trabalho é o anexo I. Pois, quando se comercializa mercadorias sujeitas ao regime jurídico da substituição tributária do ICMS (ICMS-ST) o comerciante, contribuinte substituído, como já pagou antecipadamente o ICMS, agora sobre as suas vendas, aplicará a alíquota correspondente à sua faixa de enquadramento deduzida da alíquota do ICMS dessa mesma faixa. Por exemplo, se a faixa de enquadramento for a faixa 1, a alíquota a ser aplicada sobre o valor do faturamento do mês será a de 4% (quatro por cento), mas como já foi pago o ICMS antecipadamente, deduzirá a alíquota de 1,25% que corresponde ao ICMS dessa faixa, resultando assim numa alíquota de 2,75% a ser aplicada sobre o faturamento do mês para o cálculo dos outros tributos devidos.

Temos então o pagamento do ICMS, pelo comerciante (contribuinte substituído) da mesma forma que outro comerciante não optante pelo Simples Nacional, no sistema de débito e crédito com a aplicação das alíquotas normais do produto envolvido, ocorrendo assim a anulação do favorecimento e da diferenciação instituídos pela LC 123/2006, no que tange ao ICMS, além é claro de paga-lo antecipadamente, antes da ocorrência do fato gerador.

Nessa forma de se apurar o valor dos tributos devidos pelo contribuinte enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - “Simples Nacional”, não é levado em conta o princípio da não-cumulatividade, a despeito da maioria dos tributos envolvidos, terem por disposição constitucional, a exigência para seu pagamento, do princípio da não-cumulatividade. Quando numa operação comercial estiver envolvido um contribuinte enquadrado no regime do Simples Nacional, o princípio da não-cumulatividade, regra geral, será sempre desrespeitado, pois este contribuinte não toma crédito para a apuração dos tributos devidos, nem transfere créditos nas suas operações de vendas.

3. PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

3.1 A Previsão Legal do Regime Jurídico-Tributário de Sujeição Passiva por Substituição com Retenção do Imposto – ICMS-ST

Em nome do combate à sonegação fiscal e a economia na fiscalização com a concentração da

arrecadação do ICMS, os Estados e o Distrito Federal, adotam a sistemática do regime jurídico da substituição tributária do imposto de circulação de mercadorias e serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação onerosa – ICMS-ST.

Sempre houve por parte do contribuinte o questionamento da constitucionalidade ou não dessa sistemática, até que 1993, através da EC nº 3, o Poder Constituinte Derivado incluiu o § 7º ao artigo 150 da CF, *in verbis*:

A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

O preceito constitucional acima fala em lei, não em lei complementar, entrando assim em conflito com a letra “b” do inciso XII do artigo 155 da CF, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

XII - cabe à lei complementar:

[...]

b) dispor sobre substituição tributária;

Se por um lado o § 7º do artigo 150 da CF faculta ao legislador ordinário atribuir a terceiro (sujeição passiva) a responsabilidade pelo recolhimento de imposto cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, como interpretar então o dispositivo da letra “b” do inciso XII do artigo 155? Dispor sobre substituição tributária é definir os seus elementos: sujeito passivo, objeto, se para frente, se para trás, se concomitante. Então, como um dispositivo constitucional fala que a lei poderá atribuir a sujeição passiva por responsabilidade tributária – elemento específico; e outro dispositivo, também constitucional, fala que a lei complementar disporá sobre substituição tributária de forma genérica.

De maneira geral temos no nosso ordenamento jurídico a figura do responsável tributário, quando este, por disposição legal, passa a ser o sujeito passivo da obrigação tributária, por substituição. Uma responsabilidade por cumprir uma obrigação principal (sujeito passivo), na qual não é o contribuinte de direito, ou seja, não dá causa ao fato gerador, apenas tem um vínculo com o sujeito passivo de direito, numa relação contratual, da obrigação principal, mas sem se revestir da condição de contribuinte de direito, portanto responsável tributário. Disposição esta preceituada no Código Tributário Nacional – CTN (Lei 5.172/1966), com *status* de lei complementar, no artigo 121, inciso II, *in verbis*:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.” ((grifei).

No caso específico do ICMS, a sujeição passiva por substituição tributária com retenção do imposto, ou seja, a retenção do imposto incidente nas operações subsequentes, chamada de substituição tributária “para frente”, portanto por presunção de um fato gerador futuro! Tem previsão na Constituição Federal, artigo 155, inciso XII, letra “b” exigindo-se lei complementar para tanto. Essa atribuição está prevista no artigo 6º da Lei Complementar 87/1996, *in verbis*:

Art. 6º. Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de *substituto tributário*. (grifei)

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou *subsequentes*, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto. (grifei)

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

A despeito da disposição constitucional e em lei complementar, nos ensina Hugo de Brito Machado:

A pretexto de evitar a sonegação os Estados instituíram o regime de *substituição tributária*, ou, mais exatamente, de substituição com antecipação do tributo, que foi sendo gradualmente estendido a vários produtos e hoje alcança praticamente todos. Esse procedimento estaria autorizado pelo art. 150, § 7º, da Constituição Federal e pela Lei Complementar n. 87, de 1996, que, em desobediência ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal, transferiu para o legislador estadual essa atribuição. (MACHADO, 2009, p. 381).

Neste mesmo sentido Júlio Maria de Oliveira discorre:

De acordo com o art. 155, § 2º, XII, *b*, da CF, cabe a lei complementar dispor sobre a substituição tributária. Trata-se da atribuição da condição de sujeito passivo do ICMS devido em todas as etapas do ciclo de produção e

circulação de mercadorias ou de prestação de serviços a um único contribuinte, antes de ocorrido o fato jurídico tributário.

Porém, em nosso entender, não é possível a incidência de norma jurídica tributária que estabeleça o dever de pagar o imposto sem que ocorra o fenômeno da subsunção. Em outras palavras, se não ocorrer o fato tido por gerador do imposto, não é possível a sua exigência. Isso, afirmamos por razões simples:

(i) sem a ocorrência do fato impositivo não há como se mensurar corretamente a base de cálculo da obrigação tributária, o que força a utilização de presunções e ficções legais, inadmissíveis em face do princípio da estrita legalidade e da tipicidade;

(ii) a tributação antecipada ofende o princípio da segurança jurídica, uma vez que estabelece um dever previsto no consequente de uma norma jurídica sem que tenha ocorrido o fato correspondente;

(iii) o mecanismo de compensação que aperfeiçoa o princípio da não-cumulatividade não pode se efetivar com o abandono dos créditos e débitos. Um elo do ciclo de circulação de mercadorias recolhe todo o ICMS com base em valores estimados, ao arrepio da compensação que se dá em cada etapa e de acordo com o preço efetivamente praticado;

(iv) a antecipação tributária onera o contribuinte sem que exista qualquer signo presuntivo de riqueza, uma vez que coloca como sujeito passivo do imposto pessoa que não revela capacidade contributiva pela antecipação nas operações subsequentes, ofendendo, assim, o princípio da capacidade contributiva objetiva.

Todavia, tais razões foram rejeitadas pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou constitucional a substituição tributária, conforme se depreende da decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1851/AL, entre diversos outros precedentes.” (PEIXOTO e DINIZ, 2005, p.277).

Como podemos depreender dos trechos de Hugo de Brito Machado e de Júlio Maria de Oliveira, o que deveria ser regulado por lei complementar, passou a ser por lei ordinária estadual, atribuição esta designada pela Lei Complementar nº 87/1996, em desrespeito à Constituição da República Federativa do Brasil. Atendo-nos ao item (iv) do trecho de Júlio Maria de Oliveira que nos chama a atenção para o fenômeno de se pagar por algo que ainda não ocorreu, contrariando, no direito tributário, na linha do tempo a extinção do crédito tributário pelo pagamento do tributo sem que tenha ocorrido o fato gerador. É como querer condenar alguém por um crime que ainda não cometeu!

3.2 Anterioridade e Irretroatividade

Os princípios da anterioridade e da irretroatividade, insculpidos na Carta Magna de 1988, são bases para dar segurança jurídica e a garantia à capacidade contributiva do contribuinte. Para que este não tenha o seu patrimônio invadido de uma hora para outra, ao bel prazer do ente tributante.

No dizer de Hugo de Brito Machado:

O princípio da anterioridade da lei tributária não se confunde com o princípio da irretroatividade da lei, que é princípio geral de Direito e vigora, portanto, também no Direito Tributário, em cujo âmbito mereceu expressa acolhida. Irretroatividade, princípio geral que se pode considerar da própria essência do Direito, tamanha é a sua importância para a preservação da segurança jurídica, quer dizer que a lei deve ser anterior ao fato que qualifica juridicamente. Em Direito Tributário, quer dizer que a lei deve ser anterior ao fato gerador do tributo por ela criado ou majorado (CF, art. 150, inc. III, alínea “a”). Anterioridade, princípio constitucional tributário, é irretroatividade qualificada. Exige lei anterior ao início do exercício financeiro do qual o tributo é cobrado (CF, art. 150, inc. III, alínea “b”). (2009, p. 37).

Assim como a doutrina conceitua os princípios da anterioridade e da irretroatividade, também a lei dispõe sobre esses princípios. Não só na Constituição Federal, como citado por Hugo de Brito Machado, como também o Código Tributário Nacional – CTN (Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966), no seu artigo 106 incisos e alíneas, *in verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Temos a interpretação do dispositivo legal retro mencionado em “Breves comentários sobre os princípios da irretroatividade e anterioridade da lei tributária”, por Camila Gomes Sávio:

No que tange à lei expressamente interpretativa, está também, no CTN, art. 106, I, que ela se aplica a ato ou fato pretérito, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

BALEIRO assevera elucidativos comentários sobre o citado dispositivo legal:

Nos países, como o nosso (CF, de 1988, art. 150, III, “a”), em que a irretroatividade da lei tributária em relação às

situações jurídicas definitivamente constituídas assume há de ser limitada à sua função específica: esclarecer e suprir o que foi legislado, sem arrogar-se a *'ius novum'*, mais oneroso para o cidadão. Lei que interpreta outra há de ser retroativa por definição no sentido de que lhe espanca as obscuridades e ambigüidades. Mas contarminar-se-á de inconstitucionalidade se, em matéria fiscal, criar tributos, penas, ônus ou vexames que não resultavam expressa ou implitamente do texto interpretado. Tais inovações só alcançam o futuro. (Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4989/breves-comentarios-sobre-os-principios-da-irretroatividade-e-anterioridade-da-lei-tributaria>> Acesso em: 15/11/2013 - 18:03).

O princípio da anterioridade, na substituição tributária no ICMS, como veremos, fica desrespeitado. Mesmo não sendo um novo tributo ou majoração de alíquota, mas sim uma forma de recolhimento antecipado de tributo, a ST implica em um custo antecipado pegando o contribuinte substituído de surpresa, influenciando em seu fluxo de caixa. Neste sentido, é a doutrina:

[...] Pois bem, se o tributo não pode ser majorado no mesmo exercício de sua cobrança, é mais do que evidente que sua forma de pagamento também não pode sofrer alterações que agravem a situação do contribuinte. (CARRAZZA, 2004, p. 201) (Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2400, 03/11/2013 – 13:30).

Francisco Pinto Rabello Filho seguindo o mesmo entendimento ensina:

[...] a antecipação-surpresa da data do pagamento de um tributo, enquanto subtração de uma parcela do patrimônio das pessoas, que, prevista para o futuro, é antecipada para agora, representa, inegavelmente, uma alteração gravosa do tributo, consolida surpreendente diminuição patrimonial, que repugna ao princípio da segurança jurídica, por isso deve atender ao princípio da anterioridade. (RABELLO FILHO, 2002, p. 133) (Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2400> Acesso em: 03/11/2013 – 13:30).

Há um flagrante desrespeito ao princípio da irretroatividade, quando da entrada em vigor da sistemática da substituição tributária no ICMS para determinada mercadoria que já se encontra no estoque do comerciante, obrigando, este, ao recolhimento do ICMS-ST sobre o estoque existente. Absurdo o pagamento antecipado sobre mercadorias existentes no estoque, principalmente pela não ocorrência do fato gerador! Numa clara invasão ao patrimônio do contribuinte! Verdadeiro enriquecimento sem causa. Alterar a data de pagamento de um tributo,

antecipando o seu recolhimento e sem a ocorrência do fato gerador, gera insegurança jurídica e é isso que o princípio da anterioridade inculcado na CRFB/1988, tenta garantir. O mais grave é a inclusão das mercadorias ficar a cargo do poder executivo e, por conseguinte ser por decreto e não por lei, gerando mais insegurança jurídica.

3.3 A não-cumulatividade do ICMS

O princípio da não-cumulatividade consiste no aproveitamento do crédito fiscal do imposto pago na fase anterior na fase seguinte do ciclo econômico, ou seja, no cálculo do imposto a pagar leva-se em conta o imposto pago na fase anterior, conforme ensina Hugo de Brito Machado:

Da mesma forma que o imposto sobre produtos industrializados, o ICMS é, por expressa determinação constitucional, um imposto não cumulativo, “compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal” (CF, art. 155, § 2º, inc I). Diversamente do que acontece com o IPI, em relação ao ICMS essa não cumulatividade está sujeita ao disposto em lei complementar, pois a Constituição diz caber a esta *disciplinar o regime de compensação do imposto* (art. 155, § 2º, inc. XII, alínea “c”) (2007, p. 379).

De fato, a não cumulatividade do ICMS está disciplinado no artigo 19 da Lei Complementar 87/1996, *in verbis*:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

No caso da substituição tributária no ICMS, a despeito da forma de cálculo sugerir o respeito a esse princípio, pois o substituto tributário ao calcular o ICMS-ST, leva em conta o ICMS devido da sua própria operação, deduzindo-o do valor encontrado pela aplicação da alíquota sobre a base de cálculo do ICMS-ST, encontrando assim o valor do ICMS-ST a ser retido, fica, esse princípio relativizado.

Um contribuinte não enquadrado no regime do Simples Nacional, portanto, enquadrado no Regime Período de Apuração, ou simplesmente RPA, que opera com mercadorias não inclusas na sistemática do ICMS-ST, fará, ao final de cada período, que é mensal, a apuração do ICMS das suas operações ou prestações, confrontando o imposto lançado nas saídas tributadas (débito), com o imposto lançado a crédito nas entradas com direito ao crédito. Deste

confronto, o resultado poderá ser um valor a pagar, quando o valor do débito (saídas) for maior que o valor do crédito (entradas), resultando assim em ‘saldo devedor’. Ou, o inverso, quando o valor do crédito é maior que o valor do débito, resultando assim em ‘saldo credor’, que será aproveitado no período (mês) seguinte. É uma conta corrente, ou a chamada “conta gráfica”.

Estando a maioria das mercadorias incluídas na sistemática da substituição tributária no ICMS, esse comerciante mesmo não optante do regime do Simples Nacional, não acumulará saldo credor do ICMS, pois o valor do ICMS a pagar, quando a mercadoria está no regime jurídico da substituição tributária, é calculado e retido (pago) em cada operação de compra e não pelo confronto do volume de operações de compras e vendas do mês.

Como vemos, temos ofensa ao princípio da não-cumulatividade, quando se trata de mercadorias sujeitas ao ICMS-ST.

4. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO ICMS NO SIMPLES NACIONAL

4.1 A admissibilidade

Até meados de 2007, tínhamos poucas mercadorias sujeitas à sistemática da substituição tributária no ICMS, no Estado de São Paulo.

A partir do final de 2007 até meados de 2009, uma gama imensa de mercadorias foi incluídas nesta sistemática, pelo governador de São Paulo. Atualmente são mais de 40 gêneros de mercadorias: tais como: fumo, cimento, cerveja, refrigerantes, água mineral, sorvete, frutas (amêndoa, avelã, castanha, noz, etc.), veículos de 2 rodas, veículos automotores, pneumáticos, tintas e vernizes, combustíveis, medicamentos, bebidas alcoólicas, perfumaria, higiene pessoal, ração animal, produtos de limpeza, produtos fonográficos, autopeças, pilhas e baterias, lâmpadas elétricas, papel, produtos da indústria alimentícia, materiais de construção, produtos de colchoaria, ferramentas, bicicletas, instrumentos musicais, brinquedos, Máquinas e aparelhos mecânicos, elétricos, eletromecânicos e automáticos, produtos de papelaria, artefatos de uso doméstico, materiais elétricos, produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos.

Coincidência ou não, foi, pois, logo após a entrada em vigor da Lei Complementar 123/2006, que instituiu o Simples Nacional que se deu essa “avalanche” de mercadorias introduzidas na sistemática da substituição tributária no ICMS.

A Lei Complementar 123/2006, alterada pelas Leis Complementares: nº 127 de 14 de agosto de 2007, nº 128 de 19 de dezembro de 2008, nº 133 de 28 de dezembro de 2009 e 139 de 10 e novembro de 2011, não veda a aplicação do regime jurídico da substituição tributária no ICMS nas operações envolvendo mercadorias comercializadas pelas e para as empresas optantes pelo Simples Nacional.

A LC 123/2006 não autoriza expressamente, mas admite que as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, ao operarem com mercadorias incluídas no regime jurídico da substituição tributária, sofram essa forma de tributação em suas operações. Tanto é que ao definir quais tributos não se incluem na sistemática do Simples Nacional no seu artigo 13, relaciona no inciso XIII e suas alíneas o ICMS devido por substituição tributária, *in verbis*:

XIII - ICMS devido:

- a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;
- b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

Bem como, ao disciplinar como será calculado o valor devido pelo comerciante enquadrado no Simples Nacional, no inciso IV do § 4º do artigo 18, *in verbis*:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

[...]

§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:

[...]

IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;

Como vemos, a Lei Complementar 123/2006, dá respaldo legal a aplicação da substituição tributária no ICMS nas operações comerciais entre o industrial, o importador, o arrematante de mercadorias apreendidas e em certos casos o comerciante atacadista (substituto tributário), e o comerciante varejista e também o atacadista, este quando não revestido de substituto – os substituídos tributário -, independente destes, serem ou não optantes pelo Simples Nacional.

O comerciante enquadrado no regime do Simples Nacional que comercializa mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária no ICMS, paga, como já foi dito anteriormente, o ICMS de suas operações de vendas dessas mercadorias, na fonte, ou seja, paga antecipadamente sobre

um fato presumido pelo seu fornecedor. Isto é, o substituto tributário ao comercializar as mercadorias de sua propriedade para o comerciante, seja este optante ou não do Simples Nacional, reterá o ICMS-ST sobre um fato presumido, uma situação não real, uma ficção jurídica. Tomemos emprestado o pensamento da mestra Laís Vieira Cardoso, em sua análise sobre o ICMS:

No ICMS, da mesma forma que nos demais tributos, devemos, portanto, detectar no **fato ocorrido no mundo real e suscetível de imposição tributária**, todos os aspectos ou **elementos essenciais delimitados na hipótese de incidência, sob pena de não se configurar a obrigação de recolher o imposto aos cofres públicos**.

E temos então, como **aspecto material ou objetivo**, o núcleo ou o objeto **da hipótese de incidência** que será definido **pela ação**, determinada por um verbo acrescido de seu complemento que, no ICMS, ocorre quando o contribuinte ou outro sujeito obrigado ao seu recolhimento promove a **operação de circulação** (verbo) **de mercadorias** (complemento) [...]” (*grifei*) (CARDOSO, 2004, p. 69).

Reafirmamos, onde está o ‘fato ocorrido no mundo real’ e ‘suscetível de imposição tributária’? Cadê a circulação de mercadorias, elemento essencial delimitado pelo legislador quando da hipótese de incidência? Não há ação, nem complemento, no regime jurídico da substituição tributária para frente no ICMS adotado pelos Estados e o Distrito Federal, numa verdadeira ficção jurídica. Pode estar revestido de legalidade, do ponto de vista de ter o respaldo de lei e até da Constituição Federal, mas paradoxalmente ofende, agride, tantos outros princípios, tais como: o da não-cumulatividade, o da anterioridade, o da irretroatividade e o da segurança jurídica, dentre outros, isso tudo, falando do ICMS-ST de uma maneira geral.

Falando desse instituto perante o Simples Nacional o paradoxo fica mais latente, pois a fórmula traçada para o cálculo do ICMS-ST a ser retido pelo substituto, não distingue o contribuinte substituído, trata a todos igualmente, seja o optante do Simples Nacional, seja o enquadrado no Regime Periódico de Apuração – RPA que apura o ICMS a pagar, por período mensais, de suas operações com mercadorias, é claro, não sujeitas à sistemática do ICMS-ST.

O paradoxo, no caso do contribuinte substituído optante do Simples Nacional, além dos princípios já citados, e talvez com exceção ao princípio da não-cumulatividade, pois no caso do Simples Nacional, por ser um tratamento favorecido e diferenciado, quanto ao cálculo do pagamento dos tributos envolvidos neste regime (Simples Nacional), que, de maneira geral, não toma e nem transfere créditos fiscais em suas operações, reside justamente na anulação do favorecimento e da diferenciação, exigido em nossa

Carta Magna pelo Poder Constituinte Originário e atendido pela edição Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, a lei do SIMPLES NACIONAL, a princípio chamada popularmente de SUPER SIMPLES.

4.2 A anulação do benefício trazido pela LC 123/2006

Como dito no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 em seu texto, no TÍTULO VII - Da Ordem Econômica e Financeira, CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA, mais precisamente no artigo 170, inciso IX, exigiu que o legislador originário concedesse um tratamento favorecido às micro e pequenas empresas. O inciso IX do artigo 170, originariamente estava assim expresso: “IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”, e atualmente, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 6 de 15/08/1995 assim preceitua: “IX - tratamento **favorecido** para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” (*grifei*)

E, assim, em 14 de dezembro de 2006 foi aprovada a Lei Complementar nº 206 em atendimento ao inciso IX do artigo 170 da CF/88, que concede o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte. Tratamento este que não se restringe somente à parte fiscal, abrange outros favorecimentos em relação às empresas e entidades que dele não possam se beneficiar em razão de impedimentos expressos na LC 123/2006. Mas, vamos nos ater ao favorecimento que diz respeito à parte fiscal, que é o interesse desse trabalho, em mostrar a anulação de efeito trazido por esta lei, diante do instituto da substituição tributária no ICMS.

Pela fórmula estabelecida na legislação ordinária que rege a substituição tributária no ICMS, no Estado de São Paulo, independente da forma de se encontrar a base de cálculo conforme disposto no Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo, Decreto 45.490/2000 – RICMS/SP, nos seus artigos 40 e 41, seja por preço final a consumidor único ou máximo, autorizado ou fixado por autoridade competente, seja por preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador ou, pelo preço praticado pelo sujeito passivo (substituto) incluídos os valores correspondentes a frete, frete, seguro, impostos e outros encargos suportados pelo adquirente, acrescido da Margem de Valor Agregado – MVA, forma mais usual, para a aplicação da alíquota interna da mercadoria sujeita a essa forma de tributação (ICMS-ST), quando adquirida pelo comerciante optante pelo Simples Nacional, não tem distinção nenhuma em

relação ao comerciante não optante pelo Simples Nacional.

Fica claro e evidente que esse instituto da substituição tributária no ICMS, não discrimina e nem tampouco favorece o optante do Simples Nacional, anulando o efeito de favorecimento trazido pela LC 123/2006, no tocante à parte fiscal, tratando fiscalmente igual o optante do Simples Nacional e o não ó optante pelo Simples Nacional, ou o enquadrado no RPA.

A própria LC 123/2006 anula o efeito ao excluir do cálculo do Simples Nacional o ICMS-ST e não regulamentar a matéria em nível nacional.

Corroborando com o disposto acima, temos:

Com a instituição do Simples Nacional, o ICMS devido por substituição tributária, não foi abrangido, causando grande confusão em virtude de também não haver disposição nacional sobre a cobrança do ICMS nessa condição. Cada Estado previa uma forma diferente de cálculo do ICMS-ST, bem como do ICMS relativo à operação própria.

Dessa forma, até 31.12.2008, as regras para cálculo do ICMS, por microempresa e por empresa de pequeno porte, nas operações sujeitas à substituição tributária estavam previstas na legislação de cada Unidade da Federação (ONO; GEOVANINI e OLIVEIRA, 2012, p. 118).

A LC 128 de 19 de dezembro de 2008, trouxe alterações à LC 123/2006, e dentre as alteração trazidas, encontra-se o disciplinamento em nível nacional do cálculo do ICMS-ST, pois até 31/12/2008 cada Unidade da Federação tinha suas próprias regras pertinentes ao cálculo do ICMS-ST pelas empresas optantes pelo Simples Nacional, quando revestidas na condição de substitutas tributárias, pois até então não havia uma regra nacional para regular o instituto da substituição tributária no ICMS envolvendo as ME e EPP. Assim dispõe o artigo 2º da LC 128/2008, *in verbis*:

Art. 2º A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, passa a vigorar com as seguintes modificações:

[...]

“Art. 13.

[...]

§ 6º **O Comitê Gestor do Simples Nacional:**

I – disciplinar a forma e as condições em que será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional a qualidade de substituta tributária; e

II – poderá disciplinar a forma e as condições em que será estabelecido o regime de antecipação do ICMS previsto na alínea g do inciso XIII do § 1º deste artigo. (NR)”
(grifei)

Conforme discorre Juliana M. O. Ono, Daniela

Geovanini e Fabio Rodrigues de Oliveira:

A Lei Complementar nº 128/2008, por sua vez, trouxe a previsão de que cabe ao Comitê Gestor do Simples Nacional disciplinar a forma e as condições em que será atribuída à microempresa ou a empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, a qualidade de substituta tributária. De acordo com essa disposição, o Comitê Gestor do Simples Nacional deveria editar uma norma disciplinando os aspectos relativos à atribuição da responsabilidade à ME ou à EPP. Todavia, por meio da Resolução CGSN nº 51/2008, o referido Comitê regulamentou a forma de cálculo e de recolhimento dos impostos e contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de tributos e Contribuições (Simples Nacional). (ONO; GEOVANINI e OLIVEIRA, 2012, p. 118).

E ressalvam:

Observe-se, no entanto, que a Resolução CGSN nº 94/2011, que regulamentou o Simples Nacional, revogou a Resolução CGSN nº 51/2008 com efeitos a partir de 1º.1.2012. Portanto, a partir dessa data, devem ser observadas as disposições da Resolução CGSN nº 94/2011, que não diferem daquelas estabelecidas anteriormente. (*Ibidem*, 2012, p.118).

Antes da alteração introduzida na LC 123/2006, pela LC 128/2008, com a inclusão da forma de calcular o ICMS-ST pelo contribuinte substituto optante do Simples Nacional, de acordo com a Resolução CGSN nº 94/2011, tínhamos como norma disciplinadora para este cálculo, a Resolução CGSN nº 51/2008 que estabelecia para a dedução como crédito no cálculo do ICMS-ST pelo substituto a alíquota de 7% (sete por cento) de forma geral, essa regra vigorou de 01/01/2009 a 31/07/2009. A partir de 01/08/2009 com a publicação da Resolução CGSN nº 61/2009, passou-se a considerar a alíquota interna ou a interestadual para a dedução como crédito ao invés dos 7%.

Assim, atualmente, temos como regra para a dedução como crédito do ICMS no cálculo do ICMS-ST a ser retido do substituído tributário, o imposto devido pelo substituto tributário da sua operação própria. Conforme ensinam Juliana M. O. Ono, Daniela Geovanini e Fabio Rodrigues de Oliveira:

A regra para dedução dos 7% vigorou de 1º.1.2009 a 31.7.2009, uma vez que a Resolução CGSN nº 61/2009 alterou a forma de cálculo do ICMS-ST, produzindo efeitos a partir de 1º.08.2009. De acordo com esse ato, e agora com base na Resolução CGSN nº 94/2011, o contribuinte optante pelo Simples Nacional para calcular o imposto devido por substituição tributária deverá:

a) aplicar a alíquota interna do Estado, ou Distrito Federal, a quem compete o ICMS-ST, sobre o preço máximo de

venda a varejo fixado pela autoridade competente ou sugerido pelo fabricante, ou sobre o preço a consumidor usualmente praticado;

b) deduzir do valor encontrado, conforme disposto na letra “a”, o valor resultante da aplicação da alíquota interna ou interestadual, conforme o caso, sobre o valor da operação ou prestação própria do substituto tributário. Observe-se que inexistindo o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente ou sugerido pelo fabricante, ou o preço a consumidor usualmente praticado, o valor do ICMS devido por substituição tributária deverá ser calculado mediante a utilização da seguinte fórmula: imposto devido = [base de cálculo x (1 + MVA) x alíquota interna] – dedução, onde:

a) “base de cálculo” é o valor da operação própria realizada pela ME ou EPP substituta tributária;

b) “MVA” é a margem de valor agregado divulgada pelo Estado ou pelo Distrito Federal, a quem compete o ICMS-ST;

[...]

c) “alíquota interna” é a do Estado ou Distrito Federal, a quem compete o ICMS-ST;

d) “dedução” é o valor resultante da aplicação da alíquota interna ou interestadual sobre o valor da operação própria do substituto tributário.

Ressalte-se, portanto, que a partir de 1º.8.2009, deverá ser deduzido o valor correspondente à alíquota do produto, quando se tratar de operação realizada dentro do Estado, ou à alíquota interestadual, nas operações interestaduais, mesmo que o ICMS próprio seja calculado dentro do Simples Nacional.” (ONO; GEOVANINI e OLIVEIRA, 2012, p. 119 e 120).

A substituição tributária no ICMS para frente, para ser cobrada em operações interestaduais é necessário que haja acordo entre os Estados envolvidos, seja por convênio ICMS¹ ou por protocolo ICMS², e neste caso o valor da ‘dedução’ será o ICMS da operação própria do substituto tributário apurado pela alíquota interestadual, independente deste estar ou não no regime do Simples Nacional. Além de ter como ‘dedução’ a alíquota interestadual, os convênios e protocolos, estabelece que a Margem de Valor Agregada - MVA a ser aplicada, se for esta a forma para se encontrar a base de cálculo da substituição tributária do ICMS, será a MVA-ajustada³, incluindo-se assim, o diferencial de

¹ Convênios ICMS são acordos que determinam a obrigação para todos os Estados e o Distrito Federal, são editados em reuniões, ordinárias ou extraordinárias, do CONFAZ, Conselho Fazendário Nacional composto pelas Secretarias de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal e o Ministério da Fazenda. É presidido pelo Ministro da Fazenda. Os convênios, para vigorarem seguem certas formalidades.

² Protocolos ICMS, são celebrados entre os Estados e o Distrito Federal e não possuem as formalidades dos convênios, pois podem ser celebrados somente entre duas unidades da Federação.

alíquota. Fazendo com que a MVA seja significativamente aumentada. Por exemplo, MVA original de 50% (cinquenta por cento), reajustada irá para 60,98% (sessenta inteiros e noventa e oito centésimos por cento), um acréscimo de 10,98 pontos percentuais ou aumento de 21,96% (vinte inteiros e noventa e seis centésimos por cento).

Essa regra foi aplicada até 31/05/2011. Com o advento do Convênio ICMS nº 35 de 01 de abril de 2011 (D.O.U.: 05/04/2011) e vigor a partir de 01/06/2011, alterou-se a regra para não se ajustar a MVA original nas operações interestaduais, quando o substituto tributário for optante do Simples Nacional e recolhe o ICMS próprio pela LC 123/2006.

Vejamus um exemplo prático de cálculo do ICMS-ST, no âmbito interno do Estado de São Paulo, ou seja, ambos os contribuintes, substituto e substituído, encontram-se inscritos como contribuintes paulistas, de uma determinada mercadoria inclusa neste regime quando comercializada pelo fabricante. Utilizaremos como exemplo de mercadoria a autopeças, que por determinação normativa (Portaria CAT – Coordenador da Administração Tributária) da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, a base de cálculo é encontrada através de Margem de Valor Agregado sobre o total pago pelo adquirente. Uma determinada quantidade de autopeças vendida pelo preço de R\$ 1.000,00, IPI de 10%, sendo o frete pago pelo vendedor, e a MVA é de 50%, valores hipotéticos com a finalidade de ilustração. A mercadoria foi adquirida com a finalidade de comercialização. Cálculo do ICMS-ST abaixo:

Valor da mercadoria.....R\$ 1.000,00 (+)
Valor do IPI (1.000,00 x 10%).....R\$ 100,00 (+)
Valor total da mercadoria.....**R\$ 1.100,00 (=)**
Valor do ICMS da operação própria do fabricante:
R\$ 180,00 (R\$ 1.000,00 x 18%).

Base de cálculo do ICMS-ST: R\$ 1.650,00 (R\$ 1.100,00 x 50%).

O ICMS-ST: **R\$ 117,00** ((R\$ 1.650,00 x 18%) - R\$ 180,00).

Em razão do cálculo acima o comprador pagará, neste exemplo hipotético, o total de R\$ 1.217,00 (hum mil duzentos e dezessete reais) pelas autopeças adquiridas. Neste valor estão inclusos: o valor da mercadoria (R\$ 1.000,00) mais o IPI (R\$ 100,00) mais o ICMS-ST retido (R\$ 117,00). Este cálculo será feito pelo fabricante independente da venda ser para comerciante optante ou

³ MVA ajustada = [(1 + MVA ST original/100) x (1 - ALQ inter) / (1 - ALQ intra)] - 1, onde: ALQ inter é a alíquota interestadual e ALQ intra é a alíquota interna.

não pelo regime do Simples Nacional.

Se a mercadoria não estivesse enquadrada no regime jurídico da substituição tributária do ICMS e o adquirente (contribuinte substituído), sendo comerciante enquadrado no RPA, aquele que faz a apuração do ICMS mensalmente confrontando os valores do ICMS debitado, pelas saídas, com o ICMS creditado pelas entradas, e vendesse essa mercadoria pelo preço estabelecido como base de cálculo para o ICMS-ST, apuraria o mesmo valor do ICMS a pagar, mas pagaria após a venda da mercadoria, ou seja, pagaria em razão de um fato gerador previsto na hipótese de incidência do imposto em questão.

Nessa mesma linha de pensamento, mas agora o adquirente (contribuinte substituído) é optante pelo Simples Nacional e vende a mercadoria, também pelo preço estabelecido como base de cálculo para o ICMS-ST, apurará o valor do Simples a pagar utilizando-se da tabela do Anexo I.

Para cálculo do valor do Simples a pagar, necessitamos de mais um elemento, o valor do faturamento dos últimos doze (12) meses anteriores ao mês do cálculo do Simples, por exemplo, se o mês do cálculo for novembro de 2013, o valor do faturamento dos últimos doze (12) meses será a somatória dos faturamentos dos meses de novembro de 2012 a outubro de 2013.

Conhecendo-se esse valor buscamos na tabela do Anexo I a faixa de enquadramento para sabermos qual o percentual a ser aplicado sobre o faturamento (receita bruta) do mês.

Utilizaremos para esse cálculo a última faixa da tabela, qual seja a faixa 20, onde o percentual para a apuração do valor do Simples a pagar será de 11,61% (onze inteiros e sessenta e um centésimos por cento), mas como a mercadoria vendida encontra-se no regime da substituição tributária, descontaremos deste percentual, o percentual de 3,95% (três inteiros e noventa e cinco centésimos por cento) que corresponde ao ICMS da faixa 20 da tabela do Anexo I, resultando no percentual de 7,66% (sete inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) que aplicado sobre o valor do faturamento mensal resultará no valor do Simples Nacional a ser recolhido.

Como estamos trabalhando com o valor hipotético de venda de R\$ 1.650,00 (hum mil, seiscentos e cinquenta reais), esse comerciante pagaria de Simples Nacional no mês de novembro de 2013 o valor de R\$ 126,39 (cento e vinte e seis reais e trinta e nove centavos) a título de Simples. Como já pagou o ICMS na fonte no valor de R\$ 117,00 (cento e dezessete reais), terá como carga tributária, no mês de novembro de 2013, o valor de R\$ 243,39 (duzentos

e quarenta e três reais e trinta e nove centavos), que corresponderá ao percentual de 14,75% (quatorze inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) e não ao percentual previsto na faixa 20 da tabela do Anexo I.

Ou, se quisermos nos ater somente ao ICMS, o valor deste, a ser pago, se não houvesse a substituição tributária no ICMS, considerando-se o mesmo valor de venda, e a mesma faixa de enquadramento, seria de R\$ 65,18 (sessenta e cinco reais e dezoito centavos), resultado da aplicação da alíquota de 3,95% sobre o valor de R\$ 1.650,00. E, não os R\$ 117,00 (cento e dezessete reais). Um acréscimo tributário de 79,52% (setenta e nove inteiros e cinquenta e dois centésimos por cento).

Como vemos, neste simples exemplo, a diferenciação e o favorecimento previsto na Constituição Federal de 1988 foram totalmente anulados. O comerciante optante do Simples Nacional que comercializa mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária no ICMS, é tratado como o comerciante que apura o ICMS pelo regime normal.

Corroborando com esse raciocínio podemos citar, Juliana M. O. Ono, Daniela Geovanini e Fabio Rodrigues de Oliveira: “*Podemos concluir do exposto que o cálculo do ICMS devido por substituição tributária por ME ou EPP foi equiparado àquele que deve ser observado pelo contribuinte enquadrado no regime normal (débito e crédito)*” (2012, p. 120).

No exemplo acima demonstramos que o contribuinte substituído para calcular o ICMS-ST, nas vendas das mercadorias por ele industrializadas, devido pelo contribuinte substituído, utiliza-se da mesma regra do contribuinte que apura o ICMS pelo regime normal ou RPA.

Tomamos por base a MVA de 50% (cinquenta por cento), por se tratar de, maneira geral, um percentual médio adotado pela Fazenda Pública de São Paulo. Tem-se para algumas espécies de mercadorias percentuais menores, mas também se tem percentuais bem maiores. Quanto a escolha da faixa 20 da tabela do Anexo I, foi para enfatizar que, mesmo nesta faixa, a mais alta, o valor do ICMS pago pelo contribuinte substituído ficou quase 80% (oitenta por cento) maior daquele que ele pagaria se o pagasse pelo Simples Nacional e não por substituição tributária.

Se tomarmos, para cálculo de exemplo, o percentual da primeira faixa da tabela do Anexo I, que é de 1,25% (um inteiro e vinte centésimos por cento), com os mesmos valores e percentual da MVA (50%), o valor do ICMS a ser pago nesta condição seria de R\$ 20,63 (vinte reais e sessenta e três centavos), resultando agora num acréscimo tributário, somente do ICMS, na ordem de 467,27%

(quatrocentos e sessenta e sete inteiros e vinte e sete centésimos por cento), simples e absurdamente um pagamento a maior de mais de 5,5 vezes! Um total desrespeito ao inciso IV do artigo 150 Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Um verdadeiro confisco. Uma afronta total à Constituição Federal de 1988. Pelo menos para o optante do Simples Nacional, o instituto do ICMS-ST deveria ser excluído do nosso ordenamento jurídico.

Ainda, sobre a comparação entre a alíquota a ser aplicada sobre a base de cálculo do ICMS-ST com a alíquota do ICMS da faixa de enquadramento da tabela do Anexo I, para que elas se equivalessem, considerando a alíquota interna do ICMS de 18% (dezoito por cento), a MVA deveria ser de no máximo 28,11%⁴ (vinte e oito inteiros e onze centésimos por cento) sendo a alíquota do ICMS do Simples Nacional de 3,95% (última faixa da tabela do Anexo I), e, quando a alíquota do ICMS do Simples Nacional for 1,25% (primeira faixa da tabela do Anexo I), a MVA deve ser de 7,46%⁵ (sete inteiros e quarenta e seis centésimos), neste caso muito improvável.

As Margens de Valores Agregados utilizadas, na imensa gama de mercadorias sujeitas ao regime do ICMS-ST, são as mais variadas possíveis. A título de ilustração, citaremos algumas mercadorias e suas margens, lembrando que, mesmo a mercadoria tendo MVA estabelecida de forma genérica, poderá estar sendo usado como base de cálculo para o ICMS-ST preço final, conforme decisão do Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, com o é o caso de água mineral e suas diversas formas de embalagens apresentadas ao consumidor final. Segue alguns exemplos de mercadorias sujeitas à substituição tributária no ICMS e suas respectivas MVA atuais:

- a) Cimento: 20% (vinte por cento) – art. 292 do RICM/SP;
- b) Frutas - amêndoa, avelã, castanha, noz, pera ou maçã (in natura): 40% (quarenta por cento) – art. 298 do RICMS/SP;
- c) Tintas e vernizes: 35% (trinta e cinco por cento) – Portaria CAT 144/2008;
- d) Ração “pet” para animais domésticos: 50,17% (cinquenta inteiros e dezessete centésimos por cento) - Portaria CAT 117/2012;

⁴ Fórmula: $0,0395 / (0,18MVA - 0,0395MVA) = 0,2811$ ou 28,11%.

⁵ Fórmula: $0,0125 / (0,18MVA - 0,0125MVA) = 0,0746$ ou 7,46%.

e) Discos e produtos fonográficos: 59,82% (cinquenta e nove inteiros e oitenta e dois centésimos por cento), etc.;

Para nosso alento, sobre a exclusão da aplicação do instituto da substituição tributária no ICMS para as empresas optantes pelo Simples Nacional, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 237 de 2012, conforme matéria publicada no Jornal Folha de S. Paulo, edição de 20/10/2013, caderno MERCADO mpme:

Está em discussão no Congresso uma mudança no Simples que poderia reverter isso. O Projeto de Lei Complementar nº 237, de 2012 prevê o fim da substituição tributária para as micro e pequenas empresas.

O texto também propõe a ampliação das categorias que podem ser incluídas no Simples, tendo como único critério o faturamento da empresa, cujo teto hoje é de R\$ 3,6 milhões por ano, e não o ramo de atividade.

A proposta tramita em uma comissão especial na Câmara. De acordo com o deputado federal Cláudio Puty (PT-PA), relator da matéria, nos últimos dias as mudanças foram apresentadas ao Ministério da Fazenda e à Receita Federal para negociação de cada ponto.

A medida deve encontrar resistência na Receita Federal e nos governos estaduais.

Fica a esperança de que essa situação se reverta e a substituição tributária no ICMS para frente, pelo menos para os optantes do Simples Nacional, não seja mais aplicada, com a aprovação do Projeto de Lei Complementar acima mencionado, mas isso somente ocorrerá se houver boa vontade dos Governadores, em razão dos impactos na arrecadação.

CONCLUSÃO

Diante do exposto concluímos e confirmamos que a previsão Constitucional de dar tratamento ‘tributário’ diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - “Simples Nacional”, tem essa previsão anulada pelo instituto da substituição tributária no ICMS para frente.

A própria Lei Complementar (123/2006) que estabeleceu as regras de aplicação para o cálculo e recolhimento do Simples Nacional pelas empresas optantes, não só excluiu o ICMS-ST do cálculo do Simples Nacional, bem como estabeleceu regras para o cálculo do ICMS-ST nas operações envolvendo as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional. Regras estas, que pela forma de calcular, se equiparam ao contribuinte que apura o ICMS pelo regime normal, ou seja, pelo contribuinte do ICMS enquadrado no RPA (Regime Periódico de Apuração), que leva em conta os débitos pelas saídas tributadas e os créditos

pelas entradas com direito a este.

O pior é que, o poder de decidir qual mercadoria será tributada pelo Regime Jurídico-tributário de sujeição passiva por substituição com retenção do imposto – ICMS, foi delegada ao Poder Executivo. A substituição tributária, por disposição Constitucional, exige que seja por lei complementar, as regras, mas esqueceu-se de delimitar o poder do Poder Executivo, ou melhor, deveria a Lei Complementar do Simples Nacional, excluir da sistemática da substituição tributária no ICMS os optantes pelo Simples Nacional, na condição de compradores comerciantes.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Laís Vieira. **Substituição Tributária no ICMS**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2004

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

ONO, Juliana M. O., GEOVANINI Daniela e OLIVEIRA Fabio Rodrigues de – Manual Prático do Simples Nacional – Supersimples, 2012, FISCOsoft Editora, SP.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães e DINIZ, Marcelo de Lima Castro, coordenadores – Curso de Direito Tributário, Associação Paulista de Estudos Tributários – APET, 2005 - MP Editora, SP.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães e MELO, Fábio Soares de, coordenadores – ICMS Questões Fundamentais, 2007 – MP Editora, SP.

SÁVIO, Camila Gomes. **Breves comentários sobre os princípios da irretroatividade e anterioridade da lei tributária**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4989/breves-comentarios-sobre-os-principios-da-irretroatividade-e-anterioridade-da-lei-tributaria>> Acesso em: 15/11/2013.

RESUMO

O artigo objetiva contribuir para uma melhor compreensão acerca das medidas cautelares diversas da prisão, introduzidas no artigo 319 Código de Processo Penal, pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, em relação com a detração penal. A alteração legislativa compatibilizou o processo penal com os princípios constitucionais, visando solucionar o problema carcerário do Brasil, uma vez que a prisão cautelar só poderá ser decretada em último caso, quando não for conveniente a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão. Pretende-se questionar se tais medidas devem ou não ser consideradas como detração penal, uma vez que o novo texto legal é lacunoso e suscita dúvidas e controvérsias. Para tanto, utilizou-se do método de pesquisa bibliográfica e dedutivo.

Palavras Chave: Penas. Detração penal. Medidas cautelares pessoais. Lei 12.403/2011. Código de Processo Penal – CPP.

THE PRECAUTIONARY MEASURES AND CRIMINAL DETRACTION

ABSTRACT

This study aims to contribute for a better understanding the several precautionary measures of prison, first introduced in article 319 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, under the law 12.403, from May 4th, 2011, regarding sentence reduction. The legislative modification has matched the criminal procedure with the constitutional principles, aiming to solve the imprisonment problem in Brazil, since the preventive custody will only be decreed as a last resort, when it doesn't convene to apply the several precautionary measures of prison. The objective is to question if such measures shall or not be considered sentence reduction, since the new legal text has loopholes and brings out doubts and controversies. The study was carried out through bibliographical and deductive research.

Keywords: sentences. Sentence reduction. Personal precautionary measures. Law 12.403/2011. Brazilian Code of Criminal Procedure

* Graduada em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUML), Especialista em Auditoria e Planejamento Tributário pelo Centro Universitário de Franca (UNIFACEF) e Graduada em Administração de Empresas pelo Centro Universitário Claretiano (CEUCLAR). E-mail: rosileiaclaro2011@hotmail.com.

SUMÁRIO. Introdução. 1. Direito penal brasileiro. 1.1 Considerações gerais. 1.2 Princípios. 1.3 Pena. 1.3.1 Conceito. 1.3.2 Finalidades. 1.3.3 Classificação das penas. 1.3.3.1 Penas privativas de liberdade. 1.3.3.2 Penas restritivas de direitos. 1.3.3.3 Pena de multa. 1.3.3.4 Medidas de segurança. 1.3.3.5 Detração penal. 2. Medidas cautelares. 2.1 Considerações gerais. 2.2 Características. 2.3 Espécies. 2.4 Procedimento. 3. Cumprimento de medidas cautelares e detração penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com sua origem no Projeto de Lei n. 4.208/2001, a Lei 12.403/2011, publicada em 04 de maio de 2011 e em vigor a partir de 04 de julho de 2011, alterou os dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, inserindo-lhe novas medidas cautelares pessoais alternativas à prisão processual.

Trata-se de inovação de extrema relevância, uma vez que o Código de Processo Penal, de 1941, mostrava-se parcialmente incompatível com a Constituição Federal (CF) de 1.988, assim como o novo texto legal contribui para amenizar a superlotação carcerária, evitando-se que presos provisoriamente dividam espaço com condenados que cumprem pena privativa de liberdade.

O presente estudo aborda a aplicação das novas medidas cautelares e as controvérsias sobre a respectiva (in) aplicabilidade da detração penal.

Consagrou-se o entendimento de que a prisão cautelar passa a ter caráter excepcional, só podendo ser aplicada em último caso. Há a prevalência do *status libertatis*.

O cumprimento das medidas cautelares pessoais diversas da prisão consiste em restrição no direito do investigado ou acusado. Assim, não seria medida de inteira justiça que referida restrição fosse abatida da pena imposta na sentença condenatória definitiva, nos termos do art. 42 do Código Penal (CP)? E, como as ditas medidas oferecem vários graus de restrição a liberdade, qual critério deve ser adotado para em caso da detração penal?

Para a discussão desta questão, o artigo foi dividido em três capítulos. O primeiro trata do conceito, finalidade, princípios fundamentais do direito penal e da pena, incluindo suas espécies e a detração penal. O segundo apresenta as

alterações trazidas pela nova legislação, discorrendo sobre as medidas cautelares diversas da prisão, suas características e espécies, bem como o procedimento adotado para sua aplicação. O terceiro relaciona o cumprimento das medidas cautelares com o instituto da detração penal, apesar da omissão legislativa e os critérios para saná-la, com base em cada caso concreto.

Em suma, o presente trabalho visa contribuir para sanar as dúvidas acerca da aplicação da detração penal no tocante ao cumprimento das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, no curso da investigação ou da ação penal, bem como dos critérios de abatimento da pena.

1. DIREITO PENAL BRASILEIRO

1.1 Considerações Gerais

A convivência harmônica entre os indivíduos que compõem a sociedade pressupõe a criação de uma série de regras: o direito positivo, que deve ser observado por todos os integrantes do grupo social, sob pena de incorrer nas sanções e consequências previstas. O direito penal, no entanto, é a parte do ordenamento jurídico que caracteriza o crime, indica quem por ele deve responder e fixa a reprimenda a ser aplicada. Trata-se do ramo do direito que tem como principal consequência a pena privativa de liberdade.

Para Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2011), a finalidade do Direito Penal é a tutela da sociedade através da proteção dos bens jurídicos fundamentais como a vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, paz pública, etc.

Quanto as suas fontes, afirma Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 123) que “fonte é o lugar de onde algo se origina”. Assim, as fontes do Direito podem ser analisadas sob dois enfoques: as fontes criadoras, chamadas de fontes materiais e as fontes de expressão da norma, chamadas de fontes formais.

A fonte material refere-se à fonte de produção, ou seja, o ente encarregado de criar o Direito Penal é o Estado, nos termos do artigo 22, I, da CF, que prevê que a competência de legislar sobre “direito penal” é privativa da União e, excepcionalmente, dos Estados (art. 22, § único, CF) que serão autorizados por lei complementar a legislar quando se tratar de questões de interesse local ou específicas.

Já a fonte formal, refere-se às fontes de revelação, ou seja, a forma com que o direito penal é exteriorizado, podendo ser diretas ou imediatas e indiretas ou mediatas. A lei é a única fonte direta do Direito Penal. Os costumes e os princípios gerais do direito são elencados como fontes indiretas.

1.2 Princípios

Segundo Antônio Alberto Machado (2010) os princípios são uma espécie de norma, com força vinculante de norma jurídica em geral. A seguir serão citados alguns princípios do direito penal e da pena que merecem destaque.

Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está previsto no art 1º do Código Penal, que assim dispõe: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Tal dispositivo se repete no artigo 5º, XXXIX, da CF.

Assim, o indivíduo só pode ser punido se existir uma lei anterior ao fato por ele praticado que o considere como crime (em sentido amplo).

Princípio da culpabilidade

Leciona Pedro Melo Pochain Ribeiro que:

[...] a mera ocorrência de um injusto penal (fato típico e ilícito) não é apta e suficiente a acarretar a responsabilidade penal do agente. A culpabilidade é considerada o terceiro elemento integrante do conceito de crime, ou seja, crime é fato típico, ilícito e culpável. Sem culpabilidade não há crime, punição ou responsabilidade [2013, p. 01].

Ravênia Márcia de Oliveira Leite (2009, p. 01) conclui que, segundo este princípio, “o sujeito só responderá se poderia agir de modo diverso na situação peculiarmente analisada”.

Princípio da igualdade

A CF assim dispõe no “caput” do art. 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Aduz Anna Luiza Bucchalla Martinez (2012) que os homens, apesar de serem iguais em dignidade, no que se refere às questões biológicas, culturais, sociais, entre outras, são desiguais, implicando na necessidade da efetivação deste princípio não só no aspecto formal, como também no material. Define a igualdade formal como sendo a igualdade perante a lei, impondo o tratamento uniforme de todas as pessoas e a igualdade material como sendo legítimo o tratamento diferenciado dos grupos socialmente vulneráveis. Nesse sentido, este princípio veda, na verdade, as discriminações arbitrárias, as perseguições e o favoritismo. O fato é que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida da sua desigualdade, constitui o conceito de justiça

e a lesão ao princípio da igualdade somente será caracterizada se o elemento discriminador não estiver conforme os interesses protegidos pela Carta Magna.

Princípio da presunção de inocência

Este princípio prevê que todos devem ser presumidos inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim prevê o artigo 5º, LVII, da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A prisão provisória é medida cautelar excepcional, só sendo possível sua aplicação quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Neste contexto, segundo este princípio, o *status libertatis* deverá ser preservado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvado os casos que justifiquem a necessidade do encarceramento provisório.

Princípio “favor rei”

Este princípio, decorrente da presunção de inocência, também é conhecido como *favor innocentiae*, *favor libertatis* ou *in dubio pro reo*. Segundo Leandro Vilela Brambilla (2009), o princípio “favor rei” tem como base a predominância do direito de liberdade do acusado quando confrontado com o direito de punir do Estado. Assim, na dúvida, prevalece o interesse do réu. Aduz, ainda, que o mesmo deve orientar, inclusive, as regras de interpretação, no sentido de que, diante da hipótese de duas interpretações antagônicas, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao acusado. Ressalta que, no processo penal, para a prolação de uma sentença condenatória, é imprescindível que haja prova da existência de todos os elementos objetivos e subjetivos prescritos na norma penal e da inexistência de qualquer elemento de exclusão da culpabilidade e da pena.

Princípio da proporcionalidade

Este princípio prevê que a pena deve ser proporcional à gravidade da infração penal. Antônio Alberto Machado argumenta que referido princípio:

[...] se desdobra nos requisitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Isto é, por força da adequação as medidas processuais deverão ser implementadas somente se forem aptas a alcançar um fim relevante; a necessidade indica que as medidas processuais somente devem ser implementadas se não hou-

ver outro meio, menos gravoso, para a consecução dos fins visados pelo ato processual; e a proporcionalidade em sentido estrito significa que os atos e medidas processuais restritivos de direitos devem guardar uma rigorosa correlação com a gravidade do crime e com os fins do processo. (2010, p. 47).

Princípio da vedação ao “bis in idem”

Ao discorrer sobre referido princípio, Israel Domingos Jorio (2006) aduz que ninguém poderá ser punido por uma infração penal mais de uma vez. Assim, uma mesma circunstância não deverá ser valorada em mais de uma das fases ou momentos que compõem o sistema estabelecido pelo artigo 68 do CP¹.

Complementa Damásio de Jesus que:

Ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Possui duplo significado: 1) penal material: ninguém pode sofrer duas penas em face do mesmo crime; 2) processual: ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato. (2011, p. 54).

Princípio da Individualização da Pena

Prevê o artigo 5º, XLVI, da CF: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Para Odair Evaristo dos Santos (2012), a pena deve ser individualizada de forma a considerar o fato e o seu agente, em três momentos: no legislativo; no judiciário quando da aplicação da pena pelo juiz; e na execução, pois não existe no Brasil execução coletiva. No ordenamento jurídico brasileiro, as penas variam de um patamar mínimo e máximo, em abstrato, possibilitando, assim, a individualização da pena quando da sua aplicação no caso concreto.

1.3 Penas

1.3.1 Conceito

Para Sebastian Soler:

A pena é uma sanção afliativa imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos. (SOLER apud MIRABETE; Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N, 2011, p. 232).

Nesse sentido, aduz Odair Evaristo dos Santos que a pena é uma espécie de sanção penal. Trata-se de uma

¹ Art. 68 do C.P.: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

resposta do Estado, que priva ou restringe um bem jurídico do autor de um fato punível.

1.3.2 Finalidades

As três teorias a seguir explicam as finalidades da pena.

Teoria Absoluta ou Retribucionista

Para esta teoria, o agente é punido pelo simples fato de ter delinquido. Segundo Fernando Capez (2011, p. 385), “a pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal injusto previsto no ordenamento jurídico (*punitur quia peccatum est*).”

Teoria Preventiva ou Utilitarista

Nesta teoria, a pena é um instrumento de combate à ocorrência e à reincidência de crimes. Sua finalidade é a prevenção, como o próprio nome já diz.

Neste contexto, complementa Fernando Capez que: [...] a pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição). (2011, p. 385).

Teoria Mista ou Eclética

Esta teoria reúne as finalidades das duas teorias anteriores, ou seja, visa à retribuição e à prevenção.

Assim, leciona Antônio Alberto Machado que:

As teorias mistas ou ecléticas procuram mesclar o caráter retributivo da pena com as suas funções preventivas. Logo, além de representar um mal, ou castigo, para o delinquente, a pena deve também ter o objetivo de prevenir e evitar futuras ações criminosas. Trata-se, pois, de uma postura ideológica que enxerga na pena duas funções distintas: realizar a justiça pelo castigo em oposição ao mal representado pelo crime, prevenir e evitar a prática de outras ações criminosas. (2010, p. 777)

1.3.3 Classificação das penas

Segundo o artigo 32 do CP, as penas classificam-se em: a) privativas de liberdade; b) restritivas de direitos; c) de multa.

1.3.3.1 Penas Privativas de Liberdade

As penas privativas de liberdade (PPL) têm como objetivo recolher o condenado à prisão, privando-o do seu

direito de locomoção.

São espécies de penas privativas de liberdade a reclusão, a detenção e a prisão simples. A prisão simples está prevista na Lei das Contravenções Penais e deve ser cumprida em estabelecimento apartado, sem o mesmo rigor carcerário.

Quanto à reclusão e à detenção, dispõe o artigo 33 do CP: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”. Prevê, ainda, o parágrafo 1º do referido artigo que no Regime fechado, a execução da pena será em estabelecimento de segurança máxima ou média; no Regime semiaberto, a execução da pena será em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e no Regime aberto, a execução da pena será em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Quadro 1 – Diferenças entre reclusão e detenção nas penas privativas de liberdade

Reclusão	Detenção
Regime inicial fechado: pena aplicada superior a 8 anos	Regime inicial semiaberto: pena aplicada superior a 4 anos
Regime inicial semiaberto: pena maior que 4 anos e não superior a 8 anos	Regime inicial aberto: pena igual ou inferior a 4 anos
Regime inicial aberto: 4 anos ou menos	Réu reincidente: semiaberto
Réu reincidente: a lei diz que o regime inicial fechado é obrigatório, mas a Súmula 269 do STJ diz que o juiz pode-(faculdade)rá fixar o semiaberto se a pena aplicada ao reincidente não exceder a 4 anos	Circunstâncias judiciais desfavoráveis: juiz pode impor regime inicial semiaberto
Circunstâncias judiciais: juiz pode impor regime inicial fechado (é discricionário)	

Fonte: CAPEZ (2011, p. 388).

Prevê, ainda, o artigo 75 do CP que “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos”. Desta maneira, no caso de acumulação de penas, não haverá pena perpétua que é vedada no nosso ordenamento jurídico (art. 5º, XLVII, b, da CF²).

1.3.3.2 Penas Restritivas de Direitos

Segundo o artigo 43 do CP, as penas restritivas de direitos são: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e) limitação de fim de semana.

² Art. 5º, XLVII, da C.F.: não haverá penas: b) de caráter perpétuo

Para Fernando Capez, as penas alternativas:

[...] constituem toda e qualquer opção sancionatória oferecida pela legislação penal para evitar a imposição da pena privativa de liberdade. Ao contrário das medidas alternativas, constituem verdadeiras penas, as quais impedem a privação da liberdade. Compreendem a pena de multa e as penas restritivas de direitos. (2011, p. 428)

As penas restritivas de direitos são autônomas, substituindo as penas privativas de liberdade quando: a) a pena privativa de liberdade aplicada não for superior a 4 (quatro) anos e o delito não for cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou, ainda, qualquer que seja a pena aplicada, em se tratando de crime culposos; b) o réu não for reincidente em crime doloso; c) essa substituição for suficiente, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime (art. 44 do CP).

1.3.3.3 Pena de Multa

Prevê o art. 49 do CP que “a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sendo no mínimo de 10 (dez) e, no máximo de 360 (trezentos e sessenta dias-multa)”. Referida pena será fixada pelo juiz e não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (art. 49, § 1º, do CP), valor este que será atualizado nos autos de execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, § 2º, do CP).

Vale ressaltar que o disposto no art. 17 da Lei 11340/2006, prevê que “é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

1.3.3.4 Medidas de Segurança

As medidas de segurança previstas no Código Penal destinam-se aos inimputáveis (art. 26, “caput”³). No entanto, o artigo 98 do CP estendeu tais medidas aos semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único⁴), quando o juiz entender que o agente necessita de tratamento curativo, ocasião em que a pena privativa de liberdade poderá ser substituída pelas medidas de segurança⁵.

Prevê o artigo 96, I e II, do CP que duas são as espécies de medidas de segurança, a saber: a) “internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado”; b) “sujeição a tratamento ambulatorial”. A pessoa submetida a medida de segurança não pode ser internada em estabelecimento penal

comum e, sim, em estabelecimento com características hospitalares, submetendo-se a tratamento (art. 99 do CP).

Conforme o artigo 97 do CP, o inimputável deve ser internado, salvo se o crime praticado for punível com pena de detenção, ocasião em que é facultado ao juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

À medida de segurança deve ser estendido o prazo fixado no art. 75 do CP, que limita em 30 anos o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade.

1.3.3.5 Detração Penal

Consta dos artigos 41 e 42 do CP que detração penal é o cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini a prisão provisória:

[...] pode ocorrer em virtude de autuação em flagrante delito, de prisão temporária ou de prisão preventiva, ou seja, em todas as hipóteses em que o criminoso é recolhido à prisão antes da prolação da sentença condenatória definitiva que autoriza a execução da pena” (2011, p. 252).

A prisão em flagrante pode ser efetivada por qualquer do povo ou pelas autoridades policiais e seus agentes contra quem quer que seja encontrado em flagrante delito (art. 301 do CPP). Com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, esta não mais subsiste, uma vez que o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante delito, segundo a nova redação data ao artigo 310 do CPP, deverá relaxar a prisão ilegal; ou convertê-la em prisão preventiva, caso as medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP forem inadequadas ou insuficientes; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

A prisão preventiva, desde que presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, pode ser decretada, ainda,

³Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁴Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁵O Código Penal adotou o Sistema Vicariante que segundo Capez (2011, p. 467), é “impossível a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança. Aos imputáveis, pena; aos inimputáveis, medida de segurança; aos semi-imputáveis, uma ou outra, conforme recomendação do perito”.

em qualquer fase do inquérito policial ou da ação penal pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial (art. 311 do CPP).

A prisão temporária, por sua vez, foi criada pela Lei 7.960/1989, cuja decretação pressupõe o bem das investigações policiais, só sendo cabível no curso do Inquérito Policial. É decretada por prazo determinado, podendo ser prorrogado por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Decorrido o prazo o preso deverá ser colocado em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Convém ressaltar que, quanto às sentenças condenatórias recorríveis ou de pronúncia, a prisão não é mais efeito direito destas, devendo o juiz fundamentar a decisão ao manter a prisão preventiva ou decretá-la, se o acusado estiver solto (art. 387, § 1^o, 413, § 3^o, e 492, I, e⁸, do CPP).

Diante do exposto, o tempo em que o acusado esteve preso em flagrante, preventiva ou temporariamente será considerado como prisão provisória para fins de detração penal.

Lecionam Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2011, p. 255) que se tem admitido (na doutrina e na jurisprudência) a detração penal por prisão ocorrida em processo diverso, desde que “o crime pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado anteriormente à sua prisão”.

Quanto à prisão administrativa, também considerada para fins de detração penal, discorre Fernando Capez que:

[...] é aquela decretada por autoridade administrativa para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação. Esta modalidade de prisão foi abolida pela nova ordem constitucional. Com efeito, o art. 319 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pelo art. 5^o, LXI e LXVII,

⁶ Art. 5^o, LVII, da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁷ Art. 282 do C.P.P.: As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 6^o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Radiografia do sistema carcerário revela número desproporcional de presos provisórios.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/eventos/encontros-nacionais/2-encontro-nacional-do-judiciario/96-noticias/6105-radiografia-do-sistema-carcerario-revela-numero-desproporcional-de-presos-provisorios>>. Acesso em 02/04/2013.

da Constituição Federal. Em sentido contrário, o STF já entendeu que ainda cabe a prisão administrativa do estrangeiro, durante o procedimento administrativo da extradição, disciplinado pela Lei n. 6.815/80, desde que decretada por autoridade judiciária. Assim, desde que imposta por juiz, tem-se admitido, a nosso ver sem razão, a prisão administrativa do extraditando. Note-se que a Lei n. 12.403/2011 operou a revogação dos §§ 1^o a 3^o do art. 319. (2012, p. 305).

Computa-se, ainda, como detração penal, o período em que o condenado esteve internado em estabelecimento destinado ao cumprimento da medida de segurança, inclusive quando a entrada neste estabelecimento deu-se por superveniência de doença mental (art. 41 do CP). Neste último caso, segundo Capez (2011), a detração do período de cumprimento da prisão provisória será considerada como detração somente em relação ao prazo mínimo de internação, ou seja, o exame de cessação de periculosidade será realizado após decorrido o prazo mínimo fixado, descontando-se o tempo da prisão provisória.

Neste contexto, prevê o artigo 1^o da Lei 12.736/2012 que “a detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória”. Complementa, ainda, em seu art. 2^o que alterou os termos do art. 387 do CPP que: “o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.

Assim, o juiz que profere a sentença condenatória deve considerar o período de prisão provisória, administrativa ou internação cumprido pelo sentenciado, descontando-o da pena, para, assim, fixar o regime inicial de cumprimento da pena.

2. MEDIDAS CAUTELARES

2.1 Considerações Gerais

A aprovação do Projeto de Lei 4208 de 2001 através da criação da Lei n. 12.403/2011 foi de extrema importância para o sistema de cautelares pessoais do processo penal. Referida Lei reformulou e ampliou os dispositivos referentes à prisão processual, fiança, liberdades provisórias e medidas cautelares. Segundo Débora Faria Garcia, a Lei 12.403/11 trouxe as seguintes alterações:

1. Valorização do binômio adequação x necessidade, para aplicação das medidas cautelares;
2. Deslocamento da prisão como última hipótese de cautela processual;
3. Compatibilização das regras da prisão com o texto constitucional (art. 5^o, LVII, da CF⁹);

4. Fim da prisão administrativa;
5. Manutenção de todas as hipóteses de prisão especial;
6. Comunicação do flagrante ao Ministério Público;
7. Novas Cautelares como opção de segurança processual;
8. Internação provisória para os inimputáveis;
9. Disciplina da prisão domiciliar processual ou provisória;
10. Ampliação das hipóteses de cabimento da fiança, com atualização de seu valor;
11. Criação de banco de dados de mandados de prisão pelo CNJ;
12. Revogação de regras inconstitucionais, como a decretação de deserção da apelação em caso de não recolhimento à prisão do réu condenado;
13. Cautelar de monitoração eletrônica. (2011, p. 20).

Ao discorrer sobre referida lei, Pierpaolo Cruz Bottini (2011, p. 114) aduz que na redação anterior, “o juiz não dispunha de alternativa para assegurar a ordem processual e a aplicação da lei penal, a não ser a prisão preventiva. Era a prisão ou nada.”.

Assim, o preso provisório, muitas vezes, aguardava muito tempo para ter uma definição do seu futuro através de uma sentença irrecorrível. O fato é que o mesmo aguardava preso.

Neste contexto, a prisão é a exceção, cabendo ao juiz impor medida(s) cautelar(es) necessária(s) e adequada(s) quando cabível, nos termos do art. 282, I e II e § 6º, do CPP¹⁰. Nota-se, pois, o reconhecimento da subsidiariedade da prisão preventiva em relação às medidas cautelares.

Vale ressaltar que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça¹¹, dos mais de 446 mil presos no país, 42,97% são presos provisórios (191.949) e 57,03% presos condenados (254.738). O déficit de vagas nas penitenciárias aumentou de 97 mil, no ano de 2000, para 156 mil em 2008,

⁹ Art. 5º, LVII, da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹⁰ Art. 282 do C.P.P.: As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Radiografia do sistema carcerário revela número desproporcional de presos provisórios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/eventos/encontros-nacionais/2-encontro-nacional-do-judiciario/96-noticias/6105-radiografia-do-sistema-carcerario-revela-numero-desproporcional-de-presos-provisorios>>. Acesso em 02/04/2013.

não havendo separação entre presos provisórios e condenados.

Diante de tais dados, evidencia-se que a prisão provisória é a grande responsável pelo déficit de vagas no sistema carcerário. Sendo assim, a Lei 12.403/11 trouxe medidas desencarceradoras, de forma a compatibilizar o Código de processo Penal de 1941 com os dispositivos da Constituição Federal de 1988.

2.2 Características

A imposição das medidas cautelares em substituição à prisão provisória deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, ou seja, deve ser proporcional a eventual condenação do acusado, não se admitindo restrição à liberdade durante a instrução criminal mais severa do que a pena a ser cominada se a ação penal for julgada procedente.

Para a imposição das ditas medidas, também deverão ser observados os requisitos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Segundo Felipe Daniel Amorin Machado e Filipe Costa Oliveira, no processo penal, os referidos requisitos são interpretados, de acordo com o direito fundamental tutelado – liberdade –, como *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*, assim por eles definidos:

O *periculum libertatis* consiste no perigo concreto que a liberdade do indiciado/acusado representa à investigação do fato delituoso ou à regular instrução criminal. Ele se apresenta no art. 282, I, do CPP, no tocante ao requisito *necessidade* da aplicação da medida cautelar. Já o *fumus commissi delicti*, que pode ser entendido como a probabilidade de ocorrência do crime, expressa a necessidade de existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, a fim de autorizar a imposição de uma medida cautelar pessoal. (2013, p. 06)

Sendo assim, as medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPP, igualmente à prisão preventiva, somente poderão ser decretadas se houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria e quando forem necessárias para assegurar a aplicação da lei penal, a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais pelo agente (artigo 312 do CPP).

Os incisos I e II do artigo 282 do CPP¹² preveem que o deferimento das ditas medidas, deverá, ainda, obedecer aos conceitos de necessidade e adequação.

¹² Art. 282 do C.P.P.: As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Segundo David Medina da Silva (2011), a necessidade da medida cautelar refere-se ao *periculum in mora*, que vem a ser o risco decorrente da não intervenção imediata no caso concreto, visando preservar a aplicação da lei, a investigação ou instrução criminal ou, ainda, evitar a reiteração delitiva. Já a adequação da medida cautelar, refere-se à eficácia abstrata ou suposta da medida, visando afastar o risco existente.

Sendo assim, a restrição da medida cautelar imposta será adequada ao direito de liberdade do acusado, desde que assegure a instrução e a aplicação da lei penal e, ainda, em caráter excepcional, evite a reiteração criminal.

Prevê, ainda, o artigo 282, § 1º, do CPP que as medidas cautelares poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Referidas medidas poderão ser decretadas pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes, ou, ainda, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, quando estiver no curso de investigação criminal (art. 282, § 2º, do CPP). Não cabe, portanto, decretação de prisão preventiva de ofício em sede de inquérito policial.

Neste contexto, a parte interessada deve requerer ao juiz a concessão da medida cautelar que pleiteia e, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o magistrado determinará a intimação do acusado ou investigado, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, para se manifestar acerca da medida e do seu cabimento. Sendo assim, segundo o §3º do art. 282 do CPP, o conhecimento prévio do requerimento e da documentação só será determinada pelo juiz quando não houver urgência ou perigo de ineficácia da medida. Porém, o acautelado sempre poderá se manifestar sobre o deferimento da medida posteriormente e requerer sua revogação, podendo, ainda, impetrar *habeas corpus* no juízo competente em caso de restrição da liberdade em decorrência de ilegalidade.

A mencionada regra de adequação não se restringe somente à aplicação das medidas cautelares, incidindo, também, na sua execução. Quando do descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do *parquet*, de seu assistente ou do querelante, substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 282, §4º, e 312, parágrafo único, ambos do CPP). Pode-se verificar, portanto, que restringir a liberdade do acusado deve ser a *ultima ratio* a ser aplicada pelo juiz.

A medida pode, ainda, ser revogada quando o juiz verificar a falta de motivo para que subsista ou substituí-la visando sua adequação a novas circunstâncias ou voltar a

decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 282, §5º, do CPP).

Sendo assim, a prisão preventiva deverá ser decretada somente quando nenhuma outra medida cautelar for adequada ou em caso de descumprimento das obrigações impostas (art. 282, §§ 4º e 6º, do CPP). Além disso, as medidas cautelares de caráter prisional ou não somente poderão incidir quando o ilícito cometido for apenado de forma isolada, cumulativa ou alternativamente com pena restritiva de liberdade (art. 283, § 1º, do CPP). Assim, em se tratando de contravenção penal punida exclusivamente com multa ou, ainda, do crime previsto no art. 28 da Lei Antidrogas, não poderão ser aplicadas quaisquer das medidas cautelares introduzidas pela Lei 12403/11.

A legislação processual não prevê o recurso cabível à decisão que determina a aplicação, substituição ou cumulação de outra medida cautelar diversa da prisão ou da decretação da prisão preventiva, quando houver descumprimento de anterior medida cautelar. Nesse sentido, segundo Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian (2011) o art. 581, V, do CPP prevê a interposição de recurso em sentido estrito da decisão, despacho ou sentença que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança e, sendo esta (fiança) prevista como medida cautelar, por analogia, não havendo outra hipótese possível, o recurso em sentido estrito torna-se o mais adequado.

Diante o acima exposto, conclui Carlos Alberto Garcete (2011) que as medidas cautelares têm como características a provisoriedade, a revogabilidade, a substitutividade e a excepcionalidade.

2.3 Espécies

Segundo Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian (2011), a ordem legal das medidas cautelares estabelecida no artigo 319 do CPP sugere uma gradação destas conforme o nível de intensidade de restrição de direito, variando de uma medida com menos rigor (comparecimento periódico...) para obrigações mais limitadoras e contundentes (fiança e monitoração eletrônica). Tal constatação proporcionará ao juiz critérios para a aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva segundo a necessidade, suficiência e gravidade do delito cometido.

Conforme o artigo 319 do CPP, as medidas cautelares diversas da prisão são as seguintes:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

A periodicidade ficará a critério do Juízo. Em algumas situações, o Judiciário acompanhará, de perto, o

indivíduo que cumpre a medida cautelar. Tal medida, segundo Débora Faria Garcia (2011), visa confirmar a presença do acusado na comarca onde tramita a ação penal, evitando eventual fuga. Proporciona ao juiz, ainda, informações acerca das atividades pessoais e profissional do acusado.

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

A determinação dos lugares ficará a cargo do Magistrado que adequará a medida ao caso concreto. Esta medida visa a evitar a prática de novas infrações, sendo de caráter preventivo. A fiscalização do seu cumprimento ficará incumbida às Polícias, mediante requerimento do Poder Judiciário. Pode ser aplicada nos casos de violência contra a mulher.

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

Tal medida visa à proibição de o acusado manter contato com a vítima do delito, testemunha, corréu, ou qualquer outra pessoa que tenha relação com os fatos. A fiscalização do cumprimento desta medida é muito difícil de ocorrer, diante da precária estrutura do Estado, porém poderá ser feita por quem se sentir coagido ou prejudicado de alguma forma, mediante comunicação às autoridades públicas.

A Lei Maria da Penha (Lei 11.343/06) já possibilitava ao magistrado, em seu artigo 22, III, “a”, fixar limite mínimo de distância entre o agressor e a vítima, o que foi estendido a outros crimes.

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

Esta medida será aplicada quando houver necessidade ou for conveniente para a investigação ou instrução criminal, considerando o caso concreto, com vistas ao princípio da proporcionalidade. Tem por objetivo evitar eventual fuga do acusado, o que frustraria o desfecho da ação penal e a execução da pena.

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

O recolhimento domiciliar será no período noturno e nos dias de folga, privando o acusado de manter contato social além do rol familiar ou profissional. Deverá ser aplicada a fim de evitar novas infrações penais, desde que

adequada à gravidade do ilícito, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do agente.

Esta medida difere-se da prisão domiciliar uma vez que esta é substitutiva da prisão preventiva, de caráter mais severo.

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

Referida medida trata da suspensão de função pública ou de atividade de natureza econômica e não a perda. Esta só poderá ser decretada por sentença judicial transitada em julgado. Será aplicada pelo magistrado quando houver a probabilidade de, com a utilização da função ou atividade, o indivíduo cometer infrações penais.

Cabe ressaltar que o servidor público que tiver suas atividades suspensas, continuará recebendo seus vencimentos, uma vez que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art. 5º, LVII) e, ainda, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal¹³) e houver risco de reiteração;

Trata-se de medida de segurança cautelar. Só pode ser aplicada em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando houver risco de reiteração criminosa, desde que seja atestado pela perícia que o autor do fato é imputável ou semi-imputável. Sendo assim, referida medida só poderá ser aplicada após a realização da perícia.

Conforme o disposto no art. 99 da LEP e o art. 96, I, do CP, a internação provisória deve ocorrer em um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou, à falta deste, em outro estabelecimento adequado.

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

A fiança era arbitrada somente nos casos de liberdade provisória. Com o advento da Lei 12403/11, pode ser exigida, também, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento do acusado a atos do processo

¹³ Art. 26 do C.P.: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

ou evitar a obstrução de seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial, ampliando, assim, as situações em que a fiança pode ser imposta.

Leciona Renato Marcão:

[...] hoje existem dois tipos de fiança: a fiança libertadora, que se presta como instituto de contracautela à prisão em flagrante, e a fiança restritiva tratada no art. 319 do C.P.P.. A primeira constitui direito subjetivo do agente, quando satisfeitos os requisitos legais para seu arbitramento (art. 5, LXVI, da C.F.¹⁴); a segunda não. Não se pode dizer, sem incidir em grave equívoco, que a fiança do art. 319, VIII, do C.P.P., constitui direito subjetivo do agente... É preciso reconhecer que a primeira só tem cabimento após a prisão em flagrante, enquanto que a outra pode ser fixada em qualquer fase da investigação ou do processo, enquanto não tenha ocorrido a prisão em flagrante (art. 334 do CPP¹⁵). [2013, p. 01].

Segundo Fernando Capez (2012, p. 351) a fiança é “uma caução de natureza real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado”.

Prevê o art. 336 do CPP que o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão para o pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado, podendo, inclusive, ter aplicação no caso de prescrição depois da sentença condenatória.

Caso o investigado “quebre” (art. 341 do CPP¹⁶) injustificadamente a fiança, perderá metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir pela imposição de outras medidas cautelares ou, se presentes os requisitos, a decretação da prisão preventiva (art. 343, do CPP). Poderá, ainda, perdê-la na totalidade se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitiva imposta (art. 344, do CPP).

Prevê, por fim, o art. 337 do CPP que o valor depositado a título de fiança será atualizado e devolvido caso a fiança seja declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que absolver o acusado ou declarar extinta a ação penal, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336¹⁷ do referido Código.

Vale ressaltar que dispõe o § 4º, do art. 319, do CPP, que a fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI (arts. 322 e seguintes), podendo ser acumulada com outras medidas.

IX - monitoração eletrônica.

A Lei 12.258/2010 ao incluir o art. 146-B na Lei de Execuções Penais, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro

a primeira disposição acerca da possibilidade de monitoração eletrônica para fiscalizar a saída temporária no regime semiaberto e a prisão domiciliar. Com a edição da Lei 12.403/2011, tal mecanismo pode ser aplicado, também, por ordem judicial no curso da investigação ou da ação penal, como medida cautelar diversa da prisão. A aplicação da referida medida deve ser concomitante com a imposição pelo magistrado de alguns deveres a serem cumpridos pelo indivíduo.

Além das medidas cautelares previstas no rol do artigo 319 do CPP, o art. 320 deste estatuto legal também cuida de outra medida, qual seja a proibição de ausentar-se do país. Nesse caso, referida medida deve ser comunicada pelo juiz às autoridades responsáveis pela fiscalização das saídas do território nacional, intimando-se o investigado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas.

Dispõe, ainda, o artigo 317 do CPP sobre a prisão domiciliar que consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, podendo se ausentar dela somente com autorização judicial. No entanto, referida prisão domiciliar não se confunde com a previsão do artigo 117 da LEP¹⁸, que é determinada quando do cumprimento da pena definitiva. Assim, a prisão domiciliar prevista no Código de Processo Penal substitui a prisão preventiva a ser cumprida em estabelecimento penal.

O artigo 318 do CPP prevê as hipóteses em que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar, devendo o juiz exigir prova idônea para deferi-la. Referidas hipóteses são as seguintes: a) agente maior de 80 anos; b) pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave; c) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa

¹⁴ Art. 5º, LXVI, da C.F.: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”

¹⁵ Art. 334 do C.P.P.: “A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória”.

¹⁶ Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado: I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; IV - resistir injustificadamente a ordem judicial; V - praticar nova infração penal dolosa.

¹⁷ Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória

¹⁸ Art. 117: Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.

menor de 6 (seis) anos de idade, ou de pessoa com deficiência; d) gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Assevera, Fernando Capez que:

Não se deve confundir prisão domiciliar com o recolhimento domiciliar noturno previsto no art. 319, V, do CPP. Este último consiste em medida cautelar alternativa diversa da prisão preventiva e pode ser aplicado a qualquer pessoa, mesmo não enquadrada nas hipóteses do art. 318 do CPP. A prisão domiciliar, por sua vez, é prisão preventiva cumprida no domicílio do agente, ou seja, o juiz verificou que nenhuma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Diploma Processual seria suficiente para garantir o juízo e decretou a medida excepcional da prisão preventiva. Entretanto, dadas as características peculiares e excepcionais do sujeito previstas nos quatro incisos do mencionado art. 318, a restrição da liberdade poderá ser cumprida no próprio domicílio do agente. Aqui não se trata de recolhimento somente durante o período noturno, mas em período integral, já que se cuida de prisão preventiva e não de medida cautelar alternativa. Deve-se observar que tal modalidade se encontra disciplinada no Capítulo IV do título IX, ao passo que as cautelares previstas no art. 319 se encontram no Capítulo V do mesmo título. (2012, p. 336).

2.4 Procedimento

Dispõe o art. 322, caput, do CPP que somente a Autoridade Policial poderá aplicar a medida cautelar de fiança. Referido instituto só poderá ser concedido por esta autoridade se a infração cometida prever a pena privativa de liberdade máxima inferior a 4 (quatro) anos. Nos demais casos, ou seja, quando a pena máxima prevista for superior a 4 (quatro) anos, a fiança deverá ser requerida ao juiz, que decidirá em até 48 (quarenta e oito) horas (art. 322, parágrafo único, do CPP). Perante a Autoridade Policial, não há necessidade do contraditório, uma vez que este só se aplica quando da imposição das medidas pelo magistrado.

Todavia, o artigo 322 do CPP deve ser interpretado conjuntamente com os artigos 323¹⁹ e 324²⁰ do referido Código. Assim, a autoridade policial não poderá arbitrar fiança nos casos de flagrante de crimes inafiançáveis,

¹⁹ Art. 323: Não será concedida fiança: I - nos crimes de racismo; II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

²⁰ Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II - em caso de prisão civil ou militar; III - (revogado); IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

previstos no artigo 323, àqueles que tiverem, no mesmo processo, quebrado a fiança concedida anteriormente ou infringindo sem justo motivo, qualquer das obrigações previstas nos artigos 327 e 328 do CPP; em caso de prisão civil ou militar; ou, ainda, quando presentes os motivos previstos no art. 312 do CPP, que autorizam a prisão preventiva (art. 324 do CPP). Não poderá, ainda, ser arbitrada fiança por esta Autoridade nos casos de reincidência em crime doloso, salvo o disposto art. 64, I, do CP²¹; crime violento praticado no âmbito doméstico ou familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, visando garantir a execução das medidas protetivas de urgência; quando houver dúvida acerca da identidade civil do indivíduo ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (art. 313 do CPP).

Nas hipóteses supramencionadas, a lei admite a decretação da prisão preventiva quando a pena máxima cominada ao delito for igual ou inferior a 4 (quatro) anos. O eventual arbitramento da fiança nestes casos deve ficar a cargo do Juiz de Direito (art. 282, § 3º, do CPP).

Prevê, ainda, o artigo 325 do CPP, que a fiança arbitrada pela Autoridade Policial deve obedecer ao limite de 1 (um) a 100 (cem) salários-mínimos (para infração cuja pena privativa de liberdade máxima cominada não for superior a quatro anos). O valor da fiança poderá ser fixado no limite de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos quando a pena privativa de liberdade máxima cominada ao delito for superior a 4 (quatro) anos, ocasião em que só será permitido o arbitramento pelo magistrado. Ao determinar o valor da fiança, a autoridade deverá levar em consideração a natureza da infração, as condições pessoais da fortuna e a vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento (art. 326, do CPP).

O pagamento da fiança poderá, ainda, nos termos do art. 350 do CPP, ser dispensado, reduzido (até o máximo de dois terços – 2/3) ou aumentado (em até mil vezes) pelo Juiz de Direito se assim recomendar a situação econômica do preso.

Nos termos do artigo 282, § 3º, do CPP, a autoridade judiciária possui competência para a imposição de todas as medidas cautelares. Assim, em respeito ao princípio do contraditório, nos casos em que não houver perigo de ineficácia da medida, nem tiver caráter de urgência, o juiz

²¹ Art. 64 do C.P.: “Para efeito de reincidência: I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

ao receber o pedido de medida cautelar, determinará que a parte contrária seja intimada, acompanhando a intimação a cópia do requerimento e das peças necessárias, para manifestação, proferindo, após, sua decisão (art. 282, § 3º, do CPP). Nos demais casos, o juiz proferirá sua decisão e determinará a intimação das partes em seguida, postergando o contraditório.

Nesse contexto, conforme previsto no artigo 310 do CPP e seus incisos, o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante delito, deverá de forma fundamentada: a) relaxar a prisão, caso seja ilegal; b) conceder as medidas cautelares diversas da prisão se forem suficientes e adequadas; c) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312²² e 313²³ do CPP; d) conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Caso o juiz verifique, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições previstas nos incisos no art. 23 do CP²⁴ e seus incisos, poderá, de forma fundamentada, conceder ao acusado a liberdade provisória, mediante condições de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação (artigo 310, parágrafo único, do CPP²⁵).

Sendo assim, a prisão em flagrante não mais subsiste, ou seja, se a prisão for ilegal o juiz irá relaxá-la; se for legal, ou determinará a aplicação de medidas cautelares, ou irá convertê-la em preventiva, ou, ainda, concederá a liberdade provisória. Porém, nada obsta, em caso de flagrante ilegal, que o juiz relaxe a prisão e, em seguida, decrete a prisão preventiva ou aplique outra medida cautelar.

Prevê, por fim, o artigo 321 do CPP que não havendo os requisitos autorizadores da decretação da prisão

preventiva, deverá o juiz conceder a liberdade provisória, aplicando, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste mesmo estatuto legal, observando-se os critérios constantes no art. 282.

3. CUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES E DETRAÇÃO PENAL

A Lei 12.403/11 trouxe muitos benefícios ao ordenamento jurídico brasileiro ao inserir no Código de Processo Penal dispositivos que têm o condão de evitar o encarceramento do investigado ou acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A prisão preventiva passa a ser medida excepcional, devendo ser decretada somente quando nenhuma medida cautelar pessoal for cabível.

O artigo 42 do Código Penal prevê que haverá redução da pena privativa de liberdade ou de medida de segurança imposta na sentença condenatória transitada em julgado, do período de prisão provisória, prisão administrativa ou de internação para tratamento psiquiátrico, que se submeteu o sentenciado antes da sua prolação: trata-se da detração penal.

É inegável, pois, que o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão processual pelo investigado ou acusado, traz limitações a sua liberdade, umas em maior, outras em menor grau de restrição. No entanto, se há restrição à liberdade durante o curso do inquérito policial ou ação penal, a aplicação do art. 42 do CP na pena final imposta na sentença condenatória torna-se medida de inteira justiça.

Segundo Felipe Daniel Amorin Machado e Filipe Costa Oliveira:

Privar é suprimir um bem ou uma faculdade que normalmente se deveria ter; *restringir*, por sua vez, é limitar, impor uma condição limitativa, e não tem o caráter de generalidade. A diferenciação entre as medidas cautelares que *privam* a liberdade de locomoção do réu e aquelas que apenas a *restringem* é essencial ao estudo da aplicação da detração penal às medidas cautelares pessoais distintas da prisão. Uma medida que *priva* a liberdade de ir e vir do agente faz com que seu *status libertatis* esteja espacialmente limitado ao cárcere. De outro lado, medidas que *restringem* a liberdade são aquelas que, apesar de não manter o agente na prisão, impõem-lhe condições de pleno gozo de seu *status libertatis*. (2013, p. 12).

Assim é o entendimento do STF:
HABEAS-CORPUS. DETRAÇÃO DA PENA. CÔMPUTO DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE ESTEVE EM LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO

²² Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

²³ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

²⁴ Art. 23 do CP: Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

²⁵ Art. 310, parágrafo único, do CPP: Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

LEGAL. Detração penal considerando-se o lapso em que o paciente esteve em liberdade provisória. Impossibilidade, por ausência de previsão legal. A regra inscrita no artigo 42 do CPB prevê o cômputo de período relativo ao cumprimento de pena ou de medida restritiva de liberdade. Habeas-corpus indeferido. (Habeas Corpus n. 81.886-2 Rio de Janeiro. Impetrante: João Costa Ribeiro Filho. Paciente: Fernando de Miranda Iggncio. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ, 14 mai 2002. V.U.)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) acompanha o entendimento supra, conforme se vê adiante:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 42, CP. PROGRESSÃO DE REGIME. DIREITO CONSTITUCIONAL À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. RECURSO PROVIDO.

1. A privação ou restrição ao direito de ir e vir que, por analogia ao disposto no artigo 42, do CP, autoriza a medida é aquela que decorre da execução de pena propriamente dita como, *verbia gratia*; a prisão em regime aberto e as penas restritivas de direitos.

2. A restrição à progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade – cuja constitucionalidade está sendo reexaminada pela Suprema Corte - deve vir expressa na sentença de forma clara, precisa e inuidosa, exatamente porque se trata de exceção à norma geral do Código Penal.

3. A ambigüidade, a obscuridade do julgado ou a omissão, no que respeita à fixação do regime para o cumprimento da pena, devem ser resolvidas em favor da norma geral inculpada nos artigos 33, § 3º, e 59, inciso III, do Código Penal, ou seja: o regime fixado na sentença é o regime inicial.

4. A vedação à execução progressiva da pena, nos moldes no que dispõe a Lei 8.072/90, é discriminatória e, por isso, violadora dos princípios constitucionais da legalidade, da individualização, da isonomia e da humanidade da pena.

5. Recurso provido para afastar a proibição quanto à progressão de regime.

(Recurso em Habeas Corpus n. 17.501 – SP. Impetrante: Luiz Fernando Rodrigues dos Santos. Relator: Ministro Paulo Medina. DJ 06 mar 2006).

Neste contexto, para ambas as Cortes, a detração penal pode ser aplicada, analogicamente, às medidas restritivas de liberdade.

Porém, Fernando Capez sustenta que a detração somente é cabível no caso da prisão provisória ou de prisão preventiva cumprida no domicílio, nas hipóteses do art. 318 do CPP, jamais no tocante às providências acautelatórias

de natureza diversa:

A redação é clara ao indicar que as medidas cautelares alternativas não constituem espécie de prisão provisória, mas restrições que acompanham a liberdade provisória. Duas são as opções: prisão preventiva ou liberdade provisória (acompanhada ou não de medidas restritivas). Na primeira cabe detração, na segunda, não. (2012, p. 337).

Ressalta, ainda, Fernando Capez (2012, p. 338) que “estar solto provisoriamente não é o mesmo que estar preso provisoriamente”. Todavia, faz uma ressalva no que se refere à internação provisória prevista no art. 319, VII, do CPP, uma vez que o art. 42 do CP prevê o benefício da detração tanto para a prisão quanto para a internação provisória.

Norberto Avena (2012) manifesta-se no sentido de que a detração só poderá ocorrer entre penas da mesma espécie. Considera, pois, inaceitável que medidas cautelares que não impliquem privação da liberdade possam ser abatidas da pena de prisão imposta ao sentenciado. Ressalva, porém, que é preciso analisar caso a caso. Segundo seu entendimento, é evidente que a internação provisória do acusado (art. 319, VII, do CPP) deve ser considerada como detração penal por força do art. 42 do CP. No que se refere ao recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V, do CPP), considera que o período de cumprimento deverá ser objeto de detração somente quando fixado o regime aberto na sentença condenatória, devendo considerar no cálculo o tempo efetivo em que o acusado se submeteu à restrição cautelar. Quanto às demais medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, condiciona a possibilidade de detração a dois fatores: a) que a pena privativa de liberdade imposta seja substituída por restritiva de direitos; e b) que a pena restritiva de direitos substitutiva apresente identidade ou compatibilidade lógica com a medida cautelar cumprida no curso da ação penal. Assim, por exemplo, pode ser admitida a detração da medida cautelar de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II, do CPP) em relação à pena restritiva de interdição temporária de direitos que proíbe o sentenciado de frequentar determinados lugares (art. 47, IV, do CP) e assim por diante.

Prevê o art. 607 do Projeto de Lei do Senado n. 156/2009 que dispõe acerca da Reforma do Código de Processo Penal, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, que “o tempo de recolhimento domiciliar será computado no cumprimento da pena privativa de liberdade, na hipótese de fixação inicial do regime aberto na sentença condenatória”. Quanto às demais medidas, prevê referido Projeto, no parágrafo único desse artigo que “substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nesta

será computado o tempo de duração das medidas cautelares previstas nos arts. 588²⁶, 591²⁷, 595²⁸, 597²⁹ e 598³⁰.

Assim, o Projeto acima citado revela que a detração penal deve ser adequada às previsões de medidas cautelares distintas da prisão, sugerindo a revisão do art. 42 do CP, adequando-o à nova realidade legislativa.

Contudo, Pierpaolo Cruz Bottini defende que a detração penal deverá ser considerada em qualquer hipótese de intervenção do Estado nos direitos do cidadão:

Ocorre que não há previsão legal da detração nos processos em que a cautelar aplicada é distinta da prisão. Para os casos em que o réu for submetido, por exemplo, à prisão domiciliar ou monitoramento eletrônico durante a instrução, a lei não prevê desconto na pena final, o que parece injusto. Se a detração da prisão tem por fundamento o Princípio da Equidade e a vedação ao *bis in idem* (FRANCO; BELLOQUE, 2007, p. 277), deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer. [...] A ausência de menção à detração para cautelares distintas da prisão no ordenamento não impede sua aplicação pelo Juiz, que, por analogia, pode beneficiar o réu com uma interpretação que amplie a abrangência do instituto para além da prisão. Parece-nos possível, por exemplo, descontar o tempo passado em prisão domiciliar da eventual pena de prisão definitiva em regime aberto ou o período processual no qual o réu foi proibido de freqüentar determinados lugares da pena restritiva da mesma natureza, se essa for a condenação. Caso a cautelar e a pena tenham naturezas distintas – como na hipótese da cautelar de prisão domiciliar e a pena de prisão em regime fechado -, o tempo descontado não poderá ser o mesmo, mas é possível construir pela jurisprudência uma fórmula que permita deduzir proporcionalmente – com base na razoabilidade - algo da sanção para detrair a cautelar aplicada. (2011, p. 120).

²⁶ Art. 588 do PL 156/2009: “O recolhimento domiciliar consiste na obrigação de o investigado ou acusado permanecer em sua residência em período integral, dela podendo se ausentar somente com autorização do juiz.

²⁷ Art. 591 do PL 156/2009: “Nos crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, o juiz poderá submeter o investigado ou acusado a sistema de monitoramento eletrônico que permita a sua imediata localização”.

²⁸ Art. 595 do PL 156/2009: “Atendidas as finalidades cautelares e existindo conexão com o fato apurado, o juiz poderá suspender o exercício de função pública, profissão ou atividade econômica desempenhada pelo investigado ou acusado ao tempo dos fatos”.

²⁹ Art. 597 do PL 156/2009: “A proibição de freqüentar determinados lugares abrange a entrada e permanência em locais, eventos ou gêneros de estabelecimentos expressamente indicados na decisão judicial, tendo em vista circunstâncias relacionadas ao fato apurado.

³⁰ Art. 598 do PL 156/2009: “Quando o crime for praticado na direção de veículo automotor, embarcação ou aeronave, o juiz poderá suspender cautelarmente a habilitação do investigado ou acusado”.

Neste contexto, Felipe Daniel Amorin Oliveira Machado e Filipe Costa Oliveira (2013), ao fazerem uma diferenciação entre as medidas que restringem a liberdade e as que a privam, sugerem que nas primeiras (comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência for conveniente ou necessária à investigação ou instrução; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; fiança; e, monitoração eletrônica), a detração se dará na proporção 3 por 1, em analogia ao disposto no art. 8º, do CP³¹, cumulado com o art. 126, § 1º, da LEP³², ocasião em que para cada três dias de cumprimento da medida cautelar diversa da prisão será computado um dia de pena privativa de liberdade. Já na hipótese de privação de liberdade (recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga), sugere que a detração seja computada na proporção de 1 por 1, ou seja, a cada dia de cumprimento da medida cautelar, deve-se abater um dia da eventual pena imposta na sentença penal condenatória. Conclui no sentido de que:

A detração possui o escopo de evitar abusos por parte do Estado, impedindo que o indivíduo seja sentenciado a uma fração desnecessária da pena sempre que houver restrição ou privação da liberdade em fases anteriores à sentença penal condenatória, em consonância com o princípio clássico do *non bis in idem*, segundo o qual ninguém poderá ser punido por duas vezes pelo mesmo fato. Portanto, mesmo ausente expressa determinação legal acerca da aplicação da detração em razão do cumprimento das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, por uma interpretação pautada no princípio do *favor rei* tal instituto pode ser aplicado, atendendo aos fins que a detração se propõe. O magistrado pode (e deve) beneficiar o réu com uma interpretação que amplie a alcance do instituto da detração penal para além da prisão. (2013, p. 16).

Para Amaury Silva (2011), o cumprimento das medidas cautelares que restringem a liberdade não pode ser desprezado. Discorre que para o preenchimento dessa lacuna, deverá criar-se uma escala de valores entre a espécie de medida cautelar imposta, o período de vigência (a cada 30 dias), e um fator correspondente para a compensação, que será objeto de detração penal. Assim,

³¹ Art. 8º do C.P.: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

³² Art. 126 da LEP: “O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. §1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.

sugere os parâmetros a seguir:

Quadro 2 – Parâmetros para a detração penal em decorrência do cumprimento de medidas cautelares

Medida Cautelar - art. 319, I a IX e 320, CPP	Período de Vigência em dias	Detração em dias
Comparecimento em juízo	30	1
Proibição de acesso ou frequência a lugares	30	3
Proibição de contato com pessoa determinada	30	2
Proibição de ausência da Comarca	30	5
Recolhimento domiciliar	30	20
Suspensão de função pública ou atividades econômica ou Financeira	30	10
Internação provisória	Tempo integral	Tempo integral
Monitoração eletrônica	30	15
Proibição de ausência do país	30	2

Fonte: Silva (2011, p. 01)

Ressalta, ainda, este autor, que no caso de aplicação cumulativa das medidas cautelares, deverá somar o tempo compensatório para fins de detração.

A Lei 12.403/11 omitiu a possibilidade de detração para o cumprimento de medidas cautelares pessoais diversas da prisão durante a investigação ou ação penal, gerando uma lacuna na qual o magistrado se vê obrigado a solucionar os casos concretos.

O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispõe que em caso de omissão da lei, deverão ser aplicados a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Vale ressaltar que para Damásio de Jesus (2009, p. 50) “a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”. Complementa, ainda, que no Direito Penal só é admitida a analogia *in bonam partem*, ou seja, quando o réu é beneficiado pela sua aplicação (2009, p. 54-55).

Para este autor, ainda, o costume

[...] consiste no conjunto de normas de comportamento a que pessoas obedecem de maneira uniforme e constante pela convicção de sua obrigatoriedade. Por obediência uniforme entende-se a prática de atos da mesma espécie. Por constante, entende-se a sua reiteração de forma continuada, por período mais ou menos longo. (2009, p. 27)

Por fim, os princípios gerais de direito, que já foram tratados no Capítulo 1 deste estudo, consistem em “premissas éticas que são extraídas, mediante indução, do material legislativo”. (MARQUES apud JESUS; DAMÁSIO DE, 2009, p. 29). Neste contexto, conclui Damásio de Jesus:

Quando a fonte formal imediata, a lei, convenientemente interpretada, não fornecer a diretriz almejada que possa reger a espécie de fato submetida ao crivo de exame, o exegeta, não podendo deixar a questão sem solução, será levado a desenvolver a atividade determinada pela ordem jurídica fixando a regra a ser aplicada segundo os processos de integração da lei por ela indicados. A lei deve reger a espécie; em sua falta, aplicam-se as disposições concernentes aos casos análogos; não as havendo, ver-se-á se o costume tem regra cabível; havendo omissão nos costumes, ela será fornecida pelos princípios gerais de direito (CPC, art. 126³³) (2009, p. 49).

Prevê ainda o art. 5º da LINDB que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Assim, poderá o juiz, ainda, valer-se da equidade para solucionar o caso concreto.

A equidade é uma forma de procedimento interpretativo que, segundo Fábio Luiz Antunes [2013, p. 01], “é a exigência de justiça quando a lei por si só não atende a esse imperativo, ou quando a aplicação legal se mostra indesejável aos anseios de justiça”. Assim, torna a lei adequada ao caso concreto, desde que atendidas as peculiaridades, considerando o caráter genérico e abstrato da atividade do legislador, de forma que o juiz pondere a norma de forma proporcional à situação fática. Conclui que a lei só atingirá seus fins sociais se aplicada com prudência pelo magistrado, que deverá se guiar pelo juízo de equidade, objetivando a adequação da norma ao caso concreto.

Destarte, considerando que não há previsão legal acerca da possibilidade da aplicação da detração penal no cumprimento das medidas cautelares pessoais substitutivas da prisão, instituídas no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 12.403/11, diante da analogia *in bonam partem*, dos princípios já estudados, mais precisamente da vedação ao *bis in idem* e da equidade, entende-se que o magistrado poderá aplicar o artigo 42 do CP ao período de cumprimento da(s) medida(s) no curso da investigação ou da ação penal.

A prisão domiciliar prevista nos artigos 317 e 318 do CPP é substitutiva da prisão preventiva, sendo considerada como uma espécie de prisão processual cautelar

³³ Art. 126 do C.P.C.: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

estando, portanto, adequada ao disposto do art. 42 do CP, ou seja, todo o período em que o investigado ou acusado a ela se submeteu deverá ser abatido do cumprimento da pena, em caso de condenação.

Quanto à medida cautelar prevista no art 319, VII, do CPP, a saber, internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do CP) e houver risco de reiteração, é pacífico o entendimento de que o seu cumprimento poderá ser abatido da pena em caso de condenação em medida de segurança. Parece justo que, mesmo se for averiguado que o acusado é imputável na investigação ou na instrução, referido período deverá ser considerado como detração penal por se tratar de medida que priva a liberdade.

O cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixo (art. 319, V, do CPP) também deve ser abatido do período da pena quando fixado o regime aberto, por se tratar de privação de liberdade da mesma natureza do referido regime prisional. Assim prevê o Projeto de Lei (PL) 156/2009, em seu artigo 607.

Referido PL prevê, ainda, que o tempo de duração das medidas cautelares de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações (art. 319, II, do CPP), suspensão do exercício ou função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (art. 319, VI, do CPP), monitoração eletrônica (art. 319, IX, do CPP) e, ainda, a suspensão cautelar da habilitação do investigado ou acusado (esta medida não faz parte do atual rol de medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP), deverá ser computado nos casos em que a pena privativa de liberdade for substituída por restritiva de direitos.

O entendimento supra deve ser estendido às demais medidas, a saber: comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades (art. 319, I, do CPP), proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (art. 319, III, do CPP) e proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente para a investigação ou instrução (art. 319, IV, do CPP), parecendo razoável que as mesmas sejam abatidas da pena privativa de liberdade

substituída por restritiva de direitos, quando estas guardarem relação de identidade com a medida efetivamente cumprida.

A fiança (art. 319, VIII do CPP), por sua vez, não deve ser abatida da pena, uma vez que consiste em uma garantia que é restituída ao sentenciado após efetuados os descontos legais, nos termos dos arts. 336³⁴ e 347³⁵ do CPP ou, ainda, é julgada perdida quando o apenado não se apresentar para dar início ao cumprimento da pena definitivamente imposta (art. 344³⁶ do CPP).

Assim, não há dúvidas de que o instituto da detração penal deverá ser aplicado ao cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, excetuando-se a fiança. Porém, cabe ressaltar que inexistindo parâmetros legais para serem considerados para a dosimetria, deverá o magistrado analisar as particularidades do caso concreto, a(s) medida(s) cautelar(es) cumprida(s) e a pena aplicada, para assim fazer sua aplicação, considerando o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.

Referida questão foi discutida perante a Sexta Turma do STJ, nos autos do Habeas Corpus n. 3.109-1/RJ, onde o Relator designado foi o Excelentíssimo Ministro Vicente Leal, Paciente: Luiz Pacheco Drumond, Impetrante: João Costa Ribeiro Filho, cujo v. acórdão concedeu a ordem de *habeas-corpus*, sendo que, por motivo de empate, prevaleceu a decisão mais favorável ao paciente, nos termos regimentais, foi publicado DJ aos 24/06/1996, cuja ementa segue adiante:

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO DA PENA. PERÍODO SUJEITO A GRAVES RESTRIÇÕES À LIBERDADE INDIVIDUAL. CP, ART. 42.

- O Código Penal arrola de modo exaustivo, as hipóteses de detração da pena condenatória – prisão provisória, prisão administrativa e internação em estabelecimento hospitalar ou equivalente.

- Sendo, todavia, imposto ao réu severas restrições ao direito de locomoção, antes de decretar-lhe o édito de condenação, há de se efetuar a detração desse lapso temporal da pena imposta, como forma razoável de compensação em face dos gravames conseqüentes do castigo antecipado.

- Habeas-corpus concedido.

Apesar de o v. acórdão ter sido proferido anos antes da criação das medidas cautelares diversas da prisão

³⁴ Art. 336 do CPP: “O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado”.

³⁵ Art. 347 do CPP: “Não ocorrendo a hipótese do art. 345, o saldo será entregue a quem houver prestado a fiança, depois de deduzidos os encargos a que o réu estiver obrigado”.

³⁶ Art. 344 do CPP: “Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta”.

instituídas pela Lei 12.403/11, trata-se de magistrada que presidia a instrução criminal que impôs ao paciente e aos corréus restrições consistentes em: a) não se ausentar da comarca; b) comparecer periodicamente ao juízo; c) comparecer periodicamente perante à juíza; d) aguardar em juízo até que fosse dispensado pela juíza; e e) assinar lista de presença; o que parece se enquadrar no presente estudo. O impetrante, neste caso, requer que o período em que os réus cumpriram as medidas supramencionadas (06/11/1992 a 13/05/1993) seja abatido da pena de seis (06) anos de reclusão em Regime Aberto, uma vez que o direito de ir e vir do paciente esteve, nesse período, “restrito, limitado e vinculado”.

Em seu voto, o Excelentíssimo Ministro Relator Originário Adhemar Maciel acolhe parcialmente o pedido, concluindo como justo e razoável serem descontados da pena somente os dias em que o paciente e os corréus tiveram que comparecer em juízo, uma vez que, “nesses poucos dias, realmente, eles ficaram numa situação, ainda que de longe, equiparável à de um preso cumprindo pena restritiva de direito”. Este também foi o entendimento do Excelentíssimo Ministro Anselmo Santiago.

Todavia, o Excelentíssimo Ministro Vicente Leal, prolator do voto vencedor acolhendo totalmente o pedido, conclui que numa visão literal do art. 42 do CP, as imposições ordenadas pelo juízo de primeiro grau não poderiam ser enquadradas no conceito de prisão processual, susceptível de detração. Porém, afirma que o exegeta deve “extrair da norma jurídica os elevados objetivos que lhe deram inspiração”. Assim, se o magistrado restringe severamente o direito de locomoção do indivíduo antes da condenação, deve buscar sua compensação de forma a minimizar as consequências do castigo antecipado. Para este jurista, considerando que o direito está em construção permanente, de vez em quando, as posições padronizadas deverão ser afrontadas em busca da justiça. Porém, não será qualquer obrigação imposta aos réus no processo penal que será conceituada como prisão processual, o que seria um “elastério descabido”. Contudo, no presente caso, considera justa a detração do período em que o paciente teve sua liberdade limitada, “quase equivalente à prisão domiciliar”, o que considera “compatível com o espírito e a finalidade da pena, que não é castigo, mas instrumento de reprovação e prevenção ao crime”.

Por fim, o Excelentíssimo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro inicia seu voto conceituando o instituto da detração penal no contexto constitucional, penal, processual penal e de execução de pena, nos seguintes termos:

A detração – além da prisão provisória – leva em conta

também a – prisão administrativa – e a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado. Esta parte final evidencia que a lei, teleologicamente, visou a alcançar – qualquer – cerceamento ao exercício do direito de locomoção.

Conclui Cernicchiaro pelo total acolhimento do pedido, ressaltando que:

A fungibilidade da pena penal, cautelar, processual ou de execução da pena, da medida de segurança, da prisão civil e da prisão administrativa repousa num ponto comum: todos esses institutos, embora distintos, têm um ponto comum, qual seja, a restrição ao exercício do direito de liberdade. Restrição maior, ou menor, pouco importa. Tanto assim, não se faz distinção entre reclusão, detenção, prisão simples. De uma forma, ou de outra, afetam o exercício do direito de liberdade. Por isso (e só por isso), não obstante serem institutos distintos, coincidem quanto à referida restrição. Em havendo o mencionado – ponto comum – impõe-se a detração. Repita-se, é instituto de justiça material.

Assim, houve unanimidade quanto ao reconhecer que o cumprimento das medidas impostas como restrição ao direito de locomoção do paciente, mas divergência apenas no *quantum* a ser abatido da pena a título de detração penal.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o período de cumprimento da prisão domiciliar prevista nos artigos 317 e 318, substitutiva à prisão preventiva, que constitui uma espécie de prisão processual, deve ser abatido do cumprimento da pena.

Na mesma linha de entendimento, o período de cumprimento da medida cautelar de internação provisória prevista no art. 319, VII, do CPP, em caso de condenação em medida de segurança, podendo ser estendida às penas privativas de liberdade, em caso de se constar a imputabilidade do investigado ou acusado, por se tratar de medida que priva a liberdade.

O cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V, do CPP) também deve ser abatido do período da pena quando fixado o regime aberto, por se tratar de privação de liberdade da mesma natureza do referido regime prisional.

Em relação à fiança (art. 319, VIII do CPP), não há que se falar em detração, uma vez que consiste em uma garantia que é restituída ao sentenciado após efetuados os descontos legais, podendo, ainda, ser julgada perdida quando

o apenado não se apresentar para dar início ao cumprimento da pena definitivamente imposta.

Quanto ao cumprimento das demais medidas cautelares diversas da prisão elencadas no artigo 319 do CPP, parece razoável o abatimento em caso de pena privativa de liberdade quando substituída por restritiva de direitos.

Assim, o instituto da detração penal deverá ser aplicado ao cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, excetuando-se a fiança. Porém, cabe ressaltar que não há previsão legal a ser considerada para a dosimetria. No presente estudo são citadas duas sugestões: a primeira consiste na aplicação, por analogia, da remição prevista no artigo 126 da LEP, onde para três dias de cumprimento efetivo da medida, descontar-se-á um dia de pena imposta; a segunda trata-se de uma escala de valores entre a espécie de medida cautelar imposta, o período de vigência (a cada 30 dias), e um fator correspondente para a compensação, que será objeto de detração penal.

Todavia, o magistrado para aplicar a detração penal ao cumprimento da medida cautelar pessoal deverá analisar as particularidades do caso concreto, a(s) medida(s) cautelar(es) cumprida(s) e a pena aplicada, considerando o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.

Por fim, conclui-se que se trata de uma problemática recente, ainda pouco explorada, que, por se tratar de matéria constitucional, será solucionada pelo STF, que trará aos operadores do direito a interpretação que predominará. Espera-se, portanto, que a interpretação trazida seja compatível com a sugestão do presente estudo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Fábio Luiz. **Equidade como instrumento de integração de lacunas no direito**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9629&revista_caderno=27> . Acesso em 07/05/2013.

AVENA, Norberto. **Medidas cautelares diversas da prisão e detração penal**. Disponível em: <<http://www.norbertoavena.com.br/detalhes-noticias-norberto-avena.php?menu=noticias&id=58>>. Acesso em 24/04/2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/2011)**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 113, p. 112-121, set. 2011.

BRAMBILLA, Leandro Vilela. **Em que consiste o princípio do favor rei?** Disponível em: < [\[lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1037860/em-que-consiste-o-principio-do-favor-rei-leandro-vilela-brambilla\]\(http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1037860/em-que-consiste-o-principio-do-favor-rei-leandro-vilela-brambilla\)>>. Acesso em 04/05/2013](http://</p></div><div data-bbox=)

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 3109-1**. 6ª Turma. Rel. Min. Vicente Leal. DJ 24/06/1996.

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 17.501**. 6ª Turma. Rel. Min. Paulo Medina. DJ 06/03/2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 81.886-2**. 2ª Turma. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 14/05/2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Radiografia do sistema carcerário revela número desproporcional de presos provisórios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/eventos/encontros-nacionais/2-encontro-nacional-do-judiciario/96-noticias/6105-radiografia-do-sistema-carcerario-revela-numero-desproporcional-de-presos-provisorios>>. Acesso em 02/04/2013.

GARCETE, Carlos Alberto. **Breves impressões acerca da novel Lei n. 12.403/2011 (Lei das novas medidas cautelares penais)**. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/artigos/20110712091744.pdf>>. Acesso em 02/04/2013.

GARCIA, Débora Faria. **Novas regras da Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Editora Método, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte Geral**, 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte Geral**, 32 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

JORIO, Israel Domingos. **Princípio do “non bis in idem”**. Disponibilizado em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8884/principio-do-non-bis-in-idem>>. Acesso em 14/03/2013.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **A principiologia do Direito Penal à Luz da Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/3975-a-principiologia-do-direito-penal-a-luz-da-constituicao-federal>>. Acesso em 28/03/2013.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MACHADO, Felipe Daniel Amorin, OLIVEIRA, Filipe Costa. **Detração nas medidas cautelares pessoais: é possível?** Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/407/335>. Acesso em: 24/04/2013.

MALULY, Jorge Assaf, DEMERCIAN, Pedro Henrique. **As medidas cautelares na reforma da Lei 12403/11.** Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_medidas_cautelares.pdf>. Acesso em 09/04/2012.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. **Fiança: pagar ou não pagar? Eis a questão.** Disponível em: <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=12854>>, acesso em 07/05/2013.

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. **A evolução do princípio da igualdade e sua aplicação sob a ótica material na Constituição Federal.** Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20924/a-evolucao-do-principio-da-igualdade-e-sua-aplicacao-sob-a-otica-material-na-constituicao-federal>>. Acesso em 12/03/2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. **O alcance do princípio da culpabilidade e a exclusão da responsabilidade penal.** Disponível em <<http://www.mp.pi.gov.br/promotoriascriminais/noticias/2-geral/3037-o-alcance-do-principio-da-culpabilidade-e-a-exclusao-da-responsabilidade-penal>>. Acesso em 12/03/2013.

SANTOS, Odair Evaristo dos. **Aplicabilidade das penas do sistema penal vigente no Brasil.** Disponível em: <<http://mic.imed.edu.br/submissao/do.php?action=generatePDF&id=84>> . Acesso em 30/03/2013.

SILVA, David Medina da. **Medidas Cautelares Penais – Primeiras reflexões sobre a Lei 12.403/2011.** Disponível em: <<http://www.fesmp.com.br/upload/02/938112327.pdf>>. Acesso em 27/12/2012.

SILVA, Amaury. **Detração penal e medidas cautelares previstas na Lei 12.403/2011.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19633/detracao-penal-e-medidas-cautelares-previstas-na-lei-no-12-403-2011>>. Acesso em 13/05/2013.

DIREITO PRIVADO

RESUMO

A regulamentação do teletrabalho, modalidade de trabalho distância, desenvolvida e controlada por meio da utilização da tecnologia da informação e da comunicação, trouxe consigo relevantes consequências à relação de emprego, possibilitando o reconhecimento do vínculo empregatício em favor daqueles que prestam serviços em qualquer lugar. A partir disso, todos os trabalhadores que executam suas atividades fora do local de trabalho, ou seja, à distância, passam a ter os mesmos direitos daqueles que exercem suas funções dentro das empresas, desde que presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, principalmente a “tele” subordinação.

Palavras chave: teletrabalho; subordinação; “tele” subordinação; tecnologia; relação de emprego.

THE TELEWORKING THE LAW OF LIGHT 12.551/2011

ABSTRACT

The regulation of telework, a form of teleworking, developed and monitored by use of information and communication technology, has brought relevant consequences to employment, allowing for the recognition of those who provide services anywhere. Ever since, all employees hired to work outside a company, such as teleworking, have the same rights as those who work in an office setting, as long as they have same characterized elements of employment relationship, notably “tele” subordination.

Keywords: telework; task identity; “tele” subordination; technology; employment relationship.

SUMÁRIO. Introdução. 1 Evolução histórica do Direito do Trabalho. 1.1 O Direito do Trabalho no Brasil. 2. O teletrabalho e suas origens no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1 O conceito de teletrabalho. 2.2 O trabalho em domicílio e o teletrabalho. 2.3 Modalidades de teletrabalho. 2.4 As vantagens e as desvantagens do teletrabalho. 3. A relação de emprego e os seus pressupostos. 3.1 A telesubordinação ou subordinação virtual. 3.2 O trabalhador externo, o controle da jornada e o pagamento de horas extras. 3.3 A alteração da súmula 428 do TST. Conclusão. Referências.

* Graduado em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUML).

INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas alteram o mundo rapidamente, porque as novas tecnologias surgem a cada momento levando o novo a tornar-se obsoleto em seguida.

De maneira inevitável, estas inovações incidiram no âmbito do direito do trabalho e, com isso, criaram uma nova modalidade de emprego, alheia ao modelo tradicional, denominada teletrabalho, que consiste na possibilidade do teletrabalhador laborar à distância, ou seja, em local distinto do estabelecimento da empresa, utilizando-se dos meios telemáticos e informáticos.

Esta espécie de trabalho à distância, por atender aos anseios do mundo globalizado, devido às inúmeras vantagens oferecidas ao teletrabalhador, à empresa e à sociedade, difundiu-se por todo planeta e ganha, pouco a pouco, espaço no Brasil.

Contudo, em terras tupiniquins, a legislação laboral, editada por volta da década de 50 do século XX, não amparava o teletrabalho e isto beneficiava o empregador em detrimento do teletrabalhador, que, controlado por meio de meios telemáticos e informáticos, era exposto a jornadas extraordinárias sem a devida paga das horas extras correspondentes.

Nesse compasso, como a maior característica do direito do trabalho é a proteção do trabalhador, o legislador se viu obrigado a regulamentar o teletrabalho, a fim de evitar a exploração do homem pelo homem de forma vil.

Com isso, a presidenta Dilma Rousseff sancionou a Lei 12.551, em 15 de dezembro de 2011, alterando o artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos, com o objetivo de garantir ao teletrabalhador os mesmos direitos daquele que labora no estabelecimento do empregador.

O presente trabalho tem o objetivo de compreender o teletrabalho, sob o ponto de vista teórico e prático, principalmente, acerca da subordinação jurídica e do controle da jornada de trabalho.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Na antiguidade a escravidão era a principal forma de trabalho, inexistia qualquer tipo de ordenamento que regulamentasse as relações entre escravos e senhores, uma

vez que o escravo não era considerado sequer sujeito de direitos e, nem tampouco, detentor de direitos laborais.

Na Antiguidade Clássica, no mundo greco-romano, o trabalho possuía um sentido material, era reduzido a coisa, o que tornou possível a escravidão. A condição de escravo derivava do fato de nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de condenação penal, de descumprimento de obrigações tributárias, de deserção do exército, entre outras razões. Ao escravo era confiado o trabalho manual, considerado vil, enquanto aos homens livres dedicavam-se o pensamento e à contemplação, para os quais os escravos eram considerados incapazes (BARROS, 2013, p. 43-4).

Ainda durante a idade antiga, mais precisamente dentre os séculos XXI a.C e XIX, surgiu a relação de trabalho sob a forma de locação, que poderia ser promovida tanto pelo Senhor escravocrata que arrendava o serviço dos escravos a ele subordinados ou pelos próprios homens livres menos abastados que se sujeitavam a alienar sua força de trabalho. Nesse sentido, Barros afirma que “paulatinamente, os homens livres, de baixo poder aquisitivo, passaram também a ser incluídos entre os que arrendavam os seus serviços.” (BARROS, 2013, p. 43-4).

Destarte, existiam duas formas de locação, quais sejam: a locação de serviço e a locação de obra ou empreitada. A locação de serviços era compreendida pela prestação de serviços de natureza contratual através da qual uma pessoa sujeitava-se a servir à outra mediante remuneração; enquanto que a locação de obra ou empreitada configurava-se pela obrigação de execução e entrega de obra pronta.

Na idade média a escravidão perdeu forças dando margem ao regime feudal. Durante esse período de transição não se observa grandes alterações nas condições de trabalho, uma vez que os servos geralmente eram antigos escravos ou homens livres aos quais se conferia o mesmo tratamento hostil despendido aos escravos e eram obrigados a oferecer aos senhores feudais parte de tudo que produziam.

Já o final da idade média ficou caracterizado pela formação das corporações de ofício, constituídas por indivíduos que compartilhavam de um mesmo espaço territorial e nele exerciam suas atividades em um ramo comum. Neste período, muito embora ainda não se evidenciasse uma ordem jurídica trabalhista consolidada, os estatutos das corporações regulamentavam essas típicas relações de trabalho.

(...) surgiram no século XII as corporações de ofício, que se caracterizavam em típicas empresas dirigidas pelos respectivos mestres. Desfrutavam de verdadeiro mono-

pólio, pois nenhum outro trabalhador ou corporação poderia explorar a mesma atividade naquele local. Inicialmente compostas de mestres e aprendizes. Somente a partir do século XIV surgem os companheiros (CASSAR, 2013, p. 14).

O estopim para o surgimento do direito do trabalho foi a revolução industrial do século XIX, período em que se deixou de utilizar apenas a força bruta para agregar aos meios de produção o emergente desenvolvimento tecnológico, a máquina a vapor.

A desmesurada demanda por operários comungada com o Estado Liberal que pouco se mobilizava frente aos reiterados abusos contra a classe operária e ao império da autonomia da vontade resultou em um cenário propício para novas explorações.

Logo, era premente a necessidade de se instituir um conjunto de normas aptas a limitar essa triste realidade que acometia o trabalhador assalariado, que até então tinha suas relações de trabalho regulamentadas por contratos típicos do direito privado, como, por exemplo, o contrato de locação previsto pelos códigos civis da época. Como bem elucida Cassar, “o direito do trabalho nasce como reação às revoluções francesa e industrial e à crescente exploração desumana do trabalho. É um produto da reação ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano.” (CASSAR, 2013, p. 15).

Deste modo, em resposta a essas atrocidades perpetradas contra o operário, evidenciou-se a necessidade de normas específicas que protegessem o trabalhador. A partir de então, surgem, nos mais diversos Estados, normas visando justamente limitar o poderio desarrazoado daqueles que detinham os meios de produção.

Em um breve panorama, a Constituição do México de 1917 foi pioneira em prever e proteger os direitos laborais. Logo mais, a Constituição de Weimar de 1919 (mesmo ano de criação da OIT) e a Constituição Italiana de 1927 também se destacaram por prever direitos ao trabalhador (CASSAR, 2013, p. 16).

Ainda pode ser invocado como marco na história do direito do trabalho, no âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que representou grande conquista ao instituir em favor dos trabalhadores direitos básicos, tais como salário mínimo, férias remuneradas, equiparação salarial, repouso, dentre outros.

Atualmente, o direito do trabalho se dinamiza diariamente para atender às novas formas de trabalho oriundas do avanço econômico e tecnológico característicos do mundo moderno globalizado. Sobre esse novo paradigma, expõe com propriedade Nascimento:

Assistimos às transformações do mundo das relações de trabalho uma sociedade que produz mais com pouca mão-de-obra. A tecnologia mostrou o seu lado cruel: a substituição do trabalho humano pelo *software*; a desnecessidade, cada vez maior, de um quadro numeroso de empregados para obter os mesmos resultados com redução da demanda de trabalhadores entre 25% e 35% da força de trabalho; a informatização e a robótica como principais fatores do crescimento da produtividade; o aumento do desemprego e do subemprego em escala mundial; o avanço da sociedade de serviços maior do que a sociedade industrial; as novas profissões; sofisticados meios de trabalho, uma realidade bem diferente daquela na qual o direito do trabalho nasceu (NASCIMENTO, 2009, p. 47).

Portanto, como parte integrante da ciência jurídica, o direito do trabalho busca prever e regulamentar os fatos cotidianos conforme os anseios da sociedade na qual está inserido com o fito de amenizar os conflitantes interesses do empregador em busca da otimização dos lucros e, de outro lado, do empregado visando melhores condições de vida, sua subsistência.

1.1 O direito do trabalho no Brasil

O Brasil tardou ao emitir sua aquiescência no reconhecimento desse novo titular de direitos bem como da nova gama de direitos que a ele deveriam ser atribuídos. Isso porque no período precedente ao ano 1888, marco oficial do fim da escravidão no país, os direitos da classe trabalhadora eram praticamente inexistentes, uma vez que ao escravo não era assegurado sequer o direito de “ser gente”. A esse respeito, aduz Delgado:

Se a existência do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico material para o surgimento do trabalho subordinado (e, conseqüentemente, da relação empregatícia), não há que se falar em ramo jurídico normatizador da relação de emprego sem que o próprio pressuposto dessa relação seja estruturalmente permitido na sociedade enfocada. Desse modo, apenas a contar da extinção da escravatura (1888) é que se pode iniciar uma pesquisa consistente sobre a formação e consolidação histórica do Direito do Trabalho no Brasil (DELGADO, 2011, p. 105).

Embora a escravidão representasse grande obstáculo para a atividade legislativa de cunho social e, devido a esse fato até o seu término não se pudesse falar em um efetivo direito do trabalho, algumas leis incipientes já apontavam matérias de órbita trabalhista.

Em meados de 1830 havia previsão de norma que regulava o contrato de prestação de serviços. Já o código

comercial de 1850, ao tangenciar a órbita trabalhista, fez menção a matérias tais como o aviso prévio e justa causa.

Na esteira legislativa brasileira também ganharam notoriedade a lei que aboliu a escravatura (Lei Áurea, 1888), que concedia férias de 15 dias aos ferroviários (1890), que regulamentava a locação de serviços (Código Civil de 1916), que trouxe previsão sobre acidentes de trabalho (1919), que disciplinou a estabilidade do ferroviário com 10 anos ou mais de serviço junto ao mesmo empregador (Lei 4.682/23 – Eloy Chaves) e, por fim, o Decreto Lei nº 19.443/30 que, durante a Era Vargas, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (CASSAR, 2013, p. 16-18).

Nesse ínterim, em meio aos crescentes movimentos que ocorriam no continente europeu buscando assegurar direitos ao trabalhador e frente ao movimento operário que começava a atinar no País, o Brasil teve a percepção de que se perfazia realmente necessário assumir posturas legislativas mais sólidas para garantir aos trabalhadores direitos mais abrangentes.

Sendo assim, o ano de 1943 destacou-se pela aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), que segundo Nascimento pode ser definida como “a sistematização das leis esparsas existentes na época, acrescidas de novos institutos criados pelos juristas que a elaboraram.” (NASCIMENTO, 2009, p. 52).

Quanto ao âmbito constitucional, o Brasil manteve exponencial progresso no que se refere aos direitos trabalhistas. A Constituição do Império de 1824 se pautou em garantir a todos o livre trabalho; enquanto a Constituição de 1934 foi a pioneira a referenciar a justiça do trabalho e constitucionalizar vários direitos trabalhistas, tais como salário mínimo, férias, horas extras, repouso semanal, jornada de 08 horas diárias, pluralidade sindical etc.

Por seu turno, preservando os direitos garantidos pela carta precedente e reconhecendo a importância da atividade laborativa, a Constituição de 1937 eleva o direito ao trabalho para rol dos deveres sociais, atribuindo ao Estado a incumbência de preservá-lo. Além do mais, proibiu a prática de greves e trouxe disposições acerca dos sindicatos.

Já a Constituição Democrática de 1946, declinando suas diretrizes para a justiça social, alicerçou o princípio da livre iniciativa e restabeleceu o direito de greve. Outrossim, destaca-se estender a estabilidade decenal a todos os trabalhadores e trazer disposições sobre participação nos lucros, repouso semanal remunerado e equiparação salarial. Deliberando sobre o tema, salienta Barros: “como se viu, a Constituição de 1946 assegurou o princípio da isonomia, de

forma mais minuciosa, vedando diferença de salário para o mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (...).” (BARROS, 2013, p. 60).

A Constituição de 1967 repetiu direitos tais como salário mínimo, jornada diária não superior a oito horas diárias, repouso semanal remunerado e férias já previstos pela Constituinte anterior e provocou pontuais modificações no direito à estabilidade na medida em que criou o Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço (FGTS) para conviver simultaneamente com o regime até então vigente. Portanto, possibilitou ao trabalhador que optasse por ser regido pelo regime da estabilidade decenal ou pelo recém-criado regime do FGTS.

Por fim, a vigente Constituição Cidadã de 1988, alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana, não dispensou menor atenção aos direitos sociais essenciais para a garantia de uma vida digna ao trabalhador. Dentre as alterações mais importantes, cuidou de equiparar de uma vez por todas o trabalho urbano e rural tornando obrigatório a todos o regime do FGTS. Além disso, abolir as diferenças regionais do salário mínimo (que passou a ser unificado nacionalmente), reduziu a jornada semanal para 44 horas, estabeleceu o adicional de horas extras de 50%, instituiu o acréscimo de 1/3 na remuneração de férias, previu a licença paternidade de 05 dias e trouxe outras disposições.

Como sói perceber, o direito do trabalho no Brasil passa por constante evolução, seja no sentido de acompanhar os mais novos avanços do direito alienígena, seja para melhor servir a realidade social da população brasileira. E essa realidade social certamente sofreu recente alteração na medida em que novos instrumentos tecnológicos passaram a ser inseridos na relação de emprego, alterando substancialmente o vínculo empregatício tradicional.

Assim, foi justamente para regulamentar essa nova realidade social trazida pelo incremento da tecnologia nas relações de emprego que o teletrabalho veio a ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

2. O TELETRABALHO E SUAS ORIGENS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O teletrabalho não se cuida de nenhuma criação do legislador brasileiro, pois é instituto há tempos previsto e difundido em países como Portugal, Espanha, França, Estado Unidos da América e Japão.

O teletrabalho ganhou relevo quando, com o desenvolvimento das telecomunicações, o homem percebeu que poderia empregá-las também no exercício de suas atividades laborativas.

Segundo constata Kugelmass:

O trabalho remoto ou “a administração a distância” foi inventado em 1857, quando J. Edgar Thompson, proprietário da estrada de ferro Penn, descobriu que poderia usar o sistema privado de telégrafo de sua empresa para gerenciar divisões remotas, desde que delegasse a elas um controle substancial no uso de equipamento e mão-de-obra (KUGELMASS apud WINTER, 2005, p 63).

Inevitavelmente, esse novo meio de trabalhar repercutiu na órbita legislativa trabalhista, que se curvou para prever e regulamentar a situação dessa nova espécie de relação empregatícia que vinha surgindo.

Afinal, como já exposto, o direito do trabalho almejou, ao longo da história, tanto mundial quanto nacional, regular as relações de trabalho com o objetivo de evitar a exploração do homem pelo homem de forma vil.

Por isso, Cassar afirma que “a maior característica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, seja através da regulamentação legal das condições mínimas da relação de emprego, seja através de medidas sociais adotadas e implantadas pelo governo e sociedade.” (CASSAR, 2013, p. 06).

Esta característica, quando aliada ao caráter socializante do direito do trabalho, “(...) permite que ele se transforme para se adaptar às realidades econômicas e sociais da época, sem esquecer a figura do trabalhador que deve ser protegida (...).” (CASSAR, 2013, p. 08).

Isto, aliás, tem sido imprescindível, principalmente nos presentes momentos, em que a inovação tecnológica atinge seu auge provocando significativas alterações na relação de trabalho clássica. Nesse sentido, Barros assevera que “a inovação tecnológica subverte a relação de trabalho clássica, sendo responsável por novos tipos de atividade descentralizada, que reúnem informação e comunicação.” (BARROS, 2013, p. 258).

Assim, dentre estas recentes atividades que se estabeleceram em razão do fácil acesso à comunicação e à informação, oferecido pelo desmesurado desenvolvimento da tecnologia, surge no direito brasileiro o instituto do Teletrabalho, justamente para atender a uma nova realidade social que já se evidenciava em fatos, conforme bem elucidado na justificativa do Projeto de Lei n.º 3.219/04, de autoria do deputado Eduardo Valverde, do Partido dos Trabalhadores, apresentada à Câmara dos Deputados:

A revolução tecnológica e as transformações do mundo do trabalho exigem permanentes transformações da ordem jurídica com o intuito de apreender a realidade mutável. O tradicional comando direto entre o empregador ou seu preposto e o empregado, hoje cede lugar, ao

comando à distância, mediante o uso de meio telemáticos, em que o empregado sequer sabe quem é o emissor da ordem de comando e controle. O Tele-Trabalho é realidade para muitos trabalhadores, sem que a distância e o desconhecimento do emissor da ordem de comando e supervisão, retire ou diminua a subordinação jurídica da relação de trabalho¹.

Em momentos anteriores à vigência da Lei 12.551/2011, o artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) se restringia apenas em equiparar o trabalho realizado no estabelecimento do empregador àquele executado no domicílio do empregado, desde que estivesse caracterizada a relação de emprego. Contudo, com a nova redação do referido dispositivo, observa-se que o legislador visou garantir efetiva regulamentação ao equiparar o teletrabalho às demais modalidades de emprego existentes até então, a fim de evitar que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão camuflassem a exploração do teletrabalhador.

Portanto, a Lei 12.551/2011 alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º- Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e direitos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Mas, afinal, o que é o teletrabalho?

2.1 O conceito de Teletrabalho

De acordo com Cassar, “o conceito de Teletrabalho é matéria que ainda suscita dúvidas na doutrina.” (CASSAR, 2013, p. 671). Nesse sentido, Darcanchy explica:

As divergências mais específicas ocorrem em relação à utilização de tecnologias de informação e de comunicação como sendo ou não requisito essencial do Teletrabalho e quanto ao fato dele ser uma espécie de trabalho à distância ou uma nova espécie de trabalho em domicílio (DARCANCHY, 2006, p. 39).

Afinal, é o que se nota, a partir dos conceitos proferidos pelos principais doutrinadores, segundo Cassar.

Primeiramente, a autora discorre que “teletrabalho significa trabalho à distância, trabalho realizado fora do

estabelecimento do empregador. [...] Não há necessidade de o empregado utilizar instrumentos de informática ou de telecomunicação.” (CASSAR, op. cit., p. 672).

Posteriormente, discorre sobre a opinião de Rodrigues Pinto, afirmando que, para ele, “teletrabalho corresponde a uma atividade de produção ou de serviço que permite o contato a distância entre o apropriador e o prestador da energia pessoal.” (PINTO apud CASSAR, 2013, p. 672).

Outrossim, nos dizeres da autora, Pinho Pedreira e Valentin Carrion, entendem que “teletrabalho é espécie do gênero trabalho à distância desenvolvido através da telemática, isto é, com uso exclusivo da informática, não estando incluído o trabalho com utilização de telefones ou outros meios de comunicação.” (PEDREIRA; CARRION apud CASSAR, 2013, p. 672).

Prosseguindo, Cassar afirma:

João Hilário Valentim advoga que Teletrabalho também pode ser denominado de trabalho periférico, trabalho à distância, trabalho remoto e quer dizer “prestação de serviço destinado a outrem sob a subordinação deste, exercido por um trabalhador, preferencialmente em sua casa e com o suporte de modernos instrumentos e tecnologias relacionados às telecomunicações e informática. O autor aponta três elementos básicos para caracterização do teletrabalho: a) utilização de novas tecnologias referentes à informática e à telecomunicação; b) ausência ou redução do contato pessoal do trabalhador com o patrão, superiores hierárquicos ou colegas; c) o local da prestação de serviços geralmente é a casa do trabalhador. (VALENTIM apud CASSAR, 2013, p. 672).

Ainda segundo a autora, Amauri Mascaro Nascimento ensina que:

Teletrabalhador é aquele que trabalha perante a tela do computador ou outros equipamentos modernos (fotocopiadoras, *internet*, *modem*, telefones celulares, *fax*, *site*, etc.), não exigindo a presença física do trabalhador na empresa. Afirma que o teletrabalhador pode ser empregado, autônomo, eventual ou trabalhador em seu domicílio (NASCIMENTO apud CASSAR, 2013, p. 672).

Já Barros prefere conceituar o teletrabalho como aquele desenvolvido fora do estabelecimento do empregador desde que executado através da moderna tecnologia. (BARROS, 2013, p. 258).

Semelhante a esta definição, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) o define como: “(...) a forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação”. (DARCANCHY,

¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadtramitacao?idProposicao=155964>>. Acesso em: 20 out. 2013.

2006, p. 40).

Basicamente, apesar das divergências, o teletrabalho pode ser considerado, conforme conceitua a Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividade – SOBRATT:

Todo e qualquer trabalho realizado a distância (tele), ou seja, fora do local tradicional de trabalho (escritório da empresa), com a utilização da tecnologia da informação e da comunicação, ou mais especificamente, com computadores, telefonia fixa e celular e toda tecnologia que permita trabalhar em qualquer lugar e receber e transmitir informações de texto, imagem ou som relacionados à atividade laboral (MARTINES, 2012, p. 77).

2. 2 O trabalho em domicílio e o teletrabalho.

Na idade média, o mercantilismo provocou profundas alterações nas relações de trabalho, vez que com a famigerada concentração de capital os pequenos produtores foram perdendo força e passaram a trabalhar em seu próprio domicílio, vinculados, porém, àqueles que lhes forneciam a matéria prima. Conseqüentemente, essa mudança provocou profunda alteração das relações de trabalho, criando novas modalidades, como o trabalho a domicílio.

O grande capital vai excluindo por toda a parte a figura econômico-social do artesão, do artífice que trabalha em sua oficina, com o auxílio da sua família e de alguns colaboradores, em geral, com instrumentos manuais e que vende diretamente o seu produto ao consumidor. Empobrecidos e vencidos, caem os artesãos na categoria dos trabalhadores a domicílio, que trabalham por conta de um patrão, com matéria-prima fornecida por ele (FILHO apud WINTER, 2005, p. 37).

Além disso, o mercantilismo foi o grande responsável por transformar o trabalhador autônomo em empregado a domicílio, conforme a lição de Gomes e Gottschalk:

(...) Nesta situação, o artesão deixa de ser regulador supremo dos preços de mercado, perde o contato direto com a clientela, desinteressa-se de suas relações com o consumidor, numa palavra, perde a sua independência. O empresário ou o intermediário passa a ser comitente permanente de sua mão-de-obra... Assim, o antigo trabalhador autônomo a domicílio converte-se no empregado a domicílio, dada sua marginalidade econômica, que o coloca numa condição social em nada diferente do trabalhador subordinado da Empresa ou estabelecimento (GOMES; GOTTSCHALK apud WINTER, 2005, p. 50).

Em meio a esse cenário surgiu a primeira ideia de trabalho a distância, ou seja, do trabalho realizado fora do estabelecimento do empregador. A partir de então, o trabalho

em domicílio nunca mais deixou de existir e marcou espaço inclusive no âmbito nacional, uma vez que sempre esteve ligado às atividades manuais tais como a de lavadeira, costureira, alfaiates, doceiras, artesãos etc.

Na década de 1940, o trabalho em domicílio foi regulamentado, conforme artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), reconhecendo a possibilidade de existir relação de emprego, “(...) mesmo quando o empregado não comparece diariamente à empresa ou nunca comparece.” (CASSAR, 2013, p. 671), pondo fim à discussão sobre sua natureza jurídica, que pode ser tanto autônoma quanto subordinada, a depender do caso concreto.

Esse regresso histórico se torna indispensável para que seja traçada a distinção entre o trabalho em domicílio e o teletrabalho, afinal, há quem entenda que as alterações trazidas pela Lei 12.551/2011 já estavam previstas no “antigo” artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), ainda que de modo implícito, tendo em vista que o teletrabalho seria uma espécie do gênero trabalho em domicílio.

É fundamental consignar, porém, que o teletrabalho é fruto de uma nova Era, marcada pela revolução tecnológica, que permite ao teletrabalhador, mesmo longe da empresa, permanecer conectado a ela, abolindo o velho entendimento do homem sobre o significado do binômio “espaço e tempo”.

Nesse sentido, Barros afirma:

O teletrabalho distingue-se do trabalho a domicílio tradicional não só por implicar, em geral, a realização de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também porque abrange setores diversos como: tratamento, transmissão e acumulação de informação; atividade de investigação; secretariado, consultoria, assistência técnica e auditoria; gestão de recursos, vendas e operações mercantis em geral; desenho, jornalismo, digitação, redação, edição, contabilidade, tradução, além da utilização de novas tecnologias, como informática e telecomunicações, afetas ao setor terciário (BARROS, 2013, p. 258).

Desta forma, tanto o teletrabalho quanto o trabalho em domicílio são espécies do gênero trabalho a distância, conforme ensina Reis:

O trabalho executado longe dos domínios da organização empresarial, teoricamente sem controle de horário e sem o poder exercido pelo empregador sobre a forma pela qual ele se desenvolve, é traço característico do *trabalho à distância*, gênero que compreende o *trabalho em domicílio*, *teletrabalho*, vendedores praticistas e viajantes, além de representantes comerciais (REIS, 2007, p. 55).

Portanto, embora o teletrabalho exista na modalidade

em domicílio, intitulado como *home office*, este não se confunde com o precursor trabalho em domicílio. Nesse diapasão, impende trazer à baila a distinção feita por Delgado entre o trabalho à domicílio, o *home office* e o teletrabalho:

Dentro da situação-tipo aventada pelo art. 62, I, da CLT (labor externo insuscetível de controle de jornada) podem-se inserir três outras possibilidades importantes, do ponto de vista do mundo laborativo: a) o tradicional trabalho no domicílio, há tempos existentes na vida social, sendo comum a certos segmentos profissionais, como as costureiras, as cerzeiras, os trabalhadores no setor de calçados, as doceiras, etc.; b) o novo trabalho no domicílio, chamado de home-office, à base de informática, dos novos meios de comunicação e de equipamentos convergentes; c) o teletrabalho, que pode se jungir ao home-office, mas pode também se concretizar em distintos locais de utilização dos equipamentos eletrônicos hoje consagrados (informática, internet, telefonia celular, etc.). (DELGADO, 2012, p. 904)

Se não bastasse, a própria Lei 12.551/2011 também os distinguiu, mantendo tanto o trabalho em domicílio quanto o trabalho a distância no *caput* do artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Deste modo, o fato do teletrabalho ser executado na modalidade em domicílio (*home office*) não pode ser utilizado como fundamento para enquadrá-lo na espécie de trabalho em domicílio, pois, além daquela, ele se manifesta através de outras modalidades.

Além disso, não é só a possibilidade do teletrabalho ser executado também no âmbito domiciliar que o faz confundir com o trabalho em domicílio. Como dito anteriormente, o teletrabalho é consequência da revolução tecnológica, que satisfaz os anseios da sociedade atual, moderna, flexível, impulsionada pelos avanços tecnológicos.

Portanto, pode-se dizer que o *home office* é uma modalidade de trabalho em domicílio modernizada, tecnológica, mas jamais que aquele é espécie do já conhecido trabalho em domicílio, pois se assemelham apenas na forma como podem ser desenvolvidos, ou seja, à distância.

2.3 Modalidades de teletrabalho

O Teletrabalho assume uma feição um tanto quanto peculiar na medida em que é flexível a sofrer desdobramentos para abranger as mais diversas formas de trabalho a distância, razão pela qual pode oferecer algumas vantagens tais como a flexibilidade de horário e a organização, tendo em vista que através dos meios telemáticos e informáticos de comunicação o teletrabalhador pode laborar “a qualquer tempo” e em qualquer lugar.

Com isso, surgem várias modalidades de teletrabalho, como, por exemplo, o teletrabalho em domicílio (*home office*), teletrabalho em centros de teletrabalho ou telecentros, telecentros satélites, “telecabanas”, “telecottage”, centros compartilhados ou comunitários, teletrabalho nômade, escritórios virtuais, escritórios turísticos, “hoteling”, trabalho móvel, teletrabalho transnacional etc.

Dentre estas, o teletrabalho em domicílio (*home office*), em telecentros, nômade, móvel e o transnacional são as mais frequentes, atualmente, principalmente, no Brasil.

2.4 As vantagens e desvantagens do teletrabalho

O teletrabalho se adaptou às inovações tecnológicas, às mudanças sociais e às exigências do mundo capitalista, proporcionando inúmeras vantagens para o teletrabalhador, para a empresa e para a sociedade.

De forma uníssona na doutrina, as principais vantagens para o teletrabalhador são: a flexibilidade de horário, melhoria na qualidade de vida, “(...) conciliação das atividades profissionais com os encargos familiares.” (BARROS, 2013, p. 259), melhor administração de tempo, aumento da produtividade e a diminuição de gastos esparsos.

Para as empresas, se destacam a: “(...) redução do espaço imobiliário, com diminuição de custos inerentes à aquisição de locais, aluguéis, manutenção, transporte, etc.” (BARROS, 2013, p. 259), flexibilidade organizacional, contratação de mão de obra em outros países onde os salários são mais baixos, aumento da produtividade, redução no índice de absenteísmo e na rotatividade de empregados.

Tanto que, Barros afirma:

A par dessas vantagens, propicia uma atenção melhor aos clientes mediante a conexão informática/telemática; gera maior produtividade pelo empregado, em face do desaparecimento do absenteísmo, da eliminação de tempo perdido, sobretudo no trânsito, da maior motivação e da satisfação no exercício da atividade. Além desses aspectos, a empresa se vê livre das greves de transporte, dos acidentes no trajeto do trabalho, dos fenômenos meteorológicos, entre outros. (BARROS, 2013, p. 259).

E para a sociedade, Hernandez discorre com propriedade:

Para a *Sociedade* e o Governo, o teletrabalho pode gerar empregos, pois permite a abertura de novos postos de trabalho, por causa da possibilidade de implementação de projetos visando ao atendimento do mercado mundializado (...). (...) outras vantagens são a diminuição de congestionamento nas cidades, a redução da po-

lução, do consumo de combustível e dos níveis de contaminação do meio ambiente, gerando melhoria da qualidade do ar. (...) traz outra vantagem para a sociedade, qual seja, o combate à exclusão social com a integração no mercado de trabalho dos portadores de deficiência. (...) permite o desenvolvimento de áreas menos favorecidas, gerando empregos nas áreas rurais e na periferia das grandes cidades, com a desconcentração do centro das cidades (HERNANDEZ, 2011, p. 43-44).

É incontestável que ao lado destas vantagens, existem as desvantagens. Para o teletrabalhador ganham relevo: o isolamento social, a ausência de carreira profissional, a dificuldade de atuação do sindicato, a invasão da privacidade e da intimidade, a maior probabilidade de contrair doenças e problemas ergonômicos.

Já para as empresas, se destacam: a ausência de lealdade com ela, riscos quanto à segurança de dados e arquivos e dificuldade no controle da jornada de trabalho.

E para a sociedade: “(...) a exploração de mão de obra barata, por meio de subcontratação de tarefas de outros países.” (HERNANDEZ, 2011, p. 45) e o aumento do pagamento de benefícios junto à Previdência Social devido às doenças e problemas ergonômicos.

Porém, ao analisá-las e contrapô-las, observa-se que as vantagens prevalecem sobre as desvantagens, pois estas podem ser evitadas, tanto pelo teletrabalhadores quanto pelos empregadores, inclusive as relacionadas à saúde daqueles, bastando, para tanto, apenas comprometimento e bom senso de ambas as partes.

Tanto é verdade que, muitas empresas nacionais e multinacionais têm adotado o teletrabalho, como, por exemplo, a Cisco, IBM, Ernest & Young, Kodak, Dupont, 3M, Apple, Intel, Motorola, Shell, Natura, Microsoft, Semp Toshiba, Citibank, Ford Motor Company, Federal Express, Canon USA, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), entre outras, motivo pelo qual está disseminado por todo planeta.

No Brasil, a Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividade – SOBRATT estima que o número de teletrabalhadores atinja 10,6 milhões de brasileiros (MARTINES, Priscilla Carbone. e PAULINO, Erika. *Home Office e hora extra*. Revista Visão Jurídica. Edição 68. São Paulo: Escala, 2012. p. 77). Apesar disso, há questões que ainda colocam em xeque o teletrabalho, como, por exemplo, a possibilidade ou não da caracterização do vínculo empregatício e do controle da jornada de trabalho.

Desta forma, como a doutrina e a jurisprudência têm se manifestado acerca dessas indagações?

3. A RELAÇÃO DE EMPREGO E OS SEUS

PRESSUPOSTOS

Um dos pontos que ensejam maior controvérsia acerca do teletrabalho é quanto aos elementos que configuram a relação de emprego, tendo em vista que para a sua configuração basta que estejam preenchidos os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício tradicional, não se cogitando de nenhum requisito específico para esta nova e distinta forma de emprego.

Uma vez configurada a relação de emprego, o teletrabalhador passa a ter todos os direitos daquele trabalhador que labora *in loco*, pois assume o *status* de empregado. Nesse sentido, é necessário que sejam preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: a) pessoalidade, b) onerosidade, c) não eventualidade, d) o empregado não corre o risco do empreendimento e e) subordinação, tais como previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

O requisito da pessoalidade consiste na obrigação de prestar pessoalmente os serviços, não podendo ser substituído por qualquer outro de sua escolha, aleatoriamente. Essa, aliás, é a razão pela qual o contrato de trabalho é *intuitu personae*.

Nesse sentido, Cassar explica:

Pessoalidade ou caráter *intuitu personae* significa que é aquela pessoa física escolhida quem deve executar o serviço contratado porque o contrato de trabalho é intransmissível. Assim, o empregado não pode, quando bem entender, mandar o vizinho, o pai ou o irmão no seu lugar para trabalhar (CASSAR, 2013, p. 245).

Já o requisito da onerosidade significa vantagens recíprocas aos sujeitos envolvidos na relação de emprego. Nesse sentido, a principal obrigação do empregado é a prestação dos serviços contratados e, em contrapartida, seu principal direito é o do recebimento da contraprestação (remuneração) pelos serviços prestados. Da mesma forma, a principal obrigação do empregador é pagar salários, tendo em seu favor os serviços prestados pelo empregado.

Não há contrato de emprego gratuito, ou seja, efetuado apenas em virtude de fé, do altruísmo, da caridade, ideologia, reabilitação, finalidade social, sem qualquer vantagem para o trabalhador. A onerosidade do contrato de trabalho é traduzida pelo pagamento de salário em pecúnia ou em utilidade (CASSAR, 2013, p. 253).

O requisito da não eventualidade, por sua vez, versa que a utilização da força de trabalho deve corresponder às necessidades normais da atividade econômica desenvolvida. Irrelevante se o trabalho durar poucas horas, desde que não seja excepcional ou transitório. Segundo Cassar, “(...) o vocábulo não eventual caracteriza-se quando o tipo de

trabalho desenvolvido pelo obreiro, em relação ao seu tomador, é de necessidade permanente para o empreendimento.” (CASSAR, 2013, p. 253).

Nesse compasso, a prestação do serviço com habitualidade, contínua e permanentemente, em que o obreiro passa a fazer parte integrante da cadeia produtiva da empresa, mesmo desempenhando uma atividade meio, caracteriza o trabalho não eventual.

Há, ainda, o risco do negócio do empregador. Este requisito determina que os riscos da atividade econômica pertençam única e exclusivamente ao empregador, pois o empregado não assume os riscos da atividade empresarial desenvolvida.

Deste modo, tendo laborado para o empregador, independentemente da empresa ter auferido lucros ou prejuízos, as parcelas salariais sempre serão devidas ao obreiro, vez que este não assume o risco da atividade econômica. Nesse diapasão:

VÍNCULO DE EMPREGO. CORRETOR. Trabalhador contratado para recebimento de comissões quando e se houver venda eventual de imóvel, não é empregado, pois se sujeita aos riscos do empreendimento. RO 166/04. 8ª Turma, 1ª Reg. Rel. Juíza Vólia Bomfim Cassar. Sessão do dia 25/05/2005. (CASSAR, 2013, p. 253).

E, por fim, há o requisito da subordinação², talvez o mais importante dentre os apresentados, principalmente quando analisado sob a égide do teletrabalho, haja vista que também é imprescindível para sua caracterização, embora esteja o empregado prestando seus serviços fora do ambiente físico da empresa.

Presente tanto no artigo 2º, com a alusão ao empregador como o que “dirige” a prestação de serviços, quanto no artigo 3º da CLT, com a identificação do empregado como sendo quem trabalha sob a “dependência” do tomador de serviço, a subordinação envolve a prerrogativa atribuída ao tomador de serviços, de modular, segundo as conveniências do negócio e na medida dos limites legais e contratuais, a atividade exercida pelo trabalhador, determinando o trabalho a ser feito, a forma, o local e o momento de sua realização, bem como fiscalizando, durante a prestação de serviço, o cumprimento das ordens dadas e, quando pertinente, sancionando o descumprimento delas.

Assim, ela pode ser hierárquica, quando o trabalhador aceita as ordens do superior hierárquico; econômica, quando o trabalhador é posto numa posição de sujeição econômica; jurídica, quando o direito impõe ao trabalhador a obrigação de cumprir as ordens do

² Apesar de a doutrina consagrar o termo “subordinação”, a legislação brasileira prefere utilizar o termo “dependência”.

empregador; técnica, na qual um exerce uma atividade na indústria humana e outro dirige, orienta essa atividade; e, finalmente, social, quando decorre de classe social.

Porém, embora ela possa ser exercida de todas estas formas, no Brasil, adota-se o critério da subordinação jurídica. Nesta direção, Jardim preceitua:

Tradicionalmente existem vários critérios de subordinação; entre eles se destacam: a subordinação econômica, a social, a técnica e a jurídica. Entre todas estas, é evidente que a subordinação jurídica se destaca, já que ela enfatiza o estado de dependência real do empregado ao comando e às ordens do empregador (JARDIM, 2004, p. 64).

Sendo assim, “a subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas.” (CASSAR, 2013, p. 246).

Portanto, presentes tais requisitos, temos a figura do empregado, consoante ensina Cassar:

Podemos então, de acordo com os pressupostos acima, conceituar empregado como toda pessoa física que preste serviço a empregador (pessoa física ou jurídica) de forma não eventual, com subordinação jurídica, mediante salário, sem correr os riscos do negócio (CASSAR, 2013, p. 246).

Entretanto, no âmbito do teletrabalho, a indagação que se faz é se o teletrabalhador realmente deve atender a todos os requisitos inerentes do vínculo empregatício (inclusive o da subordinação jurídica) ou, na verdade, deve ser considerado um trabalhador externo com controle de jornada de difícil ou impossível mensuração?

3.1 A telessubordinação ou subordinação virtual.

Geralmente, o contrato de trabalho apto a receber a tutela jurídica do direito do trabalho é o que envolve um trabalhador em condição de subordinação ao empregador, ora tomador dos seus serviços.

Logo, falar em subordinação jurídica, no âmbito do trabalho à distância, ou melhor, no âmbito do teletrabalho era, para os mais céticos, o “final dos tempos”.

Contudo, a inovação tecnológica trouxe novos meios telemáticos e informatizados, tais como a videoconferência, a teleconferência, o GPS, os *i-phones*, os *smartphones*, os *nootebooks*, os *e-mails*, os *tablets*, o *palm top*, que trouxeram revolucionários programas de mensagens instantâneas (*messenger*), conexões de voz (Skype), internet sem fio (*wi-fi*), videofones (gravação de som e imagem), webcam, entre outros mecanismos capazes de

propiciar ao empregador a total possibilidade de dirigir, modular, determinar e fiscalizar o trabalho efetuado pelo teletrabalhador.

Nesse sentido:

(...) Com o avanço das telecomunicações, via telefone celular ou telefax, institui-se a ‘telessubordinação’ ou ‘teledisponibilidade’, que não se compara ao trabalho em domicílio dos primórdios da industrialização. Os equipamentos modernos permitem, a distância, a conexão permanente do trabalhador com a empresa; até as pausas, descansos e horas de atividade podem ser determinados previamente através do computador.

Por essa razão, seria temerário afirmar, como verdade absoluta, que o teletrabalho faz desaparecer ou diminuir a subordinação. Está demonstrado que pode tornar até mais amplo o poder diretivo da empresa.

É claro que a subordinação não é tipificada pela obrigação de cumprir horários ou prestar serviços em determinado estabelecimento, com observância de ordens e instruções superiores, exatamente porque tais atributos inexistem em algumas situações. Mas certamente a nova tecnologia torna ainda mais irrelevante essas circunstâncias (ROBORTELLA apud GERHARDT, p. 80).

Como sói perceber, a subordinação não encontrará grandes objeções para bem se estabelecer no ambiente virtual do teletrabalho, vez que os novos mecanismos tecnológicos certamente garantem ao empregador ações de comandos e a fiscalização dos serviços virtualmente atribuídos ao empregado.

Assim, “no trabalho a distância, do qual o teletrabalho é modalidade, o controle alusivo ao poder de direção poderá se apresentar com maior ou menor intensidade, tomando a subordinação jurídica à denominação de telessubordinação (...)”. (BARROS, 2013, p. 261).

Segundo Hernandez, a telessubordinação ocorre por meio de quatro modos distintos:

a) Desconectado ou *off line* ocorre quando o teletrabalhador desenvolve suas atividades sem conexão direta com o computador central da empresa. Neste caso, o teletrabalhador recebe e envia, por meio de transporte convencional ou correio, as especificações do trabalho e seu resultado. Com base em prévias instruções, o teletrabalhador, executa o trabalho, o qual, uma vez concluído, é colocado à disposição do beneficiário da prestação de serviços. (...);

b) Conectado ou *on line* ocorre quando o teletrabalhador faz uso da tecnologia das telecomunicações para receber as especificações do trabalho e para enviar o seu resultado. A ligação *on line* é mais completa. O teletrabalhador troca informações em forma de arquivos, de modo que a conexão é enfocada para o recebimento ou envio de mensagens. Isto significa dizer que o teletrabalhador não está

necessariamente conectado todo o tempo de execução do seu trabalho, até mesmo porque a comunicação pode ser unidirecional ou bidirecional;

c) Comunicação unidirecional ou *one way line* ocorre quando não é possível a intervenção da empresa sobre o terminal de computador externo. Apesar de haver conexão com o computador central da empresa, a comunicação se dá em sentido único;

d) Comunicação bidirecional ou *two way line* ocorre quando a conexão permite o trabalho interativo entre o computador central e os diferentes ordenadores. Neste caso, o teletrabalhador, que possui um terminal vinculado a uma rede de comunicações eletrônicas, pode ser controlado não só quanto às diretrizes de seu trabalho, como em relação ao tempo real de execução das suas tarefas (HERNANDEZ, 2011, p. 63-64).

Nota-se que, na forma *off line*, ocorre a subordinação, mas não em tempo real, pois a fiscalização fica a cargo do sistema de computação, que permite “...o controle e registro do tempo efetivamente gasto em sua execução, como por exemplo, o controle de produção por toques no teclado e registros que indicam inclusive o horário.” (RAYMOND apud HERNANDEZ, 2011, p. 65).

Já a forma *on line* reflete a ideia do trabalhador situado na empresa. Neste caso, “(...) desconsidera-se o fato de que o trabalhador está trabalhando à distância.” (RAYMOND apud HERNANDEZ, 2011, p. 65).

Do mesmo modo, Barros dispõe:

Se o trabalhador se encontra, por exemplo, em conexão direta e permanente, por meio do computador, com o centro de dados da empresa, o empregador poderá fornecer instruções, controlar a execução de trabalho e comprovar a qualidade e quantidade de tarefas de forma instantânea, como se o empregado estivesse no estabelecimento do empregador. A *internet* permite, inclusive, aferir o tempo de conexão do terminal do empregado, bem como quando foi acessado pela última vez o teclado. Esse controle revela, sem dúvida, a subordinação jurídica, que poderá estar presente ainda quando a execução do serviço seja desconectada (*off line*). Tudo irá depender da análise do programa de informática utilizado (BARROS, 2013, p. 261).

Além destas formas, Barros afirma que a doutrina aponta, ainda, outros elementos caracterizadores da subordinação jurídica capazes de revelar o vínculo empregatício, de modo que, para tanto, deverão ser analisados em conjunto, para que resultem significativos.

Desta forma, cumpre transcrevê-los:

São apontados pela doutrina indicadores valiosos da subordinação jurídica, entre os quais: a submissão do teletrabalhador a um programa informático confeccionado pela empresa, que lhe permite dirigir e controlar a ativi-

dade do empregado; o fato de o credor do trabalho ter a faculdade de escolher e substituir o programa operativo específico, com assunção de riscos; disponibilidade de tempo em favor do empregador, com a obrigação de assistir a reuniões ou cursos de treinamento, sob pena de sanção disciplinar. Outro indício consiste em ser a empresa proprietária dos equipamentos de produção (computador, linha telefônica, fax, impressora, etc.); recebimento de importância fixa pelos serviços prestados; assunção de gastos pelo credor do trabalho com água, luz, aluguel, estacionamento, manutenção de equipamentos e outros. A esses indícios acrescenta-se a integração do teletrabalhador na organização empresarial, a qual se manifesta pelo grau elevado de confiança, e participação na vida da empresa, dispondo de crachá, de autorização para chamadas telefônicas externas, códigos para acesso informativo à empresa, figuração nas listas de distribuição interna de documentos aos diretórios eletrônicos da empresa ou aparecimento de sua representação virtual na respectiva página, fatos que não ocorrem com os profissionais que trabalham como sujeitos de um contrato civil ou mercantil (PÉREZ DE LOS COBOS apud BARROS, 2013, 262).

Já no que se refere ao fornecimento dos equipamentos pela empresa, nossos tribunais entendem que isto implica no reconhecimento da relação de emprego, “(...) se o teletrabalhador não pode escolher, adquirir, organizar e manter os equipamentos de trabalho, tais como *hardware* e o *software*, tudo que lhe foi imposto corresponde a um posto de trabalho.” (REDINHA apud HERNANDEZ, 2011, p. 65).

RELAÇÃO DE EMPREGO. A prestação de serviços na residência do empregado não constitui empecilho ao reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos exigidos pelo artigo 3º da CLT, visto que a hipótese apenas evidencia trabalho em domicílio. Aliás, considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero caracterizada hipótese de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada com o auxílio da informática e da telecomunicação. (TRT-3ª Região, RO n.º 00977-2009-129-03-00-7, 7ª Turma, Rel. Des. Jessé Claudio Franco de Alencar, J. 19/11/2009).

Portanto, o simples fato do trabalhador laborar à distância, com o emprego dos meios telemáticos e informatizados, não significa que inexistam subordinação jurídica. Ao contrário, ela existe e ocorre através deles, denominando-se tele-subordinação ou subordinação virtual, motivo pelo qual, de acordo com os meios de comando, controle e supervisão utilizados pelo empregador para exercê-la, ela pode aumentar ainda mais, chegando ao ponto de atingir a vida privada do teletrabalhador, de modo a viabilizar maior controle e fiscalização sobre o trabalho,

mesmo que isso possa parecer paradoxal.

3.2 O trabalhador externo, o controle da jornada de trabalho e o pagamento de horas extras

Jornada significa duração do trabalho diário. Segundo Martins, “a jornada de trabalho diz respeito ao número de horas diárias de trabalho que o trabalhador presta à empresa.” (MARTINS. Sergio Pinto. *Fundamentos de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 114).

Logo, o pressuposto para a exigibilidade das horas extras, no que importa ao presente trabalho, é a possibilidade de controle da jornada e de aferição da duração do trabalho. Afinal, paga-se a título de horas extras o tempo excedente de trabalho contratual.

Estabelecida esta premissa, a doutrina majoritária, encabeçada por Maurício Godinho Delgado, Vólia Bomfim Cassar, Sérgio Pinto Martins e outros, inicialmente, enquadram o teletrabalhador como trabalhador externo, “(...) que executa seus serviços fora do estabelecimento do empregador, longe de sua fiscalização e controle.” (CASSAR, 2013, p. 669).

Nesse sentido, Cassar leciona:

Estão compreendidos neste grupo aqueles empregados cujo trabalho não está submetido a qualquer controle ou fiscalização, não havendo meta a ser cumprida ou visitas predeterminadas. Podem realizar as tarefas como melhor convier, nos horários e dias de seu interesse ou necessidade.

(...)

São exemplos destes trabalhadores: empregados em domicílio, os **teletrabalhadores**; os vendedores praticistas sem controle de vendas e visitas; os caminhoneiros ou carreteiros sem controle de radar, tacógrafo e horário (OJ nº 332 da SDI-I do TST) etc. (CASSAR, 2013, p. 670).

Para elucidar, destacamos a seguinte decisão, “*in verbis*”:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISITA. HOME OFFICE: ENQUADRAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS. OUTROS TEMAS: SUBSTITUIÇÃO. ACÚMULO DE FUNÇÕES. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. HORAS DE SOBREAVISO. FÉRIAS INTERROMPIDAS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO - O teletrabalho e o trabalho em domicílio (home office) tornaram-se frequentes nas últimas décadas em face da invenção, aperfeiçoamento e generalização de novos meios comunicacionais, ao lado do advento de novas fórmulas organizacionais e gerenciais de empresas e instituições. Isso não elimina, porém, necessariamente, a presença de subordinação na correspondente relação socioeconômica e jurídica entre o trabalhador e

seu tomador de serviços, desde que ultrapassado o conceito tradicional desse elemento integrante da relação empregatícia em favor de sua dimensão objetiva ou, até mesmo, em favor do conceito de subordinação estrutural. Dentro deste novo, moderno e atualizado enfoque da subordinação, os trabalhadores em domicílio, mesmo enquadrando-se no parâmetro do home office, podem, sim, ser tidos como subordinados e, desse modo, efetivos empregados. **Não obstante, não se pode negar que, de maneira geral, em princípio, tais trabalhadores enquadram-se no tipo jurídico excessivo do art. 62 da CLT, realizando o parâmetro das jornadas não controladas de que fala a ordem jurídica trabalhista (art. 62, I, CLT).** Por outro lado, a possibilidade de indenização empresarial pelos gastos pessoais e residenciais efetivados pelo empregado no exercício de suas funções empregatícias no interior de seu home office supõe a precisa comprovação da existência de despesas adicionais realizadas em estrito benefício do cumprimento do contrato, não sendo bastante, em princípio, regra geral, a evidência de certa mistura, concorrência, concomitância e paralelismo entre atos, circunstâncias e despesas, uma vez que tais peculiaridades são inerentes e inevitáveis ao labor em domicílio e ao teletrabalho. Finalmente, havendo pagamento pelo empregador ao obreiro de valores realmente dirigidos a subsidiar despesas com telefonemas, gastos com informática e similares, no contexto efetivo do home office, não têm tais pagamentos natureza salarial, mas meramente instrumental e indenizatória. Na mesma linha, o fornecimento pelo empregador, plenamente ou de modo parcial, de equipamentos para a consecução do home office obreiro (telefones, microcomputadores e seus implementos, etc.) não caracteriza, regra geral, em princípio, salário in natura, em face de seus preponderantes objetivos e sentido instrumentais. Agravo de Instrumento desprovido (TST, AIRR n.º 62141-19.2003.5.10.0011, 6ª Turma, Min. Rel. Mauricio Godinho Delgado, Brasília, 07/04/2010).

Nesta linha, o teletrabalhador, independentemente da quantidade de horas laboradas, não teria direito ao recebimento de horas extras. Isto, aliás, foi o que sempre realçou a jurisprudência, como se vê nas decisões abaixo:

Havendo impossibilidade material da efetiva fiscalização e controle da jornada exercida pelo trabalhador, bem como da aferição do tempo efetivamente dedicado à empresa, caracterizada está a hipótese de exceção constante do artigo 62, inciso I, da CLT, sendo indevidas as horas extras (TRT-15ª Região, Proc. n.º 0116800-88.2008.5.15.0002, 5ª Turma, Rel. Des. Fabio Allegretti Cooper, J. 247/05/2011).

De certo modo, enquadrá-lo como tal não estaria incorreto, pois algumas das vantagens do teletrabalho, como dito anteriormente, são a flexibilidade de horário e a melhor administração do tempo, as quais permitem ao “(...)

teletrabalhador gozar de grande liberdade na distribuição de sua jornada de trabalho.” (HERNANDEZ, 2011, p. 71).

Porém, a qualidade de trabalhador externo não é absoluta, pois “há trabalhadores externos que são obrigados a passar na empresa durante o expediente, podendo existir ou não fiscalização e trabalhadores externos cuja atividade desenvolvida é compatível com a fixação de horário.” (CASSAR, 2013, p. 669). Estes últimos, inclusive, retratam a realidade do teletrabalhador.

Nesse diapasão, quando se retira o empregado do estabelecimento do empregador para realização de igual trabalho, mantendo-se, obviamente, todas as características do vínculo empregatício (não eventualidade, subordinação jurídica, pessoalidade, alteridade e onerosidade), surge o seguinte questionamento: É possível o controle de jornada do teletrabalhador?

Sobre a questão, os tribunais brasileiros vêm entendendo que, a partir do momento em que existe uma possibilidade de monitorar o empregado, afasta-se o dispositivo do art. 62, inciso I, da CLT, como ilustra o seguinte julgado:

Afigura-se razoável a condenação ao pagamento de horas extras quando o trabalhador, vendedor externo, embora laborando extramuros empresariais, o fazia sob a fiscalização do empregador, ainda que indiretamente, mediante a utilização patronal dos recursos tecnológicos da modernidade, como ‘notebook’, telefone celular e, especificamente, ‘palm top’, onde cadastrados pedidos da clientela com registro dos horários respectivos (TRT-7ª Região, Proc. n.º 0020300-5520095070031, 1ª Turma, Rel. Juiz Antonio Marques Cavalcante Filho, J. 8/8/2011, DEJT de 19/8/2011).

Logo, a resposta é positiva, pois, através dos meios telemáticos e informáticos de comunicação, ou seja, através dos mesmos meios pelos quais ocorre a telessubordinação, anteriormente apresentada, é possível o controle da jornada de trabalho. Nesse passo, Barros leciona corretamente:

É possível, entretanto, aplicar ao teletrabalhador as normas sobre jornada de trabalho, quando estiver em conexão permanente com a empresa que lhe controla a atividade e o tempo de trabalho mediante a utilização de um programa informático, capaz de armazenar na memória a duração real da atividade, dos intervalos, ou o horário definido pela exigência dos clientes do empregador, sem que o teletrabalhador tenha liberdade para escolher as horas que pretende trabalhar ao dia. Não há incompatibilidade entre o teletrabalho e a jornada extraordinária e, conseqüentemente, é possível também fixar o salário por unidade de tempo (BARROS, 2013, p. 263).

Exemplo disso é a realização de serviços conectados

à plataforma da empresa, como acontece com os sites de instituições financeiras (*Internetbanking*), cujo tempo de permanência naquele é estabelecido por estas.

Outro exemplo que bem ilustra a possibilidade de controle de jornada pelo empregador é a identificação datiloscópica do teletrabalhador em determinados períodos ou para a realização de determinadas atividades, comprovando não ser pessoa distinta e que, de fato, estava à disposição da empresa.

Além destes, *e-mails*, conversas mantidas pelo *Skype*, registros de chamadas, relatórios de mensagens, *webcam*, videoconferências, teleconferências, videofones (gravação de som e imagem), testemunhas, sem prejuízo de outros meios, também permitem o controle.

Portanto, indiscutivelmente, há possibilidade de controle da jornada de trabalho do teletrabalhador e a própria Lei 12.551/2011 exaltou isto ao acrescentar o parágrafo único no artigo 6º da CLT, a fim de afastar os abusos praticados pelos empregadores, que submetiam seus teletrabalhadores a jornadas extraordinárias e, ao final, não efetuavam o pagamento das horas extras, sob o fundamento de que eles eram trabalhadores externos e, destarte, insuscetíveis de controle da jornada de trabalho.

Nesse passo, resta claro que o recebimento de e-mails, ligações, mensagens, além da jornada de trabalho, com conteúdo que obriga a resposta imediata à execução de um trabalho, garante o recebimento pelo labor extraordinário.

Afinal, se o empregador envia um e-mail, além do horário de trabalho, para que o empregado prepare uma apresentação para a reunião do dia seguinte, haverá o trabalho extraordinário e, conseqüentemente, o pagamento de horas extras. Do mesmo modo, Barros diz o seguinte:

Poderá acontecer ainda de o teletrabalhador ter que exercer as atividades nos finais de semana e também à noite, pois nesses dias e horários o computador é menos solicitado. Se ele trabalha nessas condições, para atender a prazos de entrega, impostos pelo empregador, em períodos de grande demanda, fará jus à paga correspondente (repouso em dobro e adicional noturno). (BARROS, 2013, p. 263).

Desta forma, o empregador que disponibiliza ao teletrabalhador equipamentos eletrônicos com o intuito de controlar a jornada de trabalho e propiciar, após o término da jornada de trabalho, a imediata resposta a ordem emanada, de modo que aquele permaneça conectado ao sistema de informática para realizar determinado trabalho, arcará com o pagamento das horas extras previstas em lei.

3.3 A alteração da Súmula nº 428 do TST

O regime de sobreaviso está previsto no artigo 244, § 2º, da CLT, que “considera de ‘sobreaviso’ o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço.” No entanto, os avanços tecnológicos, como, por exemplo, o surgimento do “bip”, foram suficientes para estremecer a obrigatoriedade do empregado de permanecer em sua própria casa para que o sobreaviso fosse configurado.

Assim, à época, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) optou pela interpretação literal do artigo 244 da CLT, razão pela qual, em 2005, foi editada a Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 49, pela Subseção de Dissídios Individuais-I (SDI-I), que previu, em sua redação original, que o uso do bip não caracterizava o sobreaviso.

Não obstante, posteriormente, referida redação foi modificada, passando a conter a subseqüente redação: “O uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço”.

Ainda assim, com a desenfreada evolução tecnológica, surgiu a necessidade de incorporar novos elementos ao enunciado, como o celular e o pager, o que acabou resultando, em 2011, na conversão da Orientação Jurisprudencial nº 49 na Súmula nº 428, que teve a seguinte redação:

Súmula nº 428: Sobreaviso (conversão da Orientação Jurisprudencial n.º 49 da SBDI-1) O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, “pager” ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.

Contudo, o cerne das constantes alterações estava na insistência do legislador em condicionar a configuração do sobreaviso à restrição da locomoção, ignorando a realidade tecnológica, que permite que o trabalhador esteja, mesmo fora de sua residência, em “estado de disponibilidade”, através dos meios telemáticos e informáticos.

Desta forma, com a edição da Lei 12.551/2011, a alteração da Súmula nº 428 do TST foi inevitável, conforme asseverou o presidente do órgão, João Oreste Dalazen:

A necessidade de revisão da Súmula 428 surgiu com o advento das Leis 12.551/11 e 12.619/2012, que estabeleceram a possibilidade eficaz de supervisão da jornada de trabalho desenvolvida fora do estabelecimento patronal,

e dos avanços tecnológicos dos instrumentos telemáticos e informatizados.³

Logo, em 14 de setembro de 2012, a redação da Súmula nº 428 do TST foi alterada e, finalmente, “(...) não é mais necessário que o empregado permaneça em casa para que se caracterize o sobreaviso (...)”⁴:

Súmula nº 428 do TST: Sobreaviso. Aplicação analógica do art. 244, § 2º da CLT: I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Deste modo, de acordo com Cassar “...o uso de bip, pager, celular ou instrumentos telemáticos enseja o sobreaviso, desde que o empregado permaneça aguardando ordens ou seja controlado à distância.” (CASSAR, 2013, p. 621-622).

Quando o trabalhador fica obrigado a portar qualquer tipo de comunicador, como BIP, celular, *pager* ou *laptop* para ser chamado, vez ou outra, para trabalhar ou para resolver problemas da empresa à distância, terá direito à remuneração deste tempo à disposição. Não se pode comparar o empregado que, ao final da jornada, pode se desligar do trabalho e relaxar, com aquele que, apesar de ter saído do ambiente de trabalho ao final da jornada, ainda leva consigo um prolongamento do ofício, tendo que responder com habitualidade aos chamados do empregador. (...) Apesar do trabalhador não permanecer em casa aguardando ordens, como os antigos ferroviários, deve ter remunerado este desconforto de ficar preocupado todo o tempo com a área de atuação do aparelho, com o sinal, o local onde está, com os chamados não atendidos, com os problemas que terá que resolver à distância etc. (CASSAR, 2013, p. 621-622).

Portanto, o trabalhador que, após o término da jornada de trabalho, ficar submetido ao controle patronal através dos meios telemáticos e informáticos ou aguardar, a qualquer momento, o chamado para o serviço, se enquadrará no regime de sobreaviso e como tal deverá ser remunerado (1/3 da hora normal), em consonância com a atual redação da referida súmula do TST.

CONCLUSÃO

O teletrabalho surgiu em resposta ao exponencial avanço tecnológico e telemático ocorrido nos últimos tempos. Foi a partir do momento que aparelhos como celulares, computadores, notebooks, *ipad*, *tablet* dentre outros passaram a instrumentalizar a relação de emprego entre o empregado e empregador que a legislação mundial atentou-se para prever e regulamentar esta espécie do gênero trabalho à distância, que é realizado com certas particularidades próprias da tecnologia que o possibilita.

Deveras, o direito do trabalho preza justamente por abranger toda e qualquer forma de trabalho que possa ser pactuada entre os sujeitos da relação empregatícia. Como direito social que o é, se incumbe da obrigação de zelar toda e qualquer contratação entre empregado e empregador, independentemente se esta relação instrumentaliza-se pelos modos tradicionais ou no ambiente virtual, desde que fique caracterizada por todos os elementos imprescindíveis para a caracterização da relação de emprego.

Não seria minimamente razoável que o teletrabalhador não tivesse seus direitos laborais reconhecidos unicamente porque exerce seu labor fora da empresa, através de instrumentos telemáticos.

Todos os elementos da relação empregatícia, dentre eles até mesmo a questionada subordinação (telessubordinação ou subordinação virtual), também ficam evidentes quando da prestação de serviços telemática. Ademais, não há qualquer diferença entre o trabalho prestado no ambiente físico da empresa daquele prestado à distância, seja na residência do empregado ou em qualquer outro local.

Assim, foi bastante razoável o legislador brasileiro, que através da Lei nº 12.551/2011, equiparou o trabalho realizado no estabelecimento do empregador àquele realizado no domicílio do empregado ou mesmo à distância. De fato, da mesma forma que o trabalho urbano foi equiparado ao rural e que o trabalho intelectual não deve sofrer discriminações frente ao trabalho braçal, o teletrabalho não deve se distinguir do trabalho presencial.

Não se pode negar, contudo, que a evolução legislativa deva prosseguir para pontuar alguns pontos que ainda plainam dúvidas no campo do teletrabalho. Não é menos certo, porém, que toda a ciência jurídica é uma obra inacabada, em constante evolução.

Nesse diapasão, foi possível concluir com exatidão que a relação empregatícia do teletrabalhador realmente não podia mais ser ignorada pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual a Lei nº 12.551/2011 realmente fazia-se imperiosa para suprir a lacuna até então existente,

³Disponível em : <http://www.tst.jus.br/legislacao?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=2415109&_15_version=1.2>. Acesso em: 20 out. 2013.

⁴ *Ibidem*.

visando, assim, fazer com que o ordenamento jurídico brasileiro entrasse em consonância com que há muito já era previsto pelo direito alienígena.

O teletrabalho apenas repete a relação de emprego que costumeiramente acontece cotidianamente no ambiente telemático. Assim, não há nenhuma diferença entre o trabalho prestado no ambiente físico da empresa ou no ambiente virtual, situando-se o trabalhador em seu próprio domicílio ou em local diverso, razão pela qual o legislador equiparou o trabalho telemático ao trabalho comum, aplicando a ambos o mesmo regime jurídico.

Portanto, o presente trabalho demonstra que a subordinação pode perfeitamente restar configurada à distância, pois atualmente são inúmeros os mecanismos capazes de captar e repassar os comandos do empregador bem como de registrar em tempo real tudo o que é feito pelo empregado, possibilitando, até mesmo, o fiel controle da jornada de trabalho e eventuais horas extraordinárias que vierem a ser cumpridas pelo teletrabalhador, de modo que fará *jus* às horas extras e demais consectários legais.

Além disso, a Lei nº 12.551/2011 foi de suma importância para impulsionar a alteração da Súmula nº 428 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, finalmente, garantiu o regime de sobreaviso ao trabalhador que, mesmo fora de sua própria casa, está sob o controle patronal ou aguardando, a qualquer momento, o chamado para o serviço, através dos meios telemáticos e informáticos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

CAVALLINI, Marta. **Tire dúvidas sobre a lei para uso de meios eletrônicos fora da jornada**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2012/01/tire-duvidas-sobre-lei-para-uso-de-meios-eletronicos-fora-da-jornada.html>> Acessado em 12 de outubro de 2013.

DARCANCHY, Mara Vidigal. **Teletrabalho para Pessoas Portadoras de Necessidades Especiais**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª e 11ª ed. São Paulo: LTr, 2011 e 2012.

GERHARDT, Roberta Coltro. **Relação de emprego, internet e futuro: uma perspectiva crítica em âmbito brasileiro**. São Paulo, LTr: 2002.

HERNANDES, Márcia Regina Pozelli. **Novas Perspectivas das Relações de Trabalho: O Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: LTr, 2004.

MARTINES, Priscilla Carbone. e PAULINO, Erika. Home Office e hora extra. **Revista Visão Jurídica**. Edição 68. São Paulo: Escala, 2012. p. 77.

MARTINS, Sergio Pinto. **Fundamentos de direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 35ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

REIS, Jair Teixeira dos. **Subordinação Jurídica e o Trabalho à Distância**. São Paulo: LTr, 2007.

TAVARES, Lourdes. Secretaria de Comunicação Social do TST – Tribunal Superior do Trabalho. **Apresenta a atual redação da súmula 428 do TST**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/legislacao?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=2415109&_15_version=1.2/> Acessado em 05 de novembro de 2013.

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Apresenta o entendimento jurisprudencial mencionado**. TRT-3ª Região, Recurso Ordinário n.º 00977-2009-129-03-00-7, 7ª Turma, Rel. Des. Jessé Claudio Franco de Alencar, J. 19/11/2009. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=21882713> Acessado em 19 de outubro de 2013

Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. **Apresenta o entendimento jurisprudencial mencionado**. TRT-7ª Região, Proc. n.º 0020300-5520095070031, 1ª Turma, Rel. Juiz Antonio Marques Cavalcante Filho, J. 8/8/2011, DEJT de 19/8/2011. Disponível em: <<http://portaldeservicos.trt7.jus.br/portalservicos/buscaProcesso/externoNovaBuscaProcessoPorNumero.jsf;jsessionid=DE9C3DF71896C41AC5E960D706060BFB.portal09>> Acessado em 20 de outubro de 2013.

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Apresenta o entendimento jurisprudencial mencionado**. TRT-15ª Região, Proc. n.º 0116800-88.2008.5.15.0002, 5ª Turma, Rel. Des. Fabio Allegretti Cooper, J. 24/05/2011. Disponível: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO&pIdProc=1719694&pDbLink=>>> Acessado em 20 de outubro de 2013.

Tribunal Superior do Trabalho. **Apresenta o entendimento jurisprudencial mencionado.** TST, AIRR n.º 62141-19.2003.5.10.0011, Ac. 6ª Turma, Min. Rel. Mauricio Godinho Delgado, Brasília, 07/04/2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=62141&digitoTst=19&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0011&consulta=Consultar>> Acessado em 20 de outubro de 2013.

Tribunal Superior do Trabalho. **Minuta de Resolução Administrativa. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/351894/minuta+teletrabalho.pdf/>> Acessado em 02 de outubro de 2013.

VALVERDE, Eduardo. **Projeto de Lei 3129/2004.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=155964/>> Acessado em 26 de setembro de 2013.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho – Uma Forma Alternativa de Emprego.** São Paulo: LTr, 2005.

DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO

Felipe Abdalla GARBI*

RESUMO

Abordaremos nesse trabalho a questão do descumprimento da Lei nº 11.788/08, conhecida como a lei do estagiário, analisando os prejuízos de tal descumprimento e a importância do estágio durante o curso de graduação. Hoje existem estágios mascarados, ou seja, pessoas que são contratadas como estagiárias, mas fazem os mesmos tipos de atividade dos outros funcionários, burlando a lei e criando vínculo empregatício. A pesquisa tem como objetivos conceituar o estágio, definir seus requisitos e, por fim, conhecer alguns instrumentos que visam corroborar para resolver a problemática do descumprimento da lei em estudo. Será utilizado o método dedutivo, partindo da legislação e da doutrina, além dos estudos de casos encontrados na jurisprudência, chegando à conclusão de que, infelizmente, a lei de estágio não está funcionando como deveria, necessitando de mais atenção dos órgãos competentes para fiscalizar tais ações, contribuindo para o crescimento profissional dos alunos.

Palavras-chave: Lei do estagiário; estágio; vínculo empregatício; contrato de estágio; princípios da relação de estágio.

DISTORTION STAGE AGREEMENT

ABSTRACT

Discuss in this paper the issue of breach of Law No. 11.788/08, known as the law of the trainee, analyzing the losses of such failure and the importance of the stage during the degree course. Today there are stages masked, ie, people who are hired as interns, but do the same types of activity of other employees, breaking the law and creating employment. The research aims to conceptualize the stage, define your requirements and finally meet some instruments that aim to corroborate to solve the problem of violation of the law under study. Will use the deductive method, based on the law and doctrine, and the case studies found in the jurisprudence and concluded that, unfortunately, the law internship is not working as it should, requiring more attention from bodies responsible for overseeing such actions contributing to the professional growth of students.

Keywords: Law trainee; stage, employment; stage contract; principles of relationship stage.

* Graduado em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUML).

SUMÁRIO. Introdução. 1. Aspectos gerais. 1.1 Breve histórico. 1.2 Requisitos jurídicos do estágio. 1.3 Conceito, finalidade e objetivo do estágio. 2. Características do contrato de estágio. 2.1 Solene. 2.2 Tripartite. 2.3 Oneroso. 2.4 De trato sucessivo. 2.5 Subordinativo. 2.6 De atividade. 3. Distinção entre emprego e estágio. 4. Princípios da relação de estágio. 4.1 Princípio da vinculação pedagógica. 4.2 Princípio da adequação. 4.3 Princípio do rendimento. 5. Desvirtuamento do estágio. 5.1 Ausência de requisitos essenciais. 5.2 Formalidades e essência do estágio. 6. Ônus da prova dos requisitos. 6.1 Conceito de prova. 6.2 Discriminação das provas. 6.3 Objeto da prova. 6.4 Ônus da prova das partes. 6.5 Valoração da prova. 7. Responsabilidade pelo desvirtuamento do estágio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o descumprimento da lei do estagiário - Lei nº 11.788/08, e suas consequências jurídicas. Na busca capitalista por maiores lucros e escassez de vagas no mercado de trabalho, há unidades concedentes de estágio para estudantes que mascaram o contrato de trabalho como um aparente estágio, com o intuito de burlar encargos trabalhistas e tributários.

A Lei supracitada elenca as responsabilidades da parte concedente no Capítulo III, principalmente no que concerne ao dever de zelar pelo cumprimento das obrigações assumidas através do termo de compromisso de estágio.

Burla-se a lei, entre outras hipóteses, quando o concedente do estágio descumpre cláusulas contratuais, impõe o cumprimento de jornadas que extrapolam os limites específicos, o mesmo atribui tarefas corriqueiras ao estagiário não condizentes com os objetivos práticos do estágio legítimo, mediante baixa remuneração, bem como prejudicando o pouco tempo que os estudantes têm para se dedicar ao estudo das disciplinas do respectivo curso.

Compete ao Ministério Público do Trabalho fiscalizar a legalidade e o cumprimento das cláusulas e condições dos contratos de estágio, na defesa dos interesses metaindividuais e dos direitos sociais, no âmbito extrajudicial (instauração de inquérito civil, celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC), bem como judicial (Ação Civil Pública), na defesa dos interesses dos trabalhadores, inclusive estagiários.

A pesquisa tem, portanto, como objetivos, conceituar

o estágio, definir seus requisitos, abordar aspectos polêmicos e o descumprimento das condições do instituto jurídico objeto deste estudo.

A partir da comparação entre os textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, adota-se o método dedutivo, para concluir o foco deste ensaio.

1. ASPECTOS GERAIS

Para melhor compreensão do tema, é preciso discorrer acerca dos aspectos gerais do estágio, obrigatório ou facultativo, antes de tratar do foco do ensaio.

1.1 Breve histórico

Após o ano de 1940 várias normas trataram do estágio, inicialmente apenas em estabelecimentos industriais, como trataram sinteticamente os artigos 48 e 49 do Decreto nº 4.073, de 1942, do seguinte teor:

Art. 48. Consistirá o estágio em um período de trabalho, realizado por aluno, sob o controle da competente autoridade docente, em estabelecimento industrial.

Parágrafo único. Articular-se-á a direção dos estabelecimentos de ensino com os estabelecimentos industriais cujo trabalho se relacione com os seus cursos, para o fim de assegurar aos alunos a possibilidade de realização de estágios, sejam estes ou não obrigatórios.

Art. 49. No decurso do período letivo, farão os alunos, conduzidos por autoridade docente, excursões em estabelecimentos industriais, para observação das atividades relacionadas com os seus cursos.¹

E a doutrina, neste assunto, tendo em vista a publicação da Portaria nº 1002, de 1967, menciona que (NÓBREGA, 2008):

Visando legalizar a figura do estagiário nas empresas, o então Ministro do Trabalho, Jarbas Passarinho, sancionou a Portaria 1.002 de 29/09/1967, disciplinando a relação entre as empresas e os estagiários, no que diz respeito a seus direitos e obrigações, instituindo a categoria de Estagiário nas empresas a ser integrada por alunos oriundos das Faculdades ou Escolas Técnicas de nível colegial. (BERTELLI, 2002; MARTINS, 2006; REIS, 2008). Nesta portaria já se tinha o aspecto de proteção ao aluno e a empresa onde seria estabelecido um contrato-padrão contendo obrigatoriamente a duração do estágio, a bolsa de ensino com o valor ofertado pela empresa, o seguro contra acidentes pessoais oferecidos pela entidade concedente e a carga horária deste estágio.

A partir dessa Portaria surgiram outros decretos

regulamentando o assunto, a exemplo do Decreto n. 66.546/70, que permitiu programas de estágios aos estudantes de ensino superior de áreas prioritárias em órgãos e entidades públicas e privadas. Também o Decreto 75.778/75 disciplinou o estágio perante o serviço público federal. Em 1977 foi editada a Lei n. 6.494, que autorizou o estágio de estudantes de estabelecimento de ensino superior e de ensino profissionalizante do 2º grau, sendo regulamentado pelo Decreto nº 87.497/82.

Essa legislação perdurou por mais de trinta anos, verificando-se na prática verdadeira exploração de mão de obra barata, o que não difere muito do quadro concreto atual.

1.2 Requisitos jurídicos do estágio

O estágio regular, obrigatório ou não, não cria vínculo empregatício entre o estagiário e o órgão concedente do estágio, desde que sejam respeitados os requisitos legais pertinentes.

Insta salientar que o estágio obrigatório ou não, considerando-se obrigatório:

Aquele é definido como tal no projeto do curso; sua carga horária é uma exigência imprescindível para aprovação e obtenção do diploma, o último é aquele desenvolvido por livre escolha ou como atividade opcional, acrescentado à carga horária regular e obrigatória. (OLIVEIRA, 2009, p. 7).

O estágio obrigatório, portanto, é aquele exigido pelo curso, sem o qual o Ministério da Educação e Cultura - MEC impossibilita ao estudante a colação de grau. Na Graduação em Direito, além da disciplina prática jurídica em sala de aula, exige-se o estágio supervisionado, cujas atividades podem ser de visitação a órgãos públicos e privados, pesquisa de jurisprudência, resenha de autos findos, relatórios sobre audiências e/ou plenário do júri etc.

Depreende-se, em stido contrário, que o estágio não obrigatório é facultativo porque não é exigido na grade curricular do curso. Trata-se de opção a critério do aluno, para aliar o conhecimento teórico à prática, estabelecer relacionamentos extra-escolares úteis ao exercício profissional no futuro.

Na contratação de estagiários, para evitar a nulidade do termo de compromisso de estágio e a configuração do vínculo empregatício, devem ser observados os seguintes requisitos:

I- matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional de ensino médio, de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da edu-

¹ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 4.073/1942**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del4073.htm#art49> Acesso em 20/08/2012 às 23:58.

cação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II- celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III- compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

O estágio, como ato educativo escolar supervisionado, deverá ter acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente, comprovado por vistos nos relatórios de atividades com a apresentação periódica, em prazo não superior a 6 (seis) meses e por menção de aprovação final.

O descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de empregado do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária. (OLIVEIRA, 2009, p. 7 e 8).

Outro ponto importante é o papel dos agentes de integração entre o estagiário, a parte concedente e a instituição de ensino. Os mesmos cadastram interessados, aproximam e viabilizam a relação entre os estudantes e os entes interessados em estagiários, dão publicidade das vagas disponíveis, cuidam de aspectos administrativos e elaboram termos de compromisso de estágio. Diz a doutrina:

(...) § 2º do artigo 5º da lei n. 11.788 veda a cobrança de qualquer valor dos estudantes, a título de remuneração, pelos serviços acima mencionados. Não se poderá, portanto, cobrar “taxa” de administração do estudante pelo oferecimento ou manutenção do estágio. Entretanto, não há impedimento legal de que os agentes de integração cobrem da instituição de ensino ou da parte concedente um valor pelo serviço prestado de colocação do estudante. Geralmente, os agentes de integração cobram uma espécie de taxa da empresa concedente pela prestação de serviços de colocação do estagiário. (MARTINS, 2012, p. 29).

Dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei nº 11.788/08: Cabe aos agentes de integração, como auxiliares no processo de aperfeiçoamento do instituto do estágio:

I- Identificar oportunidades de estágio;

II- ajustar suas condições de realização

III- fazer o acompanhamento administrativo;

IV- encaminhar negociação de seguros contra acidentes pessoais;

V- cadastrar os estudantes.²

Cumprido destacar que os agentes de integração podem ser responsabilizados civilmente se indicarem estagiários para atividades incompatíveis:

Os agentes de integração serão responsabilizados civilmente se indicarem estagiários para a realização de atividades não compatíveis com a programação curricular estabelecida para cada curso, assim como os estagiários matriculados em cursos ou instituições para as quais não há previsão de estágio curricular. (§ 3º do artigo 5º da lei n. 11.788). (MARTINS, 2012, p. 29).

Expostos os requisitos legais, devem ser analisados o conceito, a finalidade e os objetivos do estágio regular.

1.3 Conceito, finalidade e objetivo do estágio

Tem-se no estágio um primeiro contato profissional com a carreira escolhida pelo estudante, ensejando a este a oportunidade de antever os desafios que enfrentará futuramente no mercado de trabalho, no domínio das tecnologias empregadas para o exercício profissional, na aplicação dos conhecimentos aprendidos na sala de aula e no relacionamento saudável dentro do ambiente laboral. Em sentido análogo, posiciona-se a boa doutrina:

Estágio é o negócio jurídico celebrado entre o estagiário e a concedente, sob a supervisão da instituição de ensino, mediante subordinação ao primeiro, visando a sua educação profissional. O estágio é, portanto, considerado ato educativo escolar. É uma forma de integração entre o que a pessoa aprende na escola e aplica na prática na empresa. (MARTINS, 2013, p. 10).

Nota-se que, mesmo sem caracterizar vínculo de emprego, existe certa subordinação entre o estagiário e a unidade concedente, a qual detém o poder de direção quanto ao comportamento do estagiário dentro da empresa, à fixação de horários, à exigência de pontualidade etc.

Em inglês, usa-se a palavra *trainee*, em francês *stagiaire*, em italiano *stagista*, em espanhol é denominado *becario* (MARTINS, 2012, p. 09). O estágio serve para o aluno de determinado curso começar a colocar em prática o que é aprendido em sala de aula, melhor dizendo, são os primeiros passos para o seu futuro profissional.

É de suma importância o comprometimento de quem concede estágio, a fim de transmitir conhecimentos efetivos ao estagiário. Para tanto é indispensável o estreitamento entre as relações da instituição de ensino e unidade concedente nessa relação triangular, devendo a unidade concedente prestar esclarecimentos, por meio de relatórios periódicos quanto ao desempenho do estagiário em seu exercício.

² BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.788/2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111788.htm,p.01> Acesso em: 31 ago. 2012.

Deve ser difícil compatibilizar o conteúdo das aulas com a prática-profissional para quem cursa os dois últimos anos do ensino fundamental ou o ensino médio, raramente familiarizado com ambiente de trabalho, mas tal integração é imprescindível ao estagiário de curso técnico ou universitário. Neste sentido:

Tem-se no estágio um agente de integração que proporciona ao estudante instrumentos que facilitem sua passagem do ambiente escolar para o mundo do trabalho. Essa transição ajuda a caminhar com segurança na carreira profissional escolhida. É um vínculo educativo-profissionalizante, supervisionado e desenvolvido como parte do projeto pedagógico e do itinerário formativo do educando.

Formaliza-se um compromisso entre o estagiário, a instituição de ensino e a empresa com base em um plano pedagógico desenvolvido nas disciplinas do currículo escolar. As instituições de ensino podem fazer convênio com empresas para desenvolver ações conjuntas a fim de executar programas de estágio de estudante, de caráter compulsório ou facultativo, mas de interesse curricular. O estágio deve ser cumprido durante o curso e ser apto a proporcionar ao estudante treinamento prático em sua formação profissional, desenvolvendo atividades de caráter educativo, cultural e técnico-científico, bem como atividades constantes de situações reais cotidianas.

Os procedimentos são expressos pela Lei nº 11.788/08, de 25-9-2008; como é um conjunto de direitos e garantias, estabelece, entre outras normas, os limites para o número de estagiários do ensino médio regular que podem ser acolhidos no ambiente de trabalho dos estabelecimentos públicos e privados, obedecendo a uma escala proporcional ao número de seus empregados. (OLIVEIRA, 2009, p. 5).

Insta deixar claro outro ponto importante: a quantidade de estagiários por número de empregados dentro dos estabelecimentos. O artigo 17 da lei atual do estágio diz que de um a cinco empregados, um estagiário, de seis a dez empregados, até dois estagiários, de onze a vinte e cinco funcionários até cinco estagiários e acima de vinte e cinco empregados até 20% de estagiários.

Conceituado o estágio, cumpre analisar a finalidade e o objetivo do estágio, enunciados no artigo 1º, § 2º, da lei em foco: “§ 2º O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho”³.

Decorre do referido dispositivo que o estágio tem como objetivo estimular a desenvoltura do aluno para o

³ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.788/2008** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111788.htm,p.01> Acesso em 11/09/2012 às 22:01.

convívio social saudável com os demais cidadãos, despertando no indivíduo o espírito de cooperação, solidariedade, respeito, disciplina e hierarquia dentro do ambiente de trabalho; bem como tem a finalidade de desenvolver a capacidade de colocar em prática aquilo que é aprendido na escola, de modo a aliar a teoria à prática, conforme a correta lição da doutrina:

Direciona ao aprendizado de capacidade reconhecida na atividade profissional e ao encaminhamento de ideias no contexto curricular, tomando como objetivo o desenvolvimento do educando para a vida e para o trabalho e maior conhecimento de seus direitos de cidadania.

Esse ato educativo faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando. Esse plano de realização por meio do estágio traz um conjunto de ideias em termos teóricos e práticos, instruindo o educando na realização da profissão almejada. (OLIVEIRA, 2009, p. 5).

Infere-se que a finalidade principal do estágio é a preparação para o futuro exercício profissional do estagiário.

2. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE ESTÁGIO

A caracterização a seguir revela que o contrato de estágio aproxima-se do contrato de emprego. Aquele é solene, tripartite, oneroso, de trato sucessivo, subordinativo e de atividade.

2.1 Solene

Solene, pois mediante termo de compromisso por escrito firmado por três pessoas, a saber: o estagiário, a organização concedente e a instituição de ensino; além das solenidades na sua execução. Se o educando for juridicamente incapaz, a eficácia do contrato de estágio dependerá também da assinatura do seu representante ou assistente legal. A propósito da solenidade na contratação e na execução, é clara a doutrina:

O caráter solene do estágio apresenta-se tanto na sua formalização quanto na sua execução, a ponto de o legislador estabelecer que a instituição de ensino deva exigir dos seus educandos a apresentação de relatórios de atividade (art. 7º, IV, LEE) em periodicidade não superior a um semestre. (PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 1173-1188).

Além do mais, a organização concedente tem que deixar a disposição da fiscalização os documentos relacionados ao estágio e dar uma via ao estudante.

O juiz deverá indeferir a produção de prova testemunhal sobre fatos que somente por documento ou

exame pericial puderem ser provados (art. 400, *caput* e inciso II, do Código de Processo Civil. Por conseguinte, não se admite prova exclusivamente oral de que a relação trabalhista é de estágio. Todavia, mesmo se o concedente apresentar toda a documentação referente ao estágio, aplicando-se o princípio da primazia da realidade (importam os fatos, ao invés dos rótulos), será admitida a prova oral para prova da existência de vínculo empregatício, por descumprimento do estágio (art. 9º da CLT).

2.2 Tripartite

Como regra geral, o estágio é tripartite (trilateral, triangular) porque exige a participação de protagonistas principais, com obrigações recíprocas: o estagiário, a instituição de ensino, e o órgão concedente. A título de exceção legal, o bacharel em direito pode tornar-se estagiário, independentemente da participação da instituição de ensino, por não estar mais matriculado:

Como excepcionalidade, o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), admite que o bacharel em direito, mesmo não tendo mais vínculo com a instituição de ensino, realize o estágio como preparação para ingressar na ordem (art. 9º, § 1º, EOAB). (PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 1173-1188).

Cumpra-se destacar que a instituição de ensino deve controlar e fiscalizar a realização do estágio, de modo a ensejar conhecimento prático ao estagiário.

2.3 Oneroso

O contrato de estágio costuma ser oneroso, mas a doutrina diverge sobre a onerosidade ou não, principalmente se o estágio é obrigatório ou facultativo.

PALMEIRA SOBRINHO sustenta que o estágio obrigatório é absolutamente oneroso, mediante o seguinte argumento: “O contrato de estágio é tendencialmente oneroso, não absolutamente oneroso. A regra absoluta da onerosidade aplica-se inicialmente ao estágio obrigatório, conforme se depreende da leitura do *caput* do artigo 12”. (PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 1173-1188).

Em sentido contrário, SÉRGIO PINTO MARTINS, que se posiciona no sentido de ser compulsório o pagamento de bolsa no estágio não obrigatório (não previsto na grade curricular do curso universitário): “É oneroso, pois existe a obrigatoriedade da concessão da bolsa no estágio não obrigatório. A concedente é obrigada a fazer seguro contra acidentes pessoais para o estagiário” (MARTINS, 2013, p.17).

Dispõe a primeira parte do *caput* do artigo 12 da Lei nº 11.788/08 o seguinte:

Art. 12. O estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório.⁴

Sustenta-se neste trabalho que o estágio é oneroso, independentemente de ser obrigatório ou não obrigatório, não obstante a obscuridade do dispositivo legal acima transcrito.

A interpretação mais adequada ao espírito e à finalidade do referido artigo 12 é no sentido de ser necessária a estipulação, em favor do estagiário, independentemente de se tratar de estágio obrigatório ou não obrigatório, de uma “bolsa ou outra forma de contraprestação... sendo compulsória a sua concessão”. É possível estipular a **bolsa ou outra forma de contraprestação**, mas **sendo compulsória a sua concessão**, depreende-se que a prestação das atividades de estagiário dá-se mediante remuneração por parte do ente concedente do estágio.

Além disso, é obrigatório o pagamento do auxílio-transporte na hipótese de estágio não obrigatório, o que não exclui possibilidade de ser estipulado o auxílio-transporte também no caso de estágio obrigatório (pois não há vedação expressa).

Havia um projeto de lei (2149 da Câmara dos Deputados), tentando fixar a bolsa a um valor mínimo de um salário mínimo, salvo condição mais favorável, mas os debates terminaram no sentido de deixar a livre arbítrio da unidade concedente o valor da bolsa, por isso temos muitos estagiários trabalhando em condições análogas a de escravos, com bolsas incompatíveis às jornadas de trabalho desempenhadas.

2.4 De trato sucessivo

O contrato de estágio não se exaure em uma única prestação, a frequência do estagiário é diária perante a unidade concedente. Inicialmente firma-se um pacto de no máximo dois anos de duração do estágio, excepcionalmente no caso de portadores de deficiência em que esse período pode ser prorrogado, conforme se depreende da leitura do artigo 11 da lei em estudo, sem prejuízo da efetiva frequência escolar durante todo o período de duração. Durante a execução das atividades, serão avaliados o desempenho e o aproveitamento do estagiário, com base do plano pré-estabelecido.

⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.788/08** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11788.htm, p.01>. Acesso em: 24 out. 2013.

2.5 Subordinativo

Nas relações de estágio, há atípica subordinação, presente inclusive no contrato de emprego do aprendiz. A semelhança entre eles é que ambos têm um conteúdo educativo, e a diferença, como se percebe no primeiro caso, é estritamente educativa no contrato de estágio e aprendiz visando qualificar uma mão de obra, nesse sentido explicita o professor PALMEIRA SOBRINHO, *apud* SILVA (2004 p. 39-40):

Na aprendizagem empresária há relação de emprego entre o trabalhador estudante e a empresa onde presta serviços. Trata-se de um contrato de trabalho que se desenvolve em um regime diferenciado, justamente porque além da obrigação de pagar salário o empregador assume outra, a de submeter o empregado à formação metódica do ofício ou ocupação para cujo exercício foi contratado. Já na aprendizagem escolar não há relação de emprego entre o aluno e a empresa, sendo estabelecido um contrato de estágio, que se insere entre as relações atípicas de trabalho subordinado (...).

Há uma hierarquia, pois a instituição de ensino e a unidade concedente elaboram projetos para o estagiário cumprir, portanto, o poder de direção é exercido por aqueles, submetendo-se o estagiário a avaliações de acordo com os projetos pré-estabelecidos.

2.6 De atividade

O contrato de estágio é um pacto de atividade, pois o estagiário tem que prestar o seu labor pessoal, de cunho técnico, manual ou intelectual, no ambiente de trabalho, como bem observa o professor PALMEIRA SOBRINHO:

A despeito da sua finalidade predominantemente pedagógica, o contrato de estágio é um pacto de atividade, eis que a sua execução demanda o dispêndio de labor pessoal do estagiário, que poderá envolver o trabalho técnico, manual ou intelectual. Nesse sentido o art. 1º da Lei 11.788/2008 é taxativo ao afirmar que o estágio é uma atividade de preparação para o trabalho, motivo pelo qual é desenvolvido no ambiente de trabalho. (PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 1173-1188).

Por conta de ser uma relação de trabalho atípica, o contrato de estágio em algumas questões deveria ser amparado pela legislação trabalhista, para prevenir a banalização da figura de estagiários e para melhor protegê-los.

3. DISTINÇÃO ENTRE EMPREGO E ESTÁGIO

Ao que parece, para muitos leigos, não há distinção entre os dois institutos, mas há diferenças significativas entre ambos, que serão tratadas após a necessária elucidação

dos requisitos para formação do vínculo empregatício.

Os artigos 2º e 3º da CLT tratam dos requisitos necessários para a configuração da relação de emprego, ora analisados de modo sintético, pois o objeto do presente estudo é a relação de estágio. Conceitua-se o “empregado como toda pessoa física que preste serviço a empregador (pessoa física ou jurídica) de forma não eventual, com subordinação jurídica, mediante salário, sem correr os riscos do negócio”. (CASSAR, 2012, p. 242).

Depreende-se que, para a formação do vínculo empregatício, há os seguintes requisitos: pessoalidade, subordinação jurídica, onerosidade, habitualidade ou não eventualidade, risco do negócio do empregador, *ajenidad* ou *alheabilidade* ou *alienidade* e por fim exclusividade. (CASSAR, 2012, p. 242).

A pessoalidade está no fato de o empregado não poder, sem o consentimento do empregador, enviar outro trabalhador para substituí-lo, cabendo ao empregador escolher o substituto ou então concordar com o indicado pelo empregado, deixando claro que o contrato é pessoal, mas a execução do serviço pode ser transferida a outro trabalhador, a critério do empregador. (CASSAR, 2012, p. 243 a 246).

O empregador, por exercer o seu poder diretivo em relação ao empregado, faz surgir daí a subordinação jurídica, presente nas relações de emprego, em que este deve cumprir ordens de direção e de organização no ambiente de trabalho. Quanto maior o escalão de uma pessoa dentro de uma empresa mais tênue é a sua subordinação, e quanto mais subalterno for mais intensa será a subordinação que deverá obedecer às ordens nos moldes estabelecidos pelo empregador, sob pena de sofrer punições como advertência verbal, escrita, suspensões, entre outros. (CASSAR, 2012, p. 243 a 248).

Outro requisito importante é a onerosidade do contrato de trabalho, sendo certo que não existe contrato de trabalho gratuito, pois a toda prestação de serviço executada pelo trabalhador há uma contraprestação por parte do empregador, que é o salário pago em pecúnia e parte pode ser em utilidade. Por exemplo, trabalhador que presta serviço, percebendo parte em pecúnia e parte em moradia e alimentação, conforme preconiza o artigo 82, parágrafo único da CLT. (CASSAR, 2012, p. 253).

A habitualidade ou não eventualidade diz respeito ao trabalho não eventual do empregado de acordo com a atividade do empregador e não do serviço não ser esporádico prestado pelo empregado, pois a legislação brasileira adotou a teoria mexicana e não italiana. A expressão não eventual significa que a atividade prestada pelo empregado ao seu

patrão deve ter caráter permanente, não importando se a atividade por este exercida seja de meio ou de fim, pois pode existir necessidade permanente em relação aos dois tipos de atividade. Há a presunção de necessidade permanente na atividade fim e de necessidade esporádica na atividade meio, segundo a doutrina abalizada:

Não se deve confundir necessidade permanente da mão de obra com serviço inserido na atividade-fim da empresa empregadora, pois é possível um trabalhador ser empregado tanto na hipótese de seu serviço se inserir na atividade-fim do empregador, quanto na que corresponde à atividade-meio da empresa. A diferença é que naquela há presunção de necessidade permanente da mão de obra para o tomador e nesta deve ser analisado o caso concreto. Eis a diferença. (CASSAR, 2012, p. 259).

Logo, não importa se a atividade é de meio ou de fim, o que importa é se ela tem caráter permanente ou não quanto ao exercício pelo respectivo empregado.

O risco do negócio é outro requisito previsto no artigo 2º da CLT, com a seguinte redação: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. No entanto, há questionamentos doutrinários a esse respeito, pela forma de ajuste da contraprestação, a possibilidade de responsabilidade do trabalhador pelos danos que causar ao empregador e a possibilidade de investimento no serviço ou negócio (CASSAR, 2012, p. 264).

O primeiro ponto diz respeito ao modo de remuneração, ou seja, se o trabalhador ganha salário fixo mensal ou se recebe comissões ou percentagens, aspecto que não implica em inverter o risco da atividade, como se vê:

O empregado pode ter sua remuneração fixada por unidade e obra, isto é, em percentagens (comissionista). Na maioria dos casos o percentual é calculado sobre o valor bruto, o que denota que ele não participa das despesas, não concorrendo com os riscos do empreendimento. Os autônomos, os prestadores de serviços, os padres, pastores, representantes comerciais, sócios etc. também podem ter sua paga ajustada sob a forma de comissão ou percentagens. Normalmente os trabalhadores que se situam na zona grise percebem sua contraprestação por percentagem ou por produção de peça, e só a análise do caso concreto permite ao intérprete identificá-lo como empregado ou não. (CASSAR, 2012, p. 264 a 265).

O segundo ponto a ser considerado é sobre o artigo 462, parágrafo 1º da CLT, diz que os danos culposos só podem ser descontados do salário do empregado quando autorizados contratualmente, mas os dolosos independem de previsão contratual. Cuida-se da responsabilidade civil do empregado que praticar ato ilícito, mas os riscos da

atividade cabem ao empregador.

O terceiro ponto a ser considerado diz respeito ao trabalhador investir recursos próprios, como pequenos investimentos, como o do médico que usa o próprio estetoscópio, do executivo que compra seu próprio laptop, do vendedor que usa o próprio veículo, sem descaracterizar em qualquer dos exemplos a relação empregatícia. E nada impede que qualquer empregado adquira ações no mercado acionário da sociedade anônima da qual é empregado, sem qualquer efeito sobre seu contrato de emprego.

A *ajenidad* ou *alheabilidade* ou *alienidade* é outro requisito da relação de emprego. Significa que o trabalhador usa sua energia no trabalho não em seu favor, mas para atender os interesses do empregador, sendo o mais correto que o vínculo de emprego se forme diretamente com o tomador de serviços. Há exceções à regra, como, por exemplo, o instituto da terceirização, em que este se enriquece de forma derivada, pois não recebe a energia do trabalhador, somente os lucros auferidos com a intermediação, enquanto o tomador enriquece originariamente, pois este recebe de forma original a energia de trabalho desprendida pelo empregado (CASSAR, 2012, p. 266 a 269).

O último elemento a ser estudado é o da exclusividade, não sendo requisito necessário para a caracterização ou descaracterização da relação de emprego, portanto, possível à cumulação de vários empregos, desde que sejam em horários distintos e compatíveis em relação aos demais.

Cabe ao empregado que tem mais de um emprego não concorrer com seu patrão:

A obrigação do empregado que tem mais de um emprego é a de não concorrer com o seu empregador, não repassando informações importantes de um para outro, quando as empresas forem concorrentes e comunicar no período de férias que está obrigado ao trabalho na outra empresa- art. 138 da CLT. (CASSAR, 2012, p. 269).

Sobre a exclusividade, ainda diz:

A exclusividade não é presumida, deve ser expressa no contrato, já que se caracteriza em cláusula especial. Excepcionalmente, em algumas atividades a exclusividade é presumida, não necessitando de cláusula especial, quando, por exemplo, o empregado é detentor de segredo comercial ou de informações confidenciais, quando não deve trabalhar para o concorrente. Aliás, este dado está indiretamente contido no art. 482, c e g, da CLT. (CASSAR, 2012, p. 269).

Percebe-se que em alguns casos fica implícito

a exclusividade do serviço prestado pelo empregado somente aquele empregador, pelo fato de haver informações confidenciais ao ponto que o trabalhador não deve trabalhar para o concorrente.

Sem dúvida, as atividades de estágio constituem espécie de trabalho e não relação de emprego. O que distingue a figura do estagiário do empregado é o fato do estagiário receber bolsa (ou outra contraprestação) e não salário, e o objetivo do estágio é auxiliar na formação profissional do estagiário, tendo, portanto, finalidade pedagógica, embora haja pessoalidade, subordinação, continuidade e uma forma de contraprestação (MARTINS, 2012, p. 11). Além disso, a inobservância dos requisitos exigidos no artigo 3º da Lei 11.788/08 implica a nulidade do termo de compromisso de estágio e a consequente formação do vínculo empregatício.

4. PRINCÍPIOS DA RELAÇÃO DE ESTÁGIO

A relação de estágio possui alguns princípios próprios e outros ligados ao direito do trabalho em si, como se passa a demonstrar, após tratar do significado jurídico do vocábulo **princípio**:

Os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a ser considerados não só pelo aplicador do Direito, mas também por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Assim, estudantes, professores, cientistas, operadores do Direito- advogados, juízes, promotores públicos etc., todos têm de, em primeiro lugar, levar em consideração os princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes. Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas. (NUNES, 2009, p. 191-192).

Os princípios devem ser indiscutivelmente observados como normas em nosso ordenamento jurídico, apesar de alguns autores pretenderem sua aplicação apenas para preenchimento de lacunas ou solução de casos concretos excepcionais, de um modo estreito e insuficiente, como se vê:

Sabe-se que, muitas vezes, autores dizem que os princípios ficam situados em tal abstração que só muito longinquamente se pode busca-los, de modo que sua influência efetiva se torna dificultosa ou rara. Não é incomum clamar pelo princípio apenas na exceção de casos concretos excepcionais. (NUNES, 2009, p. 193).

Este último aspecto em parte se explica no caso brasileiro por um aspecto da chamada “Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro”, disciplinada pelo Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, verdadeira lei geral

sobre vigência e aplicação de normas, cujo artigo 4º menciona os princípios como último critério para preenchimento de lacunas, com a seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.⁵

Solução análoga está repetida pelo artigo 126 do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.⁶

Percebe-se pela leitura de ambos os dispositivos infraconstitucionais que o legislador não deu tanta importância à aplicação dos princípios, referido como último critério, mas os princípios são tratados atualmente como normas jurídicas, inclusive como critério para interpretação de outras normas jurídicas.

Há três princípios fundamentais na relação de estágio, a saber: da vinculação pedagógica, da adequação e do rendimento.

4.1 Princípio da vinculação pedagógica

Este princípio é o mais importante das relações de estágio, que deve visar sua finalidade pedagógica, ao invés de econômica, de modo a proteger o estagiário contra práticas empresariais que procuram desvirtuar o estágio apenas para reduzir abusivamente custos empresariais, mediante substituição abusiva de empregados (mão-de-obra permanente) por estagiários, de modo inaceitável:

O estágio vincula-se predominantemente a uma finalidade pedagógica, e não econômica. Por isso, a instituição de ensino não deve criar obstáculos ou discriminações sócio-econômicas que contribuam para dificultar o ingresso ou a manutenção do educando no programa de estágio. O acesso ao estágio, constituindo-se num direito subjetivo do estudante, encontra-se consubstanciado no caráter democrático que cimenta o sistema educacional pátrio (arts. 2º e 3º, da LDB). Assim, se os requisitos para assumir a condição de estagiário não devem ser de ordem econômica, agir de forma ilegal, por exemplo, a instituição de ensino que condiciona o direito de estágio ao pagamento em dia das mensalidades escolares ou a outras taxas (PALMEIRASOBRINHO, 2008, p. 1173-1188).

⁵ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.657/1942** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del4657compilado.htm, p.01>. Acesso em: 24 out. 2013.

⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.869/1973** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm, p.01>. Acesso em: 24 out. 2013.

Além da legislação específica sobre estágio, objeto deste estudo, merece especial atenção as disposições sobre o acesso ao estágio, contidas nos artigos 2º e 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº. 9.394/96), a saber:

Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII - valorização do profissional da educação escolar;

VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

IX - garantia de padrão de qualidade;

X - valorização da experiência extraescolar;

XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

XII - consideração com a diversidade étnico-racial.⁷

Depreende-se do artigo 2º a relevância do acesso ao estágio pelos estudantes, com vistas ao seu desenvolvimento e sua preparação para a vida em sociedade como cidadão e como trabalhador. Nota-se que o acesso ao estágio implica em valorizar a experiência extracurricular e em valorizar a vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais, como se depreende respectivamente do artigo 3º, incisos X e XI.

4.2 Princípio da adequação

Este princípio é um desdobramento do princípio anterior e se preocupa com a fiscalização pela instituição de ensino de instalações adequadas nas partes concedentes dos estágios, evitando-se dois tipos de problemas:

Estagiari em condições que colocam em risco a integridade física, psíquica, moral e intelectual tende a reproduzir no mínimo um duplo constrangimento: primeiro, para o educando, reproduz o sentimento de frustração por não

ter a oportunidade de cumprir uma etapa do processo de sua formação; segundo, para a instituição concedente representa o abalo de sua credibilidade em face da incapacidade de promover uma política social de recursos humanos justos e democráticos. (PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 1173-1188).

Assim fica evidente a importância da fiscalização por parte da instituição de ensino que irá ficar, medianamente, entre o estudante e a parte concedente, sempre atenta se o tomador de serviço estará desempenhando o seu papel na formação moral e profissional do estagiário e este também correspondendo às cobranças de forma satisfatória.

4.3 Princípio do rendimento

O princípio do rendimento consiste em propiciar ao estagiário a melhor formação prática-teórica, sendo imprescindível o bom aproveitamento no ambiente em que for exercido o estágio. Para tanto o ente concedente do estágio tem a obrigação de propiciar todos os recursos humanos e materiais hábeis ao processo de educação do estagiário. Sem dúvida, o êxito do estágio depende de vários fatores:

O sucesso do estágio depende de um complexo de atos que contempla a discussão, o planejamento e a elaboração de projeto didático-pedagógico, a seleção, o acompanhamento do estagiário, a execução e a avaliação do plano de estágio. A avaliação deve ser a mais democrática possível, de modo a evitar discriminações, possibilitando à sociedade exigir que a relação de estágio seja eficaz ao propósito de complementação do ensino e de qualificação do educando. (PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 1173-1188).

Na prática, os objetivos legais acerca do estágio somente podem ser atingidos (concretizados), mediante a correta observância da correta vinculação pedagógica, da respectiva adequação, bem como do bom rendimento. Em suma, o sucesso do estágio depende do imprescindível respeito aos três princípios apontados, sem prejuízo do preenchimento dos requisitos legais sobre a relação de estágio, impondo-se maior fiscalização e avaliação durante seu exercício, cujo objetivo não é propiciar mão-de-obra praticamente gratuita.

5. DESVIRTUAMENTO DO ESTÁGIO

Há tomadores de serviços que, fraudulentamente, com o intuito de descumprir as obrigações trabalhistas, aqueles simulam contratos de estágio, para substituir a mão-de-obra necessária, de modo desvirtuar a finalidade

⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.394/1996** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm, p.01>. Acesso em: 24 out. 2013.

pedagógica do instituto jurídico em foco.

Chega a ser surreal admitir que estudantes do ensino médio sejam considerados estagiários, pela dificuldade prática de encontrar funções dentro do ente concedente de estágios com o que tais alunos estudam na escola, sendo provável a ocorrência de fraudes, mas há quem sustente o contrário, sob o argumento de que, o estágio pode proporcionar-lhes aprendizagem social e cultural, além do desenvolvimento de sua personalidade:

Esta posição, de que é viável ao estagiário ser destinado aos estudantes de ensino médio, permite que as Empresas, por exemplo, contratem estes estudantes, dispondo-os em qualquer função, sem o perigo de ter configurado o vínculo de emprego. Assim, neste caso, poderia ser alegado que a experiência passada a este aluno estaria possibilitando a aprendizagem social e cultural, além do desenvolvimento de sua personalidade. (PORTO, 2012).

Os adeptos desta corrente estão favorecendo claramente o poder econômico, pois os estudantes do ensino médio precisam focar suas energias psicológicas ao estudo, mas se precisarem trabalhar que seja como empregados ou como empregados aprendizes e mediante o respeito a todos os direitos trabalhistas e previdenciários a que todos os empregados fazem jus.

Outra situação que merece destaque é as dos estagiários que trabalham para órgãos públicos ou para empresas estatais, mediante bolsa-auxílio, sem preencher os requisitos e princípios que regem o estágio legítimo. Tendo em vista que não se admite a contratação de empregados públicos ou de servidores públicos sem aprovação prévia em concurso, tal contratação fraudulenta pode implicar na aplicação ao caso da Súmula nº 363 do TST, com direito ao recebimento pelo menos do salário mínimo (se não houver estipulação maior) e do respectivo FGTS:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.⁸

Em caso de qualquer desvirtuamento do estágio, a causa poderá ser dirimida perante a Justiça do Trabalho, sejam quais forem os tomadores de serviço, podendo ser considerado nulo o contrato de estágio, por força do disposto no artigo 9º da CLT, reconhecendo-se o vínculo empregatício, com base no princípio da primazia da realidade.

⁸ Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm, p.01>. Acesso em 24 out. 2013.

Feito esse breve esboço, trataremos especificamente nos tópicos a seguir casos mais específicos embasados na jurisprudência que os tribunais vêm colacionando nos casos de desvirtuamento ou não do contrato de estágio.

5.1 Ausência de requisitos essenciais

Na relação triangular que caracteriza o estágio, as partes devem estar devidamente qualificadas no termo de compromisso de estágio, equivalente ao contrato de emprego, que deve indicar os direitos e obrigações de cada parte:

O termo de compromisso equivale ao que seria o contrato de trabalho no âmbito celetista, tendo ele a finalidade de fixar os direitos e obrigações recíprocos entre as partes envolvidas na relação de estágio (estagiário, concedente, instituição de ensino), sendo, portanto, obrigatória a sua respectiva lavratura, nos termos do Parágrafo Único do art. 8º da lei 11.788/2008. (PORTO, 2012).

Além disso, o referido termo de compromisso deve conter obrigatoriamente todas as cláusulas que nortearão o respectivo estágio, tais como:

- dados de identificação das partes, inclusive cargo e função do supervisor do estágio da parte concedente e do orientador da instituição de ensino;
- as responsabilidades de cada uma das partes;
- objetivo do estágio;
- definição da área do estágio;
- plano de atividades com vigência; (parágrafo único do art. 7º da Lei nº 11.788/2008
- a jornada de atividades do estagiário;
- a definição do intervalo na jornada diária;
- vigência do termo;
- motivos de rescisão;
- concessão do recesso dentro do período de vigência do termo;
- valor da bolsa, nos termos do art. 12 da Lei nº 11.788/2008;
- valor do auxílio-transporte, nos termos do art. 12 da Lei nº 11.788/2008;
- concessão de benefícios, nos termos do § 1º do art. 12 da Lei nº 11.788/2008;
- o número da apólice e a companhia de seguros. (PORTO, 2012).

Sem prejuízo da observância dos requisitos formais, devem ser observados todos os requisitos materiais, como a compatibilidade entre as atividades efetivamente desenvolvidas no estágio e as previstas no termo de compromisso, a adequação com o programa do curso e o acompanhamento do estagiário por algum professor da instituição de ensino e por um supervisor da parte concedente, conforme exige a Lei nº 11.788/2008:

Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

§ 1º O estágio, como ato educativo escolar supervisionado, deverá ter acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente, comprovado por vistos nos relatórios referidos no inciso IV do caput do art. 7º desta Lei e por menção de aprovação final.⁹

Uma maneira eficaz de coibir a fraude nos contratos é a fiscalização efetiva do desempenho do estagiário durante seu exercício, de modo a evitar a relação de emprego mascarada, que enseja o reconhecimento do vínculo empregatício, conforme o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONTRATO DE ESTÁGIO DESCARACTERIZADO. Não houve prova da observância dos requisitos essenciais à configuração do contrato de estágio, motivo pelo qual deve ser reconhecida a existência de vínculo de emprego entre os contendores. Outro entendimento necessitaria do revolvimento de fatos e provas constantes dos autos, procedimento inviável nesta esfera recursal, consoante dispõe a Súmula 126 do TST. Agravo de Instrumento não provido.¹⁰

Consta do referido acórdão que foi desrespeitado o requisito relativo ao acompanhamento do estagiário por um professor da instituição de ensino e por um supervisor da parte concedente. Tendo em vista, no caso concreto, que o estagiário tinha de fazer as instalações elétricas sozinho, sem nenhuma supervisão, houve a descaracterização do estágio e o reconhecimento do vínculo empregatício.

5.2 Formalidade e essência do estágio

A formalidade decorre de o contrato de estágio ser solene, ou seja, ser escrito e firmado de maneira triangular sem prejuízo do preenchimento de todos os requisitos por ocasião da sua celebração e durante sua execução.

A legislação é rigorosa quanto aos requisitos formais e materiais do estágio, mas é preciso interpretar e aplicar a norma jurídica de modo razoável, como ocorreu no julgado que não reconheceu o vínculo empregatício, a saber:

⁹ BRASIL, Presidência da República. **Lei 11.788/08** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2007-2010/2008/lei/11788.htm, p.01 >. Acesso em 05 out. 2013.

¹⁰ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento nº TST-AIRR-1316/2006-012-04-40.5**, 2ª turma, Agravante: ETE Engenharia de Telecomunicações e Eletricidade S.A. Agravados: Ruben Martins Pacheco e Brasil Telecom S.A. Relatora: José Simplício Fontes de F. Fernandes Brasília, DF, 22 de outubro de 2008. Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em: 05 out. 2013.

ESTAGIÁRIO. VÍNCULO DE EMPREGO. Demonstrado nos autos que a reclamante realizou estágio na forma da lei, sem deturpação dos objetivos do estágio e cumprido o requisito da obrigatória interveniência da instituição de ensino, não há falar em relação de emprego.¹¹

Trata-se de caso concreto, decidido com flexibilidade, estagiária recorrente cumpria jornadas superiores aos limites específicos, no tocante à jornada legal de 30 horas semanais em caso de estudante de ensino superior, conforme estabelece a Lei 11.788/08 em seu artigo 10, inciso II, mas tal circunstância isolada foi considerada não suficiente para configurar relação de emprego, sob o fundamento de que a essência do estágio era atendida pela unidade concedente, a qual proporcionou atividades ligadas ao curso de enfermagem da recorrente.

6. ÔNUS DA PROVA DOS REQUISITOS

Para melhor analisar a jurisprudência, devem ser tratados pontos relevantes acerca da prova judicial, como: conceito, discriminação, objeto, ônus da prova e valoração.

6.1 Conceito de prova

A prova é um instrumento pelo qual cada parte tenta convencer o juiz sobre a verdade das suas alegações e/ou para contraprova dos fatos alegados pela parte adversa, através de documentos, perícias, vistorias, depoimento pessoal, testemunhas etc.. Segundo a doutrina:

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta (*ex facto oritur jus*). Deduzindo a sua pretensão em juízo, ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional. CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R., 2009, p. 373).

Assim, prova é o norte que o juiz utilizará para formar a sua decisão final e a distribuição do ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar os fatos, sob pena de não obter decisão favorável à sua pretensão. Prova para FERNANDO CAPEZ

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156 I e II com redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p.ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a con-

¹¹ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, **Recurso Ordinário nº 0001094-87.2010.5.04.0812 RO**, 2ª turma, Recorrente: Franciele Bendlin Santos Recorrido: Município de Dom Pedrito. Relator: Raul Zorrato Sanvicente, Porto Alegre, 29 de maio de 2012. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em 05 out. 2013.

vicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, 2012, p. 360.).

Nota-se que a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados ou relevantes ao deslinde não se limita às provas produzidas pelas partes e/ou por terceiros interessados, pois o juiz pode determinar de ofício a produção de provas que considerar úteis ou necessárias ao justo deslinde da causa.

6.2 Discriminação das provas

As provas são admitidas de todas as formas lícitas para formar o convencimento do juiz, desde que sejam lícitas e produzidas de boa-fé:

A experiência indica, todavia, que não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, ora porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas para justificar o seu acolhimento em juízo (como o chamado soro da verdade); ora porque dariam perigoso ensejo a manipulações ou fraudes (é o caso da prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de contrato de certo valor para cima-CPC, art. 401); ora porque ofenderiam a própria dignidade de quem lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível (é o caso da tortura, da narcoanálise, do detector de mentiras, dos estupefacientes etc). CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R., 2009, p. 374).

Não deve ser olvidado que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, veda a utilização de provas ilícitas em processos de qualquer natureza, devendo o juiz analisar as circunstâncias de cada caso concreto antes de decidir sobre a quebra de sigilos, a interceptação de mensagens etc., sob pena de nulidade da prova ou mesmo do processo.

6.3 Objeto da prova

Também não se admite a produção de provas desnecessárias, que apenas retardariam inutilmente a solução da causa, como se vê:

A prova diz respeito aos fatos. Mas não a todos os fatos: não deve ser admitida a prova dos fatos notórios (conhecido de todos), dos impertinentes (estranhos à causa), dos irrelevantes (que, embora pertençam à causa, não influenciam na decisão), dos incontroversos (confessados ou admitidos por ambas as partes), dos que sejam cobertos por presunção legal de existência ou de veracidade (CPC, art.334) ou dos impossíveis (embora se admita a prova dos fatos improváveis). (CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R., 2009, p. 374-375).

Nota-se que devem ser produzidas as provas lícitas sobre os fatos controvertidos necessários ao justo julgamento do processo, conforme a boa doutrina pertinente:

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual. (CAPEZ, 2012, p. 360).

Mesmo na esfera criminal, o objeto da prova tem relevância especial, na busca da verdade real, sobre a autoria, materialidade, a (in) imputabilidade e outras circunstâncias do crime, não se admitindo a presunção de culpa ou de autoria.

6.4 Ônus da prova das partes

O ônus da prova é distribuído entre as partes, na relação processual, conforme dispõe o art. 818 da CLT, complementado pelo art. 333 do CPC, cabendo em princípio ao autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Vejamos:

A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* - e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus). (CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R., 2009, p. 375).

Ao juiz cabe julgar de acordo com as alegações e as provas produzidas nos autos pelas partes ou por terceiros interessados, não por opinião pessoal, devendo motivar suas decisões, baseado no do livre convencimento motivado, como prevê o art. 131 do CPC.

6.5 Valoração da prova

Basicamente, em tese, há três formas de valoração da prova pelo julgador:

a) O da prova legal, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da

valoração *secundum conscientiam*, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada persuasão racional, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados. (CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R., 2009, p. 377).

Nota-se, sem dúvida, a importância da produção de provas durante o processo para a convicção do juiz, inclusive nas ações em que se pleiteiam a desconsideração do estágio e o reconhecimento de vínculo empregatício.

Não é raro o estagiário acionar a unidade concedente do estágio, mediante alegação de nulidade do estágio e existência do vínculo empregatício, sem prejuízo da condenação em anotação do vínculo e do pagamento das respectivas verbas trabalhistas, inclusive rescisórias e indenizatórias.

Admite-se até mesmo a inversão do ônus da prova, de modo análogo às relações de consumo (art. 6º, VIII do CDC), sendo verossímeis suas alegações, presumindo-se a hipossuficiência do estagiário, a exemplo do que pode ocorrer com os consumidores. Assim, o ônus da prova deve ser atribuído à unidade concedente, por seu poder econômico, de organização e de direção das atividades, tendo mais facilidade de provar a regularidade do estágio, do que tem o estagiário de provar sua descaracterização, com a consequente formação do vínculo empregatício.

Obviamente, cabe ao juiz analisar as circunstâncias do caso concreto, com base nas alegações das partes e o conjunto probatório, independente do rótulo dado ao contrato, segundo a jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE ESTÁGIO. DESVIRTUAMENTO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. Diante da delimitação do eg. TRT de que, de acordo com a prova (testemunhal), o contrato de estágio serviu apenas para encobrir o período que precedeu a contratação da autora como empregada e que não há nos autos nenhum elemento que permita entender pela existência de um programa de estágio, nem que foram observados os requisitos exigidos na respectiva lei, não há que se falar em ofensa aos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 6.494/77. Recurso de revista não conhecido.¹²

Depreende-se do referido acórdão que a prova testemunhal produzida pela reclamante desempenhava funções idênticas às realizadas por empregados, caracterizando assim uma relação de emprego mascarada

¹² BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **Recurso de Revista nº TST-RR-587800-68.2009.5.09.0664**, 6ª turma, Recorrente: Ems S.A Recorridas: Bárbara Gutierrez Madeleine Perdigão, Lafiman Distribuidora de Medicamentos e Ems Sigma Pharma S.A. Relator: Aloyzio Corrêa da Veiga, DF, 17 de abril de 2013. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 05 nov. 2013.

por um estágio que não existiu na realidade, em que a estagiária desempenha funções incompatíveis ao seu curso de *marketing*, enquanto a reclamada não provou o preenchimento dos requisitos do legítimo estágio.

7. RESPONSABILIDADE PELO DESVIRTUAMENTO DO ESTÁGIO

Finalmente, cabe tratar daquele que responsabiliza pelo citado desvirtuamento, na hipótese em que a relação de emprego é mascarada como estágio. Por se tratar de matéria recente, é pouco abordado tal aspecto, mas a jurisprudência inclina-se a condenar apenas a unidade concedente quando apenas esta deu causa ao desvirtuamento, bem como a condenar solidariamente quem concorreu com o desvirtuamento, como por exemplo, o agente de integração que indicarem estagiários para laborar em serviços incompatíveis com o curso, por força do que dispõe o artigo 5º, § 3º, da Lei 11.788/08:

§ 3º Os agentes de integração serão responsabilizados civilmente se indicarem estagiários para a realização de atividades não compatíveis com a programação curricular estabelecida para cada curso, assim como os estagiários matriculados em cursos ou instituições para as quais não há previsão de estágio curricular.¹³

Além da responsabilidade civil, os que concorrerem para o desvirtuamento do estágio poderão ser condenados solidariamente pelo pagamento de todas as verbas trabalhistas e previdenciárias que forem objeto da condenação em reclamações trabalhistas.

Ultrapassando o âmbito exclusivamente individual, admite-se que a descaracterização do estágio, que mascara a relação de emprego, pode violar interesses ou direitos metaindividuais e causar danos morais coletivos, como se vê:

Se o indivíduo pode ser vítima de dano moral não há porque não o possa ser a coletividade. Assim, pode-se afirmar que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista; que isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto material. (FILHO, Apud SCHIAVI).

Há precedente jurisprudencial que julgou procedente ação civil pública, proposta pelo Ministério Público do

¹³ BRASIL. Presidência da República. **Lei 11.788/08** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11788.htm, p.01>. Acesso em: 24 out. 2013.

Trabalho, condenando solidariamente uma empresa tomadora e o agente de integração, a pagarem danos morais coletivos, por violação de dispositivos da Lei 6494/77 (então em vigor), caso em houve desrespeito ao teto dos valores das bolsas aos estagiários, à jornada de trabalho, ao turno diário, bem como pela incompatibilidade entre o estágio e o curso freqüentado, em suma pela descaracterização do estágio:

EMENTA: ESTÁGIO. DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS LEGAIS. FRAUDE. DANO MORAL COLETIVO. A conduta das rés acarretou dano moral coletivo, que tem aplicação no campo dos chamados interesses difusos e coletivos. As lesões aos interesses difusos e coletivos não somente geram danos materiais, mas também podem gerar danos morais. O ponto-chave para a aceitação do chamado dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade de pessoas físicas. Qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade também merece reparação. Devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, admitir estagiários, fraudulentamente, afeta toda a sociedade e vai de encontro ao princípio social da empresa. Recurso provido.¹⁴

O referido acórdão determinou a reversão do dano moral coletivo em favor do Fundo Estadual da Infância e da Adolescência do Espírito Santo, bem como condenou solidariamente o tomador dos serviços e o agente de integração, porque este concorria para fraude nos contratos de estágio mediante alteração dos dados dos contratos a fim de que a instituição de ensino firmasse os contratos de estágio. No caso, o agente de integração recebia dez por cento do valor pago a título de bolsa-auxílio paga a cada estagiário. Na unidade concedente não havia bacharel nas áreas que os estagiários cursavam o ensino superior, ou seja, não havia empregado habilitado a supervisionar o labor dos mesmos. E como se não bastasse, a jornada de trabalho era excessiva, exercida noturnamente em horário das aulas, trabalhava-se inclusive aos sábados, domingos e feriados, em atividades incompatíveis com o respectivo aprendizado teórico escolar.

Se apenas a unidade concedente der causa ao desvirtuamento do estágio, apenas a mesma será responsabilizada, como se vê:

¹⁴ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, **Recurso Ordinário nº 72000-15.2008.5.17.0003**, 2ª turma, Recorrente: Ministério Público do Trabalho Recorridas: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária-INFRAERO e Centro de Integração Empresa Escola do Espírito Santo-CIEE/ES. Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, Vitória, 29 de abril de 2010. Disponível em: <www.trt17.jus.br>. Acesso em: 05 nov. 2013.

VÍNCULO DE EMPREGO. PERÍODO DE ESTÁGIO. Hipótese em que não veio aos autos documentação apta a demonstrar a afirmação do preposto de que o acompanhamento do trabalho desenvolvido pela autora por parte da instituição de ensino (UNISINOS) se dava mediante mensagens eletrônicas e elaboração de relatórios de avaliação periódicos remetidos por fax. Situação que não permite concluir, que durante o período no qual a autora prestou serviços na condição de estagiária houvesse de fato complementação do ensino curricular, fato que a reclamada deveria ter comprovado à sociedade, tendo em vista que, havendo prestação de serviços, o vínculo de emprego é presumido, sendo da reclamada o ônus de provar que se tratava de efetivo contrato de estágio.¹⁵

O julgado em foco julgou descaracterizado (nulo) o contrato de estágio e condenou apenas a empresa concedente do estágio ao pagamento das verbas trabalhistas pertinentes a uma relação de emprego, porque ficou reconhecido que não havia complementação do ensino curricular, cujo ônus da prova era da concedente do estágio, mas não foi cumprido.

Em situações peculiares pode ser responsabilizado apenas o agente de integração ao pagamento de danos morais e materiais, pode-se dizer, por propaganda ou intermediação enganosa, como ocorreu aresto brando:

ESTÁGIO. AGENTE DE INTEGRAÇÃO. O teor do art. 5º e parágrafos, da Lei 11.788/08, é facultativos a utilização, pelas entidades de ensino e pela parte cedente do estágio, dos agentes de integração, aos quais cabe identificar as oportunidades de estágio nas empresas, facilitando o ajuste das respectivas condições, além de manter o cadastro dos estudantes.¹⁶

Trata-se de acórdão que julgou recurso ordinário, em que uma agente de integração fez propaganda de um estágio do curso de veterinária da UFMG, a ser cumprido em uma fazenda no Texas, nos Estados Unidos da América, mais especificamente em uma fazenda no Texas. O estudante ficou frustrado em razão das condições a que foi submetido no exterior, porque teve que trabalhar limpando fezes do porco, capinar, fazer limpeza do biodigestor, permanecer a mais de 40 km da cidade mais próxima, em

¹⁵ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região, **Recurso Ordinário: Ro nº 0109200-13.2008.5.04.0005**, 9ª turma, Recorrente: Sisnema Informática Ltda. Recorrida: Taciana Rodrigues Romero. Relatora: Carmen Gonzalez, Porto Alegre, 24 de março de 2010. Disponível em: < www.trt4.jus.br >. Acesso em: 05 nov. 2013.

¹⁶ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, **Recurso Ordinário: Ro nº 0001760-34.2012.5.03.0008**, 1ª turma, Recorrente: Guilherme Picinin Salgado Prezoti. Recorrida: Caep Brasil Intercâmbio Agrícola Ltda-Me. Relatora: Cristiana Maria Valadares Fenelon, Belo Horizonte, 11 de setembro de 2013. Disponível em: www.trt3.jus.br. Acesso em: 05 nov. 2013.

atividades não relacionadas com a grade curricular.

Não conseguiu o reconhecimento do vínculo empregatício, em primeira e segunda instâncias, mas o agente de integração que não assinara o contrato triangular de estágio, foi condenado a título de danos morais e materiais, arbitrados em R\$ 20.000,00, porque capturava mão-de-obra para empresa estrangeira sem se preocupar com as efetivas condições de trabalho, em que o estudante teve que cumprir no exterior jornada de 48 horas semanais, ao invés do limite legal de apenas 30 horas previsto na legislação brasileira sobre estágio.

CONCLUSÃO

O contrato de estágio regular é solene, tripartite, oneroso, de trato sucessivo, subordinativo e de atividade, apesar dos pontos de contato com o contrato de emprego, não caracteriza uma relação de emprego.

A relação regular de estágio é regida pelos princípios da vinculação pedagógica, da adequação e do rendimento, que devem ser preenchidos, sem exceção.

Ocorre a nulidade (descaracterização) do contrato de estágio quando não preenche todos os requisitos legais, quando não há supervisão no desempenho das atividades do estagiário e o estágio é utilizado para mascarar (encobrir, disfarçar) verdadeiro contrato de emprego.

Em caso de desvirtuamento do estágio, deve ser reconhecida judicialmente sua nulidade e a existência do vínculo empregatício, com a consequente condenação do órgão concedente às anotações do vínculo, ao pagamento de verbas trabalhistas, dos respectivos encargos sociais e, dependendo das circunstâncias concretas, indenizações por danos morais e materiais

Admite-se a condenação solidária, inclusive por danos materiais e morais, de todos que concorrerem para o desvirtuamento do estágio, conforme ficar comprovado: concedente do estágio, instituição de ensino e agente de integração.

Entende-se que serão necessários muitos esforços para que a lei em estudo seja devidamente cumprida, principalmente por parte do Ministério Público do Trabalho, que vem atuando em algumas violações, caminhando para colocar em prática o que está previsto na Lei do Estágio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 4.073/1942**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De14073.htm#art49>. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.788/2008**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111788.htm>. Acesso em: 31 de agosto de 2012.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.869/1973**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.657/1942**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.394/1996**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.452/1943**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2013.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, **Recurso Ordinário nº 0001094-87.2010.5.04.0812 RO**, 2ª turma, Recorrente: Franciele Bendlin Antunes Recorrido: Município de Dom Pedrito. Relator: Raul Zorrato Sanvicente, Porto Alegre, 29 de maio de 2012. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento nº TST-AIRR-1316/2006-012-04-40.5**, 2ª turma, Agravante: ETE Engenharia de Telecomunicações e Eletricidade S.A. Agravados: Rubens Martins Pache e Brasil Telecom S.A. Relatora: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Brasília, DF, 22 de outubro de 2008. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **Recurso de Revista nº TST-RR-587800-68.2009.5.09.0664**, 6ª turma, Recorrente: Ems S.A Recorridas: Bárbara Gutierrez Madeleine Perdigão, Lafiman Distribuidora de Medicamentos e Ems Sigma Pharma S.A. Relator: Aloyzio Corrêa da Veiga, DF, 17 de abril de 2013. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, **Recurso Ordinário nº 72000-15.2008.5.17.0003**, 2ª turma, Recorrente: Ministério Público do Trabalho Recorridas: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária-INFRAERO e Centro de Integração Empresa Escola do Espírito Santo-CIEE/ES. Relator: Claudio Armando Couce de Menezes, Vitória, 29 de abril de 2010. Disponível em: <www.trt17.jus.br>. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região, **Recurso Ordinário: Ro nº 0109200-13.2008.5.04.0005**, 9ª turma, Recorrente: Sisnema Informática Ltda. Recorrida: Taciana Rodrigues Romero. Relatora: Carmen Gonzalez, Porto Alegre, 24 de março de 2010. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, **Recurso Ordinário: Ro nº 0001760-34.2012.5.03.0008**, 1ª turma, Recorrente: Guilherme Picinin Salgado Prezoti. Recorrida: Caep Brasil Intercâmbio Agrícola Ltda-Me. Relatora: Cristiana Maria Valadares Fenelon, Belo Horizonte, 11 de setembro de 2013. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

CASSAR, Volia Bonfim. **Direito do trabalho**. 7ed. São Paulo: Método, 2012.

CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 25ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm, p.01>. Acesso em: 24 de outubro de 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Estágio e relação de emprego**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NÓBREGA, Roberta de Albuquerque. **Evolução histórica da legislação aplicada ao estágio**. Disponível em <<http://www.artigonal.com/legislacao-artigos/evolucao-historica-da-legislacao-aplicada-ao-estagio-444350.htm>>. Acesso em: 21 de agosto de 2012.

NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 9ed. São Paulo: Saraiva 2009.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Estágio, trabalho temporário e trabalho de tempo parcial**. São Paulo: Atlas, 2009.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. O contrato de estágio e as inovações da lei 11.788/08. **Revista Ltr** v.10, p. 1173-1188, 2008 Disponível em <http://www.amatra21.org.br/2013/_up/downloads/f2_ee0171acdfea974530_e259eea901_eab0.pdf>. Acesso em: 24 de outubro de 2013.

PORTO, Marcelo da Silva. **O contrato de estágio extracurricular: a fraude e sua desvirtuação**. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11024>. Acesso em: 24 de outubro de 2013.

SILVA, Otávio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p.39-40.

APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES NA ARBITRAGEM

Lucila Silva SANTOS*

RESUMO

O artigo analisa a possibilidade jurídica da aplicação das medidas cautelares na arbitragem. Antes de atingirmos o nosso tema central, foram estudados alguns temas relevantes e correlacionados. Em princípio foram dadas breves notas conceituais e históricas. Logo adiante trataremos da arbitragem como eficiente método de desjudicialização. Posteriormente foram verificadas as medidas cautelares em espécie, com ênfase na possibilidade aplicação dessas no juízo arbitral. Estudamos ainda as várias opiniões doutrinárias do relacionamento entre juízes e árbitros em matéria de tutelas emergenciais. Por último trataremos do anteprojeto de lei que visa rever o instituto da arbitragem no que tange as medidas cautelares e as consequências desta mudança aos utilizadores do instituto.

Palavras-chave: Arbitragem. Sistema Judiciário. Medidas Cautelares. Possibilidade de Aplicação, Jurisprudência.

APPLICATION OF THE PRECAUTIONARY MEASURES IN ARBITRATION

ABSTRACT

This study aims to examine the legal possibility of applying the precautionary measures in arbitration. Before achieve our central theme, some relevant and related issues were studied. In principle were given brief conceptual and historical notes. Just ahead of treat arbitration as efficient method of desjudicialização. Subsequently the precautionary measures in kind, with emphasis on the possible application of these arbitrators were verified. Also studied the various doctrinal views of the relationship between judges and arbitrators in the field of emergency guardianships. Finally treat the draft bill that seeks to revise the concept of arbitration regarding the precautionary measures and the consequences of this change for users of the institute.

Keywords: Arbitration . Judiciary System. Precautionary Measures. Chance of Application, jurisprudence.

SUMÁRIO. Introdução. 1. Conceituação e breve histórico. 2. Arbitragem como desjudicialização. 2.1 Princípio da inafastabilidade e acesso ao sistema oficial. 2.2 Judicialização excessiva de conflitos. 2.3 Críticas ao siste-

ma judiciário. 2.4 A arbitragem como eficiente método de desjudicialização. 3. Convenção de arbitragem. 3.1 Cláusula compromissória. 3.2 Compromisso arbitral. 3.3 Diferenças entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. 4. Aplicação das medidas cautelares na arbitragem. 4.1 Tutela de urgência. 4.2 Tutela antecipada. 4.3 Medidas cautelares. 4.3.1 Aplicação das medidas cautelares na arbitragem. 4.3.2 Medidas cautelares precedentes ao tribunal arbitral. 4.3.3 Medidas cautelares incidentes. 4.4 A jurisprudência sobre o tema. 5. A questão na ótica internacional. 6. O anteprojeto de alteração da lei de arbitragem. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A consagração da importância da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro deu-se com a edição da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, elevando o Brasil, indubitavelmente, entre as nações mais modernas no que tange às alternativas para composição dos conflitos de pessoas de direito privado por esta via.

Por outro lado, a legislação referida apresenta um evasivo texto quando aborda a possibilidade de aplicação das medidas de urgência em seu âmbito. Tal falha repercutiu em divergência doutrinária e jurisprudencial, bem como uma insegurança jurídica dos utilizadores do instituto.

O artigo trata das medidas cautelares, à luz dos dispositivos daquela Lei, do anteprojeto elaborado pelos professores Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins e Selma Lemes, sob a presidência de Luis Felipe Salomão, ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que visa resolver esta celeuma com a reforma na legislação vigente, tão pertinente é a temática.

Este trabalho justifica-se, pois, uma vez convencionalizada a arbitragem, seja esta consubstanciada na forma “*ad hoc*” ou institucional, como alternativa ao moroso procedimento judiciário na resolução de determinada controvérsia relacionada a direitos patrimoniais disponíveis, deve tal convenção estar amparada em uma legislação propícia aos anseios das partes, como ocorre aos jurisdicionados notadamente no que se referem às medidas cautelares quando necessárias.

Temos por objetivo específico analisar o dúbio art. 22 § 4º da Lei de Arbitragem que não é categórico sobre a competência do árbitro para apreciar as questões cautelares, res-

* Graduada em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUML).

tando à parte ingressar no abarrotado Poder Judiciário, ao passo que em algumas legislações internacionais esta competência é delegada aos árbitros escolhidos pelas partes.

Busca-se mensurar o exato alcance do art. 22 § 4º da Lei de Arbitragem, mediante análise das divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a temática, por uma maior adequação do procedimento as necessidades de seus usuários.

Entendemos que a utilização de formas alternativas de resolução de litígios, com várias vantagens frente ao sistema oficial, não deve ser mitigada por inadequações nos procedimentos extrajudiciais privados, como ocorre com as medidas cautelares preparatórias ou incidentais, que não devem ser entraves à eficácia do instituto da arbitragem.

Ressaltamos uma hipótese de solução da possibilidade da aplicação das tutelas emergenciais no âmbito da arbitragem, cujo imbróglio doutrinário e jurisprudencial é proveniente da hermenêutica do artigo em comento, qual seja, a revisão da arbitragem na legislação brasileira. É justamente o que propõe o anteprojeto da Lei de Arbitragem 2013 que visa adequar o instituto a necessidade de seus usuários.

1. CONCEITUAÇÃO E BREVE HISTÓRICO

A arbitragem consiste em uma técnica de solução de conflitos entre duas ou mais pessoas, cujo objeto está relacionado a direitos patrimoniais disponíveis, alternativa ao sistema oficial tradicional, qual seja, o judiciário, na qual os próprios envolvidos elegem um terceiro para sua solução.

Antonio Pereira Gaio Junior explica, corretamente, o sentido e o alcance do instituto jurídico em foco:

Configura-se arbitragem como um instrumento propício à solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis, que, por meio de árbitro privado, escolhido pelas partes e destas recebendo poderes, decide a controvérsia, possuindo tal decisão a mesma força e efeitos jurídicos decorrentes daquelas sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário. (JÚNIOR, 2012, p.3).

Na definição de Bacellar, trata-se de “(...) convenção que defere a um terceiro, não integrante dos quadros da magistratura oficial do Estado, a decisão a respeito de questão conflituosa envolvendo duas ou mais pessoas” (BACELLAR, 2012, p.96).

No que tange à essência deste instituto jurídico, divergem os doutrinadores em duas correntes mais significativas, quais sejam: a privatista ou contratualista e a publicista ou processualista.

A primeira defende ser a arbitragem um mero acor-

do sinalagmático de vontades, próximo ao contrato privado. A ela filia-se a maioria da doutrina brasileira, como por exemplo, Roberto Portugal Bacellar, ao destacar a impossibilidade do juiz estatal intervir no mérito da sentença arbitral (BACELLAR, 2012, p.99).

A segunda corrente trata da natureza jurídica da arbitragem como um método de solução de controvérsias tipicamente processual, conforme ensinamentos de um de seus adeptos Antonio Pereira Gaio Junior, haja vista ser o processo um instrumento social hábil para satisfação do direito agredido, revestido das garantias constitucionais típicas de um estado democrático de direito (JÚNIOR, 2012 p.5).

Caracteriza-se esse instituto como uma das maneiras de resolução de controvérsias que substitui a autotutela, cuja utilização remonta há 3.000 anos A.C., na Babilônia¹.

Tânia Lobo Muniz, em um exame da historicidade da presença da arbitragem entre os povos, afirma que seu maior desenvolvimento deu-se na Grécia com a transformação da própria sociedade, evoluindo de acordo com esta, presente nos costumes, leis e tratados celebrados entre as cidades gregas (MUNIZ, 2009, p. 21).

Em Roma há indícios da utilização da arbitragem desde 754 a. C., de forma obrigatória, cujos procedimentos contavam com a figura do pretor, antes mesmo da prestação jurisdicional de monopólio estatal tal qual hoje conhecemos.

[...] a figura do Pretor preparando a ação, inicialmente enquadrando a ação na lei e depois acrescentando a elaboração da fórmula e, em seguida, o julgamento por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, sendo simplesmente um particular idôneo com a incumbência de julgar o caso concreto a ele disposto. (JÚNIOR, 2012, p.8).

Na Idade Média destaca-se a figura do Papa como árbitro supremo, sendo período de grande sucesso da arbitragem nas relações comerciais (JÚNIOR, 2012, p.8).

No que se refere à arbitragem no Brasil, esta é regulamentada no período imperial, especificamente no art. 160 da Constituição de 1824, facultando as partes sua utilização nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, com decisões irrecorríveis, desde que assim pactuado.

Também o Código Comercial de 1850 faz menção ao juízo arbitral como obrigatório em determinadas causas, que assumirá a forma facultativa com o Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850.

¹Arbitragem-Breve contexto histórico. Tribunal Arbitral de São Paulo. Disponível em: <<http://www.arbitragem.com.br>>. Acesso em, 14 out. 2013.

Havia ainda previsão da arbitragem no Código Civil brasileiro de 1916; nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, sendo que esses últimos regiam o “juízo arbitral” na forma facultativa, mediante compromisso no qual se submetiam as partes.

A atual Constituição, em seu art. 114, §§ 1º e 2º, prevê a possibilidade das partes elegerem árbitros no âmbito da justiça do trabalho.

Atualmente é regulada a arbitragem pela lei ordinária n. 9.307/96, Lei de Arbitragem, conhecida como lei Marco Maciel.

2. A ARBITRAGEM COMO DESJUDICIALIZAÇÃO

Antes de nos aprofundarmos no assunto central deste estudo é preciso entender um pouco mais desta alternativa ao sistema judiciário tradicional como método eficiente de desjudicialização e, a partir daí traçaremos as diretrizes para analisar a matéria pretendida. Veremos ainda as mazelas que maculam o acesso à justiça.

2.1 Princípio da inafastabilidade e acesso ao sistema oficial

Tal princípio previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal garante a qualquer indivíduo o amplo acesso ao Poder Judiciário diante de uma lesão ou ameaça a direito: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É a garantia de proteção judiciária na violação de direito ou iminência de violação, mediante lesão ou ameaça. Verificada tal circunstância, o Poder Judiciário será provocado para intervir e aplicar o direito ao caso concreto (MORAES, 2007. p. 73).

Pode o princípio referido ser também denominado direito de ação, princípio do livre acesso ao judiciário ou princípio da proteção judiciária.

Fernanda Tartuce ressalta o momento da inclusão desta garantia no ordenamento jurídico brasileiro de tal sorte que denota a importância da compreensão desse contexto histórico e real significado da previsão constitucional. Acrescenta a autora que até 1937 eram excluído da apreciação do judiciário os inquéritos parlamentares e policiais e foi no texto constitucional de 1946 que o princípio da inafastabilidade teve reconhecimento justamente para englobar os ditos inquéritos e, doravante tal norma consolidou-se no ordenamento (TARTUCE, 2008, p. 132).

Continua Tartuce na defesa de que esta garantia corresponde, na verdade, não apenas a tutela jurisdicional

por parte do Estado, mas, sobretudo, aquela “adequada e apta” a evitar ou reparar o dano causado (TARTUCE, 2008, p. 133).

Igualmente, o Estado não deve ser considerado como única modalidade institucional eficiente na busca da composição dos conflitos sociais. O jurisdicionado contará com acesso ao sistema oficial, mas também com mecanismos estabelecidos por lei de forma prévia, que assegurem o amplo acesso à justiça.

Ademais, tal preceito não afasta a possibilidade dos partícipes resolverem suas demandas relativas a direitos transacionáveis sem a intervenção do poder estatal, mas sim encontrarem soluções que melhor satisfaçam seus interesses.

Neste sentido corrobora Bacellar:

Ofertar e estimular meios e soluções alternativas extrajudiciais (desjudicialização) não importam em enfraquecimento ou esvaziamento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas, sim, na busca por efetividade e melhor cumprimento do princípio de acesso à justiça, como acesso à resolução adequada dos conflitos. (BACELLAR, 2012, p.52).

Ressalta-se que o objetivo deste trabalho não é discutir a constitucionalidade da Lei de Arbitragem visto que é matéria pacificada por declaração da Corte Suprema Brasileira (STF) no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7 que figuravam como partes MBV Commercial and Export Management Establishment e Resil Indústria e Comércio Lda. Nesta oportunidade declararam os ministros julgadores à constitucionalidade de alguns dispositivos da lei, bem como a não afronta desta ao art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Outrossim, assegura a carta constitucional, o exercício da arbitragem em outros dispositivos, tais como no art. 114, §§ 1º e 2º (relativos a dissídios trabalhistas); no art. 12, § 2º da ADCT (em relação à demarcação das linhas divisórias entre Estados e Municípios).

Dado a complexidade das relações humanas, nem sempre é a via ordinária judicial a indicada àquele caso concreto que poderá utilizar-se, além da arbitragem, de outras formas autocompositivas de resolução de controvérsias como a mediação e a conciliação.

O verdadeiro acesso à ordem jurídica justa é a busca do meio mais adequado à solução de determinado conflito de interesses, esteja dentro ou fora do Poder Judiciário; sem afastar, contudo, o acesso ao sistema público jurisdicionado caso assim optem os envolvidos (BACELLAR, 2012, p.40).

2.2 Judicialização excessiva de conflitos

O direito pode e deve interferir na vida em sociedade até por uma questão de manutenção da ordem e da paz entre os cidadãos, pilar do regime democrático de direito. Ressalvadas as situações em que a lei obriga o Estado a atuar, há questões de cunho privado, de foro individual ou de âmbito familiar em que se busca o Estado-juiz de forma excessiva.

Bacellar pontua que a procura pelo Poder Judiciário em busca da resolução de suas avenças e fruto de alguns fatores, quais sejam: da própria cultura social, na crença de que somente no Poder Judiciário encontrar-se-á a solução definitiva; fruto da “incapacidade ou percepção de incapacidade de resolver diretamente seus conflitos relacionais sociais”; da “comodidade” pela disposição da via ordinária e, por último, “por invasão do direito na vida social”, naquelas situações em que a própria lei obriga uma intervenção estatal (BACELLAR, 2012, p.40). Ainda conforme Bacellar sobre a judicialização das relações entre os indivíduos: “[...] é péssima porque determina uma intervenção indevida do Poder Judiciário na vida dos cidadãos e em suas relações sociais, além de ser nefasta por desenvolver um indevido ativismo social e politizar o Poder Judiciário (BACELLAR, 2012, p.40).

Ocorre que com o aumento populacional e, conseqüentemente, a proliferação de conflitos o Poder Judiciário, já sobrecarregado e desorganizado, não consegue promover uma justiça nos ditames do novo conceito de “duração razoável do processo”, assim recentemente intitulado na Carta Magna.

Nesse contexto, a atuação do Poder Judiciário não é imprescindível na composição de determinados conflitos, na medida em que há “substitutos da jurisdição” ou “equivalentes jurisdicionais” que, apesar de não emanados da autoridade judiciária, são capazes de produzir os mesmos efeitos que seriam produzidos via intervenção estatal jurisdicional (TARTUCE, 2008, p. 152).

No decorrer dos anos, a composição das controvérsias e a busca na restauração do equilíbrio social foram sendo realizadas de forma prioritária pelo Poder Judiciário que deveria operar de forma secundária, residual, coexistindo ao seu lado com outros modos de juridicidade.

2.3 Críticas ao sistema judiciário

É cedoço o entrave que o Poder Judiciário brasileiro, abarrotado de causas aguardando julgamento, enfrenta e, inexoravelmente, repercute desfavoravelmente em sentimentos de insegurança e descrédito social no poder que deveria ser o garantidor da justiça.

Além da lentidão na tramitação das causas e o excesso de recursos previstos na lei processual, predicados como formalismo, burocracia, elitismo são algumas das mazelas encontradas no órgão ordinário de resolução de conflitos.

A esse respeito, Bacellar faz uma reflexão profícua dos problemas estruturais que prejudicam o fenômeno do acesso à justiça, sem que os tribunais consigam atenuar a crise instalada no Poder Judiciário (BACELLAR, 2012, p.22).

Sobre a temática, Tartuce relaciona a crise com limitação de recursos: “Em virtude da crise do sistema judicial de administração e distribuição de justiça, ensejada pela limitação de recursos materiais e humanos, a prestação da tutela jurisdicional tem se verificado com grandes percalços” (TARTUCE, 2008, p. 170).

Essas dificuldades enfrentadas na prestação jurisdicional comprometem a qualidade do serviço judiciário e o que se depreende da crise pela qual passa o modelo de jurisdição estatal é que, sozinho, não é mais hábil a responder os anseios individuais e coletivos.

2.4 A arbitragem como eficiente método de desjudicialização

A arbitragem apresenta-se como mecanismo alternativo eficiente na resolução de conflitos, pois, entre outras vantagens, possui celeridade uma vez que a morosidade é a grande inimiga na efetividade da prestação jurisdicional e fator de angústia e infelicidade pessoal.

Muniz ressalta a eficácia do instituto:

Dentre os mecanismos alternativos, o de maior eficácia, aceitação e tradição é a arbitragem, meio fundamental, por excelência, de resolução de litígios internacionais, voltada para a solução de causas de grande complexidade, por permitir que questões técnicas sejam julgadas por peritos competentes, ao invés de magistrados, na maior parte das vezes, não preparados para tais lides (MUNIZ, 2009, p. 14).

O juízo arbitral possui muitas vantagens comparadas ao juízo estatal, além da celeridade: sigilo, confiabilidade, liberdade das partes de decidirem a forma do procedimento e regras do julgamento (se de direito ou de equidade), informalidade, neutralidade, confidencialidade.

Com relação à confiabilidade, esta é a possibilidade de escolha dos árbitros pelas partes, trata-se de grande vantagem do instituto que autoriza as partes escolher pessoa de confiança no julgamento de suas avenças, além da opção de técnico no assunto objeto da controvérsia que aplicará a justiça de forma mais precisa.

Podem ainda as partes escolher as regras que regerão o procedimento, respeitando as limitações legais (arbitragem *ad hoc*), ou, que seja fundamentada por instituições exclusivas.

No que tange às regras de julgamento, não ficam os árbitros, se assim autorizado pelas partes, adstritos à aplicação do direito positivo, podendo decidir conforme o caso concreto, por equidade.

Muniz explica que a neutralidade corresponde ao “[...] juízo como garantia de tratamento equânime entre as partes, principalmente, em relação à nacionalidade dos litigantes, afastando a incerteza quanto à isenção dos tribunais locais”.

Já o sigilo corresponde fator imprescindível nas relações comerciais e industriais.

As mencionadas peculiaridades do juízo arbitral, em contraste com as mazelas do judiciário, ressaltam a arbitragem como uma alternativa sensata na solução de controvérsias relacionadas a direitos transacionáveis.

3. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Podem as partes escolher as regras as quais regerão a arbitragem, respeitando, por óbvio, as limitações legais, para solução de suas avenças diretamente em um contrato, a serem respeitadas pelos árbitros, é a chamada arbitragem *ad hoc*, sem prejuízo de optarem pela denominada arbitragem institucional, a qual é constituída por tribunais e cortes.

Independente do ponto de vista organizacional, ou seja, da arbitragem ser institucional ou terem suas instruções ditadas pelas próprias partes, ela toma corpo, materializa a intenção dos envolvidos por meio da convenção de arbitragem que na opinião de Bomfim e Menezes, “[...] é sem sombra de dúvidas o ponto principal, o aspecto mais importante da arbitragem” (BOMFIM; MENEZES, 2008. p. 83).

Corresponde à convenção arbitral a fase pré-arbitral, ou seja, contratual, que vai desde o acordo de vontades firmado entre as partes no intuito de derrogar à jurisdição estatal na solução de qualquer controvérsia que surgir do pacto, até a estipulação das normas que regerão o procedimento.

Trata-se, pois de gênero, das quais são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, conforme alude art. 3º da Lei de Arbitragem: “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

Bomfim e Menezes a conceituam como: “Sendo a convenção arbitral a materialização da vontade das partes de dirimir seus conflitos mediante a lei de arbitragem, essa convenção é sem sombra de dúvida o ponto principal, o aspecto mais importante da arbitragem (BOMFIM; MENEZES, 2008. p. 83).

A convenção de arbitragem prestigia o princípio da autonomia da vontade e, a celebração desta faz-se necessária para consagrar a submissão do litígio ao órgão particular. (BOMFIM; MENEZES, 2008. p. 83).

Semelhante opinião apresenta Carmona:

[...] a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (CARMONA, 2009. p. 79).

Do conceito doutrinário depreendem-se algumas peculiaridades da convenção de arbitragem, quais sejam: objeto lícito (já que versa sobre direitos patrimoniais disponíveis), capacidade das partes e está ligada a uma relação jurídica específica.

Ressaltam ainda Bomfim e Menezes que, caso seja declarada a nulidade do negócio jurídico ao qual se vincula, não necessariamente, também será decretada a nulidade da convenção arbitral (BOMFIM; MENEZES, 2008. p. 83). Passamos então a analisar as duas formas diferentes que esta se apresenta, sendo eles, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

3.1 Cláusula compromissória

Seu conceito possui previsão na Lei de Arbitragem: “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

No conceito de Tânia Lobo Muniz compreende a cláusula a antecipação da resolução do conflito via arbitral pelos envolventes que, voluntariamente, se obrigam na relação jurídica havida entre eles (MUNIZ, 2009, p.86).

Nos dizeres de Guilherme:

A cláusula arbitral é a convenção através do qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios eventualmente derivados do contrato. É, pois, cláusula compromisso, necessariamente escrita,

ainda que em forma adjecto, e dela não poderá a parte fugir em função da conhecida construção do nosso direito tradicional, trazida no axioma: *pacta sunt servanda* (art. 4º) (GUILHERME, 2012, p. 79).

Exigência legal da cláusula compromissória, outrossim, é ser celebrada, obrigatoriamente, por escrito (com exceção do contrato de adesão em que exigiu o legislador visto específico para esta cláusula de seu aderente) além dos requisitos gerais de validade que a lei civil separa aos contratos em geral.

A doutrina pátria diferencia dois tipos de cláusula compromissória: cheia ou completa e vazia ou incompleta.

A denominação de cláusula cheia ocorre quando as partes escolhem as regras que regerão o procedimento arbitral no caso de um possível litígio entre elas, reputando-se assim a um órgão específico ou ainda quando determinam como ocorrerá a arbitragem. É o que disciplina o art. 5º da Lei que rege o tema, referindo-se, pois, a um contrato completo.

No que se refere à cláusula compromissória vazia ou incompleta, esta ocorre quando não há disciplina das regras que regerão o deslinde da arbitragem, nem a opção por determinado órgão arbitral; limitando-se, apenas a cláusula, à arbitragem para solução da demanda.

Bomfim e Menezes ressaltam a natureza jurídica da cláusula compromissória vazia como sendo um contrato autônomo, que “vinculará” o nascimento do compromisso arbitral, ou seja, um contrato preliminar (BOMFIM; MENEZES, 2008, p.101).

A doutrina costuma denominar a cláusula compromissória vazia de cláusula patológica tendo em vista não indicação da instituição ou o mecanismo de indicação do árbitro, ou ainda apontam órgão arbitral inexistente.

Designa, assim, a cláusula arbitral patológica avenças em um contrato com redação “incompleta, esdrúxula ou contraditória” que não possibilitam aos envolvidos a escolha da instituição arbitral (CARMONA, 2009. p. 112).

Surge então problemática concernente na autonomia da cláusula e sobre a temática Irineu Strenger nos ensina:

A despeito do grande respaldo jurídico que se dá à cláusula compromissória e sua autonomia, surgem com relativa freqüência situações que facultam a discussão em torno da validade do acordo. É o caso, por exemplo, de cláusula que designa organismo de arbitragem não identificável denominada patológica ou cláusula branca, quando se limita a apontar a arbitragem como solução de controvérsia, sem identificação ou designação de árbitros (STRENGER, 1998, p.40).

Tal cláusula, embora afaste a competência do juiz estatal, não é suficiente para instituir a arbitragem e, caso as partes não acordem na nomeação do árbitro, será necessário a intervenção do Poder Judiciário para a respectiva efetivação.

Para solução desta lacuna da cláusula arbitral impõe à lei que notificará a parte interessada seu adversário, acerca de seu interesse na instauração do juízo arbitral (art.6º da Lei de Arbitragem), antes de socorrer-se à jurisdição estatal.

3.2 Compromisso arbitral

É o compromisso a segunda forma de manifestação da convenção de arbitragem, no qual os interessados atribuem a um terceiro a solução das avenças entre elas existentes.

O compromisso arbitral encontra-se definido no art. 9º da Lei de Arbitragem: “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

Pela definição de Strenger: “o compromisso é a convenção pela qual as partes acordam submeter a procedimento arbitral a solução de um ou vários litígios determinados já existentes” (STRENGER, 1998, p. 69).

Continua Strenger sobre a natureza jurídica do compromisso como sendo “contrato de efeitos processuais”, pois segundo o autor seu fim não é exclusivamente derrogar a causa dos poderes jurisdicionais. (STRENGER, 1998, p. 70).

Pode ser de duas espécies o compromisso arbitral: judicial e extrajudicial. O primeiro refere-se à controvérsia já ajuizada perante a justiça comum e em seu transcorrer as partes optem pela Arbitragem excluindo-se, assim, o processo sem resolução do mérito.

Outra expressão do compromisso arbitral judicial ocorre quando contrato contém cláusula compromissória vazia e uma das partes não assinando o compromisso, faz-se necessário recorrer ao judiciário para que este seja estabelecido.

Já o compromisso arbitral extrajudicial é celebrado por escritura pública ou assinado pelas partes e duas testemunhas (art. 9º § 2º) e exigiu o legislador forma solene, por “cautela” (CARMONA, 2009. p. 190).

O art. 10 da Lei de Arbitragem contém os requisitos essenciais do compromisso arbitral, quais sejam: qualificação das partes e dos árbitros, matéria que será objeto da arbitragem e local em que será proferido o laudo.

3.3 Diferenças entre cláusula compromissória e compromisso arbitral

A nítida distinção entre os elementos da convenção de arbitragem é o momento de seu nascedouro, sendo que a cláusula compromissória nasce no início do negócio principal, como medida preventiva dos envolvidos, com o intuito de assegurá-los de um possível desentendimento futuro; ao passo que o compromisso arbitral é posterior à avença surgida entre as partes (GUILHERME, 2012, p. 82).

Em síntese, portanto, a cláusula compromissória é “futura, condicional e genérica”, uma vez que cria uma obrigação entre as partes de resolverem um número indefinido de divergências; ao passo que o compromisso arbitral é “presente, específico e definido”.

Salienta Muniz a exigência de formalidade que o compromisso arbitral necessita cujos requisitos legais são a identificação das partes, dos árbitros e do litígio, o *contrário sensu*, a cláusula compromissória dispensa formalismos (GUILHERME, 2012, p. 82).

A diferença primordial entre as espécies da convenção arbitral diz respeito à esfera contratual visto que a cláusula compromissória é um pré-contrato, ou seja, um contrato preliminar em que as partes prometem pactuarem um compromisso quando já da existência do conflito. Já o compromisso arbitral vincula os envolvidos à arbitragem por si só.

4 MEDIDAS CAUTELARES NA ARBITRAGEM

Pretende-se, no presente tópico, analisar as controvérsias sobre a aplicação direta das medidas cautelares pelos árbitros eleitos pelas partes, sem a necessidade de intentar no Poder Judiciário quando necessário deslinde de questão preliminar, com base na Lei 9.307, como método alternativo de solução de conflitos jurídicos.

4.1 Tutela de urgência

Na legislação processual brasileira há a medida provisória de natureza cautelar e a medida provisória de natureza antecipatória, esta última introduzida pela nº 8.952 de 13.12.1994, que autoriza o magistrado a conceder liminares em qualquer ação de conhecimento, preenchidos os requisitos do art. 273.

Destarte, para as medidas de urgência, prestam-se as ações intentadas no órgão oficial, as liminares deferidas em observância ao rito das medidas cautelares, bem como o instituto da tutela antecipada.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior ressalta a similaridade de tais medidas:

Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto da ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 418).

Apesar das semelhanças, conforme alhures, entre ambas as medidas, tais institutos não se confundem, uma vez que a medida cautelar possui relação com a lide não satisfativa, ou seja, apenas assegura uma pretensão e, por isso, é objeto de ação separada, que pode ser ajuizada antes ou no curso da ação principal; ao passo que a tutela antecipada somente é possível dentro da própria ação principal, além de ser uma tutela satisfativa, pois antecipa os efeitos práticos da sentença.

Ademais, as cautelares possuem natureza jurídica de ação e a tutela antecipada de incidente processual.

No que tange à aplicação das medidas referidas no procedimento arbitral, tal qual ocorre no judiciário, estas dependerão do cumprimento de requisitos legais, a seguir discutidos, bem como da instauração do tribunal arbitral.

4.2 Tutela antecipada

Instituto diverso das medidas cautelares, a tutela antecipada, espécie do gênero medidas de urgência, é um instituto processual que permite, a requerimento do autor e dentro de determinado processo, antecipar total ou parcialmente os efeitos do provimento jurisdicional, o que só ocorreria só ocorreria com a sentença ou com o trânsito desta.

Para seu deferimento pelo julgador do incidente processual, necessário preencher certos requisitos legais descritos no art. 273 do Código de Processo Civil:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos descritos no caput do aludido artigo devem estar obrigatoriamente presentes de forma cumulada para a concessão da medida, além da reversibilidade descrita no § 2º, bem como deve o interessado preencher ao menos um dos requisitos alternativos constantes dos seus incisos.

Com relação à prova inequívoca refere-se aquela hábil a convencer o juiz, ou seja, é sólida e, apesar da não cognição plena, é a quase certeza do direito alegado.

Humberto Theodoro Júnior, explicando o dito requisito, afirma ser a prova inequívoca aquela que não deixa

dúvidas ao magistrado, uma vez que, é clara e precisa; apta a autorizar um julgamento da lide se, naquele instante, tivesse de proferi-lo (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 420).

A verossimilhança relaciona-se com aquilo que é plausível, provável.

No que tange à reversibilidade da medida o legislador permite a concessão da antecipação dos efeitos da tutela se possível reverter os efeitos gerados pela decisão, retornando as partes ao *status quo*.

Quanto aos requisitos alternativos, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação significa impor ao titular do direito prejuízo decorrente do seu não exercício incontinenti.

Didier Junior, Braga e Oliveira salientam que o que caracteriza o dano irreparável é a impossibilidade de reverter seus efeitos e continua:

Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa [...] (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011. v.2. p. 506).

O abuso do direito de defesa representa a atitude do réu em utilizar-se do próprio procedimento processual recursal apenas para prolongar a lide no decurso do tempo.

Por último, a expressão normativa: “manifesto propósito protelatório do réu” traduz-se como a litigância de má fé por parte deste, ou seja, de valer-se do procedimento formal exigido com finalidade de protelar o processo.

Nos dizeres de Arruda Alvim, com relação ao inciso II do adrede artigo, a defesa do réu traduz-se com infundada, ou, então, na condição de depararmos com uma resistência prolongadora do resultado do processo, caracterizada pelo seu próprio comportamento (ALVIM, 2011, p. 877).

4.3 Medidas cautelares

As medidas cautelares são conhecidas pela doutrina como medidas “assecuratórias”, dado seu caráter de garantir a utilidade de um provimento jurisdicional a ser prolatado em outro processo.

Com relação ao momento de sua propositura, há medidas cautelares preparatórias (propostas antes da ação principal), bem como cautelares incidentais (promovidas no curso da ação principal).

Tal diferenciação é relevante para determinação de competência da jurisdição estatal ou da privada, no julgamento das cautelares preparatórias antes da instrução do tribunal arbitral.

Há previsão no ordenamento processual brasileiro das medidas cautelares típicas as quais protegem situações determinadas (arresto, seqüestro, busca e apreensão, caução, produção antecipada de provas), chamadas nominadas; bem como, de forma geral as cautelares inominadas, descritas no art. 798.

O processo cautelar, enquanto tutela de urgência, deve preencher os requisitos do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”.

Este primeiro é a aparência do direito do requerente, ao contrário da prova inequívoca da tutela antecipada em que a certeza é mais concreta, mencionado no art. 801, IV do Código de Processo Civil: “exposição sumária do direito ameaçado”.

Tartuce, Dellore e Marin conceituam o brocardo como: “probabilidade de que o direito material de fato exista, não se exigindo convencimento total sobre a certeza, bastando uma mera aparência do direito do requerente” (TARTUCE; DELLORE; MARIN, 2013. p. 375).

No que se refere ao “*periculum in mora*”, este é tratado no mesmo inciso como “receio de lesão” e constitui o temor de perecimento do direito pelo decurso do tempo.

Apesar das divergências entre as tutelas de urgência, previu o legislador a fungibilidade entre ambas, ou seja, a interposição de uma ao invés de outra não pode obstar o magistrado na concessão da medida, presentes os requisitos e pressupostos, conforme disciplina § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil.

Urge, porém, diferenciar as tutelas de urgência, pois no juízo arbitral por vezes necessitar-se-á da conservação de determinadas situações, outras na satisfação do direito desde logo, o que, inexoravelmente, promoverá um imbróglio na determinação da competência do juiz togado ou do árbitro, considerando, ou não, a instituição do tribunal arbitral.

O que se depreende, de qualquer forma, da Lei de Arbitragem é que não foi claro o suficiente o legislador na distribuição da competência da aplicação das medidas cautelares na arbitragem, sejam estas tutelas de urgência antecipatória, preparatória ou incidentais.

4.3.1 Aplicação das medidas cautelares na arbitragem

Acerca da competência do árbitro em conceder medidas cautelares na arbitragem diverge a doutrina brasileira na hermenêutica do texto da Lei nº 9.307/96, em diversas variáveis.

Posicionamentos existem que admitem ao juiz eleito pelas partes decidirem também as questões incidentais do litígio; há aqueles doutrinadores que negam ao árbitro os

poderes de concessão em matéria de tutelas emergenciais na arbitragem; outros há que atribuem a estes poderes negam-lhes, contudo, aqueles relacionados à coação na execução de tais medidas e, por último; há posições ainda que consideram, ou não, a instauração do tribunal arbitral para determinarem a competência da jurisdição privada ou estatal.

A esse respeito, o art. 22 § 4º do referido texto legal reza que na iminência de tais medidas cautelares os árbitros “poderão” solicitar ao órgão oficial de resolução de conflitos:

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º [...]

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º [...]

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

O diagnóstico de Strenger, citado por Guilherme, mostra a atribuição da competência do árbitro no que tange as tutelas emergenciais:

Os árbitros, verdadeiros juízes, são competentes para dirimir o litígio que lhes é submetido pelas partes, nos termos do compromisso arbitral. Esta é efeito direto da eliminação da competência das jurisdições estatais, em presença de uma convenção de arbitragem. Consequentemente, os árbitros têm poderes próximos dos juízes. Podem tomar medidas instrutórias e resolver certos incidentes processuais. Mas estes poderes estão limitados pelo caráter contratual da arbitragem (STRENGER, Guilherme Gonçalves apud GUILHERME, 2012, p.140.)

Na contramão dessa opinião está a de Furtado ao afirmar que: “não pode o árbitro ou o tribunal, decretar medidas coercitivas, ou processar e julgar ações cautelares”. (FURTADO, apud CARMONA, 2009, p.324.)

Nesse sentido está também o entendimento de Marinoni e Arenhart ao considerarem o caráter não jurisdicional da arbitragem tirarem o poder dos árbitros de concederem medidas de urgência, devendo o interessado buscá-las junto à jurisdição estatal e continuarem:

Às críticas que se podem formular a essa conclusão, pode-se responder com simples argumento prático: de que serve uma medida urgente concedida por um árbitro, *se-ao menos na forma da legislação atual*- deve ela ser concretizada dentro do Poder Judiciário? Note-se, nesse passo, que o Poder Judiciário, para realizar essa decisão provisória arbitral, utilizaria do processo de execução, *indiscutivelmente inadequado para atender à urgência de qualquer situação* (MARINONI, 2010. v. 5. p. 356).

Já Lúcio entende perfeitamente competente o árbitro eleito pelas partes no deslinde de questão incidental, cuja instrução normativa constante no § 4º confirma os poderes do juiz privado e independência do procedimento frente ao sistema oficial, não afasta, entretanto, uma atuação do Poder Judiciário no juízo arbitral; o que denota o não “alijamento” deste frente à lei de arbitragem (LÚCIO, 1997.p.70).

Entre aqueles que reconhecem os poderes do árbitro, mas fazem distinção entre concessão e efetivação das medidas cautelares está Irineu Strenger e Tânia Lobo Muniz.

Relata o primeiro a não autonomia da jurisdição particular com relação às medidas de urgência, sendo as partes declinadas à jurisdição estatal pela exclusão de poderes ao árbitro em ordenar tais:

A despeito do princípio da autonomia do processo arbitral, a intervenção do juiz estatal é às vezes necessária não somente na fase inicial da instituição da arbitragem como no curso da mesma, para o fim de adotar certas medidas cautelares ou coercitivas.

Uma limitação significativa de que sofre a arbitragem concerne à ausência de poderes coercitivos do árbitro e, em consequência, sua incapacidade de fazer executar a medida ordenada para uma parte recalcitrante.

Assim, as partes que julgavam a justiça arbitral, como solução alternativa da justiça estatal, descobrem a necessidade de recorrer à ajuda desta última. Entretanto, a contradição é mais aparente do que real, na medida em que o domínio das cautelares é um dentre tantos outros nos quais a arbitragem, para encontrar meio eficaz de regulação dos litígios, deve aceitar um certo grau de intervenção do juiz estatal, a fim de completar as funções do árbitro (STRENGER, 1998, p.130).

No mesmo sentido:

(...) com relação às medidas cautelares, a lei determina que poderão os árbitros, analisando os motivos e fundamentos de sua conveniência, decidir sobre seu cabimento, e solicitar ao Judiciário a imposição ou o cumprimento desta, tanto as requeridas pelas partes, quanto as de ofício, conforme julgar serem necessárias e essenciais para garantir a efetividade da arbitragem, uma vez que se trata de procedimento análogo ao judicial, com a finalidade

de de decidir a questão de maneira justa.

Ou seja, o árbitro avaliará o cabimento e decretará a medida; e o Judiciário, determinando seu cumprimento e imposição, a efetivará (MUNIZ, 2009, p. 113 e 114).

Não diferente, tem-se a vertente de Carmona, cabendo às partes interessadas requererem as medidas emergenciais ao árbitro fundamentalmente e, presentes seus requisitos, concederá a medida, submetendo-se a tal decisão a parte contrária. Caso assim não ocorra caberá uma intervenção do Poder Judiciário, não para que este “delibere” se é caso ou não de concessão do pleiteado, mas “tão somente para concretizá-la” (CARMONA, 2009, p. 323).

Tão controversa é a temática da atribuição da competência com relação às tutelas de urgência no juízo arbitral, não bastassem às opiniões contrastantes relacionadas, alguns doutrinadores ainda condicionam suas posições à instauração do tribunal arbitral.

Nesse ínterim, situações existem em que a situação acautelanda (seja esta em caráter liminar-decisão interlocutória, seja em caráter de sentença cautelar) se dá no interregno entre o litígio propriamente dito e a instauração do tribunal arbitral, outras cuja situação ocorre tendo este já se constituído.

4.3.2 Das medidas cautelares precedentes ao tribunal arbitral

Apesar de posicionar-se claramente sobre o não categórico §4º do art. 22 da Lei de Arbitragem, admitindo a intervenção estatal para execução das medidas urgentes, caso seja necessário, Carmona também faz uma reflexão quando da necessidade das ditas tutelas antes de instruída a arbitragem:

[...] as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originalmente competente, o que aconteceria na hipótese de a parte interessada não poder requerer a medida cautelar ao árbitro (como deveria) pelo simples fato de não ter sido ainda instruída a arbitragem (os árbitros ainda não aceitaram o encargo, art. 19 da Lei). Diante de tal contingência, abre-se à parte necessitada a via judicial, sem que fique prejudicada a arbitragem, apenas para que o juiz togado examine se é caso de conceder a medida cautelar; concedida a medida, cessa a competência do juiz togado, cabendo aos árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, cessar ou modificar a medida concedida (CARMONA, 2009, p. 327).

Ressalta ainda Carmona que, no caso da cautelar preparatória, considerada a urgência do fato e a incompetência do órgão estatal, como não há ação principal ainda que extrajudicial, não fica à parte dispensada de tomar as medidas necessárias para a instituição da arbitragem, no

prazo de 30 (trinta) dias, por analogia, nos termos do art. 806 do Código de Processo Civil, sob pena de cessação da eficácia da medida cautelar (art. 808, inciso I do referido diploma legal) (CARMONA, 2009, p. 327).

No entendimento de Parizatto, é defeso ao árbitro tomar medidas cautelares, não restando alternativa à parte se não ingressar no judiciário competente originalmente para julgar a demanda, caso ainda não houvesse instauração do tribunal (PARIZATTO, 1997, p. 82).

Certo é que por mais que a arbitragem, enquanto via extrajudicial de composição de litígios, seja por sua natureza mais célere do que o órgão estatal, por vezes também necessitará da salvaguarda de direitos que, pelo decurso do tempo- instituição do tribunal-, correm o risco de perecerem.

Ademais não se devem privar os particulares de socorrerem ao judiciário, precioso preceito constitucional e direito subjetivo, na conservação do estado de fato ou de direito, como também antecipando estes.

4.3.3 Medidas cautelares incidentes

Outra problemática que mostra o dúbio §4º do art. 22 da Lei de Arbitragem é referente à aplicação das medidas cautelares após a instauração do tribunal arbitral.

Carmona coloca uma situação de emergência já estando formado o tribunal arbitral, o que impossibilita o acesso aos árbitros eleitos para solução de questão incidental urgente, surgida em dia de feriado.

Neste contexto, permite-se a intervenção estatal para resolver apenas a questão urgente e, após os árbitros passam a ter “total controle do processo”, podendo estes manter, modificar ou até mesmo revogar a medida concedida pelo juiz togado, ou até mesmo conceder medida anteriormente indeferida (CARMONA, 2009, p. 327).

Carneiro coloca que se houver autorização na convenção de arbitragem, o que prestigia a autonomia da vontade das partes, não haveria óbice ao árbitro decidir sobre questões de cunho cautelar, posto que esteja autorizado a decidir o mérito sem qualquer intervenção do Poder Judiciário (CARNEIRO, apud MUNIZ, 2009, p. 114).

Esta é mais uma vertente do acirrado debate do relacionamento entre árbitros e juizes acerca das medidas emergenciais no juízo arbitral, que não encerra a questão.

4.4 A jurisprudência sobre o tema

Para aqueles adeptos ao sistema da *common law*, não há um único precedente que pacifique a discussão da aplicação das tutelas de urgência na Lei de Arbitragem, pelo contrário, há diversos julgados em um e outro sentido

que corroboram com as divergências doutrinárias alhures.

No julgado a seguir entendeu o desembargador não ter o árbitro poderes para decretarem medidas cautelares.

Exceção de incompetência. Busca e apreensão. Contrato de financiamento com cláusula de arbitragem. Indispensável a intervenção estatal eis que o juízo arbitral não possui o poder de império necessário à realização de medidas coercitivas ou cautelares (art. 22, § 4º, Lei 9.307/96). Decisão mantida. Agravo improvido.²

Ainda sobre o tema, porém com posicionamento contrário, os julgados que seguem denotam a independência da arbitragem frente ao órgão estatal, extinguindo o processo cautelar sem resolução de mérito para que a questão seja posta à apreciação arbitral.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. DUPLICATAS. CONTRATO PARTICULAR DE PERMUTA DE BEM IMÓVEL POR PRODUTOS AGRÍCOLAS. ALEGAÇÃO PRELIMINAR DE EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. APLICAÇÃO DA LEI DE Nº 9.307/96. LEI DE ARBITRAGEM. AFASTAMENTO DA JURISDIÇÃO COMUM PARA SUBMETER À APRECIÇÃO DA CAUSA AOS ÁRBITROS CONSTITUÍDOS NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO DE PERTINÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 267, VII, DO CPC. “1. Com a alteração do artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil, advinda com a entrada em vigor da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerado como hipótese de extinção do processo sem resolução de mérito, o que afasta a lide do âmbito do Poder Judiciário, por autonomia das partes em instituir a cláusula, ressalvada a hipótese do artigo 33, da referida lei. 2. “Uma das maiores inovações da Lei de Arbitragem foi imprimir força cogente à cláusula arbitral. Com a alteração do inc. VII do art. 267 do CPC, a expressão ‘compromisso arbitral’ foi substituída por ‘convenção de arbitragem’ e, dessa forma, a eleição de cláusula arbitral passou a configurar uma das causas para extinção do processo sem julgamento do mérito, afastando, obrigatoriamente, a solução judicial do conflito.” 1 RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.³

COMPRA E VENDA DE GRÃOS MEDIANTE EXPORTAÇÃO - NEGÓCIO SUBMETIDO À ARBITRAGEM INTERNACIONAL, POR FORÇA DE COMPROMISSO ARBITRAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA

PELO EXPORTADOR NA JUSTIÇA ESTADUAL - CAUSA PETENDI ABRANGIDA NO DEBATE E NA DECISÃO DE ARBITRAGEM - DECISÃO ESTRANGEIRA HOMOLOGADA NO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - FALTA DE JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA ESTADUAL RECONHECIDA - EXEGESE DOS ARTIGOS 267-VII E 301-IX DO CPC - EXTINÇÃO DA AÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA - SENTENÇA CASADA. I - A existência de convenção de arbitragem leva à extinção do processo judicial sem resolução de mérito, pois, nenhuma das partes, sem a concordância da outra, poderá arrepender-se da opção anteriormente estabelecida no sentido de que eventuais conflitos sejam dirimidos através do juízo arbitral.⁴

Diante à possibilidade de intervenção judicial antes da instauração do tribunal arbitral os entendimentos jurisprudenciais abaixo admitem esta intervenção preliminarmente, desde que preenchidos os requisitos das tutelas emergenciais, a fim de que o direito objeto de discussão futura no juízo arbitral não pereça.

Agravo de Instrumento. Medida Cautelar. Liminar deferida para que terceiro se abstenha de prática de ato. Litígio acerca do cumprimento do contrato de compra e venda de participações societárias a ser dirimido por Juízo Arbitral instaurado no exterior. Possibilidade. Competência do juiz nacional. Deferimento, uma vez preenchidos os requisitos da plausibilidade do direito invocado e o risco de dano de difícil reparação. Legalidade da medida deferida. Permanência até que seja revogada pelo Juízo Arbitral instaurado na pendência deste recurso e da medida cautelar. Inteligência dos artigos 88, II, 797 do Código de Processo Civil e artigo 22 da Lei 9.307/96. Liminar.⁵ PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O PERICULUM IN MORA E O FUMUS BONI IURIS. ARBITRAGEM. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. LIMITES. 1. A jurisprudência deste Tribunal vem admitindo, em hipóteses excepcionais, o manejo da medida cautelar originária para fins de se atribuir efeito suspensivo a recurso especial; para tanto, porém, é necessária a demonstração do periculum in mora e a caracterização do fumus boni iuris. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de

² TJSP, AI n. 0100293-95.2011.8.26.0000, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Soares Levada, j. 01.08.2011, Disponível em: <http://jusbrasil.com.br>. Acesso em: 10 nov. 2013.

³ TJPR, AI n. 885609-3, 16ª Câmara Cível, Rel. Shiroshi Yendo, j. 09.05.2012, Disponível em <http://jusbrasil.com.br>. Acesso em 10.11.2013.

⁴ TJPR, AC: 3156903 PR 0315690-3, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Roberto Hapner, j. 27.06.2007, Disponível em <http://jusbrasil.com.br>. Acesso em 10.11.2013.

⁵ TJSP, AI n. 0028833-77.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. José Reynaldo, j. 06.05.2013, Disponível em <http://s.conjur.com.br>. Acesso em 11.11.2013.

natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhado ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatendem-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Liminar deferida.⁶

5. A QUESTÃO NA ÓTICA INTERNACIONAL

Considerando a importância do instituto da arbitragem vejamos alguns tratamentos internacionais acerca da competência legal que recebem os árbitros a título das medidas cautelares.

Primeiramente observaremos as regras criadas pela UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), sobre arbitragem comercial internacional, de 21.06.1984, e que serviu de modelo à Lei de Arbitragem brasileira, dispõe:

Art.9 Não é incompatível com uma convenção de arbitragem a solicitação de medidas provisórias ou conservatórias feita por uma das partes a um tribunal, antes ou durante o processo arbitral, bem como a concessão de tais medidas pelo tribunal.

[...]

Art. 17 Salvo em convenção em contrário das partes, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte, ordenar a qualquer delas que tome as medidas provisórias ou conservatórias que o tribunal arbitral considere necessário tomar em relação ao objeto do litígio. O tribunal arbitral pode exigir a qualquer das partes que, em conexão com essas medidas, preste uma garantia adequada (GUILHERME, 2012, p. 224 e 228).

Como é possível observar, a referida lei modelo permite às partes dar competência ao árbitro na matéria, por extensão dos poderes.

Há semelhante provisão no Regulamento de Arbitragem da “American Arbitration Association” (AAA):

Art. 21.1 Mediante solicitação de qualquer das partes, o tribunal arbitral poderá tomar quaisquer medidas provisórias que julgue necessárias, inclusive medidas

cautelares e medidas de proteção ou conservação de propriedade (GUILHERME, 2012, p. 224 e 228).

Já o Regulamento da Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), vai mais além, estendendo aos árbitros os poderes de concessão e efetivação das medidas cautelares em juízo arbitral:

Art. 23.1 A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o Tribunal Arbitral poderá, tão logo esteja de posse dos autos, e a pedido de uma das partes, ordenar a execução de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada. O Tribunal Arbitral poderá subordinar tal medida à apresentação de garantias pela parte solicitante. A medida que for adotada tomará a forma de despacho devidamente fundamentado, ou, se necessário, e se o Tribunal Arbitral entender adequado, sob a forma de um Laudo (GUILHERME, 2012, p. 137).

A *Ley de Arbitraje y Mediación* do Equador, de 1997, adotou critério semelhante da CCI facultando as partes concederem poderes aos árbitros para que estes executem as medidas cautelares decretadas:

Art. 9° Os árbitros poderão conceder medidas cautelares, de acordo com as normas do Código de Processo Civil ou com as que considerem necessárias para cada caso, para assegurar os bens materiais do processo ou para garantir o resultado deste. Os árbitros podem exigir uma garantia a quem solicitar a medida, com o objetivo de cobrir o pagamento do custo de tal medida e da indenização por perdas e danos à parte contrária, se a pretensão for declarada infundada no laudo.

A parte contra quem se conceder a medida cautelar poderá pedir a suspensão dela, se prestar caução suficiente perante o tribunal.

Para a execução das medidas cautelares, os árbitros, sempre que as partes assim o estipularem na convenção arbitral, solicitarão o auxílio dos funcionários públicos, judiciais, policiais e administrativos que sejam necessários, sem ter que recorrer a qualquer juiz ordinário do lugar onde se encontrem os bens ou do lugar em que seja necessário adotar as medidas.

Se nada se estabelecer na convenção de arbitragem acerca da execução das medidas cautelares, qualquer das partes poderá solicitar aos juízes ordinários que ordenem sua execução sujeitando-se ao estabelecido no segundo e terceiro parágrafos deste artigo, sem que isto signifique renúncia à convenção arbitral (CARMONA, 2009, p. 323).

Carmona acrescenta ainda que a Lei de Arbitragem da Costa Rica dispõe (Lei n. 7.727, de dezembro de 1997), em seu artigo 22, em contraposição as legislações supra, que as questões cautelares ficarão a cargo do juiz togado e não do árbitro sem, todavia, comportar revogação da convenção arbitral (CARMONA, 2009, p. 323).

Como se vê, a questão das tutelas emergenciais no

⁶ STJ, Ag Rg na MC: 19226 MS n. 2012/0080171-0, 3ª Turma, Rel. Des. Massami Uyeda, j. 21.06.2012, Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em 11.11.2013.

juízo arbitral encontra tratamento mais extenso dos poderes do juiz privado nas legislações alienígenas, contrapondo à legislação pátria, longe, porém, de pacificar a matéria.

6. O ANTEPROJETO DE ALTERAÇÃO DA LEI DE ARBITRAGEM

A reforma na Lei de Arbitragem (9.307/96) é objeto do anteprojeto de lei da Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal, presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luís Felipe Salomão.

É oportuna a análise preparatória para revisão de questões conflitantes no texto da lei, notadamente no que se refere à possibilidade do juiz eleito pelas partes concederem medidas emergenciais, derogando a jurisdição estatal para tal.

Para tanto, o artigo 22-A promete resolver a questão das cautelares na medida em que resolve os poderes dos árbitros na matéria, antes da instituição e após a implementação do tribunal arbitral:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medidas cautelares ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta (30) dias, contados da data da efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, as medidas cautelares ou de urgência serão requeridas diretamente aos árbitros.”

Poderão ocorrer questões antes mesmo da instituição do tribunal arbitral que, caso não seja apreciada incontinenti, o direito da parte corre o risco de perecimento, ou tornar-se-á inútil a decisão que será proferida.

Carmona, que é membro da comissão de juristas autores do anteprojeto manifestou-se sobre o assunto, conforme alhures exposto na subseção secundária 5.2.1: “[...] a questão deve ser dirimida com a invocação de tradicional princípio do direito luso-brasileiro, segundo o qual *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*” (CARMONA, 2009. p. 323), ou seja, no mesmo sentido do anteprojeto, por óbvio pode a parte, e deve, para evitar o dano ingressar no judiciário requerendo a medida cautelar caso não houver instaurado o tribunal arbitral.

E continua Carmona, se for caso de cautelar preparatória correrá o prazo do art. 806 do Código de Processo Civil para a parte tomar as medidas necessárias para a

instituição do tribunal arbitral.

No que tange ao esboço preliminar constante no art. 22-B, esta previsão prestigia a autonomia da vontade das partes, dando força ao instituto da arbitragem.

CONCLUSÃO

Na resolução do problema proposto entendemos que o acesso à justiça deve ser aquele preconizado no acesso a ordem jurídica justa, mediante atuação judicial ou extrajudicial.

Para tanto, há diversas possibilidades como a autocomposição e a solução por um terceiro até chegarmos ao sistema oficial.

A arbitragem constitui uma dessas alternativas ao judiciário, eficiente método de desjudicialização, mas seu atual texto de lei é omissivo sobre a possibilidade de aplicação das tutelas emergenciais por esta via, o que provoca intensos debates doutrinários e jurisprudenciais.

A esse respeito entendemos que carece de clareza o atual texto de lei o qual deveria dispor de forma contundente sobre o relacionamento entre árbitros e juízes em questões cautelares quando necessárias (tal qual ocorre com a legislação alienígena longe, porém, de chegar à unanimidade), antes ou após instituição do tribunal arbitral.

Nesse íterim é feliz a proposta do anteprojeto resolvendo todos os impasses da matéria, sem olvidar do princípio da autonomia da vontade, cerne do instituto da arbitragem.

Enquanto não houver regulamentação para trâmite de concessão e efetivação das medidas cautelares na arbitragem (seja liminar, decisão interlocutória ou sentença cautelar), quando necessárias antes ou após a instauração do tribunal arbitral, persistirá a celeuma doutrinária e jurisprudencial, sobretudo a insegurança jurídica dos utilizadores do instituto, coexistindo este com o órgão oficial na resolução de conflitos proporcionando um maior acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 14. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Arbitragem-Breve contexto histórico. Tribunal Arbitral de São Paulo. Disponível em <http://www.arbitragem.com.br>. Acesso em, 14 out. 2013.

- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. **MESCS- Manual de mediação conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 19226 MS n. 2012/0080171-0 da 3ª Turma, Brasília-DF, 21 de junho de 2012. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em 11.11.2013.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0100293-95.2011.8.26.0000 da 34ª Câmara de Direito Privado, São Paulo-SP, 01 de agosto de 2011. Disponível em < <http://jusbrasil.com.br>>. Acesso em 10.11.2013.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0028833-77.2013.8.26.0000 da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, São Paulo-SP, 06 de maio de 2013. Disponível em < <http://s.conjur.com.br>>. Acesso em 11.11.2013.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento n. 885609-3 da 16ª Câmara Cível, Curitiba-PR, 09 de maio de 2012. Disponível em < <http://jusbrasil.com.br>>. Acesso em 10.11.2013.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 0028833-77.2013.8.26.0000 da 17ª Câmara Cível, Curitiba-PR, 27 de junho de 2007. Disponível em < <http://jusbrasil.com.br>>. Acesso em 10.11.2013.
- _____. Código De Processo Civil. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Mini Vade Mecum Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.1409-1416, 2013.
- CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e Processo**. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Bahia: *jus* Podivm, 2011. v.2.
- GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Teoria da Arbitragem**. São Paulo: Editora Rideel, 2012.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 5.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem- Comentários à Lei 9.307, de 23-09-96**. São Paulo: Editora de Direito, 1997.
- STRENGER, Irineu. **Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.
- _____; DELLORE, Luiz; MARIN, Marco Aurélio. **Manual de prática civil**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2013.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Impressão e Acabamento:

Editora Legis Summa Ltda.

Livros: Jurídicos, Didáticos, Históricos e Poéticos.
Rua Dom Alberto Gonçalves, 1355 - Campos Elíseos.
Fone/fax (016) 3626-0492 Ribeirão Preto SP.
E-mail: editoralegissumma@uol.com.br

