



**FACULDADES OPET
CURSO DE DIREITO**

REVISTA ÂNIMA

9ª EDIÇÃO - ANO IV - JANEIRO A JUNHO DE 2013

ISSN 2175-7119

Revista indexada no LATINDEX e Diadorim

Classificação Qualis
B5 (Ciências Sociais Aplicadas)
C (Direito)

**CURITIBA - PARANÁ - BRASIL
1º SEMESTRE DE 2013**

Expediente

ANIMA – REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DA OPET

Editor Responsável: Prof. Dr. Érico Hack

Coordenadora do Curso de Direito: Prof. Lélia Lenz Cesar

Conselho Editorial:

Alexandre Walmott Borges (UF Uberlândia)

Andreia Cristina Caldani (OPET)

Augustus B. Cochran, Ph.D. (AGNES SCOTT COLLEGE – EUA)

Clayton Reis (CESUMAR / UNICURITIBA)

Gonçalo S. de Melo Bandeira (ESG/IPCA e Universidade Portucalense - PORTUGAL)

Murilo Sampaio Oliveira (UFBA)

Viviane Coelho de Sêllos (UNICURITIBA)

Conselho Consultivo

Alexandre Coutinho Pagliarini (PUC/SP e Universidade de Lisboa)

André Ramos Tavares (PUC/SP e USP)

Carlos Mário da Silva Velloso (Supremo Tribunal Federal)

Celso Luiz Ludwig (UFPR)

Danilo Doneda (FD-Campos-RJ)

Fauzi Hassan Choukr (FACAMP)

Jorge Miranda (Universidade de Lisboa)

José Afonso da Silva (USP)

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (PUC/MG)

Leonardo Nemer Caldeira Brant (PUC/MG)

Luiz Carlos Amorim Robortella (Universidade Mackenzie/SP)

Luiz Edson Fachin (UFPR e PUC/PR)

Marco Antônio César Villatore (PUC/PR)

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Superior Tribunal Militar)

Mário Lúcio Quintão Soares (PUC/MG)

Rodrigo Fortunato Goulart (OPET/PR - PUC/PR - EMATRA IX)

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (UNICEUB)

Zulmar Fachin (UEL)

Secretaria:

Faculdades Opet - Curso de Direito (Campus Centro Cívico):

Rua Nilo Peçanha, 1635, Fones (41) 3028-2841 / 3028-2883.

Contato: sap-fao@opet.com.br

Sumário

Expediente	2
Sumário.....	3
LA GARANTÍA O DERECHO DE INDEMNIDAD LABORAL EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO (José Francisco Castro).....	5
O MECANISMO DISCIPLINAR DE FOUCAULT E O PANÓPTICO DE BENTHAM NA ERA DA INFORMAÇÃO (Bruno Guandalini e Guilherme Tomizawa)	23
O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (Jeffrey Chiquini da Costa).....	42
FAMILIA, O ESTADO E A ALIENAÇÃO PARENTAL (Thatyane Kowalski Lacerda Scandelari)	48
ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE (Rosemeri Tulio e Shauã Martins Casagrande).....	67
PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA E AS LISTAS DA OCDE: O CASO DO URUGUAI (Martinho Martins Botelho).....	80
PROTEÇÃO DO NASCITURO EM FACE À POLÊMICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTES (Thálye Salvador e Silva)	94
NOVO CONCEITO DE PROTEÇÃO - DIREITOS HUMANOS NO TRABALHO (Luiz Carlos Amorin Robortella)	122
ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO PENAL MÍNIMO, PUNIR OU NÃO PUNIR (Juliana Vecchi da Silva).....	145

O NOVO MECANISMO DE DISTRIBUIÇÃO DA RENDA TRIBUTÁRIO-ADUANEIRA NO MERCOSUL (Martinho Martins Botelho).....	171
FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (Rosangela Maria Kraviski Grainert Diz)	183
CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES PELA SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO DO PARANÁ ATRAVÉS DO PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO–PSS (Larissa Christina Bassler Vieira, Mariane Yuri Shiohara) ...	207
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE (Amanda Dambros Bianchi)	230
O DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS CONSEQUÊNCIAS DA INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO ESTADO DE DIREITO (Roger Luis Lemes)	251

LA GARANTÍA O DERECHO DE INDEMNIDAD LABORAL EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

José Francisco Castro*

RESUMEN

El presente trabajo aborda, desde una perspectiva teórica y práctica, la institución jurídica conocida como garantía o derecho de indemnidad laboral, la cual está destinada a proteger al trabajador frente a las represalias del empleador, para lo cual se exponen el origen, sus fundamentos y los elementos que la conforman, así como su implementación en Chile. En el plano conceptual, se recogen las principales definiciones existentes y el autor propone una definición propia para el sistema normativo chileno, a partir de la opción de considerar que se trata de un derecho de indemnidad y no precisamente de una garantía, junto con analizar la aplicación concreta que han hecho de esta institución los tribunales chilenos.

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de todo derecho está íntimamente ligado a los mecanismos de que se dispone para hacerlo efectivo y a la ausencia de consecuencias negativas para aquel que lo ejerce. En cuanto al Derecho del Trabajo este punto cobra más relevancia todavía, dada la relación de dependencia o subordinación que caracteriza al vínculo laboral. En efecto, la desigualdad de poder y económica entre empleador y trabajador constituye un escenario propicio para la existencia de limitaciones o trabas para el ejercicio de sus derechos por parte del trabajador. Por ello, la garantía o derecho de indemnidad laboral juega en esta materia un papel central, ya que es la principal herramienta de que dispone el trabajador para hacer frente a las represalias del empleador y, de esta forma, poder ejercer libremente sus derechos.

La garantía o derecho de indemnidad constituye en Chile una institución jurídica relativamente nueva, ya que recién comenzó a aplicarse a partir del año 2008 junto con el naciente procedimiento de tutela laboral. A lo largo de los años posteriores, esta institución ha ido mostrando progresivamente su relevancia para combatir las represalias ejercidas por los empleadores en contra de sus

* Abogado de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica de Chile, alumno del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, con estudios de Postgrado en la Universidad de Castilla-La Mancha y la Universidad de Salamanca. josfrancisco.castro@gmail.com.

trabajadores, gatilladas por el ejercicio de alguna acción judicial o por las labores fiscalizadoras realizadas por la Dirección del Trabajo.

Este trabajo se ha planteado con el objetivo de hacer una exposición sobre el origen y desarrollo que ha tenido la garantía o derecho de indemnidad en Chile. Para ello, hemos dividido el trabajo en dos partes. La primera está destinada a abordar el origen y fundamento de la garantía o derecho de indemnidad, así como sus aspectos conceptuales. Además, en esta parte del trabajo se analiza un tema no abordado hasta ahora por la doctrina ni por la jurisprudencia nacional, cual es si efectivamente la garantía de indemnidad constituye una garantía o, más bien, estamos frente a un derecho de indemnidad. Los elementos que conforman esta garantía o derecho de indemnidad son descritos y analizados en la segunda parte de este trabajo, con la referencia específica a nuestra realidad nacional y a cómo nuestros tribunales han ido interpretando estos elementos y los han ido aplicando en sus fallos.

1. ORIGEN Y ASPECTOS CONCEPTUALES

1.1. Origen y fundamento de la garantía de indemnidad

La ley 20.087, de 3 de enero de 2006, que estableció en Chile un nuevo procedimiento para la sustanciación de los juicios del trabajo, incorporó en el Libro V del Código del Trabajo, un párrafo específicamente dedicado a regular un procedimiento especial denominado “Procedimiento de Tutela Laboral”, el que tiene por finalidad resolver las cuestiones suscitadas en la relación de trabajo que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los enumerados en el artículo 485 del Código del Trabajo. Este procedimiento, como toda la nueva justicia laboral, comenzó a implementarse de manera gradual en el país, a partir del 31 de marzo de 2008.

Dentro de las innovaciones introducidas por el procedimiento de tutela laboral, se contempla la posibilidad de que éste se aplique para resolver las denuncias hechas por trabajadores respecto de las represalias ejercidas en su contra por el empleador, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales (artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo), lo que en doctrina, jurisprudencia y derecho comparado se conoce mayoritariamente como “garantía de indemnidad”.

Esta novedad fue introducida en el inciso tercero del artículo 485, el cual en primer término dispone que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores, se entenderá que resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. Luego, y es lo que para efectos de este trabajo nos interesa, este mismo inciso establece la garantía de indemnidad al disponer textualmente: “En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.

Cabe señalar que el procedimiento de tutela laboral fue incluido inicialmente en el mensaje del Ejecutivo con el nombre de “Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales”, pues se estimó “de vital importancia, siguiendo muy de cerca las experiencias comparadas, diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales al interior de la empresa a través de un procedimiento especial que de cuenta de una serie de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección”¹.

La garantía de indemnidad, por su parte, no estaba contenida en el texto del mensaje que el Ejecutivo envió inicialmente al Congreso Nacional, sino que ella fue incorporada recién en segundo trámite constitucional en el Senado, a través de una indicación del senador Edgardo Boeninger, la que fue aprobada con algunas modificaciones primero en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Senado y, luego, en la Sala del Senado, pasando a ser parte del texto final de lo que llegaría a ser la Ley 20.087.

El origen y el fundamento de la garantía de indemnidad están vinculados indudablemente a la necesidad para quien busca hacer efectivo un derecho, de tener protección jurisdiccional o administrativa al ejercerlo, de forma tal que dicho ejercicio no conlleve alguna consecuencia negativa para su titular. El Derecho del Trabajo ha pretendido desde su origen proteger al trabajador asalariado de los riesgos de la subordinación, tutelando su posición de “contratante débil” y buscando compensar, en cierta medida, la desigualdad entre las partes que caracteriza al contrato de trabajo². Por ello, se ha afirmado que “el objetivo de protección de los intereses personales del trabajador ha sido durante la etapa inicial de este sector del ordenamiento la finalidad más característica del Derecho del Trabajo”³.

Una de las críticas más comunes que se le hacen en este sentido al Derecho del Trabajo radica precisamente en su poca eficacia, “debida, en buena medida, a la falta de exigencia de los derechos que legalmente les asisten por parte de los trabajadores, amenazados por el temor a la pérdida del puesto de trabajo o a algún otro perjuicio en sus intereses profesionales”⁴. Por ello, es evidente que el conjunto de instrumentos tuitivos del trabajo subordinado o dependiente que establece el Derecho Laboral requiere, para ser verdaderamente eficaz, la prohibición y sanción de las conductas del empleador de represalia ante el ejercicio de sus derechos por parte del trabajador. Pues bien, hasta antes de esta innovación introducida por la Ley 20.087 conocida como “garantía de indemnidad”, los mecanismos de protección de nuestro Derecho ante tales represalias del empleador eran bastante difusos e incompletos.

Como se puede observar, la garantía de indemnidad tiene una importancia central en cualquier sistema jurídico laboral, ya que “el reconocimiento de un

¹ Mensaje Nº 4-350, de 22-09-2003, de S.E. el Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de ley que sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, p. 7.

² ÁLVAREZ ALONSO, Diego, La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales, Albacete, España: Bomarzo, 2005, p. 14.

³ MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Madrid, España: Tecnos, 2007, p. 61.

⁴ ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *op. cit.* (n. 2), p. 15.

derecho debe entrañar no sólo la posibilidad de ejercitarlo, sino también la tutela de quien lo ejercita frente a quienes podrían verse afectados por su ejercicio⁵. De esta forma, a través de la consagración legal de la garantía de indemnidad se buscó asegurar una real eficacia en la protección de los derechos laborales, impidiendo que el trabajador renuncie a éstos por las posibles represalias que pudiera sufrir por parte del empleador.

En España, país cuya institucionalidad laboral constituyó un referente importante en la génesis de lo que sería la Ley 20.087, especialmente en el trabajo previo al proyecto de ley realizado por el denominado Foro para la Reforma a la Justicia Laboral⁶, toda la edificación teórica de la garantía de indemnidad ha sido hecha a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Se trata, entonces, de un instituto jurídico de creación jurisprudencial, cuyas primeras sentencias, algo titubeantes, se remontan al año 1993. Esta jurisprudencia ha encontrado su fundamento en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución Española. En efecto, la construcción del Tribunal Constitucional español está ligada al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva ya que la represalia por el ejercicio de ese derecho constituiría, de suyo, una violación de ese derecho fundamental. Así, la garantía de indemnidad sería “un derecho adjetivo, ligado de forma indisoluble al derecho a la tutela judicial efectiva”⁷, entendido éste último como instrumento básico de libre acceso a los jueces y a los tribunales en defensa de derechos e intereses legítimos.

En cuanto a las normas del Derecho Internacional del Trabajo, es importante destacar en relación con la garantía de indemnidad al Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1982, no ratificado por Chile, sobre “Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador” que, en su artículo 5 letra c), excluye de las causas justificadas para la terminación de la relación de trabajo, el haber presentado el trabajador una queja o haber participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o haber recurrido ante las autoridades administrativas competentes.

De esta forma, sobre la garantía de indemnidad, el planteamiento del Convenio 158 de la OIT es todavía más amplio que el del sistema jurídico español, ya que en dicho instrumento internacional se consideran también incluidas las reclamaciones ante las autoridades administrativas (como la Inspección del Trabajo, por ejemplo) e incluso eventualmente las quejas que se esgrimen ante el propio empleador.

⁵ ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *op. cit.* (n. 2), p. 9.

⁶ El Foro para la Reforma a la Justicia Laboral fue una instancia conformada por académicos, jueces, abogados litigantes y representantes de las instituciones públicas relacionadas, coordinada por el profesor Patricio Novoa Fuenzalida, cuya finalidad consistió en elaborar un diagnóstico de la situación en que se encontraba la justicia del trabajo y previsional, así como realizar propuestas de reforma, tanto en lo orgánico como procedimental, en lo que refiere a los juicios laborales y previsionales. Las propuestas de este Foro constituyeron parte importante de los proyectos de ley que culminaron su tramitación parlamentaria con la aprobación de las leyes n° s 20.022, 20.023 y 20.087, referidas a lo orgánico, al procedimiento de ejecución y al procedimiento en juicio del trabajo, respectivamente.

⁷ IGARTUA MIRÓ, María Teresa, *La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social del Tribunal Constitucional*, Madrid, España: CES, 2008, p. 36.

También en este punto cabe mencionar la Recomendación N° 119 de la OIT, de 1963, sobre “Terminación de la Relación de Trabajo por iniciativa del empleador”, cuyo artículo 3° está redactado en términos casi idénticos a lo expuesto sobre el Convenio N° 158.

Como podemos ver, nada se dice en los instrumentos emanados de la OIT sobre otras medidas del empleador distintas del despido, las que pudieran igualmente obedecer a una motivación de represalia frente al trabajador que reclama por sus derechos.

En el caso de nuestro país, la redacción del inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo es bastante amplia, ya que comprende las represalias ejercidas en contra de trabajadores, ya sea en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales. Sobre este aspecto profundizaremos más adelante en el desarrollo del presente trabajo.

1.2. Concepto de garantía de indemnidad

La Real Academia Española de la Lengua define indemnidad como “estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio”⁸. Es evidente que éste es precisamente el sentido que debe dársele desde el punto de vista jurídico-laboral, ya que la garantía de indemnidad está vinculada esencialmente a la ausencia o exención de sanciones o represalias para quien ejerce un derecho o hacer valer sus posiciones jurídicas.

En derecho comparado se suele hacer la distinción entre garantía de indemnidad en sentido lato o “indemnidad genérica” y garantía de indemnidad en sentido estricto. La garantía de indemnidad en sentido lato o “indemnidad genérica” consiste en una noción amplia referida al derecho adjetivo que acompaña a todos y cada uno de los derechos fundamentales, vedando toda reacción represiva de su ejercicio, ya que a todos ellos los acompaña la prohibición de cualquier perjuicio o menoscabo que se infiera como consecuencia de su lícito ejercicio. Podrían agregarse a este concepto amplio de indemnidad, ciertas regulaciones de la legislación laboral que también protegen al trabajador de daños o perjuicios asociados al ejercicio de determinados derechos laborales⁹. Por ejemplo, se podrían incluir dentro de esta definición las garantías establecidas en torno a los trabajadores que tienen algún tipo de representación sindical, las referidas a las normas de protección de la maternidad, las normas relativas a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, etc.

Por su parte, la garantía de indemnidad en sentido estricto estaría vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, referido al derecho al libre acceso a la jurisdicción, aunque con cierta autonomía, protegiendo a la persona que ejercita acciones judiciales frente a todo tipo de represalias que ello pudiera acarrear y que, en el específico ámbito de las relaciones laborales, implica que el poder de dirección

⁸ www.rae.es, sitio consultado el 15 de marzo de 2013.

⁹ ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *op. cit.* (n. 2), p. 38.

no puede utilizarse para perjudicar al trabajador como consecuencia del planteamiento de algún litigio contra su empleador.

En el desarrollo del presente trabajo, cuando hablamos de garantía de indemnidad, nos referimos a la garantía de indemnidad en sentido estricto, por ser el concepto más preciso para abordar la problemática de las represalias en el mundo del trabajo, con la particularidad de que en Chile esta institución está diseñada también para dar cobertura a las represalias ejercidas por el empleador en contra del trabajador en razón o como consecuencia de la intervención administrativa del órgano fiscalizador (la Dirección del Trabajo).

Pues bien, en cuanto a la garantía de indemnidad en sentido estricto, la doctrina española ha entregado distintas definiciones, precisamente a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional español. Así, se le ha definido como “la prohibición de cualquier género de represalia empresarial contra el trabajador, que traiga su causa de forma directa en el ejercicio por parte de éste de su legítimo derecho a la tutela judicial efectiva, incluyendo determinados actos previos al propio proceso”¹⁰. También se ha dicho que la garantía de indemnidad puede definirse esencialmente “como una peculiar vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva que ofrece su cobertura a quien ejercita su derecho de acudir al proceso frente a cualquier injerencia represiva pública o privada, incluidas las represalias que la empresa pudiera adoptar contra un trabajador como consecuencia del planteamiento por éste de una acción judicial contra aquélla”¹¹.

En cuanto a la doctrina nacional, José Luis Ugarte ha identificado la garantía de indemnidad como “el derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales”¹².

La jurisprudencia nacional de los tribunales del trabajo la ha definido, en uno de sus fallos, como “el derecho de toda persona del ejercicio legítimo de sus derechos, y que consiste en no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales”¹³.

A diferencia de lo que ocurre en España, en nuestro país la garantía de indemnidad no está asociada directamente al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, sino que se trata de una norma legal expresa y autónoma incorporada en el Código del Trabajo. Por otro lado, en nuestro sistema jurídico laboral la cobertura es más amplia, ya que además, como se adelantó, se contempla explícitamente la prohibición de ser objeto de represalias por la intervención de la autoridad administrativa (Dirección del Trabajo), en cuanto a su función fiscalizadora.

1.3. ¿Garantía o derecho de indemnidad?

A la luz del desarrollo que está teniendo esta institución en nuestro sistema jurídico laboral, surge la interrogante de si estamos frente a una garantía o ante un

¹⁰ IGARTUA MIRÓ, María Teresa, *op. cit.* (n. 7), p. 71.

¹¹ ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *op. cit.* (n. 2), p. 28.

¹² UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009, p. 36.

¹³ Sentencia del JLT de Concepción, de fecha 1º de octubre de 2009, en causa RIT T 16-2009.

derecho de indemnidad, especialmente considerando las particularidades de nuestra legislación en la materia. Este ha sido un punto que ha sido obviado en general, tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia, a partir de la entrada en vigencia de la normativa de la ley 20.087.

Los autores nacionales¹⁴, por una parte, se apresuraron en trasladar la fundamentación teórica y el léxico utilizado en España para la garantía de indemnidad a la nueva reglamentación nacional, sin realizar las necesarias distinciones entre un sistema y otro. En efecto, en España claramente se habla de “garantía de indemnidad”, ya que se trata, como se ha dicho, de una creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, que tiene su fundamento en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución Española. No existe en dicho país una norma legal de carácter general que establezca la garantía de indemnidad, sino que el tratamiento de ésta a nivel legislativo es más bien fragmentario¹⁵.

En Chile nuestra Constitución no contempla expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que sólo se establece en el artículo 19 nº 3 la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a defensa jurídica y el debido proceso. Sin embargo, a partir de la sentencia rol Nº 815, de 19 de agosto de 2008, el Tribunal Constitucional fijó una nueva doctrina que sostiene que, más allá de las normas citadas, la Constitución reconocería el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas. Esta doctrina ha sido mantenida hasta la fecha por el citado Tribunal. Para comprender mejor el fundamento de esta doctrina, resulta pertinente transcribir parte del considerando décimo del mencionado fallo.

“Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3º, y en las normas que lo complementan, al reconocerse con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto”¹⁶.

No obstante lo expuesto, no queda claro que en Chile el fundamento de la garantía o derecho de indemnidad esté referido precisamente al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se trata de una institución que tiene vida propia a partir de su consagración en un texto legal expreso, esto es, la norma del artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo. Por otro lado, en la práctica, el ejercicio de esta

¹⁴ Entre ellos, UGARTE CATALDO, José Luis, Tutela de derechos fundamentales del trabajador (Santiago, Chile: Legal Publishing, 200), pp. 36 y 37), y GUIDI MOGGIA, Caterina. Consagración legal de la garantía de indemnidad en nuestro ordenamiento jurídico laboral, Revista Estudios Laborales, Nº2 (Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008, pp. 23-45).

¹⁵ En efecto, existen en España normas legales específicas que consagran algunas modalidades de Garantía de Indemnidad como es el caso, por ejemplo, del artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, que al efecto dispone: “Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

¹⁶ Sentencia rol Nº 815, de fecha 19 de agosto de 2008, del Tribunal Constitucional de Chile.

garantía o derecho de indemnidad en Chile está vinculado más a combatir las represalias del empleador frente a la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, que a las que se provocan por el ejercicio de acciones judiciales por parte del trabajador. Por ello, es una institución con particularidades propias, la cual no consiste en un simple traslado del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ella ha tenido en España, sino que corresponde analizar de acuerdo a su contenido material propio y específico. Ello lleva a que efectivamente podamos revisar si se trata de una garantía o más bien consiste en un derecho.

Cabe señalar además que en los propios fallos de los tribunales nacionales no existe uniformidad para referirse a la indemnidad del trabajador como garantía o como derecho. Efectivamente, la mayoría de las sentencias laborales habla de la “Garantía de Indemnidad”, pero existen otras que se refieren a la institución como “Derecho de Indemnidad”¹⁷, algunas utilizan indistintamente las dos expresiones (garantía y derecho)¹⁸ y, finalmente, hay otras que omiten adoptar alguna de estas denominaciones y simplemente hacen referencia a la norma establecida en el artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo o directamente se limitan a señalar que “el despido del actor se debió a una represalia por parte de la empresa demandada derivada de las fiscalizaciones de que fue objeto por la Inspección del Trabajo”¹⁹.

Entonces, ¿estamos hablando de una garantía o de un derecho de indemnidad? Respecto de este tema, primero que todo, es necesario traer a colación la precisión que realiza Eduardo Aldunate al hablar de la distinción entre derecho y garantía, en el sentido que actualmente se vincula a tal punto la idea del derecho reconocido con la necesidad de su protección (la garantía) que “si en un ordenamiento jurídico un derecho no tiene reconocimiento o, si teniendo reconocimiento carece de alguna vía para obtener su protección, se puede llegar a discutir su carácter de tal derecho”²⁰.

No es una cuestión fácil la elaboración conceptual de la distinción entre derecho y garantía. Peces-Barba señala que los mecanismos de protección de derechos son los que le otorgan a éstos su nota de resistencia frente a otros poderes, la que, a su vez, da el carácter de fundamental al derecho dentro del ordenamiento e identifica la noción de garantía con cualquier elemento del ordenamiento jurídico y político susceptible de contribuir a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales²¹, en otras palabras, la garantía se constituye en una herramienta para la vigencia efectiva de los derechos.

¹⁷ Podemos citar en esta línea, a modo de ejemplo, las sentencias de las causas rol 31-2010 de la Ittma. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 29 de abril de 2010; RIT T 3-2010 del JLT de Puerto Montt, de 14 de abril de 2010; RIT T 3-2010 del JLT de Talca, de 21 de abril de 2010; RIT T 5-2008 del JLT de Copiapó, de 23 de febrero de 2009; RIT T 9-2010 del JLT de Arica, de 18 de agosto de 2010, y RIT T 5-2010 del JLT de Calama, de 11 de agosto de 2010.

¹⁸ Podemos citar las sentencias recaídas en las causas RIT T 11-2010 del 1º JLT de Santiago, de 7 de abril de 2010; RIT T 1-2010 del JLT de Punta Arenas, de 30 de julio de 2010, y rol 7-2010 de la Ittma. Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 18 de mayo de 2010.

¹⁹ Sentencia del JLT de San Miguel, en causa RIT T 48-2011, de 7 de mayo de 2012.

²⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008, p. 79.

²¹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 20), p. 80.

Luigi Ferrajoli, por su parte, realiza una distinción entre derecho y garantía, señalando que corresponde llamar “garantía” a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por “derecho subjetivo” toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones). Acto seguido, hace la diferencia entre garantías positivas y garantías negativas, las “garantías positivas” consistirían en la obligación de la comisión, en tanto que las “garantías negativas” en la obligación de la omisión (es decir, en la prohibición) del comportamiento que es contenido de la expectativa o derecho. Finalmente, Ferrajoli realiza una segunda distinción en materia de garantías, llamando “garantías primarias o substanciales” a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, por un lado, y, por otro, denominando “garantías secundarias o jurisdiccionales” a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten actos ilícitos o actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias²².

A pesar de las críticas que se han hecho a esta distinción²³, ella nos parece bastante clara y precisa y, llevada a nuestra realidad jurídico-laboral, más específicamente a la norma del artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo, podemos afirmar que lo que allí se establece corresponde más bien a un derecho subjetivo de carácter negativo, esto es, el derecho del trabajador a no ser objeto de represalias por parte de su empleador en el ejercicio legítimo de acciones judiciales o de gestiones administrativas ante el organismo fiscalizador laboral.

Este derecho a no ser objeto de represalias está dotado de sus correspondientes garantías, tanto primarias como secundarias, en el lenguaje de Ferrajoli. En efecto, la garantía primaria o substancial consiste específicamente en la prohibición que tiene el empleador de ejercer represalias en contra de sus trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

Y entonces, ¿cuál sería la garantía secundaria del derecho de indemnidad? Bueno, como dijimos, Ferrajoli define la garantía secundaria o jurisdiccional como las obligaciones de los órganos jurisdiccionales de aplicar sanciones o de declarar la nulidad cuando se constaten actos ilícitos o actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias. De esta forma, tratándose del derecho de indemnidad, la garantía secundaria consiste precisamente en la acción que tiene el trabajador que ha sido vulnerado en su derecho para recurrir al procedimiento de tutela laboral y solicitar que el empleador que ejerció la represalia sea sancionado, de conformidad a la ley.

²² FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid, España: Trotta, 2008, pp. 63-64.

²³ Una de las críticas más interesantes que se han dirigido a esta tesis de Ferrajoli es la elaborada por Riccardo Guastini en su ensayo titulado *Tres Problemas para Luigi Ferrajoli*, en AA. VV., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid, España: Trotta, 2009, pp. 57-62). En este trabajo, Guastini cuestiona la definición de derecho subjetivo como una expectativa a la que corresponde una obligación y señala que si el concepto de obligación correspondiente es definitorio del concepto de derecho subjetivo, entonces no existiría derecho subjetivo sin obligación correspondiente.

Creemos que seguir con la tendencia mayoritaria hasta hoy (pero no unánime), tanto en la doctrina como la jurisprudencia, de utilizar la expresión “garantía de indemnidad” para referirse al derecho contemplado en el artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo, constituye un error y solamente obedece a la idea de importar el lenguaje y la fundamentación originada en el sistema jurídico español, cuando obviamente éste tiene importantes diferencias con el nuestro en materia de derecho de indemnidad. Por ello, en lo sucesivo hablaremos simplemente de “derecho de indemnidad”.

Esto nos lleva además a proponer una definición propia del derecho de indemnidad dentro de nuestro sistema jurídico laboral. Así, creemos que podríamos definir el derecho de indemnidad como “aquel derecho que tienen los trabajadores a no ser objeto de represalias por parte de su empleador, en razón o como consecuencia del ejercicio de acciones judiciales o de la labor fiscalizadora de la autoridad administrativa laboral”.

2. ELEMENTOS DEL DERECHO DE INDEMNIDAD

De la definición entregada se deriva con claridad que en nuestro sistema son tres los elementos o componentes en los que el derecho de indemnidad se desglosa, a saber: 1) el ejercicio de una acción judicial o la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo; 2) la represalia por parte del empleador, y 3) la conexión causal o vínculo de causalidad entre ambas conductas.

2.1. Ejercicio de acción judicial o labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo

Con relación a este elemento, el análisis lo haremos en forma separada respecto de cada uno de sus dos supuestos:

a) El ejercicio de acciones judiciales

Respecto de este supuesto, el artículo 485 inciso tercero habla sólo del “ejercicio de acciones judiciales”, sin establecer ninguna limitación respecto de quien debió haber interpuesto dichas acciones judiciales, razón por la cual en nuestra opinión no es menester que sea el propio trabajador afectado por la represalia quien haya deducido la acción judicial, sino que puede haber accionado otro trabajador u otra entidad como, por ejemplo, una organización sindical.

Por otro lado, el derecho de indemnidad opera con independencia del órgano jurisdiccional requerido y del tipo de acción ejercida judicialmente por el trabajador²⁴ o por la entidad respectiva, puesto que la norma del artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo sólo habla de “acciones judiciales” y no parece que pueda diferenciarse respecto del carácter laboral o no laboral de la acción deducida. Así, el derecho de indemnidad también será aplicable, por ejemplo, cuando se trate de represalias por el ejercicio de acciones penales contra el empleador o alguna de las

²⁴ A modo de ejemplo, en la causa RIT T 11-2010, del 1º JLT de Santiago, la acción judicial deducida por la trabajadora denunciante había consistido en una demanda de indemnización de perjuicios motivada por un accidente del trabajo acaecido en la empresa.

personas que lo representan, según la presunción del artículo 4º inciso primero del Código del Trabajo.

Junto con ello, la redacción de la norma no exige que la reacción empresarial vaya ligada al resultado del proceso, a su éxito o fracaso, ya que lo pretendido por el derecho de indemnidad es evitar cualquier maniobra empresarial encaminada a impedir, coartar o castigar el ejercicio por el trabajador de una acción judicial, con independencia, incluso, de que el trabajador se desistiera en algún momento del procedimiento iniciado o de que dicha acción haya sido rechazada por falta de fundamento.

Cabe agregar que el ámbito de protección del derecho de indemnidad no sólo abarca el ejercicio de acciones judiciales propiamente tales, sino que también a los actos preparatorios o previos al proceso, como una medida o gestión prejudicial o la denuncia interpuesta en contra del empleador en las oficinas del Ministerio Público, por ejemplo, tratándose de materia penal.

Un punto interesante en este tema lo constituye la situación del trabajador que interviene como testigo en un proceso judicial contra su empleador y que, a consecuencia de ello, es objeto de represalias. En nuestra opinión, no cabe duda que en ese caso también ese trabajador podría interponer una denuncia por vulneración del derecho de indemnidad, ya que la redacción del artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo señala "por el ejercicio de acciones judiciales", en forma amplia, sin exigir ni establecer restricciones adicionales como podría ser, por ejemplo, que se trata de acciones judiciales ejercidas por el propio trabajador afectado por la represalia del empleador. En este sentido se pronunció el Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, en sentencia causa RIT T 13-2009, de fecha 14 de octubre de 2009, en la cual la denunciante era una trabajadora que fue despedida luego de haber prestado declaración como testigo en otro juicio laboral seguido en contra de su empleadora y en el cual esta última fue condenada.

En España, en cambio, el Tribunal Constitucional ha ideado una solución distinta, pero que lleva al mismo resultado, ya que la declaración testifical no es, en rigor, ejercicio de la acción judicial del trabajador afectado y, por lo tanto, no constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, eso no significa que el trabajador que testifica quede desamparado, pues dicho tribunal ha afirmado que también existe una garantía de indemnidad del testigo, si bien esta garantía no se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, sino del derecho a comunicar información veraz del artículo 20.1.d) de la Constitución española²⁵.

b) La labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo

Este punto es de máxima relevancia en materia de derecho de indemnidad ya que, hasta la fecha, de las denuncias interpuestas en el procedimiento de tutela laboral por esta causa, la gran mayoría tiene como antecedente alguna gestión o actuación referida a la Dirección del Trabajo en cuanto entidad fiscalizadora, la que sería precisamente la razón de la represalia del empleador²⁶. Como contrapartida, podemos afirmar que las denuncias por infracción al derecho de indemnidad fundadas en una represalia que tenga como antecedente una acción judicial del

²⁵ ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *op. cit.* (n. 2), p. 64.

²⁶ Como antecedente, podemos señalar que de las 40 sentencias judiciales referidas al derecho de indemnidad que hemos tenido a la vista en la elaboración del presente trabajo, en 37 de ellas la eventual represalia tenía como causa la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo.

trabajador, constituyen claramente una situación excepcional en nuestro sistema jurídico laboral.

En cuanto a la labor fiscalizadora de la mencionada institución, la Circular N° 88 de la Dirección del Trabajo, de 5 de julio de 2001, que establece el Manual de Procedimientos de Fiscalización de dicho servicio, dispone que la fiscalización podrá ser ordinaria o informativa. La fiscalización ordinaria, o fiscalización propiamente tal, podrá ser, a su vez, “solicitada” o “de oficio”. La fiscalización “solicitada” es aquella que tiene su origen en una petición realizada por los interesados, directamente a la Dirección del Trabajo o a otras reparticiones públicas las cuales transmiten dicha solicitud a ese servicio, o por cualquier persona o entidad. La fiscalización “de oficio”, por su parte, es aquella que se realiza por disposición propia de la Dirección del Trabajo en cumplimiento de sus objetivos institucionales, normalmente por decisión de la propia unidad operativa o por determinación de la superioridad de dicha institución.

En nuestra opinión, el derecho de indemnidad en Chile comprende tanto las actuaciones fiscalizadoras “solicitadas” realizadas por la Dirección del Trabajo, esto es, aquellas que se originan en una denuncia hecha por el trabajador afectado o por otra persona o entidad, como también las fiscalizaciones “de oficio” que realiza esta institución por propia iniciativa, a partir de los programas de fiscalización que dicho servicio planifica y ejecuta.

Esto lleva a que el ámbito de protección del derecho de indemnidad en Chile sea bastante amplio, ya que no sólo comprende las represalias del empleador ante las acciones judiciales y las gestiones administrativas del trabajador, sino que también las represalias ejercidas en contra de trabajadores cuando ni siquiera ha mediado gestión administrativa alguna por parte de éstos. En este último caso, la intencionalidad o ánimo lesivo del empleador se habrá originado a partir de una actuación inspectiva que la Dirección del Trabajo definió por propia iniciativa, como puede ser, por ejemplo, un programa sectorial de fiscalización que implementó esta institución y que incluyó aleatoriamente a la empresa donde se verificó posteriormente la represalia en contra de uno o más trabajadores.

Adicionalmente, la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo no sólo se puede materializar a través de la fiscalización en terreno, sino que existen en dicha institución otras líneas de trabajo, como la mediación laboral, la que, junto con generar espacios de diálogo para abordar el conflicto, también persigue obtener el cumplimiento de la normativa laboral. Aparece de toda lógica y no contraría el sentido del artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo, que una medida de represalia por parte del empleador que tenga su origen en una mediación realizada por la Dirección del Trabajo, también haga procedente la acción de tutela laboral fundada en la vulneración del derecho de indemnidad.

2.2. Represalia del empleador

Lo primero que cabe señalar en este punto es que existe una multiplicidad de formas que puede revestir la conducta de represalia del empleador, y ello tiene su origen precisamente en el carácter igualmente amplio y variado de las facultades

integrantes de los poderes directivos y disciplinarios²⁷ con que cuenta el propio empleador²⁸.

La doctrina española ha señalado que son dos los elementos caracterizadores del comportamiento empresarial en materia de garantía de indemnidad, los cuales son: la intencionalidad o ánimo lesivo, por una parte, y el perjuicio causado al trabajador, por otra²⁹.

En nuestro país, y en términos concretos, la medida de represalia utilizada en la gran mayoría de los casos por el empleador ha sido el despido³⁰, pero también pueden existir casos en que la medida que se adopte sea otra distinta del despido, tales como el traslado, la sanción disciplinaria, el cambio de funciones, modificaciones substanciales en las condiciones de trabajo, el cese en el abono de un determinado incentivo salarial, decisiones sobre ascensos, etc. Algunas de estas medidas podrían ser consideradas también como parte de un proceso de hostigamiento laboral, *mobbing* o acoso moral en el trabajo³¹, definido por la doctrina nacional como aquel “proceso conformado por un conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o más sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud del o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio”³². Obviamente un análisis específico del *mobbing* o acoso moral laboral excede los objetivos de este trabajo.

Como ejemplo de denuncia de una medida de represalia distinta del despido, podemos identificar la sentencia en la causa Rol 31-2010, de 29 de abril de 2010, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, en que la supuesta medida de represalia

²⁷ IGARTUA MIRÓ, María Teresa, *op. cit.* (n. 7), p. 103.

²⁸ La Dirección del Trabajo, en su dictamen nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002, definió el poder de dirección del empleador como “una serie una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador”.

²⁹ CASAS BAAMONDE, María Emilia, Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad, en AA.VV., Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, Madrid, España: La Ley, 2006, p. 720.

³⁰ De las 40 sentencias analizadas para el presente trabajo, en 38 la medida de represalia denunciada consistía en el despido del trabajador o trabajadores denunciante(s).

³¹ Así también lo han reconocido nuestros tribunales laborales. Podemos citar en esta línea la sentencia pronunciada en causa RIT T 13-2011 del JLT de Valdivia, de fecha 15 de diciembre de 2011, que en su considerando quinto señala: “De lo razonado en los considerandos precedentes y acorde las reglas de la sana crítica, es posible concluir que el despido intempestivo del trabajador no fue sino una represalia por el reclamo de éste ante el dueño de la empresa, del actuar del gerente y otros mandos de la misma y de la rebaja de remuneraciones y de cargo o funciones, siendo, como sostiene el actor, la culminación de un proceso de hostigamiento laboral”.

³² GAMONAL CONTRERAS, Sergio; PRADO LÓPEZ, Pamela, *El mobbing o acoso moral laboral*, Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009, pp. 22-23. Por su parte, la ley 20.607, publicada en el Diario Oficial de 8 de agosto de 2012, define acoso laboral como “toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien, que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

denunciada consistía en la rebaja unilateral de la carga académica de un docente, no obstante que la Corte estimó que en ese caso específico dicha medida no constituía un acto de represalia que afectara el derecho de indemnidad laboral.

En cuanto al despido como medida de represalia del empleador, a la vez que la más utilizada, ella constituye la medida más dura y la más obvia, y respecto de la cual existen más herramientas para combatir jurídicamente ya que, además de la garantía de indemnidad, en subsidio, existen las normas del propio Código del Trabajo sobre despido injustificado, indebido o improcedente. Las represalias también pueden tener lugar en el contexto de un despido colectivo, al momento de definir los trabajadores que van a resultar afectados por la medida de desvinculación, mediante la inclusión preferente en la nómina de aquellos que hubieren litigado contra la empresa o que hubieren presentado una denuncia en la Inspección del Trabajo, en lugar de otros trabajadores en su misma situación pero menos conflictivos a juicio del empleador.

Un caso especial lo constituye la no renovación del contrato a plazo fijo, caso en el cual habrá que considerar si ha existido o no discriminación respecto de los trabajadores cuyo contrato a plazo fijo venció y no se les renovó, respecto de los demás trabajadores en igual situación, provocada por alguna gestión realizada por ellos ante la Inspección del Trabajo o por el ejercicio de alguna acción judicial³³. En este caso, además, será imprescindible acreditar la intencionalidad o ánimo lesivo del empleador, tanto más cuanto que en la inmensa mayoría de los casos el empleador no estará obligado legalmente a renovar un contrato a plazo fijo.

2.3. Conexión causal o vínculo de causalidad

En tercer lugar, va a ser determinante respecto del derecho de indemnidad, el vínculo de causalidad existente entre el ejercicio de una acción judicial o la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, por una parte, y la conducta o medida de represalia del empleador, por otra. Así se desprende del tenor literal del artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo, al utilizar las expresiones “en razón o como consecuencia” para hacer procedente la garantía de indemnidad.

Si concurre esta relación causa-efecto, entra en juego el derecho de indemnidad haciendo procedente la respectiva denuncia por vulneración del mismo y la correspondiente sentencia condenatoria. Por el contrario, si ese enlace no queda suficientemente demostrado, no tendrá éxito la correspondiente denuncia. De esta forma, el vínculo o conexión causal se sitúa en el centro de todo juicio en que se invoque el derecho de indemnidad, puesto que la acreditación de la existencia de dicho vínculo determina el resultado del proceso.

Por otro lado, cabe tener en consideración que no toda conexión más o menos genérica entre el acceso a la jurisdicción o la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo y la posterior conducta o medida del empleador, resultará suficiente para que se entienda infringido el derecho de indemnidad. En efecto, es necesario que el

³³ Específicamente sobre la no renovación de contratos a plazo fijo, existe una sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, en causa RIT T 9-2010, de 18 de agosto de 2010, que rechaza la acción de tutela intentada, fundamentalmente debido a las debilidades encontradas por el sentenciador tanto en la relación de los hechos como en materia probatoria.

ejercicio de la acción judicial o que la labor fiscalizadora del ente administrativo ya señalado, sean el detonante inmediato y directo de la actuación del empleador, esto es, que exista una conexión íntima y estrecha entre la decisión de la empresa y el ejercicio de una acción judicial o el desarrollo de labores inspectivas o fiscalizadoras por parte de la Dirección del Trabajo, para que pueda afirmarse que existe una lesión del derecho de indemnidad. En pocas palabras, que la decisión del empleador es consecuencia directa de la acción judicial o de las labores fiscalizadoras de la autoridad administrativa laboral. Así lo han señalado nuestros tribunales del trabajo, por ejemplo, en la sentencia de la causa RIT T 53-2009 del JLT de Valparaíso, de 19 de febrero de 2010, que dispone “resulta del todo insuficiente para establecer que haya existido un actuar tendiente a ocasionar daño al trabajador, sobre todo porque no se divisa la conexión causa-efecto entre estos hechos, en circunstancias que una represalia necesariamente debe ser respuesta o reacción directa, lo que no se dio en la especie”.

Como debe existir este vínculo íntimo y estrecho, dicha relación no se daría si no se prueba, al menos, el conocimiento por parte de la empresa del ejercicio de una acción judicial o de las labores fiscalizadoras emprendidas por la Dirección del Trabajo. No obstante, la apreciación por parte del Tribunal de la relación causal y, en definitiva, de la vulneración del derecho de indemnidad, va a aparecer muy apegada a las circunstancias del caso concreto, de forma tal que nos hallamos ante una cuestión eminentemente casuística.

La actividad probatoria no planteará demasiados problemas para el denunciante cuando esta conexión se manifieste explícitamente en la propia carta de despido o en otro documento³⁴, o se haga evidente de cualquier otra forma. Pero esto obviamente no será lo más habitual, ya que lo más frecuente es que la medida de represalia se presente justificada aparentemente con otro tipo de razones, algo que es habitual en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales en general, y para lo cual el legislador estableció la regla probatoria de indicios, o prueba indiciaria, contemplada en el artículo 493 del Código del Trabajo.

Respecto de la prueba indiciaria en materia de derecho de indemnidad, podemos señalar que el indicio con más frecuencia alegado por los denunciantes y admitido por los tribunales, está constituido por la proximidad o cercanía temporal entre la denuncia del trabajador ante la Dirección del Trabajo o la fiscalización de dicha institución, por un lado, y la medida o decisión del empleador presuntamente constitutiva de represalia, por otro, la que en la inmensa mayoría de los casos consiste en el despido del trabajador. Esta cercanía temporal o secuencia cronológica ha operado en la práctica como una regla determinante para ser considerada por los jueces como un indicio suficiente de que se ha producido la vulneración del derecho de indemnidad.

En la línea indicada se pronunció, por ejemplo, la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencia dictada en causal Rol 102-2010, de 1º de septiembre de

³⁴ Así, por ejemplo, en la causa RIT T 44-2010, del 1º JLT de Santiago, se acompañó como prueba documental el acta del comparendo de conciliación ante la Inspección del Trabajo, donde la empleadora denunciada afirma como fundamento del término de la relación laboral, entre otros, “menoscabo a los empleadores, realizando denuncias a las Inspecciones del Trabajo con la sola intención de provocar daño, menoscabar la actividad laboral de su empleador”.

2010, al señalar en uno de sus considerandos que “de los antecedentes reseñados en los motivos quinto a undécimo del fallo impugnado, es dable tener por acreditado que hay una secuencia cronológica entre la fiscalización verificada por la Inspección del Trabajo y el despido que dice haber sido objeto el trabajador”.

Otro fallo que podemos citar en este punto es el del JLT de Iquique, de 1º de septiembre de 2009, en causa RIT T 14-2009, donde se establece que “se aprecia una cercanía espacial entre la fecha de la fiscalización, es decir, el 22 de abril de 2009 y la fecha del despido, a saber, el 28 de abril de 2009, tal como da cuenta la correspondiente carta de despido, es decir, sólo seis días después de realizada la actividad fiscalizadora, la empresa decide desvincular a la trabajadora”³⁵.

Pero, ¿cuánto será el tiempo necesario para considerar que se configura esta cercanía o proximidad temporal entre la denuncia o fiscalización y el despido y, de esta forma, pueda ella ser considerada como un indicio suficiente de que se ha producido la vulneración del derecho de indemnidad? ¿5 días? ¿10 días? ¿1 mes? ¿6 meses? Obviamente en este punto no existe un criterio uniforme y es un tema que debe resolverse caso a caso, considerando los demás antecedentes del proceso. Sin perjuicio de ello, existen algunas sentencias al respecto que, de alguna forma, nos entregan algunas señales sobre el punto.

Podemos citar el caso de un juicio en el que se rechazó la denuncia de tutela, entre otras razones, porque el juez consideró que “ocurrido el despido cuatro meses después éste no puede considerarse como un indicio de proximidad temporal en la correlación de los hechos alegados”³⁶. En otra causa, el tribunal determinó que “si bien es cierto que el actor realizó una denuncia ante la Inspección del Trabajo, ello fue en marzo de 2009, de manera que es absurdo sostener que el demandado haya esperado casi un año para cobrar venganza por esta situación y despedirlo”³⁷. Finalmente, en una tercera, la jueza no estimó que los despidos correspondieran “a una reacción frente a la demanda interpuesta casi dos años antes, no parece un acto de represalia como consecuencia o venganza por dicha actuación judicial, por cuanto ha transcurrido mucho tiempo entre estos hechos”³⁸.

Ahora bien, en cuanto a la importancia que la cercanía o proximidad temporal ha adquirido en materia de prueba indiciaria tratándose de derecho de indemnidad, cabe señalar que se corre el riesgo de que se comience a instaurar una práctica consistente en que el empleador, en un acto de autocontención, no reaccione de inmediato frente al trabajador y planifique de manera más pausada la represalia, dejando transcurrir un lapso temporal razonable entre la denuncia o la fiscalización de la Dirección del Trabajo y la medida de represalia que pretende adoptar, con lo cual no se cumpliría con la finalidad de la institución.

³⁵ En esta misma dirección, podemos citar además las sentencias de las causas rol 7-2010 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 18 de mayo de 2010; RIT T 4-2008, de 20 de febrero de 2009, y T 9-2009, de 14 de julio de 2009, ambas del JLT de Iquique; T4-2010 del JLT de La Serena, de fecha 29 de mayo de 2010; T 5-2009 del JLT de Valparaíso, de 6 de mayo de 2009; T 70-2010 del 2º JLT de Santiago, de 1º de septiembre de 2010, y T 1-2010 del Juzgado de Letras y Garantía de Litueche, de fecha 8 de octubre de 2010.

³⁶ Sentencia del JLT de Iquique, en causa RIT T 13-2010, de 6 de julio de 2010.

³⁷ Sentencia del JLT de La Serena, en causa RIT T 8-2010, de 16 de junio de 2010.

³⁸ Sentencia del JLT de Valparaíso, en causa RIT T 53-2009, de 19 de febrero de 2010.

Como contrapartida, también podría instaurarse el criterio de que, no establecida por el denunciante la proximidad o cercanía temporal, no resulta procedente alegar la vulneración del derecho de indemnidad, lo que tampoco aparece como razonable. Por ambas razones, no resulta conveniente que la cercanía o proximidad temporal funcione en los hechos prácticamente como el único indicio suficiente de que se ha producido la afectación del derecho de indemnidad, razón por la cual el juez debiera ponderar también otras circunstancias y elementos probatorios para tener por acreditada o por no acreditada la vulneración de este derecho.

CONCLUSIONES

Como resultado de nuestro estudio, que se ha plasmado a través del desarrollo de este trabajo, podemos precisar las siguientes conclusiones de síntesis:

1. Sin duda que el derecho de indemnidad es una institución relativamente reciente en el sistema jurídico chileno, pero que se ha ido constituyendo paulatinamente, desde que comenzó a aplicarse en el país el año 2008, en una herramienta relevante y eficaz para proteger el ejercicio efectivo de sus derechos por parte de los trabajadores.

2. En opinión nuestra, dada las especiales características que tiene esta institución jurídica en nuestro país, estamos frente a un derecho y no precisamente frente a una garantía, por lo que corresponde hablar del “derecho de indemnidad” para referirse a la institución contemplada en el artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo.

3. El ejercicio de este derecho de indemnidad ha estado mayoritariamente referido a combatir aquellas medidas del empleador que constituyen represalias, motivadas por la realización de alguna gestión (casi siempre una denuncia o solicitud de fiscalización) por parte del trabajador ante la Dirección del Trabajo a través de sus unidades operativas, esto es, en las Inspecciones del Trabajo. El ejercicio del derecho de indemnidad a raíz de una represalia del empleador motivada por una acción judicial del trabajador, es todavía una figura claramente minoritaria y excepcional en nuestro sistema.

4. Según la información que nos proporcionan las causas en que se denuncia la vulneración del derecho de indemnidad, la medida de represalia más utilizada por el empleador la constituye el despido. Las demás medidas de represalia posibles (traslado, cambio de funciones, modificación de condiciones de trabajo, etc.) constituyen situaciones menos frecuentes, o bien, no han sido enfrentadas por los trabajadores a través de denuncias por el procedimiento de tutela laboral.

5. La relación que existe entre el derecho de indemnidad y la técnica probatoria conocida como “prueba indiciaria”, constituye un aspecto determinante para la acreditación de que ha existido una vulneración de este derecho por parte del empleador. El indicio más considerado por los tribunales chilenos como suficiente para estimar que se ha producido la vulneración del derecho de indemnidad, está constituido por la cercanía o proximidad temporal entre la denuncia del trabajador o

la fiscalización de la Inspección del Trabajo, por una parte, y el despido del trabajador o trabajadores, por otra.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España: Trotta, 2009.

ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, *Manual de Juicio del Trabajo*, Santiago, Chile: LOM, 2008.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008.

ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Albacete, España: Bomarzo, 2005.

BAYLOS GRAU, Antonio y otros, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Madrid, España: Trotta, 1995.

BRONFMAN VARGAS, Alan; Martínez Estay, José Ignacio; Núñez Poblete, Manuel, *Constitución Política comentada, Parte Dogmática*, Santiago, Chile: Abeledo Perrot, 2012.

CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad*, en AA.VV., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, España: La Ley, 2006.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, II, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1999.

FERRAJOLI, Luis, *Democracia y Garantismo*, Madrid, España: Trotta, 2008.

- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, España: Trotta, 2009.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*, Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio; Prado León, Pamela, *El mobbing a acoso moral laboral*, Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009.

GIL Y GIL, José Luis, *Despido por represalia y garantía de indemnidad*, en *Revista Capital Humano*, 189, Madrid, España, Junio de 2005.

GUIDI MOGGIA, Caterina, *Consagración legal de la garantía de indemnidad en nuestro ordenamiento jurídico laboral*, en *Revista Estudios Laborales*, Nº 2, Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008.

IGARTUA MIRÓ, María Teresa, *La Garantía de Indemnidad en la Doctrina Social del Tribunal Constitucional*, Madrid, España: CES, 2008.

MARTÍN VALVERDE, Antonio; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín; García Murcia, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Madrid, España: Tecnos, 2007.

MARTÍNEZ FONS, Daniel, *La interpretación extensiva del alcance de la garantía de indemnidad en las relaciones laborales*. STC 16/2006, de 19 de enero de 2006. Consultada el 12.12.2011 en sitio web www.upf.edu/iuslabor/022006/STC16-2006.pdf

MELIS VALENCIA, Christian, *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE CHILE, Unidad de Defensa Laboral, *Tutela por Garantía de Indemnidad*, en *Estudios Laborales*, Nº 7, Santiago, Chile, Febrero 2011.

UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009.

O MECANISMO DISCIPLINAR DE FOUCAULT E O PANÓPTICO DE BENTHAM NA ERA DA INFORMAÇÃO

Bruno Guandalini¹

Guilherme Tomizawa²

Resumo

O presente trabalho, baseado no pensamento acadêmico de Jeremy Bentham e Michel Foucault, tem o objetivo de realizar uma análise da estrutura panóptica idealizada por Bentham, assim como os modelos disciplinares de Foucault. Conclusivamente, ver-se-á estes modelos aplicados à atual sociedade da informação, marcada por inúmeros avanços tecnológicos que alteram, marcadamente, a forma de controle social.

Palavras chave: Bentham, Foucault, panóptico, sociedade disciplinar, era da informação, internet.

Abstract

This scholarly work based on academic thought of Jeremy Bentham and Michel Foucault aims to conduct an analysis of the panoptic model designed by Bentham and analyzed by Foucault, through its control techniques. In conclusion, it will be understood how these models of society control is related to the information era, marked mainly by the technological advances and the internet.

Key-words: Bentham, Foucault, panopticon, information era, internet.

Sumário

1. Introdução. 2. A sociedade disciplinar e o modelo panóptico como técnicas de controle social. Os modelos de controle da sociedade aplicados à era da informação. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

¹ Bruno Guandalini é advogado. Pós-graduado em direito internacional privado, em direito empresarial e mestre em direito das relações econômicas internacionais, todos pela Université de Paris II (Panthéon-Assas). É conselheiro do Conselho de Comércio Exterior da Associação Comercial do Paraná.

² Guilherme Tomizawa é advogado. Bacharel em administração pública e direito pela UTP – PR. Especialista em direito de família pela PUC – PR. Mestre em direito público pela UGF – RJ. Professor universitário na OPET-PR e diversas pós-graduações (OPET, Verbo Jurídico). Membro e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico (IBDE).

Introdução

Analisando historicamente a evolução do Panóptico de Bentham, verificamos que o *controle social* somente se alterou com a chegada da sociedade pós-moderna.

Passamos da era agrária e da era industrial à sociedade da informação, onde esse volume incomensurável de informações, marcada pela velocidade ímpar e a distância ilimitada, fez-se necessária uma limitação frente à sociedade, beirando num controle às vezes até determinista demais por lado dos entes públicos. Quando avoca-se a palavra controle, verifica-se primeiramente o projeto arquitetônico em que o filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham criou, sendo posteriormente utilizado e aperfeiçoado por Michel Foucault para controlar os doentes, insanos, viciados, leprosos, pestilentos, detentos e estudantes, outrora no século XVIII, a fim de ser um instrumento de disciplina e controle em manicômios, hospitais, escolas, indústrias, presídios ou casas de correção.

Michel Foucault frisou a importância do panóptico como ferramenta de poder quando dizia: “quanto maior o número de informações em relação aos indivíduos, maior a possibilidade de controle de comportamento desses indivíduos”³.

Por analogia, o visionário escritor e jornalista George Orwell, escreveu dentre diversas obras em sua carreira o romance distópico *Nineteen eighty-four* (1984)⁴ finalizado em 1948 que tratava de um homem medíocre que se volta contra o sistema totalitário do “grande irmão” e surge como pano de fundo para evidenciar a fiscalização e controle de um determinado governo na vida dos cidadãos, além da crescente invasão sobre os direitos do indivíduo. A partir de sua publicação, muitos conceitos e palavras, tais como “*Big Brother*”, “duplipensar” e “Novilíngua” adentraram no linguajar popular⁵. Hodiernamente, tal vocábulo se tornou até tema de programa de *Reality Show*, originário da Holanda, conhecido popularmente como *Big Brother*⁶.

Nesta linha também o sociólogo e prof. Miranda Rosa se manifestou:

Soma-se a tal condição o fenômeno da sociedade *informada* a que fizemos breve referência linhas antes. O que caracteriza o homem comum de uma grande comunidade urbana, hoje em dia, é o fato de que ele é informado sobre a grande quantidade de fatos que dizem respeito à vida coletiva. Não importa a qualidade dessa informação, se boa ou má, se verdadeira ou fantasiosa, se motivada ou neutra. O fato é que ele sabe de coisas que, na sociedade arcaica, não sabia. Ele está sempre sob o influxo de enorme massa de informações que lhe são transmitidas em todos os instantes, pelas conversas nos círculos menores, nos locais de trabalho, em meio a grandes multidões, nos veículos de transporte coletivo, em meio a grandes multidões, nos veículos de transporte coletivo, nas casas de diversões, através de jornais, revistas, livros, aparelhos de rádio, de televisão, filmes, etc.⁷

Acresça-se a esse entendimento, o uso das tecnologias, já profetizadas outrora por outros autores⁸. A disseminação dos aparatos eletrônicos, tais como telefones,

³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir** (trad. Raquel Ramallete). 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

⁴ ORWELL, George. **1984**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1978, 11ª Edição.

⁵ WIKIPEDIA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Nineteen_Eighty-Four. Acesso em 29 mar. 2012.

⁶ WIKIPEDIA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Big_Brother_Brasil. Acesso em 29 mar. 2012.

⁷ Cf. MIRANDA ROSA, Op. cit. 198.

⁸ Cf. TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. 16. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980

rádio, televisão, telex, fax, scanners, impressoras, ou de comunicação, tais como *paggers*, celulares, comunicação via satélite, e micro computadores em conjunto com o advento da *internet* e a “aldeia global”⁹ revolucionou o mundo nesse fluxo ininterrupto e ilimitado de informações que circulam dentro da rede mundial de computadores.

Pedro Escuro Neto também retrata a evolução do paradigma cibernético, quando ressalta alguns desenvolvimentos importantes na nossa sociedade pós-moderna¹⁰.

Após Bentham, o célebre e notório filósofo Michel Foucault, ao trabalhar com as técnicas de controle na sociedade, ressaltava: “Para ser eficiente, o panóptico deve ser ‘visível’ e ‘inverificável’; o indivíduo não precisa saber que está sendo observado, mas precisa ter certeza que poderá sê-lo a qualquer momento”¹¹.

Outrossim, deve-se verificar se o modelo arquitetônico de Bentham e o ideário disciplinar de Foucault sofreram alterações no decorrer dos séculos resultando nessa nova visão na sociedade da informação.

A sociedade disciplinar e o modelo panóptico como técnicas de controle social

A sociedade em meados do século XVI estava estruturada de tal forma que o poder que organizava a sociedade era “um jogo complexo entre direitos originários e privilégios ancestrais conquistados por cada grupo”¹². Tais direitos eram provenientes de uma complexa e organizada trama entre pessoas dentro de determinado espaço e momento histórico, marcado por questões sucessivas. Assim, a soberania, marcada então pelo fato da dominação do súdito, dava fundamento legal às ações do Rei.

O controle da sociedade súdita tinha suporte, portanto, essencialmente nos direitos legítimos do rei. A atrocidade de um crime era também a violência do desafio lançado ao soberano, que deveria provocar uma réplica capaz de vencê-la por um

⁹ Cf. GUIZZO Érico. **Internet**, São Paulo: Ática, 1999. p. 41-2. “Há mais de trinta anos, o canadense Marshall McLuhan, um dos principais precursores da teoria da comunicação, formulou o famoso conceito de ‘aldeia global’ A ‘aldeia global’ representava a transformação do mundo linear, especializado e visual – criado pela mídia impressa -, num mundo simultâneo e multissensorial – propiciado pela mídia eletrônica. Antes, era uma coisa atrás da outra, uma de cada vez. Hoje, é tudo ao mesmo tempo, em todo lugar. Na ‘aldeia global’ tudo se fala, tudo se ouve. A internet criou um novo espaço para o pensamento, para o conhecimento e para a comunicação. Esse espaço não existe fisicamente, mas virtualmente. É o ciberespaço. O espaço virtual é formado por cada computador e por cada usuário conectado nessa imensa rede. Não há como escapar. O ciberespaço tomou conta do planeta. Engoliu todos nós – pessoas, máquinas e replicantes -, incorporando nossas virtudes e nossos defeitos. O ciberespaço deu vida à ‘aldeia global’. Ele é a alma de um novo mundo em formação.”

¹⁰ O autor chama essa de evolução de “*Terceira Revolução Industrial* (‘cibernetização’), automação ou controle confiado a *servomecanismos*, ao passo que aos funcionários cabe programar, dirigir e manter sistemas informatizados. O estágio de cibernetização superou assim o da *mecanização* (máquinas ocupam o lugar do trabalhador na execução de tarefas mais pesadas) e o da *automação* (máquinas substituem empregados na produção, cabendo a estes a função de controle);” Cf. MIRANDA ROSA, op. cit. 198.

¹¹ Cf. FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas** (trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau, 2001, p. 166-167.

¹² GUANDALINI JUNIOR, Walter. **A Crise da sociedade de normalização e a disputa jurídica pelo biopoder**: o licenciamento compulsório de patentes de anti-retrovirais (Dissertação de Mestrado) UFPR, 2006. p. 13.

excesso que a anulasse¹³. Tal excesso era marcado por um espetáculo para a anulação. Em outras palavras, a vingança do soberano deveria ser demonstrada de tal forma que o súdito desafiador fosse colocado a mero espectador e subordinado, novamente, ao absoluto poder do Rei.

Com o passar do tempo, presente então um processo de industrialização e explosão demográfica, passa-se de uma sociedade estruturada na terra para uma sociedade estruturada no acúmulo de riqueza. Aí decorre também uma necessária adaptação da estrutura do poder. Um poder sobre o corpo individual e outro poder sobre a população.

Acontece que naquela estrutura feudal se aceitavam determinadas hipóteses de ilegalidade. Mas, de uma forma geral, com essa mudança de paradigma na sociedade, onde se acumula e organiza-se a riqueza, tal ilegalidade passa a ser direcionada contra estes bens da burguesia, compostas pelas estruturas de produção, nos estoques e nas tão fabulosas máquinas. Toda esta riqueza fica então à mercê da destruição pela “população de gente pobre, de desempregados, de pessoas que procuram trabalho”¹⁴. Passa-se por uma importante mudança na estrutura social, principalmente no que tange à relação do proletariado com a burguesia. Guandalini é quem muito bem explica esta idéia: À medida que se concentram geograficamente as forças de produção, busca-se encontrar meios de tirar delas o máximo de vantagens econômicas com a neutralização de seus inconvenientes, dominando-se as forças de trabalho (evitando a preguiça e quaisquer formas de agitação política) e protegendo-se os materiais e ferramentas do roubo e da destruição.¹⁵ Essa força de trabalho dominada não pode ser encarada, entretanto, como inimiga. Afinal, é basicamente desta massa de trabalhadores que depende o lucro e que garante a solidez da própria burguesia. "Este proletariado rebelde, inimigo da sociedade capitalista não deve mais ser excluído da sociedade, se não convertido."¹⁶

Justamente no sentido de garantir que essa massa seja convertida e não somente excluída que nasce o que se denomina de "disciplinas". Segundo Foucault, essas disciplinas nada mais são que “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade”¹⁷

Essas disciplinas são, em verdade, resultado de uma necessidade de controle sobre a população, principalmente, do que é resultado do acúmulo de riquezas dos proprietários e são, de uma forma geral, aplicados em fábricas, prisões e até mesmo em instituições de ensino.

Este modelo de controle da sociedade e manifestação de poder tem uma outra justificativa. Trata-se também em aumentar a utilidade da eficiência da função humana na sociedade. Com essa modificação de controle da sociedade, aumenta-se a disciplina sobre o ser, o qual aumenta sua produtividade por um lado e, por outro, reduz os custos da desobediência.

Guandalini explica que esta disciplina

põe em funcionamento uma tecnologia de saber-poder que analisa e decompõe os indivíduos e seus atos em elementos que podem ser conhecidos e

¹³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir, p. 48.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas, p. 100.

¹⁵ Cf. GUANDALINI JUNIOR, Op. Cit. p. 16.

¹⁶ Idem, Loc. cit.

¹⁷ Cf. FOUCAULT, Michel. p. 118.

modificados, procurando estabelecer as melhores seqüências e coordenações dos atos em função de objetivos determinados¹⁸.

Essas técnicas podem ser visualizadas no texto Vigiar e Punir em que Foucault explica algumas técnicas disciplinares. Dentre elas, pode-se mencionar a "construção de quadros", "prescrição de manobras" e a "organização de táticas".

No que tange à "construção de quadros", importante é mencionar que se trata de transformar as multidões inúteis em uma massa organizada que possa ter alguma utilidade. Para que se torne realidade, são utilizadas a cerca, para que se delimite e permita o controle dos desorganizados, o quadriculamento, para que se possa colocar cada indivíduo em determinado local e assim saber onde cada um se encontra, e a posição na fila, que faz com que cada indivíduo ocupe uma classificação. Todos esses elementos fazem com que essa técnica organize a sociedade em verdadeiros quadros vivos, que podem ser utilizados eficazmente nas instituições.

A "prescrição de manobras" é uma técnica em que se constrói um corpo orgânico tendo como base determinadas etapas. A primeira delas é um importante controle do horário de forma que este seja racionalizado, de modo que seja evitado qualquer tipo de desperdício e de uma maneira geral o tempo seja útil. Na segunda forma deve-se manter um cronograma da realização do ato de tal maneira que sejam organizadas as etapas. Numa terceira trata-se da ótima "articulação corpo-objeto" de forma que o corpo do indivíduo seja bem adaptado e assim articulado com os equipamentos de produção. Ainda, leva-se em conta a utilização exaustiva, conceito que determina uma economia cada vez maior de tempo, de forma que este tempo fique melhor aproveitado.

Finalmente, essas técnicas ficam dependentes de se ter uma "organização tática" de forma que cada indivíduo deve ocupar determinado lugar nessa sociedade de forma que melhor possa cada integrante exercer sua função de uma maneira a ter a maior quantidade de forças da massa organizada.

De uma maneira geral, percebe-se que toda essa disciplina voltada à organização da massa e da sociedade parte-se do campo político, pois tem a função principal de maximizar a utilidade econômica da sociedade. O conflito controlador/controlado é resolvido por essa sujeição disciplinar que faz com que o controlado seja obediente de forma tal que possa produzir.

Mas para que possa toda essa tecnologia ser colocada em prática, é necessário que se tenha também empregados os instrumentos de saber-poder tais como o exame, a sanção normalizadora e a vigilância hierárquica, já que esse poder disciplinar atua de forma sutil, singela e permanente e não como as grandes estruturas de poder estatal.

Diante deste contexto, deve-se estudar primeiramente a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e, finalmente, o exame, o qual, como será visto, combina as duas primeiras.

Quanto à vigilância hierárquica, entende-se que é aquela decorrente da técnica de vigilância, daquela que simplesmente possibilita ver. Como foi visto, já que o processo agora é controlado e organizado, deve-se necessariamente existir uma forma de vigilância. Ainda, Guandalini explica que

não apenas do processo de produção, mas de todos os aspectos da vida que sejam relevantes para a sujeição do indivíduo e a constituição de um corpo útil e

¹⁸ Cf. GUANDALINI JUNIOR, Op. Cit. p. 20

dócil - o que torna a vigilância hierárquica necessária não apenas na fábrica, mas também em instituições como a escola, a família, o hospital, o exército, etc.¹⁹

Fica expressado nesse modelo um verdadeiro sistema organizado, automático e anônimo.

Já a sanção normalizadora tem um caráter de proporcionar uma sanção à toda pena. Isso quer dizer que sanciona-se mesmo os mais levementes dos desvios de comportamento, os quais eram e são insignificantes para o sistema de castigo da eventual sociedade, nas palavras de Guandalini, "funcionando como repressora de uma micropenalidade do tempo, da atividade, da maneira de ser, dos discursos, do corpo, da sexualidade, etc."²⁰ Ainda, esta mesma ferramenta fornece um poderoso instrumento para que se consiga identificar os "bons" e os "maus", comportamentalmente falando, e, assim, definir qual é o lugar de cada qual nesta sociedade organizada. Trata-se de uma hierarquização das qualidades do indivíduo que naturalmente impõe um caráter punitivo, já que a própria hierarquização já pune colocando fazendo uma distribuição dos indivíduos naquela organização.

O terceiro elemento é o exame. Este sim trata-se de um instrumento que tem por característica a elaboração de uma espécie de registro escrito dos resultados obtidos tanto com a vigilância hierárquica quanto com a sanção normalizadora. A consequência maior desse exame, por um lado, é que se passa a ter o indivíduo como simplesmente um objeto, do qual se sabe exatamente as aptidões. Já por outro lado, tem-se também uma importante ferramenta de comparação que permite identificar os desvios entre os indivíduos e a sociedade.

Deste conjunto de instrumentos, vê-se que é possível uma influência direta e significativa sobre os indivíduos sem que seja necessário utilizar de força física. O que se faz por estes instrumentos é moldar e converter um indivíduo da condição de um potencial inimigo à um indivíduo útil para a sociedade na qual está inserido.

Um dos principais instrumentos é o modelo *panóptico*, pelo qual se entende uma construção em que se pode visualizar e controlar todos os integrantes por uma única pessoa, a qual não necessariamente se sabia se estava ou não controlando. Este modelo foi desenvolvido por Benjamin Bentham, um jurista e filósofo inglês nascido em pleno século dezoito.

O panóptico foi muito bem explicado por Foucault, de quem são as palavras

Na periferia uma construção de anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em três em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se extremamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e recolher imediatamente.²¹

¹⁹ Cf. GUANDALINI JUNIOR, Op. Cit. p. 26.

²⁰ Idem, Loc. cit.

²¹ Cf. FOUCAULT, Michel. p. 165.



Assim, o principal efeito do panóptico é fazer com que o indivíduo fique em observação constante, fazendo com que este poder atue de forma também constante e espontânea, independentemente da efetiva vigilância. Decorrente de sua arquitetura, o panóptico faz com que o indivíduo nunca saiba se está realmente ou não sendo vigiado.

A eficiência teórica do panóptico chega a tal ponto que o próprio Foucault diz que o trata-se de um “diagrama de um mecanismo de poder levado à sua forma ideal”²². Tal eficiência porque não é necessária mais do que um “vigia” para que se possa ter o controle, presumido ao controlado, de todos os indivíduos. O panóptico proporciona, em tese, portanto, um aumento da eficácia de todas as instituições sociais nas quais se possa e se queria impor determinados padrões de comportamento para um grande número de indivíduos.

Nesse tocante em especial Pedro Scuro Neto, outro estudioso contemporâneo doutrinou recentemente que

[o] mesmo tipo de mecanismo é aplicado também a sujeitos submetidos a internação (encarceramento e/ou hospitalização), e no processo de *segregação* de minorias raciais, étnicas ou religiosas. Isolado o indivíduo deve vivenciar a própria impotência diante da férrea objetividade dos mecanismos de controle aplicados – é compelido experimentar uma sensação física e moral, profunda e “peculiar”, uma dualidade, um sentimento de estar sempre olhando para si mesmo através dos olhos dos outros e medindo a

²² Cf. FOUCAULT, Michel. p 170.

própria alma com a fita métrica do mundo que o encara atemorizado, com desprezo ou piedade²³.

Foucault trabalhou bem o raciocínio citado acima pelo estudioso da modernidade quando ressalta esse poder de saber, esse mecanismo de observação à vida alheia sobre os indivíduos sobrepujados à um olhar constante e perturbador, e explica

Vemos assim nascer, ao lado desse saber tecnológico, próprio a todas as instituições de seqüestro, um saber de observação, um saber de certa forma clínico, do tipo da psiquiatria, da psicologia, da psico-sociologia, da criminologia.²⁴

Mas em tempos hodiernos, essa vigilância estatal e controle social²⁵ justificaria a perda da privacidade das pessoas? Tulio Vianna definiu essa perda de privacidade no mundo atual como:

O direito à privacidade, concebido como uma tríade de direitos - direito de não ser monitorado, direito de não ser registrado e direito de não ser reconhecido (direito de não ter registros pessoais publicados) - transcende, pois, nas sociedades informacionais, os limites de mero direito de interesse privado para se tornar um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito²⁶.

Veremos a seguir, como o panóptico de Bentham e a sociedade de controle aperfeiçoada por Foucault seriam analogicamente estudadas com a atual era da informação.

3. Os modelos de controle da sociedade aplicados à era da informação

Desde o momento em que o Estado penaliza o criminoso ou delinqüente, ou se dá uma recompensa para aquela pessoa que segue a lei e as regras impostas à nós mesmos, seja no trabalho, na escola, num presídio, num hospital, numa fábrica, ou em qualquer outro estrato da vida social, a vigilância e a repressão que são realizadas diariamente pelo Estado por seus canais competentes são variáveis de controle social que nos são impostos implicitamente ou explicitamente no dia a dia da sociedade.

²³ SCURO NETO, Op. cit., p. 244.

²⁴ Cf. FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 122.

²⁵ O sociólogo e P.h.D. na área Pedro Scuro Neto dá a definição hodierna de controle social: “O controle social, é portanto, um conjunto de sanções positivas e negativas, especificadas durante o processo de *socialização* e seus mecanismos, que agem desde cedo para incutir na personalidade valores, normas e modelos normativos, conformando a capacidade individual de estabelecer juízos morais. Nesse mister avulta, em primeiro lugar, a ação de instituições como a família e outras formadas por laços de parentesco e afetividade. Depois, as *organizações formais* (escola, igreja, etc.), por intermédio de seus agentes, profissionais especializados na criação, aplicação e transmissão de padrões sociais”. SCURO NETO, Pedro. **Sociologia Geral e Jurídica**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 244-245.”

²⁶ VIANNA, Túlio Lima. **Transparência Pública, Opacidade Privada** – O Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2007. p. 116.

Outrossim, o panóptico como descreveu Foucault²⁷ “é uma utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos”. Tal projeto arquitetônico se projeta nas sociedades contemporâneas, já que demonstra a figura dos aparelhos tecnológicos do Estado e a vigilância global intermitente das pessoas numa sociedade pós-moderna. Independentemente da forma que definimos a semântica do termo “pós-modernismo”, seja chamada de globalização²⁸, mundialização, internacionalização, tal fenômeno ainda resgata polêmicas acerca do tema. Vivemos atualmente num verdadeiro estado de “monitorar²⁹”, “registrar³⁰” e “reconhecer³¹” já vislumbrado por autores do porte do Professor Túlio Lima Vianna que trazia esse novo viés da sociedade da informação ou como ele mesmo denominou “pós-disciplinar”. São suas as palavras:

Nesta nova sociedade, a monitoração eletrônica pode ser reconhecida como um desenvolvimento tecnológico da antiga vigilância hierárquica, mas o poder punitivo não mais se manifesta por meio de uma sanção normalizadora, mas por um intrincado sistema de registro e reconhecimento. Não mais é função social transformar o “anormal” em “normal” nas instituições disciplinares, mas registrar e reconhecer o “anormal” para filtrá-los da sociedade dos “normais”.³²

²⁷ FOUCALT, Michel. A verdade e as formas jurídicas, p.88.

²⁸ O professor doutor em direito Celso Fernandes Campilongo conceituou que: “A expressão globalização consolidou-se no vocabulário da passagem para o século XXI. Contestada, denegrada e até ridicularizada por muitos autores, é possível que não tenha mesmo longa vida. Ao lado de outros termos – por exemplo: neoliberalismo, pós-modernidade, privatização, fim do Estado, fim da história – a globalização talvez seja apenas o registro de um modismo passageiro, como tantos outros que, de tempos em tempos, seduzem os intelectuais.” *in* CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**, com apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi, São Paulo: Editora Max Limonad, 2000. p. 115.

²⁹ “A monitoração eletrônica é uma técnica que utiliza instrumentos eletrônicos para ampliar os sentidos humanos e focalizá-los sobre determinados ambientes, comunicações ou pessoas, com fins de controle e/ou registro de condutas. O exemplo mais óbvio de instrumento de monitoração eletrônica é a câmera de videovigilância, encontrada com frequência nas grandes metrópoles. A monitoração, porém, não se limita a ampliar a visão humana, e utiliza instrumentos que também ampliam a audição (microfones), o tato (sensores térmicos), o olfato (etilômetro) e o paladar (língua eletrônica).” *In* VIANNA, Tulio. Op. cit. p. 55.

³⁰ “O registro é uma técnica de ampliação da memória humana por meio da coleta e armazenamento de informações em banco de dados. Qualquer tipo de informação perceptível pelos sentidos humanos pode ser registrada, mas as mais comuns são textos, imagens, sons e vídeos. (...) Os registros são públicos quando instituídos por lei e têm por objeto toda informação que o Estado considera ser de interesse público, sejam da ordem civil (nascimentos, casamentos, óbitos etc.), comercial (estatuto das sociedades, nome comercial etc.), contábil (para fins de tributação etc.), criminal (antecedentes etc.) ou de qualquer outra espécie.” *In* VIANNA, Tulio. Op. cit. p. 85.

³¹ “O reconhecimento é uma técnica de comparação cuja finalidade é a detecção de uma possível congruência entre uma monitoração atual e uma monitoração passada memorizada em um registro. (...) A tarefa de reconhecimento torna-se um árduo desafio quando se pretende comparar monitorações passadas e presentes realizadas por pessoas diferentes. A memorização de uma monitoração por meio de um registro é imperfeita e não raras vezes acarreta em erros que frustram as tentativas de reconhecimento. O retrato pintado, por muito tempo, o registro mais eficaz para um reconhecimento futuro, mas seu alto custo, limitava sua utilização em largas escala.” *In* VIANNA, Tulio. Op. cit. 117.

³² Cf. VIANNA, Túlio Lima. **Transparência Pública, Opacidade Privada** – O Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2007. p. 83.

O renomado e consagrado sociólogo alemão Niklas Luhmann define a palavra *controle* como

Por controle deve-se entender o exame crítico de processos decisórios objetivando uma intervenção transformadora no caso do processo decisório em seu desenrolar, seu resultado ou suas conseqüências não corresponder às considerações do controle. A necessidade dessa função do controle e dos dispositivos correspondentes só passa a ser encontrada em sistemas funcionalmente diferenciados. O surgimento de controles explícitos está relacionado à reestruturação no sentido da diferenciação funcional. Essa relação tem que ser observada, pra que se possa captar a relevância dos dispositivos de controle nos atuais sistemas jurídicos³³.

Da mesma forma que deva existir um “controle” nos atuais sistemas jurídicos como definido por Luhmann, deve-se ter em mente que certos direitos fundamentais não podem ser ingeridos em excesso. A manifestação do pensamento e de opinião também são exemplos de liberdades fundamentais essenciais à existência da sociedade democrática. Todavia o risco de ser liberal demais é incorrer fatalmente no fenômeno da libertinagem. Miranda Rosa chama a atenção para esse tema:

De outro lado, o exercício de qualquer direito é acompanhado do risco do abuso. O abuso do direito é fato comum na ordem jurídico-social e diante dele a sociedade estabelece remédios diversos, prevendo o seu controle, a sua correção e punição, obedecendo sempre ao grau de probabilidade de que ocorram, da gravidade de suas manifestações, e da importância dos valores assim atingidos.³⁴

Decorre daí a necessidade premente de um “controle estatal”, se um estado democrático que visa garantir direitos não puder na via inversa controlar os desmandos e abusos dos direitos originários dessa mesma sociedade que detém essas garantias, ora a liberdade em excesso, de forma demasiada, por um estado ausente ou de um poder inócuo, como o déspota ou tirano estarão em pé de igualdade de ofensas às garantias fundamentais estatuídas na Carta Magna Brasileira. Veja-se a contribuição de Miranda Rosa, quando ele retrata (em um subcapítulo de sua obra) a censura no Brasil - o direito e a realidade social:

O controle estatal – como forma superior de controle da sociedade – se manifesta por duas formas básicas: a preventiva, que tem um aspecto principalmente psicológico, pelo temor às conseqüências legais do abuso, e outra material, em casos que o Estado considera de excepcional importância; e a repressiva, *post facto*, pela qual se punem os que abusam das liberdades e dos direitos assegurados na ordem jurídica, mediante, já agora, instrumentos corretivos, de reposição das coisas no *statu quo ante*, e instrumentos punitivos, pelos quais os responsáveis pelos atos abusivos sofrem as penalidades previamente fixadas nas leis.³⁵

³³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 84-85.

³⁴ Cf. MIRANDA ROSA, Op. cit. p. 188.

³⁵ Idem, *Ibidem*, p. 189.

Para se ter uma idéia desse controle estatal e das proporções em que ela atingiu, basta verificarmos os atentados terroristas às Torres Gêmeas (World Trade Center) em Nova York de 11 de setembro de 2001. É o que diz a imprensa:³⁶

Em 2001 o Congresso americano promulga o *Patriot Act*, proposto pelo governo Bush, que na contramão da quarta emenda à Constituição - amplia os poderes do governo para vasculhar informações privadas como meio de prevenção contra o terrorismo. Um ano depois, um programa de computador, o MATRIX passa a combinar informações de banco de dados públicos e privados na tentativa de identificar indivíduos que poderiam estar envolvidos em atividades terroristas.³⁷

O especialista no tema, o Professor Gustavo Garibaldi, também aponta a mesma preocupação da qual também afilia-se:

Tras el ataque terrorista de 11 de septiembre de 2001, cientos de cámaras fueron colocadas em Washington DC em calles, subterráneos, escuelas y servicios federales.(...) Em Tampa se agregaron varias docenas de cámaras equipadas com tecnología de reconocimiento de rostros que pretenden capturar la imagen de personas com pedidos de captura, aunque esse programa fue interrumpido por fallas que produjeron varios arrestos equivocados. (...) Em 2002 los Estados Unidos da America, entre 200.000 y 400.000 cámaras estaban dispuestas em áreas públicas. La mayoría de los programas está coordinada em su operación y manejo por funcionarios publicos. Casi todos están comunicados com estaciones de policía y solo unos pocos son monitoreados por guardiães de seguridad privada. Muchos otros países de Europa tienen sistemas similares.³⁸

³⁶ Já tratou-se disso alhures: "(...) Depois dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, a maioria dos governos de todo o mundo dera início, e alguns casos continuidade, a uma vigilância global sem precedentes utilizando, para tanto, a estrutura física da Internet e em alguns casos edições de leis mesmo que muitas vezes violadoras de nossas garantias fundamentais. O que ocorre é que há muito tempo atrás, alguns governos já estão realizando atos de espionagem em grande escala na internet. Alguns deles se desenvolveram dentro da própria Rede, outros, no entanto, não foram criados com esse fim. Certamente devem existir outros países que desenvolveram sistemas e programas de vigilância em escala mundial, porém costumeiramente negam a sua existência a fim de não ferir diretos constitucionais de seus cidadãos. Contemporaneamente os países que possuem sistemas de vigilâncias eletrônicas admitem (e quando admitem) o funcionamento com base no combate a proliferação do terrorismo e outras condutas ilícitas que se espalham com o uso dessa nova ferramenta de tecnologia que é a rede mundial de computadores. Esses mesmos governos se respaldam na justificativa de garantir a ordem e a segurança pública da sociedade, seja ela virtual ou não. Por mais justificável que seja tal argumento, tais sistemas de vigilância eletrônica violam a privacidade e a intimidade dos internautas dentro da Rede ou fora dela. TOMIZAWA, Guilherme. **O Direito à privacidade e a intromissão estatal através dos sistemas de inteligência e ferramentas de espionagem dentro da Internet.** ANIMA V – Revista de Direito Eletrônico do Curso de Direito da OPET. ISSN 2175-7119, Volume 5, série 5, págs. 302-316. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Professores/GUILHERME-TOMIZAWA-ANIMA5.pdf>. Acessado em: 27 mar. 2012.

³⁷ GRAIEB, Carlos. **Vida digital:** Quando não há mais segredos. Veja. São Paulo, edição 2125, ano 42, nº 32, p. 81, 12 ago. 2009.

³⁸ GARIBALDI, Gustavo E. L. **Las modernas tecnologías de control y de investigación Del delito.** Su incidencia em el derecho penal y los principios constitucionales. Ad-hoc. 1ª. Edição. Buenos Aires, 2010. p. 328.

A definição do controle estatal repousa no conceito de poder³⁹, que já fora objeto de estudo no capítulo anterior⁴⁰. Todavia devemos, nessa linha de raciocínio, conceituar também o chamado *Poder de Polícia*, oportunizado por Miranda Rosa em sua obra quando diz que:

Poder de Polícia constitui o instrumento de que se vale o Estado para, no cumprimento de sua missão de controle social, garantir a paz, a segurança, a ordem, o desenvolvimento harmônico da sociedade, o respeito e aos direitos e garantias individuais e a realização do bem-estar da população.⁴¹

Tatiana Malta Vieira converge para a mesma linha de pensamento quando escreveu em sua obra sobre o tema. São as razões:

Diante desse novo cenário social, político e econômico em que a principal riqueza é a informação; destaca-se o intensivo uso da tecnologia da informação para supervisão e para fiscalização dos indivíduos. São dois os principais mecanismos utilizados: formação de arquivos com informações pessoais e vigilância do comportamento das pessoas.⁴²

Aquela vigilância que era exercida pela família e pela Igreja historicamente vai de pouco em pouco sendo repassado ao Estado, haja vista a complexidade de gerenciamento de dados e informações dentro da sociedade das tecnologias. A professora Tatiana Vieira explica de forma sucinta mais eficaz esse *approach* e interesse obscuro do Estado:

A intromissão do Estado na privacidade dos cidadãos por meio da coleta de informações pessoais e uso de recursos tecnológicos configura-se, neste contexto, como um mecanismo de poder necessário para benefício da população. No século XIX, a disciplina foi implantada em oficinas e em fábricas para fiscalização do processo de trabalho, e também nas escolas, hospitais e presídios para supervisão do comportamento dos indivíduos. No final do século XX, o avanço da tecnologia da informação intensificou o exercício do poder disciplinar, ao permitir a coleta, o cruzamento e o armazenamento de dados pessoais a baixos custos e de forma facilitada, além de ter incrementado a vigilância eletrônica.⁴³

O emérito professor José Saez Capel mostra bastante apreensão no que tange as modernas tecnologias da era da informação e o conflito com direitos individuais. Veja-se:

³⁹ Cf. MIRANDA ROSA, p. 189. "O Poder é, por sua própria natureza, voltado para a expansão, até a hipertrofia. E a sua vocação. Ele busca ampliar-se. É indispensável que não tenha instrumentos fáceis para impedir que o seu exercício esteja sob a fiscalização e a crítica do público".

⁴⁰ Ver capítulo 1 do presente estudo no que se refere à Bentham e Foucault.

⁴¹ Idem, *Ibidem*, p. 190.

⁴² VIEIRA, Tatiana Malta. O Direito à privacidade na sociedade da informação – efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2007. p. 195.

⁴³ Cf. VIEIRA, Tatiana Malta. Op. cit. 196.

Las modernas tecnologías de la informática proporcionan a la vez que grandes ventajas al desarrollo social y cultural, grandes riesgos que no por necesarios deben ser asumidos hasta el punto de dejar expuestos los derechos individuales a cualquier agresión, habida cuenta, que como em outra oportunidade manifestara, también el progreso auténtico pasa por un profundo respeto a la libertad. (...) Consecuencia de ello es la generalización de nuevas técnicas em la esfera íntima de los ciudadanos, de ahí que resulte imprescindible tutelar la intimidad como forma necesaria de replantear las garantías de la libertad personal⁴⁴

O estudioso em privacidade professor Marcelo Cardoso Pereira chama a atenção para esse novo fenômeno social ao qual também já nos manifestamos.⁴⁵

Ainda que possa parecer exagerado o uso do termo 'ciberespionagem', não há, em nosso juízo, outra forma de qualificar determinadas atitudes levadas a cabo no âmbito da Internet. A espionagem sempre formou parte da história da humanidade e, em particular, da trajetória histórica de vários governos mundiais. Se antes os Estados realizavam atos de vigilância sobre determinados grupos ou indivíduos, hoje em dia, e com base nas tecnologias existentes (e entre elas a Internet), governos de muitos países seguem realizando atos de vigilância. No entanto, essa espionagem recai sobre milhões de pessoas. Fala-se, então, da existência de uma vigilância eletrônica global ou mundial.⁴⁶

O renomado jurista argentino professor Gustavo E. L. Garibaldi aponta uma preocupação premente perante o uso de aparatos tecnológicos de forma desenfreada:

Los avances tecnológicos potenciaron la aptitud de las investigaciones para producir perjuicios a los investigados y su utilización, evolucionó hasta puntos inicialmente no previstos, que generó problemas vinculados com el diseño de esos límites. La práctica que vincula el uso de recursos humanos y tecnológicos com el engaño de sus destinatários genera uno de los mayores conflictos éticos relacionados con la actividad estatal.⁴⁷

O pior diante de todo esse panorama incerto e devassador da perda (quase total) de privacidade dos usuários dentro da rede mundial de computadores controlada por tecnologias estatais, é a sua invisível intromissão, controle e espionagem perpetradas, quase que na sua totalidade desenvolvidas pela *iniciativa privada*, senão vejamos o que disse Manuel Castells acerca dessa origem:⁴⁸

⁴⁴ CAPEL, José Sáez. **Informatica y Delito**. Proa XXI Editores. 2ª. Ed. Buenos Aires, 2001. p. 139-140.

⁴⁵ Nesse trabalho exemplificamos diversos tipos de ferramentas de espionagem e sistemas de inteligência no Brasil, nos EUA e na Europa tais como, Echelon, Enfopol, Carnívoro, Lanterna Mágica, Tormenta Digital (ver maiores detalhes na obra de Marcelo Cardoso Pereira - DIREITO À INTIMIDADE NA INTERNET), FBI, CIA, ABIN, Receita Federal Brasileira, etc. Cf. TOMIZAWA, Guilherme. **O Direito à privacidade e a intromissão estatal através dos sistemas de inteligência e ferramentas de espionagem dentro da Internet**. Op. cit. p.1-16

⁴⁶ PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na internet**. Editora Juruá, 1ª. edição, 2004, Curitiba. p. 166.

⁴⁷ Cf. GARIBALDI, Gustavo E. L. Op. cit. p. 137.

⁴⁸ Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. Op. cit. p. 166.

Por que empresas de tecnologias da informação colaboram com tanto entusiasmo na reconstrução do velho mundo do controle e da repressão? Há duas razões principais, afora atitudes oportunistas ocasionais. A primeira diz respeito, sobretudo às firmas ponto.com, é que elas precisam quebrar a privacidade de seus clientes para vender. A segunda é que elas precisam de apoio do governo para preservar seus direitos de propriedade na economia baseada na Internet.⁴⁹

Castells ainda assevera mais a frente essa preocupação premente da vigilância e espionagem no meio eletrônico que "

[n]ão é o Big Brother, mas uma multidão de irmãzinhas, agências de vigilância e processamento de informações que registram nosso comportamento para sempre, enquanto banco de dados nos rodeiam ao longo da nossa vida – a começar, dentro e, breve, em nosso DNA e características pessoais (nossa retina, nosso datilograma, na forma de marcas digitalizadas). Nas condições vigentes nos Estados autoritários, essa vigilância pode afetar diretamente nossas vidas (essa é de fato a situação da maioria esmagadora da humanidade). Mas mesmo em sociedades democráticas, em que os direitos civis são respeitados, a transparência de nossas vidas moldará decisivamente as nossas atitudes. Ninguém jamais foi capaz de viver numa sociedade transparente. Se esse sistema de vigilância e controle da internet se desenvolver plenamente, não poderemos fazer o que nos agrada. Talvez não tenhamos nenhuma liberdade, e nenhum lugar onde nos esconder⁵⁰.

O doutrinador Marcelo Pereira admite que o Estado sempre se respaldou na segurança pública. Seu entendimento segue no sentido de que a vigilância eletrônica está por toda a parte. Veja-se:

Os países que mantêm sistemas de vigilância eletrônica, e isso quando o admitem, costumam justificar a sua existência e funcionamento com base no combate ao terrorismo e em outras condutas ilícitas que se levam a cabo mediante a utilização das novas tecnologias, entre as quais está, obviamente e com destaque, a Internet. É dizer, justificam a existência desses sistemas como uma forma de proporcionar e garantir a segurança pública. Ainda que possa parecer uma justificativa, esses sistemas de vigilância eletrônica atentam contra o direito à intimidade dos cidadãos em geral e, portanto, contra o direito à intimidade dos usuários da Rede.⁵¹

Tira-se ainda a atenção para os novos aparatos digitais onde o Thomas Mathiesen o chamou de "Sinóptico" trabalhado por Tulio Vianna em sua tese. Ele explica que:

... conceito é composto pelas palavras gregas "syn", que remete à expressão "junto" ou ao mesmo tempo, e "opticon", que, novamente relaciona-se com o "visual". Pode ser usado para representar a situação em que muitos focam algo comum que se encontra condensado. Em outras palavras, pode representar o oposto da

⁴⁹ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Jorge Zahar Editor, 2003. p. 148-149.

⁵⁰ Cf. CASTELLS, MANUEL Op. Cit. p. 148-149.

⁵¹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. Op. Cit. p. 167.

situação em que poucos vigiam muitos. Assim, em todos os sentidos da palavra, pode-se dizer que vivemos em uma sociedade expectadora.⁵²

Novamente nos socorremos ao que foi bem tratado pelo prof. Tulio Vianna quando afirmou em sua recente obra, sobre o presente tema:

A sanção típica do poder soberano visa tão-somente evitar a realização da conduta indesejada. É pois, um mero instrumento repressivo. A sanção normalizadora do poder disciplinar, por outro lado, visa antes de tudo a produzir o comportamento desejado. (...) Vê-se, pois, que a monitoração eletrônica em *shoppings* não tem por finalidade precípua o controle disciplinar, mas a prevenção da prática de delitos. Em tais casos, a ação dos seguranças, por certo, não se limita a uma advertência exigindo o comportamento desejado – sanção normalizadora – mas vai além, com a prisão e o encaminhamento do acusado às autoridades policiais para a imposição futura de uma sanção repressora. O mesmo pode dizer da monitoração de qualquer espaço de acesso público: ruas, parques, aeroportos, edifícios, lojas etc. A monitoração não tem por finalidade precípua um controle disciplinar dos freqüentadores – ainda que esse controle possa eventualmente ser exercido -, mas sim fornecer elementos para a repressão de crimes a partir da captura e encaminhamento dos suspeitos às autoridades.⁵³

O professor Tulio Vianna ainda teve a preocupação de diferenciar o “poder disciplinar” do “poder de prevenção” na sociedade moderna estabelecendo um divisor de águas entre o modelo clássico do panóptico de Bentham e a monitoração eletrônica da sociedade globalizada em sua inédita tese acadêmica:

A monitoração eletrônica de locais públicos como ruas, praças e parques, ou mesmo de locais particulares de acesso público, como lojas e *shopping centers*, porém, não tem prioritariamente a função de impor aos transeuntes um comportamento previsto em uma norma disciplinar, mas impedi-los de praticarem condutas indesejadas. A diferença é sutil, mas fundamental: nessa hipótese, a monitoração não é um instrumento impositivo, mas repressor.⁵⁴(...)

A fim de concluir total concordância, deixa-se a mensagem final de reflexão da Professora Tatiana Malta Vieira, quem diz que:

...essa visibilidade permanente, como no modelo panóptico de Jeremy Bentham, induz as pessoas a agirem de maneira diversa do que agiriam se não estivessem sendo observadas. É o mundo da dissimulação, da falsidade, dos subterfúgios cada vez mais elaborados para disfarçar o ego e encobrir condutas, Entretanto, conforme descreve Foucault, tudo não passa de um equívoco, porque as pessoas não se tornarão virtuosas simplesmente por saberem que estão sendo vigiadas.

⁵² MATHIESEN, Thomas. A sociedade espectadora: o “panóptico” de Michel Foucault revisitado. Margem, São Paulo, n. 8, p.81, dez. 1998.

⁵³ Cf. VIANNA, Tulio. Op. cit. p. 78-79.

⁵⁴ Cf. VIANNA, Op. cit. p. 77.

Conclusão

Com a disseminação dos instrumentos tecnológicos de massa na sociedade pós-moderna controlada pelo Estado e outros *detentores do poder*⁵⁵ verificou-se alguns apontamentos que são feitos pelos doutrinadores nos ensinamentos epistemológicos da Sociologia, da qual concordamos⁵⁶. Ainda, sem perder o caráter conclusivo, apóia-se nas palavras de Campilongo para sintetizar a reflexão:

Os meios de comunicação de massa sempre mantiveram uma relação curiosa com o direito. Vários aspectos da atividade da mídia estão coligados a conceitos jurídicos importantes. A liberdade de expressão, o direito de informar e o direito de ser informado, por exemplo, são garantias fundamentais para os meios de comunicação. Mas em que medida essas regras são conciliáveis com os objetivos da Justiça? O direito de informar pode violar o segredo das investigações? O direito de ser informado é compatível com a proteção da privacidade das partes processuais? A liberdade de expressão pode atuar como instrumento de pressão sobre as decisões dos tribunais? Responder a essas questões não é tarefa simples. Um passo inicial para o enfrentamento desse problema é distinguir a comunicação jurídica da que é produzida pela mídia, tomado como ponto de partida suas diferentes formas, funções e lógicas⁵⁷.

Está-se saindo dos modelos clássicos e anacrônicos de um controle policialesco e disciplinar (tais como idealizou Bentham e desenvolvido por Foucault) para um estado de vigília libertário ao extremo beirando à um excesso de exibicionismo e voyeurismo desenfreado, como já se escreveu em outra oportunidade⁵⁸? Ou será que a bandeira da “segurança⁵⁹” sempre abraçada pelo

⁵⁵ Para entender melhor a expressão grifada, é interessante ver o posicionamento de dois expoentes críticos do direito, no que tange aos detentores do poder, LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 17ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1995. e COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**, Barueri: Manole, 2004. Ver também ROSA, Op. cit. p. 173. “Problemas de dominação, de exercício do Poder, de distinção entre Poder e potência, a autoridade, de manifestações do Poder nas massas e sobre as massas, e outros fenômenos do agrupamento humano, relação entre esses fatos e do exercício do domínio, e outras, foram abordados pelo referido autor. Ao estudioso do fenômeno jurídico não escapam, seguramente, as suas implicações, inclusive de Sociologia do Direito”.

⁵⁶ Já expusemos tal linha de pensamento em outro trabalho que dispunha o seguinte: “Casos há em que dois direitos se opõem um ao outro, gerando a colisão de direitos fundamentais. Assim, por exemplo, o art. 5º, X da Constituição dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Porém, em sentido oposto, o art. 220 dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”. Bastam tais observações para comprovar-se a inegável tensão existente na relação entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade constitucionalmente protegidos, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais. (MENDES, 1999, p.91)”. TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade Através da Internet**. JM Livraria Jurídica, Curitiba, 2008, p. 78.

⁵⁷ CAMPILONGO, Op. cit. p. 161.

⁵⁸ “Conforme foi visto acima, vive-se hoje um verdadeiro estado de narcisismo, as pessoas (leia-se internautas) parecem que necessitam fulgorosamente aparecer às outras. Antigamente Andy Warhol cunhou em 1968 a expressão “15 minutos de fama” hoje, hodiernamente, preza-se [pelo menos por alguns] pelos “15 minutos de privacidade” parafraseando Phil Zimmerman Quiçá num futuro mais alternativo e distorcido se falará no 16º minuto de fama, como já prevêem os visionários afamados. Com tal citação queremos paradoxalmente mostrar que a vida privada das pessoas soa cada vez mais um produto de maior escassez e raro valor. Como se não bastasse esse excesso de auto-

Estado de direito justifica um controle e monitoramento virtual da sociedade nos moldes que vem sendo realizado atualmente em detrimento de nossas garantias individuais?

Tulio finaliza o raciocínio ponderando o seguinte:

A garantia do direito à privacidade reveste-se, pois, de interesse não só individual, mas também e principalmente de interesse público, na medida em que, nas sociedades de controle, converte-se em um dos fundamentos da liberdade e da igualdade e, conseqüentemente, do próprio Estado Democrático de Direito. O biopoder se exerce pela tríade monitorar-registrar-reconhecer e seu principal instrumento jurídico de limitação é o direito à privacidade, entendido como uma tríade de direitos: direito de não ser monitorado, direito de não ser registrado e direito de não ser reconhecido⁶⁰.

Concorda-se com o pensamento dos diversos autores apresentados⁶¹, com vasta expertise na área de privacidade, que o impacto produzido pelas novas tecnologias da informação tomou proporções inquietantes com o uso de tais aparatos eletrônicos-tecnológicos (GPS⁶², CCTV⁶³, câmeras de segurança, uso de satélites, programas e ferramentas globais de espionagem, etc.) e com a criação de vários mecanismos de rastreamento, monitoramento e controle à distância. O uso indiscriminado de tais aparatos tecnológicos em prol de empresas e do Estado tem afligido estudiosos, jusfilósofos e defensores das liberdades públicas em todo o planeta. Desde o arquétipo de Bentham e dos estudos aprimorados de Foucault, o Estado utiliza tais “garantias” e “princípios” em prol de uma melhor *obediência* (docilidade) ao governante, para uma melhor *utilidade* dos governados, um maior *controle* da sociedade, um exato *registro* de dados alheios, ou um perpétuo *monitoramento e reconhecimento* dos indivíduos, seja em detrimento de nossas

estima narcisista ainda existe um nítido interesse em imiscuir na vida privada alheia, pois é muito conveniente saber mais dos outros à qualquer custo, remetendo-nos ao clássico voyeurismo.” GUIERA, Amanda Teixeira e TOMIZAWA Guilherme. **A evasão de privacidade e a inversão de valores na sociedade pós-industrial**. In: ARAGÃO, P.; ROMANO, Letícia D.; TAYAH, José M (coord.). Reflexiones sobre Derecho Latino Americano – Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Barbarosch. Vol. 5. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2011, p. 238-239.

⁵⁹ Para autores como Campilongo “No mundo globalizado, o esvaziamento do Estado significa para a democracia, o enfraquecimento da capacidade do sistema político para: (...) c) **garantir a segurança pública e controlar a violência** (daí o crescimento da impunidade, da violação dos direitos humanos e do descrédito da política e da Justiça). Qual o sentido de reformas ou de ‘ajustes estruturais’ que subtraem do Estado sua capacidade de garantir os direitos fundamentais? Se, antes mesmo da globalização, se discutia o problema ‘político-constitucional’ de conflitos sociais que não eram nem ‘regulamentados’ nem ‘reprimidos’ pelas regras processuais estabelecidas, o que dizer, então, da nova situação internacional, marcada pelo ‘déficit democrático’ que começa com a ausência da igualdade política e deságua na inexistência da Constituição mundial? Perguntas elementares da política democrática não têm sequer destinatário certo em tempos de globalização. Quem decide? Com que critérios? Em que direção? Com quais limites? Com qual representatividade?” (grifo nosso) In CAMPILONGO, Op. cit. p. 118-119.

⁶⁰ Cf. VIANNA, Tulio. Op. cit. 207.

⁶¹ Liliana Minardi Paesani, Tatiana Malta Vieira, Túlio Vianna, Marcelo Cardoso Pereira, Gustavo Garibaldi e José Sáez Capel.

⁶² GPS – Global Positioning System – Sistema Global de Posicionamento.

⁶³ CCTV – Closed-circuit television – Circuito internos de televisão.

garantias fundamentais ou a favor da tão almejada “segurança pública” e *bem estar social* dos nossos concidadãos⁶⁴.

Uma passagem da especialista em direito eletrônico professora Liliana Minardi Paesani por derradeiro é utilizada como mensagem final para reflexão dos tempos hodiernos e fechamento do presente ensaio:

A crescente escalada da violência tem possibilitado ao Poder Público a captação de informações e dados privados por meio de métodos eletrônicos sofisticados. Entende a doutrina que, diante dos fins visados, é possível a ação interceptora, sacrificando-se os direitos individuais em prol do bem comum. Essas interferências estão legitimadas pelo sistema jurídico, em função da orientação que cabe ao Estado de conceder segurança a seus cidadãos.⁶⁵

Referências Bibliográficas

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. (Organização e tradução de Tomaz Tadeu da Silva).

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**, com apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi, São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

CAPEL, José Sáez. **Informática y Delito**. Proa XXI Editores. 2ª. Ed. Buenos Aires, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir** (trad. Raquel Ramalhete). 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas** (trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau, 2001.

GARIBALDI, Gustavo E. L. **Las modernas tecnologías de control y de investigación Del delito**. Su incidência em el derecho penal y los principios constitucionales. Ad-hoc. 1ª. Ed. Buenos Aires, 2010.

GRAIEB, Carlos. **Vida digital: Quando não há mais segredos**. Veja. São Paulo, edição 2125, ano 42, nº 32, p. 81, 12 ago. 2009.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **A Crise da sociedade de normalização e a disputa jurídica pelo biopoder: o licenciamento compulsório de patentes de anti-retrovirais** (Dissertação de Mestrado) UFPR, 2006.

GUIERA, Amanda Teixeira e TOMIZAWA, Guilherme. **A evasão de privacidade e a inversão de valores na sociedade pós-industrial**. In: ARAGÃO, P.; ROMANO, Letícia D.; TAYAH, José M. (coord.). Reflexiones sobre Derecho Latino Americano – Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Barbarosch. Vol. 5. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2011.

GUIZZO Érico. **Internet**, São Paulo: Ática, 1999. p. 41-2.

⁶⁴ A notória frase de Foucault em seu clássico “Vigiar e Punir” é perfeitamente oportuna nesse momento: “O preço da liberdade é a eterna vigilância...”.

⁶⁵ PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet – liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil, jurídico atlas, 2000. p. 55.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MATHIESEN, Thomas. A sociedade espectadora: o “panóptico” de Michel Foucault revisitado. Margem, São Paulo, n. 8, p.81, dez. 1998.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1978, 11ª Edição.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet – liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil, jurídico atlas, 2000.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na internet**. Editora Juruá, 1ª. edição, 2004, Curitiba.

ROSA, Felipe Augusto Miranda. **Sociologia do Direito**: O fenômeno jurídico como fato social. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2004.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia Geral e Jurídica**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade Através da Internet**. JM Livraria Jurídica, Curitiba, 2008.

_____. O Direito à privacidade e a intromissão estatal através dos sistemas de inteligência e ferramentas de espionagem dentro da Internet. ANIMA V – Revista de Direito Eletrônico do Curso de Direito da OPET. ISSN 2175-7119, Volume 5, série 5, págs. 302-316. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Professores/GUILHERME-TOMIZAWA-ANIMA5.pdf>. Acessado em: 27 mar. 2012.

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência Pública, Opacidade Privada** – O Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2007.

O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Jeffrey Chiquini da Costa¹

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade precípua o estudo do inquérito policial, abrangendo todas as suas fases, bem como seu valor probatório, sob as perspectivas da Constituição Federal de 1988, demonstrando que a garantia constitucional do devido processo legal, prevista na atual Constituição da República, também deve alcançar o inquérito policial. A partir disto, demonstra-se que nesta fase inquisitorial deve-se também garantir aos indiciados os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como os demais princípios previstos na Constituição da República para que, desta forma, o inquérito policial possa ter maior valor probatório durante a instrução processual, sendo possível que as provas colhidas durante a persecução criminal sejam utilizadas pelo magistrado em eventual condenação ou absolvição do acusado.

Palavras-chave: inquérito policial, valor probatório, respeito ao devido processo legal.

Abstract

This article is about the study of the main purpose of the police investigation, covering all its stages, and its probative value, the perspectives of the Federal Constitution of 1988, demonstrating that the constitutional guarantee of due process provided in the current Constitution Republic, must also reach the police investigation, demonstrating that at this stage inquisitorial, should also be guaranteed to the principles of adversarial indicted and ample defense for that in this way, the police investigation has evidentiary value during the procedural instruction.

Key words: police investigation, probative value, respect to due process.

1. Introdução

O inquérito policial surgiu em Roma, sendo denominado como “inquisitio”. Sua função, na época, era a delegação de poderes, dada pelo magistrado, à vítima ou a familiares desta para que, então, investigassem o delito e localizassem o criminoso. Estes que recebiam o poder delegado pelo magistrado se tornavam verdadeiros acusadores.

Por sua vez, no Brasil, com o surgimento do Código de Processo Penal no ano de 1832, criaram-se dispositivos a respeito de alguns procedimentos administrativos que poderiam ser realizados por Inspetores de Quarteirões. No entanto, o inquérito veio a ser de fato regulamentado no Brasil, com o surgimento da Lei nº 2.033, de 20

¹ Advogado. Pós-graduando em direito penal e processual penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. (ABDConst.). jeffchiquini@hotmail.com

de setembro de 1871, pelo Decreto nº 14.824, de 28 de novembro de 1871, que mencionava em seu artigo 42 que o “Inquérito Policial consiste em todas as diligências necessárias para o desenvolvimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”².

Salienta-se, no entanto, que o inquérito policial foi mantido no atual Código de Processo Penal (lei nº 3.689/41) e, segundo Aury Lopes Junior,

O inquérito policial teve manutenção no atual Código, pois o legislador da época entendeu que ‘o ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio ao sistema vigente’. Ademais, naquele momento histórico, o sistema de juiz de instrução era adotado por inteiro e o Brasil seguia com a superada investigação preliminar policial, que segundo o Código de 1941, é a clara alusão ao órgão encarregado de atividade.³

Ainda, o referido autor destaca que o inquérito policial, denominado de investigação preliminar, conforme o Código de 1941, “é ato ou efeito de inquirir informações sobre algo, ou seja, colher informações a respeito de um fato aparentemente delituoso”.

O doutrinador Vicente Greco Filho menciona que “o atual Código de Processo Penal impõe ao inquérito policial às seguintes características: obrigatoriedade; oficiosidade; inquisitorialidade; oficialidade; autoritariedade; escrito; indisponibilidade e; sigiloso”⁴.

Segundo Aury Lopes Jr., “[...] o inquérito é ato ou efeito de inquirir, ou seja, procurar informações a respeito do fato, colhendo informações acerca do delito”⁵. Este inquérito é realizado pela Polícia Judiciária, que será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá como finalidade, segundo o artigo 4º do Código de Processo Penal, “a apuração das infrações penais e da sua autoria”⁶.

Salienta-se que o inquérito policial é procedimento persecutório de caráter administrativo e, como tal, nele não vigoram os princípios previstos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que são as chamadas garantias constitucionais, sendo que a principal razão é por ser o inquérito inquisitivo. Sendo assim, não possibilita ao indiciado utilizar-se do princípio do contraditório e da ampla defesa. Por sua vez, segundo Aury Lopes Junior,

O sistema inquisitório é um modelo histórico, isto é, até o século XII, predominava-se o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. A acusação era apresentada por escrito, indicando as provas que seriam utilizadas para a veracidade dos fatos. Porém ao longo do século XII até o XIV, ocorreram algumas transformações, sendo que o sistema acusatório foi, paulatinamente, sendo substituído pelo inquisitório.⁷

² PICOLIN, Gustavo Rodrigo. **Surgimento do Inquérito Policial**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=156>. Acesso em: 17/05/2007.

³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 255.

⁴ GRECO, Filho Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Saraiva. 2010. p. 77.

⁵ LOPES JR, 2010, p. 255.

⁶ Ibid., p. 255.

⁷ Id., 2012, p. 256.

Para ele, essa substituição se deu em razão dos efeitos da inatividade das partes, levando a concluir que a persecução criminal não poderia ser deixada exclusivamente nas mãos dos particulares. Por conta disso, comprometeria seriamente a eficácia do combate aos delitos. Isto é, era uma função que deveria ser assumida pelo Estado e conforme os limites da legalidade.

Da mesma forma, para o autor acima mencionado, “a mudança para o sistema inquisitório se deu com a possibilidade de, junto ao acusatório, existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito”. Entretanto, o autor afirma que esse novo sistema começou a ser adotado por todos os legisladores da época, “não só para os delitos em flagrante, mas para todas as classes de delito”.⁸

Ademais, o sistema inquisitório mudou a fisionomia do processo de forma radical, ou seja, o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, passou a ser uma disputa desigual entre o juiz e o acusado.

Levando-se, então, esse sistema inquisitório ao inquérito policial, frente a um fato típico, o delegado de polícia atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, ou seja, recolhe o material que irá constituir o inquérito, de ofício, a fim de juntar provas da materialidade e indícios suficientes de autoria. Ademais, o que torna o inquérito policial inquisitivo é o não permitir o contraditório, ou seja, é a imposição do sigilo e a não intromissão de pessoas estranhas durante a feitura dos atos persecutórios.

A fim de definir as consequências dessa inquisitorialidade, leciona sobre o tema o professor Fernando Capez, ensinando que:

Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria. É característica oriunda dos princípios da obrigatoriedade e da oficialidade da ação penal. É secreto e escrito, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa.⁹

Da mesma forma menciona o professor Flávio Vieira Figueiredo, ao ensinar que:

O inquérito policial tem natureza inquisitiva. Isso quer dizer que o procedimento se concentra nas mãos de uma só autoridade, isto é, toda a ação e a determinação de atos partem de um único órgão, não havendo separação em órgãos distintos. [...], em relação ao processo, vigora entre nós o sistema acusatório, no qual há a separação de funções entre órgãos diversos: um julga, outro acusa e um terceiro defende o réu. Tal não ocorre no inquérito, o qual, como visto, não está sujeito às regras processuais. A forma inquisitorial, contudo, não traduz a idéia de que a autoridade policial possa agir arbitrariamente; há apenas concentração de atos em um único órgão. Sua conduta à frente da investigação deve se pautar pela absoluta legalidade.¹⁰

Desta forma, fica evidenciado que o maior resultado dessa inquisitorialidade durante o inquérito policial é a ausência do devido processo legal, qual seja, o contraditório e a ampla defesa.

⁸ LOPES JR, 2010, p. 63.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117.

¹⁰ OLIVEIRA, Flávio Cardoso. **Direito Processual Penal**. Coleção OAB Nacional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

2. Direitos e Garantias Constitucionais do Indiciado

Segundo Aury Lopes Jr. o primeiro dos direitos constitucionais garantidos ao indiciado vem mencionado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso III, qual seja, o direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante. Bem como os referidos a sua integridade física e moral expressos também no artigo 5º da Constituição da República em seu inciso XLIX. Neste sentido, o autor menciona que “a prisão é, em si mesma, uma cerimônia degradante, entendemos que o dispositivo constitucional exige que este ato seja realizado de forma menos degradante e prejudicial possível”.¹¹

Menciona, ainda, o artigo 5º da Constituição, em seu inciso LXII, que a prisão de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Neste mesmo sentido, dispõe o inciso LXIII do mesmo diploma, que o preso será informado de seus direitos, sendo entre estes, o de permanecer em silêncio, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado e, ainda, tem o preso, o direito de ser informado sobre a identidade dos responsáveis pela sua prisão e interrogatório policial.

Cabe mencionar que por conta do mencionado direito à assistência de advogado ao indiciado é possível rebater o entendimento de que não existe, no inquérito, o direito de defesa e contraditório. Diante disto, Aury Lopes Junior menciona:

Existe, desde 1941. Basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. Poderá, ainda, postular diligência e juntar documentos (art. 14 do CPP). Por fim, poderá exercer a defesa exógena, através do ‘habeas corpus’ e do mandado de segurança.¹²

Salienta-se, desta forma, conforme afirma o autor, que o contraditório existe, no entanto sua eficácia é insuficiente e deve ser potencializada.

Deve-se notar que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal não pode ser objeto de leitura restritiva, como menciona Aury, eis que o legislador agiu de forma protetora ao mencionar processo administrativo quando deveria ter dito procedimento. Ademais, tal confusão terminológica não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, nem tão pouco pode ser alegado que o fato de ter mencionado acusado, e não indiciado pode ser impedimento para sua aplicação na investigação criminal, devendo esta ser interpretada de forma extensiva, abrangendo acusados em geral, devendo alcançar também os indiciados.

Diante do todo exposto Aury Lopes afirma que:

Nunca é demais recordar que o texto constitucional é extremamente abrangente, protegendo os litigantes tanto em processo judicial como em procedimento administrativo. Não satisfeito, o legislador constituinte ainda incluiu, para evitar dúvida, a expressão ‘[...] e aos acusados em geral [...]’ assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.¹³

Ademais, conforme aponta Tourinho Filho, a Constituição de 1988 é bem clara ao dizer “aos litigantes, processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral

¹¹ Ibid., p. 311.

¹² LOPES JR, 2010, p. 314.

¹³ Ibid., p. 315.

são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes' [...]. Aliás, em todo processo de tipo acusatório vigora esse princípio".¹⁴

Por esta razão fica evidenciada a dificuldade de se aplicar o contraditório no inquérito policial. Da mesma forma ocorre com o princípio Constitucional da ampla defesa. Muitos doutrinadores sustentam a inaplicabilidade do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República ao inquérito policial, sob argumento de que nesta fase não existem acusados, eis que ainda não há denúncia. No entanto, com o intuito de rebater tal afirmação, Aury Lopes Junior afirma que qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente criminoso a alguém é capaz, no plano jurídico, de gerar um plano processual. Ademais, em ambos os casos existe uma atuação de caráter coercitivo contra determinada pessoa, configurando, neste caso, uma "agressão" ao seu estado de inocência, pois o ato de indiciamento é sim uma forma de acusação em sentido amplo e segundo o texto Constitucional, que é extremamente abrangente, protegendo os litigantes tanto em processo judicial como em procedimento administrativo. A todos será garantido o direito ao contraditório e a ampla defesa. Neste sentido o professor Aury Lopes Junior ensina:

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da Justiça. Não obstante, exige especial atenção o grave dilema que pode gerar o direito de defesa sem qualquer limite, pois poderia criar um sério risco para a própria finalidade da investigação preliminar. Por outro lado, a absoluta inexistência de defesa viola os mais elementares postulados do moderno processo penal.¹⁵

Deve-se salientar, ainda, que a Constituição Federal, por força do princípio da unidade da constituição, deve ser analisada de forma sistemática, ou seja, afastando toda e qualquer possibilidade de contradição entre suas normas. Desta forma – levando-se em consideração também o princípio da eficiência ou da máxima efetividade – deve-se atribuir à norma constitucional interpretação de maior amplitude e eficácia, eis que a tal norma jamais poderá ser interpretada de forma restritiva e, sendo assim, devem-se, então, os princípios do contraditório e da ampla defesa também, durante o inquérito policial, ser aplicados aos indiciados.

Ademais, levando em consideração, ainda, os ditames do princípio da força normatizadora, na solução de conflitos entre a interpretação das normas constitucionais deve prevalecer aquele que dá maior eficácia à lei fundamental.

A concluir, deve-se mencionar, então, que durante o inquérito policial há a garantia constitucional da aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa. No entanto, tais princípios não são aplicados, e o desafio, em nosso atual ordenamento, é dar-lhes a devida eficácia assegurada pela Constituição, sendo que caso ocorresse tal garantia, durante o inquérito policial, as provas colhidas durante esta fase não necessitariam ser corroboradas em juízo para que pudessem ser utilizadas como meio de prova, a fim de garantir a aplicação da lei penal, tendo estas, então, seu devido valor probatório.

3. Conclusão

Resta evidenciado que, mesmo sendo o inquérito policial um procedimento persecutório de caráter administrativo, a ele devem-se aplicar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Salienta-se que a característica de ser o inquérito policial inquisitivo não restringe tal possibilidade de ser a ele aplicado o devido processo legal, eis que tal

¹⁴ TOURINHO, 2012, p. 63.

¹⁵ LOPES JR, 2010, p. 316.

característica diz respeito apenas às investigações, sendo que estas se concentram exclusivamente nas mãos da autoridade policial – o delegado de polícia.

Diante disto, por conta do mencionado direito à assistência de advogado ao indiciado, previsto na Constituição Federal, é possível rebater o entendimento de que no inquérito policial não vigora a aplicação do direito de defesa e contraditório.

Ademais, o texto previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal não pode ser interpretado de forma restritiva, ou seja, não se pode dizer que, simplesmente pelo fato de não estar previsto neste artigo o termo “indiciados” e sim “acusados”, é causa impeditiva da aplicação do contraditório durante a fase inquisitorial, eis que a Constituição Federal deve ser interpretada de forma extensiva, a fim de proteger, em razão de sua segurança jurídica, todos os cidadãos, ou seja, acusados em geral, abrangendo também os indiciados.

Desta forma, resta comprovado que a Constituição Federal garante também aos indiciados os princípios do contraditório e da ampla defesa. No entanto, e infelizmente, tais princípios não são aplicados durante as investigações criminais.

Por fim, deve-se salientar, ainda, que caso houvesse, durante a investigação criminal, a aplicação e garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa aos indiciados, as provas colhidas durante esta fase não necessitariam ser corroboradas em juízo para que pudessem ser utilizadas como meio de prova, a fim de garantir a aplicação da lei penal.

Referências Bibliográficas

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. Malheiros Editores. 2006.

GRECO Filho, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal anotado**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOTÁVEIS do direito penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti. Brasília: Consulex, 2006.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. **Surgimento do Inquérito Policial**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=156>. Acesso em: 17/05/2007.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FAMILIA, O ESTADO E A ALIENAÇÃO PARENTAL

Thatyane Kowalski Lacerda Scandelari¹

RESUMO

O presente trabalho aborda as novas problemáticas familiares, oriundas das dissoluções conjugais, que resultam muitas vezes na alienação parental, quando da disputa pela guarda. Analisa ainda a evolução do instituto do pátrio poder para o do poder paternal e suas implicações. Elenca ainda, de forma sucinta, os diferentes tipos de guarda bem como a inclinação dos tribunais para o tipo de guarda que julgam mais interessante ao infante. Conceitua alienação parental e faz apontamentos legislativos relevantes. Discorre sobre as atribuições e desempenho do Poder Judiciário nas questões que envolvem a alienação parental. Enfatiza os principais problemas psicológicos causados pelo fenômeno da alienação parental e suas conseqüências. Aborda possíveis formas de atuação estatal em caráter protetivo e repressivo no combate da alienação parental. Trata do Estado solidário e seus preceitos, oriundos da Constituição Federal de 1988, no embate da alienação parental. Elenca algumas formas de atuação judiciária pelas vias da ação judicial.

Palavras-chave: Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental. Estado Solidário. Intervenção Judiciária na Alienação Parental. Dissolução Conjugal.

ABSTRACT

This work approaches the new family problem, arising from marital dissolutions, which often result in parental alienation, at the time of the custody dispute. It also examines the evolution of the institution of parental power to parental authority and its implications. It lists succinctly, the different types of custody as well as the inclination of the courts to the type of custody considered more interesting to the infant. Conceptualizes parental alienation and makes relevant legislative notes. Discusses the role and performance of the judiciary on issues involving parental alienation. Emphasizes the main psychological problems caused by the phenomenon of the parental alienation and its consequences. Approaches the possible forms of state action under protective and repressive character on the combat of the parental alienation. It is the Welfare State and its precepts, derived from the Federal Constitution of 1988, in combat to parental alienation. It lists some forms of legal action by means of a lawsuit.

Keywords: Parental Alienation. Parental Alienation Syndrome. Welfare State. Judicial Intervention in Parental Alienation. Marital Dissolution.

Introdução

¹ Graduanda do curso de Direito, Faculdades Opet.

A alienação parental é fenômeno considerado recente na história do direito e consiste no mau uso, que o genitor que detém a guarda faz desta prerrogativa, em detrimento do outro genitor. Desta manipulação podem ocorrer diversos transtornos psíquicos e em 1985, Richard Gardner, professor de psiquiatria da Universidade de Columbia, localizada nos Estados Unidos da América, identificou e catalogou o principal transtorno, conhecido como Síndrome da Alienação Parental.

O presente trabalho tem como tema “Família, o Estado e a Alienação Parental” e envolve o estudo da Síndrome da Alienação Parental, as consequências psicológicas causadas ao menor e ao genitor que sofrem com os abusos e de que forma a família, a sociedade e o Estado devem agir na busca pelas soluções, de modo a causar menos trauma possível aos envolvidos. Procura-se dar ênfase na atuação estatal, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, alicerçou como princípios basilares, o bem estar social, a proteção aos direitos eleitos como fundamentais e a idéia de que a família é elemento mais que essencial e central ao desenvolvimento da nação. Este estudo tem por objetivo, abordar as novas problemáticas familiares, oriundas das dissoluções conjugais, que resultam muitas vezes na alienação parental, quando da disputa pela guarda. Objetiva ainda, salientar os problemas decorrentes da alienação parental e as diferentes formas de tratar os litígios oriundos deste fenômeno.

A presente pesquisa tem cunho bibliográfico e foi pautada em diversas obras de juristas que vivenciam diariamente o problema, bem como em legislações específicas, julgados e análise crítica de artigos publicados pertinentes ao tema. O referencial utilizado para o desenvolvimento desta pesquisa é a obra da ilustríssima autora Maria Berenice Dias, que durante toda sua carreira foi militante nas causas familiares e sociais e contribui até hoje grandiosamente na construção de um Brasil mais justo e solidário.

O problema norteador para embasar a escolha do tema e seu conseqüente desenvolvimento é a premente necessidade de abordar as questões relativas à Síndrome da Alienação Parental e os problemas psicológicos que ela causa aos envolvidos, e, por conseguinte, todo o colapso em cadeia que tais transtornos ocasionam e que perduram, muitas vezes, por toda a vida dos menores e genitores alienados.

O objetivo é buscar dados concretos que alicercem as propostas elencadas na pesquisa, com o intuito de propor soluções que apaziguem ou extingam as causas de conflitos entre os detentores da guarda e os menores disputados

O primeiro capítulo discorre sobre o direito de família, bem como as mudanças no âmbito familiar quando envolvem dissolução conjugal e conseqüentemente o deferimento da guarda à um dos genitores, o que, comumente, gera prejuízos ao outro, não detentor da guarda, no que concerne, as transgressões psicológicas.

Insta o segundo capítulo a analisar o conceito de alienação parental, através da definição dada pela legislação específica que descreve o fenômeno (Lei 12.318 de 2010), bem como a proteção despendida por todo aparato jurídico brasileiro qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil, os julgados dos tribunais bem como as ações multidisciplinares que buscam efetivar o Princípio da Proteção Integral às crianças e adolescentes brasileiros. As legislações em comento, tangenciam os direitos em análise e estão apontadas de forma esparsa em todo desenvolvimento da pesquisa. Analisa-se ainda, os transtornos psicossociais causados pela alienação parental e suas conseqüências em menor e em maior escala.

O terceiro capítulo buscar apontar as hipóteses que objetivam e fundamentam a existência deste trabalho, e inicia-se pelo estudo do princípio da solidariedade, passando pelo princípio da máxima efetividade. Prevê ainda, as obrigações estatais de intervir nas células familiares a fim de evitar que a Alienação Parental, logo que detectada, seja combatida de forma a cessar tão logo possível e para atenuar os possíveis transtornos já acarretados ou ainda evitando-os. Discorre-se também, sobre as formas de compelir o Estado a agir, buscando dar efetividade aos preceitos constitucionais.

O Estado e a família

A evolução do direito de família

Historicamente, é notória a percepção acerca da evolução do modelo familiar, passando de um modelo uno para uma infinidade de outros modelos, onde o que predomina para a concepção do núcleo familiar é o afeto, segundo Maria Berenice Dias (2009).

Diante de tal quadro, é necessário o direito evoluir e adaptar-se aos novos modelos familiares e suas novas problemáticas.

Por ser instituto basilar da sociedade, a família merece toda atenção do Estado, que deve zelar pelo seu perfeito desenvolvimento, seja na modalidade que for. Quando há supressão de direito de menores, a atenção deve ser redobrada, a fim de garantir princípios e direitos fundamentais alicerçados na Constituição Federal de 1988, conforme alude o artigo 227:

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

Destaca-se ainda no supracitado artigo, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente que aduz que tanto o Estado, como a família e a sociedade detém a obrigação de resguardar os menores, conforme ensinamentos de Maria Regina Fay de Azambuja (2009).

Para garantir um Estado democrático de direito, é extremamente salutar e até mesmo contundente a manutenção e proteção dos direitos humanos, observando principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, tão em voga na atualidade. Este preceito emana do preâmbulo de nossa Carta Magna conforme os ensinamentos de Alexandre de Moraes, (2007, p.42):

O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções de diploma, e consiste em uma *certidão de origem e legitimidade do novo texto* e uma *proclamação de princípios*, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado.(grifo do autor).

A Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil em 1990, deu ensejo à promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990) e determinou em seu artigo 19:

Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Com o advento de nova realidade constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente, os menores de 18 anos passaram a ser vistos como sujeitos de direitos, nesse sentido leciona Josiane Rose Petry Veronese e Mayra Silveira (2011).

O próximo tópico discorre sobre como é exercido o poder paternal diante da dissolução familiar.

O Poder Paternal e a dissolução familiar

Com a evolução histórica do direito, que por óbvio traduz-se da evolução histórica da sociedade, evidencia-se a criação e o reconhecimento de uma gama de novas famílias. Com estas novas famílias surge a necessidade de discutir seus prementes problemas, dando ênfase para as diversas modalidades de guarda, e como consequência disto, eventualmente, nota-se a ocorrência da alienação parental exercida normalmente por um dos genitores em detrimento da imagem de outro conforme leciona Maria Berenice Dias (2009).

Em 1989, com a proclamação da “Convenção sobre os Direitos da Criança”, institui-se o princípio do melhor interesse da criança, sendo este, vetor para a tomada de decisões no que concerne a guarda dos filhos menores e são preceitos de Josiane Rose Petry Veronese e Mayra Silveira (2011).

O que antes levava a denominação de “pátrio poder”, oriunda das ordenações filipinas, datada de 1603, e que imperou até a promulgação do Código Civil de 2002, passa a ter denominação de “poder familiar”, expresso no artigo 1.630 do código e são seus termos que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. A primeira resultava no poder absoluto da figura do pai em relação aos filhos menores, a segunda diz respeito ao conjunto de obrigações, encargos e deveres de ambos os pais em relação aos seus filhos, conforme elucida Maria Regina Fay de Azambuja, (2009, p.108):

O atual código civil, atendendo à evolução constitucional prevê a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher, bem como o reconhecimento da criança e do adolescente como pessoas em fase especial de desenvolvimento, deu ao instituto a denominação de Poder Familiar. Alguns doutrinadores preferem o uso autoridade parental.

Em nossa vigente Lei Maior, está previsto no artigo 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

Em 1990, a Lei 8.069, denominada como Estatuto da Criança e do Adolescente, explicitou em seu artigo 21 que o poder familiar incumbe a ambos os genitores e o artigo 22 define um rol taxativo da obrigação parental perante os filhos

e é seu texto: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Desta feita, evidenciada na Constituição Federal de 1988, uma nova realidade familiar, alude-se que os menores passam a ser sujeitos de direito e não mais objetos de direito conforme ensinamentos de Silvio Venosa (2004).

No Código Civil de 2002, o artigo 1.631 corrobora o artigo 21 da Lei 8.069 de 1990, evidenciando que a ambos os pais cabe o Poder Familiar, e por isto, ambos se incumbem na obrigatoriedade de atender às necessidades de todo gênero de sua prole, também acentuado no artigo 1634 da mesma lei. O poder familiar vem tangenciado de um modo geral dentro dos artigos 1.630 ao 1.638 do Código em comento.

Ana Carolina Brochado Teixeira (2009, p.99) *apud* Rosa Candido Martins (2004, p. 65-74), define poder paternal e são seus dizeres:

Rosa Candido Martins define poder paternal como poder funcional ou poder-dever que a ordem jurídica atribui a ambos os genitores, de modo que estes, no seu exercício, realizem e promovam os interesses dos filhos menores. É pacífico que os poderes dos pais não configuram verdadeiros direitos subjetivos, pois que não são exercidos de forma livre no interesse próprio.

Com as inúmeras conquistas da humanidade e principalmente aquelas consagradas pelas mulheres, notam-se profundas mudanças nas estruturas familiares, o que evidentemente tem levado a evolução legislativa, mesmo que de forma lenta e dissociada.

Atualmente, as famílias tem se dissolvido de forma corriqueira e célere, tornando os novos tempos e a sociedade com características menos palpáveis, conforme preceitua Zigmunt Bauman (2007, p.7):

A passagem da fase ‘sólida’ da modernidade para a ‘líquida’ - ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais) não podem mais manter sua forma por muito tempo, pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las.

Nesta direção, alude-se a separação de um casal muitas vezes ao quadro de comprometimento dos vínculos parentais, o que não deveria acontecer, segundo Maria Regina Fay de Azambuja (2009).

Com o rompimento das bases conjugais, os filhos se vêem em situação de impasse, onde inúmeras vezes sofrem as consequências dos pais se desentenderem, ao ponto de colocar seus interesses ou conflitos sobre o interesse dos menores. Normalmente, é a partir da dissolução envolvendo disputa pela guarda, que decorre o fenômeno da alienação parental, tema a ser tratado a seguir.

O próximo tópico aborda como o Poder Judiciário tende a estabelecer a guarda e suas implicações.

Guarda após a dissolução familiar

Quando efetiva-se a dissolução do casamento, onde existem menores envolvidos, quase sempre há discussão acerca da guarda. Os vetores estabelecidos para a decisão sobre qual dos pais ou se ambos deterão a autoridade parental sobre

seus filhos, vem definido pelo artigo 1.612 do Código Civil, que preceitua a busca pelo atendimento dos melhores interesses do menor, bem como a vontade dos pais, conforme elucida Maria Berenice Dias (2009). A doutrinadora preceitua ainda os diversos tipos de guarda conforme segue aludido.

O judiciário, em um primeiro momento, tem buscado estabelecer a guarda compartilhada, criada pela Lei 11.698 de 2008, quando das dissoluções conjugais, que tem como característica a co-responsabilidade parental, a ampla participação de ambos os genitores na educação e na formação de sua prole. Subsidiariamente existe outra modalidade da guarda compartilhada, chamada “aninhamento” e prevalece como característica a permanência dos filhos em uma única residência e a alternância dos pais na administração desta casa. Outro tipo de guarda é a alternada, onde o poder parental é alternado, por determinados períodos de tempo entre os genitores e ainda a guarda unilateral, onde resta a apenas um deles a detenção da autoridade parental e ao excluído fica resguardado o direito de visita.

O assunto é tão relevante, que corriqueiramente uma separação causa tamanho impacto nos filhos, que envolve nisto o Poder Judiciário e até mesmo o setor de saúde que administram as contingências no âmbito familiar.

A interdisciplinaridade se faz muito útil em função do atraso da legislação em relações a situações fáticas de mudança e desenvolvimento da sociedade. Esta interdisciplinaridade pode ser intrajurídica, que significa entre diversos ramos do direito ou extrajurídicas como a contribuição de outras ciências, como a psicologia, psiquiatria, filosofia, entre outras, conforme alude Claudia Gay Barbedo (2009):

É preceito demasiado forte que o direito sem a luz de outras disciplinas não prospera, porque é feito para o homem, e para tanto necessariamente tem de haver a divagação por entre outras ciências. Neste sentido, preleciona Claudia Gay Barbedo (2009, p.149):

A escolha da integração dos saberes, em especial entre o Direito e a Psicologia analítica, é fruto da adoção do referencial teórico de Carl Gustav Jung. O diálogo entre o Direito e a Psicologia analítica não significa psicologizar aquele ou jurisdicizar esta, mas suprir a lacuna jurídica por meio da interdisciplinaridade.

Diante do quadro de dissolução conjugal e dos litígios que se insurgem dos desentendimentos dos pais, pode haver intervenção estatal no sentido de dirimir os conflitos em interdisciplinaridade com outras ciências, a fim de combater a alienação parental, fenômeno a ser explicitado de forma minuciosa no próximo capítulo.

Alienação Parental

Conceito de Alienação Parental

A alienação parental é decorrência da mudança dos modelos familiares, antes ortodoxos e agora tão plurais. A alienação parental consiste na vantagem que o genitor que detém a guarda possui e no mau uso desta vantagem para manipular o menor. Consiste ainda, em pormenorizar e dar ênfase aos defeitos do genitor que não detém a guarda. Prudente ressaltar que não só os pais são responsáveis pela alienação parental, podendo qualquer parente ou detentor da guarda criar situações ou mecanismos de afastamento do menor e o parente alienado, segundo preceito de Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011).

A alienação tem como conseqüência o detrimento do relacionamento entre o genitor alienado² e o menor que sofre o abuso e segundo Maria Berenice Dias (2009):

Sua origem está ligada à intensificação das estruturas de convivência familiar, o que fez surgir, em conseqüência, maior aproximação dos pais com os filhos. Assim, quando da separação dos genitores, passou a haver entre eles uma disputa pela guarda dos filhos, algo impensável até algum tempo atrás. Antes, a naturalização da função materna levava a que os filhos ficassem sob a guarda da mãe. Ao pai restava somente o direito de visitas em dias predeterminados, normalmente em fins-de-semana alternados.

A identificação da ocorrência da Alienação Parental, normalmente consiste na desconstituição familiar, quando os pais não conseguem manter um relacionamento saudável e harmonioso entre eles. Com isto, os menores envolvidos acabam por sofrerem com os dissabores do fim do relacionamento de seus pais e passam a ser objeto de disputa entre eles, onde são usados com o intuito de atingir de forma egoísta ao outro genitor, segundo ensinamentos de Priscilla Maria Correa da Fonseca (2009).

Segundo Maria Berenice Dias (2009), o genitor que detém a guarda passa a implantar idéias pejorativas nos menores a respeito do outro genitor, que passa a ter baixa estima e muitas vezes problemas psicológicos sérios, e ainda causa uma ruptura no relacionamento com o genitor alienado, que pode perdurar por anos ou até mesmo nunca voltar a se restabelecer de forma íntegra.

Outra modalidade de alienação, mais grave que a anterior, consiste na implantação de falsas memórias no infante, sobre ele ter sofrido abusos ou assédios sexuais pelo genitor alienado. O menor passa a acreditar que realmente foi vítima de abusos e repele o outro genitor de forma incisiva, ainda sobre preceitos de Maria Berenice Dias (2009).

Contudo, conforme apresentado nas dissertações de Priscilla Maria Correa da Fonseca (2009) existem diversas formas de alienação parental, e já foram relatados inclusive casos de homicídio ou cometimento de outros crimes, na tentativa de ver destituída a relação entre genitor e filho. No intento de evitar ou até mesmo punir casos de alienação parental, foi criada uma lei específica, com a finalidade precípua de proteção aos menores vitimizados ou o alienado, tema que é tratado a seguir.

Legislação sobre Alienação Parental e o Poder Judiciário

A Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010 define em seu artigo 2º a Alienação Parental:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

² Alienado é o genitor que sofre os abusos do outro.

A referida lei (Lei da Alienação Parental), tem o condão de respaldar juridicamente os genitores que se sentem ofendidos ou acuados pela alienação parental e os menores alienados, buscando evoluir à situação fática que ocorre há décadas e que vem sendo discutida e amparada pelo sistema judiciário brasileiro e por juristas. Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 9) explicam que “a razão da norma é a proteção da dignidade da pessoa humana do menor”.

A intenção, portanto, é analisar enfaticamente todos os elementos que envolvam a alienação parental, buscando formas de solução dos conflitos da nova sociedade, e a lei específica vem para tutelar os direitos de pais e filhos, e amparar a família, a sociedade, o Estado e o Poder Judiciário, a conduzir de forma circunscrita cada caso.

A análise casuística que se dá nos relatos da alienação parental, leva a uma construção jurisprudencial conflituosa, por vezes omissa, desproporcional ou injusta. Cabe ao estado, de forma solidária promover ações de suprimento das alienações parentais, bem como homogeneizar através de legislação as medidas cautelares ou repressivas adequadas a cada situação ou pelo menos o maior número delas, segundo Vera Lucia Andersen Pinheiro (2009).

O problema existe, não é novo e deve ser amplamente combatido. Contudo, devido a preceitos constitucionais, evidente se faz a intervenção estatal, pelo instituto da solidariedade e também pela magnitude e amplitude que tais medidas alcançam. A intervenção em voga, não diz respeito apenas aos atos supervenientes à alienação, mas principalmente na criação, execução e fiscalização de medidas de proteção e educação, que alude Josiane Rose Petry Veronese (2011).

A importância do desenvolvimento de meios educativos, com o fim de combater a alienação, repousa na amplitude dos malefícios que uma intervenção posterior possa ter. O alienado sofre todo tido de transgressão pelo alienador e pode vir a ter inúmeros problemas com consequências que perdurarão para a vida toda. Além da educação da sociedade, com foco nas crianças e nos pais, deveras importante ou mais importante ainda é a educação e preparo dos juízes de família, para que consigam de forma até mais intuitiva perceber a presença da alienação parental ou se as acusações contra o genitor alienado são meras especulações vingativas, segundo Priscilla Maria Correa da Fonseca (2009).

Neste mesmo sentido, a promotora de família Vera Lucia Andersen Pinheiro aduz que “O Estado não pode ficar inerte, esperando apenas pelo bom-senso dos pais para assegurar aos filhos ambiente familiar sadio”.

O ideal a ser buscado por toda a sociedade, o Estado e o judiciário é a interação harmoniosa entre pais separados e seus filhos, por ser a família célula que embasa o coletivo, a fim de manter saudável o desenvolvimento das crianças e, por conseguinte a garantia de um futuro melhor para todos. Neste sentido preceitua Ana Clarice Leal Teixeira (2012, p.111):

Na coparentalidade cooperativa, os pais reconhecem suas diferenças, mas as isolam, almejando o melhor interesse de seus filhos, ajudando-se mutuamente no dever de educar e criar sua prole. Em virtude de almejar o bem-estar e assegurar um desenvolvimento psíquico sadio dos menores entende-se que esse é o mais ético dos modelos de coparentalidade, pois se encontra nele nítida intenção de assegurar ao rebento seu melhor interesse, garantindo ao menor a convivência familiar a que tem direito e o respeito a uma figura por quem ele nutre grande afeto.

A importância da busca pelo bem estar do menor e da manutenção da harmonia entre pais separados, repousa no fato da alienação parental não ser um simples castigo ou eventual dissabor, por causar inúmeros problemas de ordem psíquica tanto ao menor, quanto ao genitor alienado, acarretando uma série de repercussões na constância da alienação e por vezes, para o resto da vida. Deste tema, tratamos no próximo tópico.

Problemas Psicológicos causados pela Alienação Parental

Preconiza Priscilla Maria Correa da Fonseca, 2006, que os problemas que afetam as crianças quando há a alienação parental são inúmeros, e dentre eles estão: “angústia, comportamento hostil, depressão, sentimento de deslealdade com o genitor alienado, transtornos de identidade, distúrbios psicossociais, entre outros”. A Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, define em seu artigo 3º:

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança e do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é tese desenvolvida por Richard Gardner, professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Columbia, Nova York em 1985. Segundo Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 613) apud Richard Gardner, o conceito da Síndrome é:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputa de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (grifo do autor)

A SAP, distúrbio desenvolvido em razão da alienação parental, é notada durante a disputa pela guarda e quando a mesma não é compartilhada e pode deixar marcas irreversíveis na criança manipulada. Nesse sentido, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 614) apud Jussara Meirelles:

Assim, se o filho é manipulado por um dos pais para odiar o outro, aos poucos, suavemente se infiltrando nas sua idéias, uma concepção errônea da realidade, essa alienação pode atingir pontos tão críticos que a vítima do ódio, já em desvantagem, não consegue revertê-la.

Insta ressaltar o acometimento de outro distúrbio o “Ambiente Familiar Hostil”, por vezes confundido com a SAP, que conforme leciona Pablo Gagliano e Rodolfo

Pamplona Filho (2012, p.615): “trata-se de qualquer divergência sobre educação, valores, religião entre duas ou mais pessoas ligadas à criança em qualquer situação, enquanto que o SAP ocorre em situações envolvendo a guarda do filho”.

Segundo Maria Berenice Dias, exercer o papel de pai e mãe na atualidade passou a ser denominada como paternidade responsável e a convivência com os filhos passou de um direito a um dever e: “o distanciamento entre pais e filhos produz seqüelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida”. Na mesma esteira assevera a jurisprudência pátria:

Ação de Modificação de Guarda - Decisão que deferiu a visitação assistida da genitora em local próprio nas dependências do Fórum, quinzenalmente. **Esforços empreendidos no sentido de conscientizar os litigantes da importância para os filhos e genitores da convivência harmoniosa de casais separados.** Constatação, por este Relator, de sentimentos indesejáveis como posse, domínio, intransigência, entre muitos outros, inviabilizando e comprometendo o sucesso da guarda compartilhada. Existência de ordenamento jurídico que existe e merece ser prestigiado - Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre a Alienação Parental. Análise minuciosa da prova documental e dos Pareceres Sociais - Documentos recentes anexados pela agravante que não corroboram as alegações do agravado no

sentido de que o convívio da menor com a genitora ofereça risco de transtornos psicológicos a mesma, mas, muito pelo contrário, recomendam o direito da filha em desfrutar de um período maior em companhia de sua mãe. Ausência de convencimento no sentido da necessidade da visitação assistida - Modificação da decisão - Provimento parcial do recurso. 0014558-26.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa, DES. CAMILO RIBEIRO RULIERE - Julgamento: 26/10/2010 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL (grifo nosso)

O próximo tópico trata das possíveis formas de proteção e combate à alienação parental através do Poder Judiciário e do poder emanado da Constituição Federal e outros diplomas legais.

Formas de proteção preventiva e de combate à Alienação Parental

Estado Solidário e a Alienação Parental

A atual Constituição Federal imputa ao Estado a obrigação de criar meios eficientes através de políticas sociais, com o fim de manter a sociedade no maior nível de bem estar possível, de forma equânime, conforme leciona Alexandre de Moraes (2007, p.46).

É premente na sociedade atual a reprimenda de forma satisfatória da alienação parental e disto urge a necessidade de cuidados para com as crianças. Se é anseio da sociedade, absolutamente complacente o Estado deve ser e neste sentido atuar, conforme preleciona Regis de Oliveira na justificação do projeto de lei nº 4.053 de 2008 de sua própria autoria, que antecedeu e ensejou a promulgação da Lei da Alienação Parental, sob número 12.318 de 2010 (em anexo).

Pelo princípio da efetividade, norteador do direito de família entende-se segundo Maria Berenice Dias (2009, p.69) que:

O Estado impõe a si obrigações para com seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.

O princípio da máxima efetividade, também designado pelo princípio da maior extensibilidade, tem definição aludida por Marco Túlio de Carvalho Rocha (2009, p.105) *apud* Salgado (p. 33):

As normas que definem ou outorgam direitos fundamentais têm de ter interpretação ampla, porque tais direitos não são mera concessão do estado, mas: a) valores que não podem ser mutilados ou restringidos, e b) direitos universalmente destinados, ou seja, a todos os outorgados. Nesse caso, o intérprete tem de perquirir-lhe todo o alcance lógico, como, por exemplo, recorrer aos princípios explícitos ou implícitos da Constituição, que fundamentam o Estado de Direito. Não só a dimensão lógica destes direitos, mas também a axiológica, uma vez que, tendo os direitos fundamentais como conteúdo, valores, há de buscar o intérprete, na constelação dos valores a que pertence o conteúdo de um direito fundamental a sua explicitação, de forma a considerar protegidos outros que expressamente não se declararam como direitos, mas cuja postergação podem comprometer a plenitude da fruição do direito declarado.

Ao Estado foi imputado o dever de proteger as famílias e a sociedade, deveres estes, explicitados em amplo rol constitucional, bem como consubstanciado em seus princípios. Desta feita, deve o Estado procurar de forma diligente, cumprir com o que emana a Constituição Federal, criando mecanismos de condutas de ações preventivas e condutas supervenientes, no intento de pacificar as relações sociais. Sobre este tema trata o tópico a seguir.

Uma das formas de atuar na base seria a implantação no currículo escolar, de matérias que dissipem e eduquem as crianças e os adolescentes, sobre o que é a alienação parental, de que forma ela acontece e se desenvolve e como identificá-la no âmbito familiar. Premente a necessidade também, de criar meios de comunicação direta entre as escolas e os órgãos estatais e jurisdicionais, com o intento de denunciar casos de alienação parental. A educação de professores e pedagogos, no sentido de identificar a alienação parental, se faz mais importante ainda, vez que, são estes, os primeiros, depois dos familiares, a terem contato e presenciarem problemas psicológicos em seus alunos.

Formas de atuação judiciária na Alienação Parental

Tanto as medidas protetivas quanto as repressivas devem estar embasadas num contexto multidisciplinar e através da análise casuística por diversos profissionais, para então estabelecer quais ações e medidas tomar voltado à satisfação resolutive do problema em questão, segundo Maria Regina Fay de Azambuja (2009).

Quando a guarda é compartilhada e incumbe a ambos os genitores exercer o poder familiar sobre sua prole e na verificação de ocorrência da alienação parental por um dos pais, cabe medida protetiva judiciária, com o intento de suspender o poder do genitor alienante, visando desta forma uma supressão ou minimização dos malefícios causados. Esta medida pode ser provocada por qualquer parente

interessado ou pelo Ministério Público, legitimados para a causa, segundo leciona Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011).

Ainda sobre os parâmetros da intervenção estatal como atenuante ou como solução para os conflitos familiares, ressalta-se a incumbência dos juízes de família na correta decisão sobre a qual dos genitores ceder a guarda, decisão que baseia em laudos periciais multidisciplinares. Neste raciocínio assevera Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p.38).

É necessário que a guarda seja estabelecida de maneira a resguardar tanto quanto se possa as vertentes de desenvolvimento da personalidade dos filhos, de modo que sejam salvaguardados seus direitos fundamentais, humanos e de personalidade.

Contudo é delicada a posição do Poder Judiciário, que ao mesmo tempo em que deve dirimir os conflitos, visando a melhor manutenção da família e a proteção dos direitos fundamentais dos menores, deve atentar para a veracidade ou verossimilhança das alegações serem verdadeiras ou não, para que não cometa injustiças irreparáveis ao genitor acusado e aos menores envolvidos, conforme preceitua Maria Berenice Dias (2009).

Acerca de qualquer solução que se possa vir aplicar ao caso concreto, importa ressaltar que há de se proceder à análise das situações jurídicas, que permeadas de conflitos são submetidas à interferência do poder judiciário. Ana Carolina Brochado Teixeira *apud* Torquato Castro (1985, p. 89), define situação jurídica:

A situação jurídica identifica-se com toda e qualquer forma de “revelação concreta” do Direito. Assim, a situação jurídica seria a solução dada a uma situação de fato, no plano da eficácia jurídica. Determinado fato será relevante para o Direito de acordo com as opções axiológicas da sociedade, em determinado momento histórico. Por isso, a importância da contextualização histórica, que se faz essencial para a compreensão deste fenômeno.

Em que pese a alienação parental estar normatizada e sendo a Lei da Alienação Parental um importante instrumento de defesa das suas vítimas, somente diante dos fatos concretos é que o direito irá moldar-se e conseqüentemente oferecer as soluções cabíveis. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira (2009), há uma passagem do abstrato para o caso concreto, evidenciando todas as suas peculiaridades e demandas.

Para a completa satisfação dos direitos dos menores preceitua Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 82) *apud* Pietro Perlingieri (2008):

Para alcançar esse objetivo, é importante exigir que o *giudice minorile* seja especializado (e em alguns tribunais, há tempos, foi criada uma seção especializada para os problemas de família); todavia, não basta uma simples especialização: é necessária uma organização menos heterogênea. Existem competências muito diversas e vários juízes competentes para um mesmo problema. Tudo isso contribui para agravar a crise da família. Mesmo sem sustentar a necessidade de instituir um Tribunal da pessoa e da família, é indispensável unificar as competências neste setor, o que facilitará, também, uma maior especialização do juiz.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), versa em seu artigo 70 que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos das crianças e dos adolescentes”. O supracitado artigo complementa o sentido de dever aduzido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, parágrafo terceiro, ficando evidente que a prevenção se estende a família e a sociedade, além de ser uma obrigação estatal. Ao Estado incumbe criar políticas sociais de grande alcance, sendo na prática impossível para o serviço de assistência social promover a prevenção de práticas abusivas contra a criança sem a efetiva participação da sociedade e neste sentido preceitua Josiane Rosy Petry Veronese e Mayra Silveira (2011, p.163):

Garantir os direitos fundamentais significa oportunizar o desenvolvimento de crianças e adolescentes de modo adequado. O desenvolvimento sadio, dentro de um conceito amplo de cidadania, propicia a formação de um adulto equilibrado e mais consciente. Em longo prazo, isso proporcionará uma diminuição de algumas das mazelas sociais brasileiras como o analfabetismo, o desemprego e a violência.

A criação de pólos multidisciplinares, que envolvam a participação de profissionais de diversas áreas científicas, seria bastante apropriado no intuito de buscar soluções mais pacíficas para o embate aos litígios e também como forma de participação social, abrindo-se espaço para manifestação da comunidade. O desenvolvimento de políticas públicas neste sentido, nivelando a acessibilidade à toda sociedade, tem previsibilidade de ser bastante eficaz.

A busca pelo Poder Judiciário deve ser *ultima ratio*, e portanto, todas as alternativas de soluções de conflitos devem ser esgotadas antes de recorrer aos tribunais. Neste sentido o estado deve ser bastante enfático, criando métodos de dirimir os embates e é do que trata o próximo tópico.

Formas de compelir o Estado a atuar na solução de conflitos oriundos da Alienação

A forma de acionar o Estado para que intervenha em lides particulares, envolvendo menores, tendo como vítima o genitor alienado, é através da propositura de ação autônoma, direito este garantido pelo artigo 5º da Lei 12.318 de 2010 (Lei da Alienação Parental) e segundo Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis, 2011, serve para pleitear a apreciação da causa, bem como todas as reparações cabíveis. Sendo acionado o judiciário pelo instrumento supracitado, fica evidente e obrigatória a extensão da ação estatal consubstanciada em laudos e perícias técnicas provenientes da intervenção de equipe multidisciplinar, nesse sentido leciona Waldyr Grisard Filho (2010, p. 51):

O poder familiar é instituto de proteção da minoridade, que investe os pais em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores. Trata-se de um *munus* público, razão pela qual o Estado está legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. E o faz fiscalizando a atuação dos pais, por não ser o poder familiar absoluto, nem intangível, com o propósito de evitar abusos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXVII, resguarda a garantia fundamental de celeridade processual, a fim de evitar os possíveis danos

provenientes da morosidade judicial. Contudo este instituto jurídico vai de encontro a outros princípios constitucionais e não menos importantes, que tratam da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório. No intuito de não eleger um princípio em detrimento de outro, existe a possibilidade calcada em direito processual de ver sua demanda atendida, mesmo que provisoriamente, de forma antecipada e são as chamadas tutelas de urgência (processo cautelar e tutela de urgência), segundo Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011).

Importante diferenciar processo cautelar de tutela de urgência. O primeiro busca dar efetividade às garantias oriundas de outro processo já em andamento ou a ser ajuizado, a fim de prevenir a garantia da satisfação pleiteada, enquanto que tutela de urgência é ver satisfeita antecipadamente, dentro de um mesmo processo, direito pleiteado, segundo Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 94) que lecionam ainda:

A tutela antecipada, assim, possibilita a efetividade do direito que está sendo tutelado, antecipando o momento de sua concessão para antes da prolação da sentença. Desta forma, a questão da alienação parental mostra ser um importante instituto para que o juiz possa fixar de forma liminar limites ao alienador, na forma preconizada nos incisos do artigo 6º da Lei 12.318 de 2010.

Na ação autônoma ajuizada em face do alienador, busca-se de forma efetiva a garantia de direitos fundamentais e outros direitos elencados na Lei de Alienação Parental, através de antecipações de tutela, supressão de direitos do alienador, repressão de suas atitudes, dentre outras proteções. No entanto, ainda é possível no mesmo processo a cumulação de pedidos, desde que esteja presente o nexo de causalidade, ao exemplo da indenização por danos morais causados ao genitor alienado. A cumulação pode ser simples, que cabe nas ações que tratam da alienação parental ou sucessiva e segundo Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 95) *apud* Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

Cumulação simples é aquela tratada diretamente no CPC, art. 292. O autor formula, em face do mesmo réu, dois ou mais pedidos somados, pretendendo obter êxito em todos. Para que a cumulação seja simples, é preciso que os pedidos sejam interdependentes e que o resultado de um não dependa do outro. Será possível, portanto, que o autor tenha êxito em um, mas não nos outros, caso em que haverá procedência parcial da demanda.

Sobre a reparação por danos morais, leciona Maria Berenice Dias (2009, p. 417) que a condenação para o pagamento de indenização por danos morais tem caráter educativo, não somente ao condenado como para toda a sociedade que passa a perceber a tendência do judiciário a utilizar-se desta ferramenta a fim de estimular a convivência harmoniosa, saudável e pacífica entre pais e filhos e segundo a autora:

Mesmo que os genitores estejam separados, a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem juridicamente tutelado. A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar **papel pedagógico** no seio das relações familiares. (grifo do autor)

(...)

Dessa forma, o **dano à dignidade humana** do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem preço muito alto na nova configuração familiar. (grifo do autor).

Em nossa nova realidade, amparada pela Constituição Federal de 1988, é possível perceber de forma inequívoca que os laços que unem as famílias consubstanciam-se no afeto. Desta feita, impossível compactuar com comportamentos hostis, de degradação e de afronta aos princípios emanados da Carta Magna. Absolutamente necessário, a intervenção estatal, da sociedade e da família no atingimento da meta maior que é a preservação da família, núcleo da sociedade, e que os menores sejam tratados como sujeitos de direitos que assim o são e tenham seu desenvolvimento amplo e digno. Neste sentido evidencia-se um menor número de problemas sociais oriundos da falta de afeto e de suas consequências. O direito é uma grande via de intervenção estatal e pode prever sua atuação da forma como pontua Antonio Luís Machado Neto (2008, p. 412):

Classificando os interesses opostos em duas categorias: os que merecem proteção e os que não merecem.

Estabelecendo uma hierarquia de prioridade entre os esquemas de possível harmonização ou compromisso entre interesses parcialmente opostos.

Definindo os limites dentro os quais tais interesses devem ser reconhecidos e protegidos, mediante princípios jurídicos que são congruentemente aplicados pela autoridade jurisdicional ou administrativa, caso tais princípios não sejam aplicados espontaneamente pelos particulares.

Estabelecendo e estruturando uma série de órgãos para: a) declarar as normas que servirão como critérios para resolver tais conflitos de interesse; b) desenvolver e executar as normas; c) ditar normas individualizadas aplicando as normas gerais aos casos concretos.

Apesar de a intervenção estatal ser provisionada constitucionalmente e em outros normativos jurídicos, importante salientar que esta intervenção deve ser mínima. Salutar no sentido de proteger a família, porém não invasiva de modo a orquestrar em demasia sua existência. Neste sentido leciona Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 105) *apud* Rodrigo Da Cunha Pereira (2006, p.157):

O Estado abandonou sua figura de *protetor-repressor*, para assumir postura de Estado *protetor-provedor-assistencialista*, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição à eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A

família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do estado. (grifos do autor)

O embate à SAP deve ser severo e premente e o praticante da alienação deve ser impelido a cumprir algum tipo de pena, tendo esta caráter educativo, prevendo a cessação da alienação parental e o repúdio a novas práticas. Entre várias possibilidades de agir do Estado estão as mais importantes, segundo Analicia Martins de Sousa (2010, p.176-177):

a)ordenar a realização de terapia familiar, nos casos em que o menor já apresente sinais de repulsa ao genitor alienado; b)determinar o cumprimento do regime de visitas estabelecido em favor do genitor alienado, valendo-se, se necessário, da medida de busca e apreensão; c) ordenar o genitor alienante ao pagamento de multa diária enquanto perdurar a resistência às visitas ou a prática ensejadora da alienação; d)alterar a guarda do menor – principalmente quando o genitor alienante apresenta conduta que possa reputar como patológica -, determinado, ainda, a suspensão das visitas em favor do genitor alienante ou que sejam realizadas de forma supervisionada; e)dependendo da gravidade do padrão do comportamento do genitor alienante ou mesmo diante da resistência por este oposta ao cumprimento das visitas, ordenar a respectiva prisão.

...

Alguns autores, em sua interpretação da legislação pátria, destacam a possibilidade de imposição de multa, inversão da guarda, perda ou suspensão do poder familiar, e até mesmo a prisão do genitor alienador. Dentre as medidas sugeridas destaca-se a determinação, ou imposição de acompanhamento psicológico.

A atuação estatal deve imperar, sempre com foco na cessação da alienação parental, de forma preventiva ou ainda combativa, punindo os alienadores de forma contundente, a fim de mostrar a toda sociedade que esta prática não ficará impune. Ressalte-se que o Estado deve agir de forma solidária, em perfeita consonância com os preceitos constitucionais, buscando sempre amparar as famílias de forma a dirimir os conflitos de maneira a causar menos traumas e socorrer-se da ação judiciária depois de todas as outras instâncias terem sido superadas, visando dar máxima efetividade ao princípio da proteção integral, servindo este para proteger os menores de todos os males da sociedade a que são submetidos.

Considerações finais

Com o advento do novo ordenamento constitucional no ano de 1988, ficou evidente que o legislador constituinte, buscou legitimar o Estado para que participe de forma atuante na sociedade e nas famílias, outorgando-lhe a capacidade e dizemos ainda, a obrigação de, agir de forma solidária aos seus nacionais.

Com a supremacia dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais faz-se necessário buscar o atendimento dos mandamentos legislativos, para que o novo traçado político-social seja efetivado de forma democrática e em atendimento integral ao que está preceituado.

Em síntese, o Estado tem o dever de assegurar o bom convívio e manutenção do afeto entre familiares e a sociedade de um modo geral. Permite-se ao Estado, intervir de forma prática no âmbito familiar buscando as soluções para os litígios da forma mais diligente possível. O princípio da máxima efetividade deve embasar as obrigações estatais, pois, majora a interpretação dos direitos fundamentais, que antes de serem simplesmente normas, são valores sociais.

O intento a ser buscado é não pautar as intervenções em soluções unicamente paliativas e compelir o Estado a agir precipuamente de forma a adotar medidas em caráter protetivo e quando for o caso em caráter repressivo.

As medidas sócio-educativas são as primeiras a serem implementadas e devem consistir na disseminação do que consiste ser a alienação parental e em decorrência desta, no que consiste ser a Síndrome da Alienação Parental. A proposta apresentada é que, o Estado, utilizando-se do seu poder normativo, imponha à toda rede escolar pública e privada que, acrescente às suas ementas o tema retro citado, para que, de forma didática, possa educar as crianças e adolescentes sobre a possibilidade de sofrer o assédio em tela, bem como estabelecer formas de identificação do mesmo. Ainda, criar um canal de comunicação entre as escolas e os órgãos jurisdicionais para que, quando, perceba que alguns de seus alunos estejam apresentando problemas psicológicos ou demonstrem que algo não está bem, possa estar denunciando e levando a conhecimento público tais problemas.

Premente também, a necessidade de desenvolver pólos de atendimentos multidisciplinares, constituídos por profissionais das áreas da medicina, psicologia, sociologia, medicina e outras ciências afins, no intento de prestar atendimento de apoio, educacional e terapêutico. O principal desígnio dos módulos multidisciplinares seria a busca pelas soluções não litigiosas, intervindo de forma a restabelecer ou implantar formas de manter as relações amigáveis e as disputas harmônicas, visando sempre o bem estar dos menores e dos genitores alienados.

Importante ainda, encorajar os magistrados pela busca da especialização, no que tange conhecimentos específicos acerca do tema em tela, no intento de que possam se enganar o menor número de vezes possíveis, na identificação dos verdadeiros alienadores e dos alienados. Não são poucas as vezes que, o genitor que possui a guarda, imputa falsas acusações de assédio sexual ao genitor alienado, visando que a justiça ordene o afastamento em definitivo dos menores do acusado. Fato este, que pode denegrir a imagem e a moral de uma pessoa por toda sua vida. A idéia é conduzir os magistrados para a excelência dos diagnósticos realizados, estes, feitos com base nas provas produzidas nos autos bem como as alegações contidas nos mesmos. É tornar o senso de justiça mais apurado, mais refinado, evitando assim, o cometimento de injustiças.

Uma maior especialização das varas também é o ideal a ser buscado, posto que, é sabido não ser possível atender a todas as demandas, de forma exímia, sem subdividir as matérias.

Em suma, as garantias e preceitos fundamentais, não são isoladas ao universo brasileiro, e sim, emanam de preceitos universais, amplamente difundidos e que deixam em voga, a premente e precípua necessidade de proteger os menores, as famílias e a sociedade de males, que impeçam o desenvolvimento sadio dos seus. Uma grande nação é aquela que prima pelo bem estar dos seus cidadãos, tornando o direito sua aliada na proteção dos injustiçados.

Referências

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Guarda Compartilhada: A justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe? In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de. (ORG) **Parentalidade: Análise psicojurídica**. Curitiba: Editora Juruá. Capítulo 6. 105-142

BAUMANN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/463>. Acesso em 18/08/2012

_____. **Falsas Memórias**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_falsas_mem%F3rias.pdf Acesso em 25/09/2012

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pag. 132-153

FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Priscilla Maria Pereira Correa da. **Síndrome da Alienação Parental**. São Paulo. Disponível em <http://pediatriaSaoPaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil 6**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pag 1-17; 281-286

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Famílias Reconstituídas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso Avançado de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pag 20-28

MACHADO NETO, Antonio Luís **Sociologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PINHEIRO, Vera Lucia Andersen. **Revista do Cao Civil**. Pará: Santos Editora, n.15, dez. 2009. Disponível em

[HTTPS://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015\(3\).PDF](https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015(3).PDF). Acesso em 15 abril, 2012.

REVISTA DO CAO CIVEL. Pará: Santos Editora, n.15, dez. 2009. Disponível em <[https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015\(3\).pdf](https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015(3).pdf)>. Acesso em 15 abril, 2012, 01:01:45

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O Conceito de Família e suas Implicações Jurídicas**. São Paulo: Elsevier, 2009. Pag. 9-27

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Pag. 90-96

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Clarice Leal. **A Síndrome da Alienação Parental na Reforma do Judiciário**. Disponível em <<http://5398011730661013200-a-1802744773732722657-s-sites.googlegroups.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/>>. Acesso em 15 abril, 2012, 01:40:35

VENOSA, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Conceito editorial, 2011.

ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE

ROSEMERI TULIO¹

SHAUÃ MARTINS CASAGRANDE²

RESUMO: A estabilidade provisória é uma garantia fundamental conferida às empregadas gestantes no Brasil. Visa proteger a empregada doméstica da dispensa arbitrária por parte do empregador, além de possibilitar o acompanhamento do bebê nos primeiros meses de vida, o período concedido é importantíssimo para a mãe recuperar-se do parto e preparar-se para o retorno ao emprego. O objetivo deste artigo é analisar de forma específica, à luz da doutrina, legislação aplicável e jurisprudência nacional cada caso concreto em que o instituto é aplicado, qual seja: no caso de empregada doméstica gestante, nos casos em que a gravidez ocorre antes ou durante o cumprimento do aviso prévio, gravidez no contrato de experiência, possibilidade de garantia de estabilidade nos casos de natimorto, ou nos casos de interrupção da gravidez e estabilidade nos casos de mãe adotiva. Além de abordar as peculiaridades da concessão da licença maternidade e apontar as principais características desta modalidade de estabilidade.

PALAVRAS CHAVE: Estabilidade; Garantia; Emprego; Gestante.

ABSTRACT: The provisional stability is a fundamental guarantee granted to employed women in Brazil. Seeks to protect the maid of arbitrary dismissal by the employer, in addition to enabling the monitoring of the baby in the first months of life, the period granted is very important for the mother recover from childbirth and to prepare for the return to employment. The aim of this paper is to analyze a specific way, in the light of the doctrine, applicable law and national law in each case that the institute is applied, namely, in the case of pregnant maid, in cases where pregnancy occurs before or during compliance with the notice, the contract of pregnancy experience, able to guarantee stability in cases of stillbirth, or in cases of pregnancy termination and stability in cases of adoptive mother. In addition to addressing the peculiarities of the grant of maternity leave and point out the main characteristics of this type of stability.

KEY WORDS: Stability, Warranty, Employment, Maternity.

¹ **Rosemeri Tulio** – Estudante de Direito na Faculdade OPET – sétimo período - rose.meritulio@hotmail.com

² **Shauã Martins Casagrande** – Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2007), pós- graduação em constitucional pela FEMPAR (2008) em direito do trabalho e previdenciário pelo EMATRA (2009). Atualmente, servidor público do Tribunal Regional do Trabalho e professor da Faculdade OPET. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Filosofia do Direito.

1 Introdução

O Princípio da continuidade da relação de emprego e o Princípio da proteção ao empregado deram origem ao instituto da estabilidade, que, por sua vez, encontra respaldo no Princípio da causalidade da dispensa.

O objetivo do Legislador ao criar as diversas formas de estabilidade foi o de proteger o empregado, impossibilitando a dispensa arbitrária ou abusiva por parte do empregador.

A segurança conferida pela estabilidade propicia ao empregado desenvolver suas funções profissionais com a certeza da garantia do emprego.

Esta segurança, resultante da estabilidade propicia à empregada gestante o gozo do prazo concedido para cuidar de seu filho e recuperar-se do parto com tranquilidade, com a certeza ter garantido o retorno ao emprego com o término do período de afastamento.

2 Estabilidade e Garantia de Emprego – Breves Considerações

A Legislação do Direito do Trabalho objetiva mais que simplesmente regular as relações entre empregadores e empregados, visa proteger o empregado hipossuficiente de possíveis abusos que possam vir a ser cometidos pelo empregador. A garantia de estabilidade do empregado é um dos maiores dispositivos protecionistas, buscando garantir os seus direitos, em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa. Nesse sentido leciona Sergio Pinto Martins³:

A estabilidade, assim como a indenização e o aviso prévio, é uma das limitações ao poder de despedir do empregador. Não se pode dizer, entretanto, que exista uma estabilidade absoluta, pois a justa causa, o motivo de força maior ou outras causas previstas em lei pode determinar o fim do contrato de trabalho.

Estabilidade e Garantia de emprego não dizem respeito à mesma forma de proteção do trabalhador, portanto, não se confundem, como evidencia o conceito desenvolvido por Maurício Godinho, onde o autor esclarece as principais diferenças entre os institutos⁴:

A estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador.(...) A garantia de emprego é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida a empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas também, de estabilidades temporárias ou provisórias (expressões algo contraditórias, mas que vêm se consagrando).

³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 157.

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 1241.

Ainda, sobre o tema, pertinente apresentar o conceito desenvolvido por Sérgio Pinto Martins⁵:

Há que se distinguir a estabilidade da garantia de emprego. A garantia de emprego é o gênero que compreende medidas tendentes ao trabalhador obter o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, até mesmo de maneira ampla, a colocação do trabalho à política de emprego. Está portanto, a garantia de emprego ligada à política de emprego. Uma forma de garantia de emprego, é o artigo 429 da CLT, ao assegurar o emprego a menores aprendizes na indústria.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º disciplina o sistema geral de proteção de emprego da seguinte forma:

São direitos dos trabalhadores:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário, e;

III – fundo de garantia por tempo de serviço. Ato das Disposições Transitórias, Art. 10. Até que seja promulgada Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I da Constituição: I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput*, e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1996.

Desde então, conforme leciona Valentim Carrion⁶:

Remanesceu apenas o direito adquirido dos que já a haviam alcançado (estabilidade decenal), assim como a estabilidade definitiva que possa ser concedida por via contratual (coletiva ou individual) ou normativa proferida em dissídio coletivo, além de outras estabilidades provisórias.

A Constituição Federal, no artigo que trata do sistema de proteção ao empregado, excetua a estabilidade provisória, indicando, para tanto, a Lei Complementar que a defina.

A Estabilidade provisória foi criada para atender a certas categorias específicas de empregados, mediante aprovações em Convenções Coletivas ou Sentenças Normativas. A característica principal desta modalidade de Estabilidade é o cerceamento da liberdade do empregador de rescindir o contrato de trabalho com o empregado em determinados casos, como por exemplo, no caso da empregada gestante.

Outra característica da estabilidade provisória é que ela permanece garantida somente enquanto existirem os motivos que ensejaram a sua instituição.

3 Licença à gestante

A condição da mulher no mercado de trabalho vem obtendo maior atenção e respeito com o passar dos anos. Com a revolução industrial a mão de obra feminina

⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 157.

⁶ CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 402.

tornou-se não apenas necessária, mas também indispensável, a ponto de ser preterida a mão de obra masculina, preferência esta certamente fundada nos salários inferiores que eram pagos às mulheres.

Ocorre, que nem sempre os direitos das mulheres foram realmente respeitados. A desigualdade em termos de salários, ainda é um entrave ao tão sonhado reconhecimento da igualdade profissional, entre homens e mulheres. Nesse sentido, em busca da flexibilização das normas trabalhistas consolidadas, uma das mais expressivas regulamentações é o Tratado de Versalhes, que estabeleceu o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, princípio inserido na Constituição Federal Brasileira no artigo 7º, XXX, e no artigo 377 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ainda, o artigo 5º da CLT também veda a distinção de salários por motivo de sexo.

As mulheres trabalham tanto, ou em alguns casos, mais que alguns homens, e ainda, soma-se ao turno normal diário as obrigações domésticas e a educação e proteção dos filhos. Estes, certamente, motivaram doutrinadores e legisladores a buscarem não apenas a garantia do emprego da gestante, mas também a criarem e efetivarem dispositivos que atentem para as necessidades das mulheres, conforme posição doutrinária de Amauri Mascaro Nascimento⁷, “em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, asseguradas condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas em relação aos homens”.

A doutrina aponta dois fundamentos para justificar a necessidade de tratamento diferenciado: o físico, uma vez que a mulher não possui a mesma resistência física que o homem, e o social: a qual interessa a toda coletividade, é a defesa e a proteção da família, devendo o direito intervir em defesa da mulher que trabalha, a fim de possibilitar que a mulher consiga conciliar a vida profissional com a familiar.

Dentre os diversos dispositivos legais que buscam efetivar o tratamento diferenciado da mulher, destaca-se a estabilidade conferida a empregada gestante.

O Brasil ratificou a Convenção da Organização Internacional do Trabalho – OIT, nº 103, através do decreto legislativo nº 20, de 30 e abril de 1965, o qual proibiu a dispensa da empregada durante a licença maternidade.

Segundo estabelece a Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: (...)

XVIII - Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias.

Nesse sentido, oportuno mencionar Jorge Luiz Souto Maior:⁸

Embora o artigo 201 da Constituição tenha integrado a proteção à maternidade nos objetivos da Previdência Social (inciso II), isso não elimina outras formas jurídicas de proteção à maternidade no âmbito da Assistência Social (art.203), tendo ademais, consagrado-a como direito social (art.6º).

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p.45.

⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 384.

Segundo a Lei Municipal 11.770/2008 é facultativa para a iniciativa privada e obrigatória para a Administração pública a amplitude da licença maternidade para 180 dias⁹.

A licença-maternidade passou a ser considerada como benefício previdenciário, sendo custeada pelas contribuições patronais. Sob tais premissas, Valentin Carrion acrescenta¹⁰: “O empregador paga à gestante os salários devidos e os desconta dos recolhimentos habituais devidos à Previdência Social (Lei 6.136/74, modificada pela Lei 6.332, de 18 de maio de 1976, que deu nova redação ao artigo 2º)”. Ou seja, a licença-maternidade deixou de ser um encargo direto do empregador para transformar-se em instituto previdenciário, beneficiando não apenas o empregador, mas também a própria empregada gestante.

O valor da licença maternidade, que consiste na renda mensal idêntica ao valor da remuneração estende-se também à empregada segurada, que foi demitida por justa causa, ou que tenha saído do emprego por livre e espontânea vontade.

Todavia, é indevido o salário maternidade quando a própria gestante confessa que somente após a ruptura do vínculo empregatício confirmou a gravidez (entendimento do TST, SDI –I, Orientação Jurisprudencial 44).

O fato de empregador desconhecer o estado gravídico da empregada não exime o pagamento do salário-maternidade, na despedida sem justa causa¹¹.

Em casos excepcionais, conforme explica Vólia Bomfim Cassar¹²: “(...) os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico – art. 93 § 3º do Decreto 3.048/00 c/c artigo 392 § 2º da CLT”.

No caso da empregada doméstica, o prazo de licença com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser de 120 (cento e vinte) dias, sendo que anteriormente era de 90 (noventa) dias.

Outra peculiaridade da licença maternidade paga à empregada doméstica, como salienta Vólia Bomfim Cassar¹³: “O valor é pago diretamente pela Previdência (art.73, I da Lei nº 8.213/91), desde que preenchidos os requisitos e de acordo com o valor do último salário da empregada”.

Ainda, segundo Vólia Bomfim Cassar¹⁴:

É proibido o trabalho durante a licença- maternidade. Todavia, se de fato foi executado, a trabalhadora terá direito não só ao salário maternidade, como também aos salários do período trabalhado.

⁹ Servidora Municipal. Ampliação do prazo da licença-maternidade de 120 para 180 dias. Lei n. 11.770/2008. A dilação do prazo da licença-maternidade de 120 para 180 dias não é automática e está sujeita aos requisitos estabelecidos pela Lei n. 11.770/2008. Necessidade de adesão voluntária da empresa ou do ente público ao programa. Recurso do Município provido. (...) (13446420105040281 RS 0001344-64.2010.5.04.0281, Relator: FLAVIO PORTINHO SIRANGELO, Data de Julgamento: 22/06/2011, Vara do Trabalho de Esteio)

¹⁰ CARRION, Valentim. *Op. cit.*, p. 264.

¹¹ TST – 3º Turma. Recurso de Revista nº 179.130/95.3. Relator: José Zito Calasãs . Data da publicação em 05/12/1997.

¹² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Niterói: Impetus, 2011, p. 386.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

4. Estabilidade da Gestante Não Doméstica

A estabilidade provisória conferida à empregada gestante é uma estabilidade resultante de causa personalíssima, pois defende interesse pessoal. É provisória: tem início no momento da confirmação da gravidez e estende-se até os 5 (cinco) meses após o parto, de acordo com o art. 4º - A da Lei 5.859/72 alterado pela Lei 11.324/2006.

Conforme estabelece o artigo 391 da Consolidação dos Direitos Trabalhistas, Seção V – Da proteção à maternidade:

Não se constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único – Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza, contratos coletivos ou individuais de trabalho restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

Quando a empregada é despedida sem justa causa, durante o estado de gestação não precisa comprovar que o empregador tinha conhecimento de seu estado, esta comprovação não é pré-requisito para o alcance da estabilidade provisória.

Nesse sentido, destacando-se as duas teorias sobre a garantia da estabilidade: a) teoria da responsabilidade objetiva, quando a estabilidade no emprego não necessita de comprovação do estado de gestação perante o empregador, neste caso, o empregador não pode alegar o desconhecimento da gestação para eximir-se da responsabilidade de garantir a estabilidade da empregada gestante, e; teoria da responsabilidade subjetiva, quando a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador, para então ter o seu direito a estabilidade garantido, o empregador não pode ser responsabilizado por demitir a empregada nos casos de desconhecimento da gestação.

O TST acolheu a teoria da responsabilidade objetiva, conforme a Súmula nº 244 – I: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art.10, II, “b” o ADCT)”.

É válida a cláusula convencional que obrigue a empregada a comunicar e comprovar por meio de exames e atestado médicos o seu estado gravídico ao empregador¹⁵. Ainda que, conforme acima mencionado, o desconhecimento da gestação pelo empregador não o exima de sua responsabilidade.

A ruptura do pacto laboral e a confirmação da gravidez são suficientes para a propositura da ação reclamatória tanto para fins de reintegração no emprego, quanto para o recebimento das indenizações a que a empregada gestante teria direito.

O pagamento de indenizações é cabível nos casos em que não seja possível a reintegração devido ao término do período de estabilidade.

Em caso de omissão de retorno ao emprego, por parte da empregada gestante, quando aquele for posto à disposição, implicará em renúncia a reintegração e extinguirá o direito às verbas indenizatórias¹⁶.

Segundo Francisco Ferreira Jorge Neto¹⁷:

¹⁵ TST, Recurso de Revista nº 222.196/95.1 Relator: Vantuil Abdala - Ac. 2ª Turma - 7.992/96. Data da publicação em 15/10/2011.

¹⁶ TRT/SP. Recurso Ordinário nº 13.352/85. Relator: Manoel Arízio Eduardo de Castro. Ac. 8ª Turma. Data da publicação em 09/10/2007

O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório faculta ao empregado optar entre:

a) A readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidos dos juros legais;

b) A percepção, em dobro da remuneração do período de afastamento corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais (art. 4º, Lei 9.029/95).

A Súmula 244, que se refere à conversão das Orientações Jurisprudenciais DSI-1 88 e 196, é bastante clara ao estabelecer:

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta for durante o pedido de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais correspondentes ao período de estabilidade.

5 Estabilidade da Gestante Empregada Doméstica

Após o advento da Lei nº 11.324/06 a empregada doméstica passou a ter direito a estabilidade de gestante, com o acréscimo do artigo 4º - A - Lei nº 5.859/72:

Art. 4º-A É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

Antes da Lei nº 11.324/06, não se aplicava à empregada doméstica a estabilidade prevista no artigo 10, II, b, do ADCT, artigo que regulamentou de forma provisória o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal. Nesse sentido, importante mencionar a posição doutrinária de Vólia Bomfim Cassar¹⁸:

O parágrafo único do artigo 7º da Constituição não incluiu, dentre os direitos sociais estendidos, aos domésticos, o inciso I do mesmo art. 7º. Essa também era a posição da doutrina e jurisprudência majoritária. Muitos argumentavam que qualquer estabilidade não poderia ser estendida ao doméstico por tratar-se de um empregado de extrema confiança, motivo por que foram excluídos da CLT.

Retirar a garantia de estabilidade da gestante doméstica seria lhe negar o direito a proteção ao nascituro, portanto feriria diretamente o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, além de ferir o princípio da proteção à criança e o da razoabilidade.

Sobre a obrigatoriedade do empregador de reintegrar a empregada doméstica gestante, Vólia Bomfim Cassar¹⁹ leciona:

Defendemos que não cabe a reintegração compulsória da doméstica sem o consentimento expresso do patrão, uma vez que a casa é asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento expresso do morador (art.5º, XI, da

¹⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012, p.828.

¹⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. cit.*, p.382.

¹⁹ *Ibidem.*, p.1203.

Constituição Federal), logo, não pode o judiciário obrigar alguém a suportar a presença de um estranho em seu lar. Isto quer dizer que o juiz deve deferir apenas a indenização substitutiva caso o empregador doméstico não aceite a reintegração.

A estabilidade conferida à gestante doméstica é relativa, portanto o empregador pode demitir por outras causas, seja em virtude de motivo técnico, econômico ou financeiro. Durante a licença maternidade, como salienta Vólia Bomfim Cassar: “O motivo disciplinar enseja a justa causa. Durante a licença maternidade a dispensa só poderá ocorrer por justa causa”.

De acordo com a jurisprudência, quando o empregador despede a empregada doméstica sem justa causa, torna-se responsável pelo pagamento referente à licença-maternidade de 120 dias, ainda que desconheça o estado gravídico da empregada.

Nos casos em que a contratação da empregada doméstica ocorrer na modalidade contrato a termo, não haverá extinção em virtude da estabilidade. Da mesma forma como ocorre nos contratos de experiência, não há que se falar em extinção por decorrência do termo, tendo em vista a estabilidade provisória.

6 Gestação durante o Aviso Prévio e Gestação durante o Contrato de Experiência

A doutrina apresentou duas teorias para discutir os casos de ocorrência de gravidez durante o aviso prévio.

A primeira corrente entende que no caso da empregada confirmar que durante o cumprimento do aviso prévio (mesmo indenizado) estava grávida, ela teria direito a indenização, fundamentada na OJ nº 82 – SDI 1 – TST, a qual determina que a data da saída a ser anotada na CTPS deve corresponder ao término do aviso prévio, ainda que indenizado.

Ou seja, entendia que o término do contrato de trabalho ocorreria com o fim do cumprimento do aviso prévio, uma vez que o aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais.

A segunda corrente entendia que no caso do aviso prévio, havia uma alteração no contrato de trabalho devido à comunicação da dispensa, motivo pelo qual a relação de trabalho por prazo indeterminado, passaria a ser relação de trabalho por prazo determinado, o que não encontra atualmente amparo legal, devido à resolução 185 do Tribunal Superior do Trabalho, o item III, da Súmula 244, passou a ter nova redação, assegurando desta forma o direito da empregada gestante à estabilidade provisória, mesmo nos casos de contrato a termo, como no caso de aviso prévio, admissão mediante contrato de experiência, temporário, ou seja, qualquer espécie de contrato a termo:

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (Redação alterada pela resolução nº 185 do Tribunal Superior do Trabalho realizada em 14.09.2012 - DJU – 26.09.2012).

Quando a gestação ocorria durante o contrato de experiência, se a gravidez ocorresse durante este período, não era garantida a estabilidade, posto que era uma modalidade de contrato por prazo determinado, de modo que a empregada gestante

quando era despedida durante o período experimental, encontrava-se: grávida, desempregada, e desamparada, sem poder receber a licença maternidade, e sem garantia de estabilidade.

Consoante o entendimento do item III, da Súmula 244, mesmo que ocorra a gestação no período de experiência, a empregada tem garantida a estabilidade.

Ora, se a mulher precisa trabalhar fora, certamente é porque a renda mensal auferida pela família não é o suficiente, a garantia conferida pela estabilidade proporciona meios de subsistência para a mãe e para o filho. Portanto, foi uma grande conquista da mulher trabalhadora.

Em que pese a posição mencionada acima, algumas turmas do Tribunal Superior do Trabalho, tem optado por manter o entendimento jurisprudencial consolidado:

RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo nenhuma restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa orientação dissenteu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, -b-, do ADCT/88. Recurso de revista conhecido provido.²⁰

Oportuno, para concluir o tema, apresentar a brilhante posição do Advogado Henrique França Ribeiro²¹:

A partir da análise da Lei Maior, verifica-se que a garantia constitucional em análise está condicionada somente à confirmação da gravidez. O Texto Constitucional não condicionou o gozo da estabilidade à pactuação de um contrato de trabalho a prazo indeterminado. Assim, é inválida a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, ainda que contratada por intermédio de contrato a prazo determinado.

²⁰ TST 4ª Turma. Recurso de revista nº 1520-32.2010.5.04.0511, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento em 27/06/2012.

²¹ RIBEIRO, Henrique França. A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3344, 27 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22487>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

7 Estabilidade da Mãe Adotiva

Segundo Valentin Carrion²², com a inclusão do artigo 392 – A, pela Lei 10.421/02, reconheceu-se a estabilidade da mãe adotiva nos presentes termos:

(...) o legislador fez justiça com a criança adotada. Se o que pretende a lei, com a licença-gestante, é que mãe e filho tenham um contato e uma integração maior nos primeiros dias de vida da criança, a adoção também é a chegada de um novo ser para o relacionamento mãe-filho. Nada mais justo que tenha os mesmos direitos que a mãe biológica.

A diferença essencial na questão da licença-maternidade concedida para a mãe biológica e a mãe adotiva é o tempo em que gozará desta licença, segundo dispõe o artigo 392-A da CLT:

§ 1º: No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença;

§ 2º: No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias; e

§ 3º: No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

Conclui-se- que o período que mãe adotiva irá gozar referente à licença maternidade está relacionado diretamente à idade da criança adotada.

A Lei garante apenas a licença-maternidade para a mãe adotiva, mas não lhe confere a garantia de estabilidade provisória, em caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa, tendo em vista que a Constituição federal confere estabilidade de forma expressa à “empregada gestante”.

Atualmente existe uma Proposta de Emenda à Constituição, com o objetivo de estender a estabilidade provisória no emprego para a mãe adotiva, com fundamento na igualdade entre filhos naturais e adotivos.

Pela proposta a adotante não poderá perder o emprego, por dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos cinco meses subsequentes à adoção ou à obtenção da guarda judicial para fins de adoção²³.

As decisões dos Tribunais, tem sido desfavoráveis a concessão da estabilidade para a mãe adotiva:

TRT-PR-11-06-2004 MÃE ADOTIVA-LICENÇA-MATERNIDADE-ESTABILIDADE PROVISÓRIA-Com a edição da Lei n. 10.421-2002 (DOU 16.04.02), que acrescentou o art. 392-A à CLT, restou pacificado o entendimento de que a mãe adotiva tem direito à licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. Já em relação à estabilidade provisória, o art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe expressamente que é vedada a despedida somente da "empregada gestante", desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Desse modo, em que pese o louvável gesto da adotante, esta não esteve grávida, nem pariu,

²² CARRION, Valentin. *Op. cit.*, p.265.

²³ MARANHÃO, Benjamim. PEC garante estabilidade no emprego a mãe adotante, 2012, <http://camara-dos-deputados.jusbrasil.com.br/noticias/3057425/pec-garante-estabilidade-no-emprego-a-mae-adotante>, acesso em 22/11/2012, às 19: 24

circunstâncias especialmente previstas para a obtenção do direito à estabilidade provisória. Logo, não havendo suporte fático para a incidência da norma constitucional, esta se torna inaplicável.^{10.421392-ACLT}²⁴

Conclui-se que, com base no reconhecimento da igualdade entre filhos naturais e adotivos pela Constituição Federal, a proposta deve ser aprovada para garantir a estabilidade da mãe adotiva.

Assim como houve o reconhecimento do direito da mãe adotiva de receber a licença maternidade em equiparação com a mãe gestante, porque não reconhecer a estabilidade? De modo que atingiria a função social da lei, qual seja, a garantia de subsistência da mãe e a proteção do nascituro, ou da criança, dependendo da idade em que esta tiver sido adotada.

8 Estabilidade da Gestante – no caso de natimorto

Não existe previsão legal que exija o nascimento da criança para garantir a estabilidade para a gestante.

Nas palavras de Vólia Bomfim Cassar²⁵: “regra geral da Previdência, que só considera parto, o evento ocorrido após a 23ª semana de gestação, não importando o nascimento com ou sem vida (natimorto), pois o benefício seria concedido assim mesmo”.

O período de licença maternidade serve para que a mãe tenha tempo para cuidar do filho recém-nascido, mas também serve para que ela se recupere do parto. Nesse diapasão, os tribunais têm decidido no sentido de manter a garantia de estabilidade provisória para a gestante, mesmo nos casos de natimortos:

O desconhecimento da gravidez pelo empregador, inclusive pela empregada, quando da ruptura do contrato de trabalho, não é óbice ao direito à estabilidade provisória da gestante, contemplada pelo art.10,II,b, do ADCT, sendo suficiente a comprovação de que a gravidez ocorreu durante o pacto laboral. Ademais, o fato de a criança ter nascido morta não impede a aplicação do dispositivo mencionado, tendo em vista que houve efetivamente uma gestação e também o parto, não havendo porque falar em supressão da garantia em virtude do nascimento sem vida, mesmo que prematuro. O Art. 395 da CLT se refere a aborto e não a natimorto. A garantia é devida para a mãe se recuperar do parto, não apenas para cuidar do nascituro. TRT 10ª R. RO. 2066/2002. 3ª T. DJV 11.10.2002.

Todavia, nos casos em que ocorre aborto espontâneo, não criminoso, comprovado por atestado médico, segundo o artigo 395 da CLT, a mulher terá um repouso remunerado de duas (2) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

Sobre a interrupção da gravidez, Vólia Bomfim Cassar²⁶ manifesta-se da seguinte forma:

Independente do nascimento com vida da criança ou da interrupção da gestação por aborto espontâneo, tem a trabalhadora estabilidade enquanto estiver

²⁴ TRT, PR, Recurso de revista nº 144200318906 PR 144-2003-18-9-0-6, Relator: ARNOR LIMA NETO, Data de Publicação em 11/06/2004

²⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Niterói: Impetus, 2011, p. 386.

²⁶ *Ibidem*, p. 1200.

grávida. A controvérsia quanto a manutenção da estabilidade surge a partir da interrupção da gravidez ou pelo nascimento sem vida da criança.

O TST entende que nascimento do bebê sem vida exclui a licença maternidade, equiparando-se a hipótese ao disposto no art. 395, CLT²⁷.

9 Extinção da Estabilidade

A estabilidade conferida à empregada gestante cessará com a sua morte, com a aposentadoria espontânea, com a ocorrência de força maior, ou ainda, com falta grave cometida pela obreira, e com o pedido de demissão, conforme leciona Sergio Pinto Martins: “ao pedir demissão, a empregada renuncia ao direito de estabilidade que detinha”²⁸.

Com a morte da empregada gestante, não há que se falar em transferência da estabilidade para seus herdeiros, pois segundo entendimento doutrinário trata-se de um direito personalíssimo, pois dizia respeito apenas à condição de gestante da trabalhadora²⁹.

10 Considerações Finais

A Constituição Federal garante às empregadas gestantes brasileiras, no inciso XVIII do artigo 7º, a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. Para que desta forma ela possa recuperar-se do parto, cuidar e amamentar seu filho, estabelecendo e solidificando laços afetivos e emocionais, sem a preocupação de que, ao término da licença, poderá ser despedida por ato voluntário do empregador.

Proteção à maternidade é um tema pertinente e importantíssimo para a sociedade brasileira, pois como definiu brilhantemente Jorge Luiz Souto Maior³⁰: “O valor econômico do trabalho e o interesse produtivo não suplantam a necessidade de se proteger a maternidade como forma de sanidade das futuras gerações”.

A estabilidade provisória visa à proteção da mãe, durante e após a gestação, e alcança benefícios incontáveis para toda a sociedade brasileira, porque a família é a base de toda a sociedade e nela se principia toda a forma de progresso e desenvolvimento humano.

11 Referências

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. atual por Eduardo Carrion. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁷ TST 4º T. Recurso de Revista nº 12.2002.010. 18.00 - 3 – Relator: Min. Antônio Barros Levenhagen- Data do julgamento em 19/12/2006.

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 162.

²⁹ *Ibidem*, p. 163.

³⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Op. cit.*, p. 384.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso do Direito do Trabalho*. A Relação de Emprego, vol. II. São Paulo: LTr 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascar. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 37 ed. São Paulo: LTr, 2012.

RIBEIRO, Henrique França. A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST. In: **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 17, n. 3344, 27 ago. 2012](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22487>>. Acesso em: 22/11/2012, às 18:39

Leia mais: <http://jus.com.br/revista/texto/22487/a-estabilidade-da-gestante-e-a-superacao-da-sumula-244-do-tst/2#recommend-div#ixzz2GzBIS1kK>

ESTABILIDADE DA GESTANTE:
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19901410/recurso-ordinario-trabalhista-ro-13446420105040281-rs-0001344-6420105040281-trt-4>. Acesso em 22/11/2012, às 19:10

MARANHÃO, Bejamim. PEC garante estabilidade a mãe adotante:
<http://camara-dos-deputados.jusbrasil.com.br/noticias/3057425/pec-garante-estabilidade-no-emprego-a-mae-adotante> .Acesso em 22/11/2012, às 19: 24

MASCARO, Sônia, Estabilidade da gestante em contrato de experiência:
<http://www.amaurimascaronascimento.com.br/>. Acesso em 22/11/2012, às 17: 57

PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA E AS LISTAS DA OCDE: O CASO DO URUGUAI

Martinho Martins Botelho¹

RESUMO

Os Países com Tributação Favorecida (PTFs) representam os Estados nacionais ou regiões dependentes ou independentes nas quais as instituições normativas e/ou organizacionais facilitam a aplicação de capitais estrangeiros, oferecendo vantagens fiscais com tributação muito baixa ou nula. Trata-se de uma realidade existente na esfera internacional já nos séculos XVIII e XIX da Revolução Industrial. Também denominados Regimes de Tributação Nocivas (RTNs) são indesejáveis perante a sociedade internacional em razão de, normalmente, encobrirem a lavagem internacional de dinheiro, crimes organizados internacionais, corrupção, entre outros; além de desrespeitarem a transparência internacional e a troca internacional de informações fiscais. No âmbito do direito tributário internacional, são vários os países considerados paraísos fiscais, sendo âmbito de preocupação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), do Fórum Global sobre a Transparência Fiscal e do G-20. A finalidade do presente artigo é fazer breves considerações sobre o nível de classificação dos paraísos fiscais pela OCDE e pelo Brasil, finalizando com a recente constatação da evolução do Uruguai de paraíso fiscal para Estado cooperativo com a OCDE, após 2011, em razão de modificações no seu sistema jurídico interno. Realizou-se um levantamento informacional sobre os paraísos fiscais na contemporaneidade, além de observações importantes do ordenamento jurídico tributário brasileiro. As considerações finais do presente trabalho resultam na inadequação do Uruguai como paraíso fiscal e nem da “grey list” da OCDE, representando um avanço para o país que, depois de mais de 18 tratados assinados, passou a colaborar com os pedidos de informações fiscais internacionais, deixando de ser mero Centro Financeiro não-Cooperativo para ser componente da “white list” da mencionada organização internacional.

Palavras-chave

Paraísos fiscais, países com tributação favorecida, OCDE, Uruguai.

1. Introdução – 2. Noções conceituais da OCDE sobre Países com Tributação Favorecida (PTFs) – 3. A noção de paraísos fiscais no Brasil – 4. As categorias existentes sobre PTFs na visão da OCDE – 5. O caso do Uruguai: da “grey list” para a “white list” – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas

¹ Doutor em Integração da América Latina no Programa de Integração da América Latina (Prolam) pela Universidade de São Paulo (USP). Doutorando em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor do Centro Universitário Internacional Uninter; das Faculdades Santa Cruz e da Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP PR), em Curitiba, Paraná. Coordenador do Grupo de Pesquisas sobre Direito do Comércio Exterior, da Uninter. Advogado e economista. E-mail: martinho.botelho@yahoo.com.br

1. Introdução

O presente artigo tem o objetivo de promover uma sucinta análise do caso do Uruguai como Estado incluído nas listas da OCDE que tratam sobre os Países com Tributação Favorecida (PTFs), estudo esse que será precedido, necessariamente, de considerações a respeito da conceituação da OCDE sobre PTFs, a noção de paraísos fiscais no Brasil e a visão da OCDE sobre as categorias de PTFs.

A análise do Uruguai como paraíso fiscal passará por breves considerações fundamentais, quais sejam: as noções das listas da OCDE e os diversos paraísos fiscais na sociedade internacional.

Em seguida, serão, brevemente, analisados os principais elementos sustentados para se desconsiderar o Uruguai como paraíso fiscal, e considerá-lo como Estado cooperativo em matéria de troca internacional de informações fiscais.

2. Noções conceituais da OCDE sobre Países com Tributação Favorecida (PTFs)

O fato social internacional de concessão de benefícios e incentivos fiscais a determinadas atividades econômicas, há séculos, vem sendo utilizado como forte instrumento de implementação de disputas para atração de capital de investimento, capital de produção, incremento de mão de obra e de tecnologia, entre outros.

Na seara internacional tributária, tal fenômeno se deu, mesmo antes da constituição dos Estados nacionais e a construção da noção de Estado no século XVI, nas ideias de Hegel e, posteriormente, fora fortalecido nos séculos XVIII e XIX da Revolução Industrial (AMATUCCI, 2012, p. 230).

Por outro lado, na esfera nacional, sabe-se das disputas criadas entre as diversas entidades das organizações internas dos respectivos Estados, por meio do qual se criou estratégia para atração, igualmente, de investimentos, empreendedorismo, tecnologia, entre outros.

Comumentemente, no Brasil, tal aspecto fora denominado de “Guerra Fiscal”, tendo consequências e apresentação preocupações diversas para os agentes socioeconômicos e também para o Estado brasileiro.

Na esfera internacional, as organizações internacionais vêm se preocupando com o que se poderia chamar de “Guerra fiscal internacional”, ou seja, uma disputa entre os Estados para a implementação de sistemas tributários nacionais nocivos à livre concorrência internacional, à justiça tributária internacional, constituindo-se em “erva daninha” tributária, denominados de *harmful tax regimes* (ou, regimes tributários nocivos).²

Tais regimes provocam a diminuição das receitas tributárias dos diversos países, principalmente dos menos favorecidos com tecnologia, produção, mão de obra, indústria competitiva, entre outros; acarretando ainda mais possíveis dificuldades financeiras, as quais, certamente, em nada contribuem para a denominada justiça tributária internacional e a isonomia internacional, incluindo-se outros princípios daí decorrentes.

Chamam-se de Países com Tributação Favorecida (PTFs) e, de acordo com a legitimidade da aplicação do favorecimento de tributação e o princípio da soberania em Direito Internacional Público, a concessão de benefícios fiscais, a adoção de

² No presente artigo, denominar-se-ão de RTN, ou seja, sigla para regimes tributários nocivos, tal como, em geral, é feito na doutrina jurídica de Direito Internacional Tributário.

medidas unilaterais contra determinado Regime de Tributação Nociva (RTN) é, muitas vezes, dificultada, podendo gerar graves consequências na política externa de um Estado (TORRES, 2001, p. 252).

Com isso, tais mecanismos de política tributária são facilitados de implementação quando uma organização internacional ou ente internacional relevante a reconhece ou quando um determinado Estado adotante de um RTN específico não tem relevância política internacional (MARTINS, 2008, p. 33).

Efetivamente, ocorre da sociedade internacional – principalmente, os Estados nacionais mais sensíveis à “Guerra fiscal internacional” – ter preocupação em combater a evasão fiscal e, principalmente, a surgimento e a utilização dos denominados “paraísos fiscais”.³

Paraísos fiscais são considerados Estados nacionais ou regiões dependentes (podendo até mesmo serem independentes) nas quais as instituições normativas e organizacionais facilitam a aplicação de capitais estrangeiros, oferecendo vantagens fiscais com tributação muito baixa ou nula.

Contemporaneamente, os paraísos fiscais permitem a aplicação de ativos (principalmente, financeiros) com origem desconhecida, protegendo a identidade própria dos proprietários, garantindo-se ainda sigilo bancário absoluto e/ou relativo, sendo, portanto, não-cooperativo.

Representam regiões geográficas marcadas por facilidades para constituição de sociedades, inclusive em função da tributação baixa ou inexistente (AMATUCCI, 2012, p. 233).

Normalmente, nos paraísos fiscais, procura-se evitar a aplicação do regime jurídico de direito internacional que controle a lavagem de dinheiro.⁴

Assim, em tais Estados, realiza-se de tudo para proteger a identidade dos investidores e mantê-los no anonimato, frequentemente, deparando-se com “contas bancária fantasmas” que canalizam recursos oriundos de diversos meios ilícitos, tais como: corrupção político-administrativa e tráfico de entorpecentes (TAVOLARO, 2006, p. 95).

Em 1998, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou um relatório, considerando como Paraísos Fiscais os Estados nacionais que possuíssem as seguintes características determinantes⁵:

³ Ademais, sabe-se da ideia de se elaborar uma nova encíclica papal com capítulo especial denominado “Fraude e Fisco”, estabelecendo condenação moral aos fraudadores e aos paraísos fiscais que ocultam ativos de origem ilícita.

⁴ Geoffrey Colin Powell, ex Conselheiro Econômico da Ilha de Jersey: "O que... identifica uma área como sendo 'paraíso fiscal' é a existência de um conjunto de medidas estruturais tributárias criadas deliberadamente para tirar vantagem de, e explorar a demanda mundial de oportunidades para se envolver em evasão tributária" (tradução livre). No original: "What ... identifies an area as 'tax haven' is the existence of a set of structural tax created deliberately to take advantage of, and exploit the worldwide demand for opportunities to engage in tax evasion." Vide: POWELL, Geoffrey Colin. **Economic Survey of Jersey**. California: States of Jersey, 1971, p. 32.

⁵ Tal relatório se chamou: **Harmful tax competition** – an emerging global issue. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Paris: OECD publications, 1998. Tal relatório poderia ser traduzido como: “Concorrência fiscal prejudicial: uma questão global emergente”. Em tal documento, os Estados nacionais foram classificados como: paraísos fiscais, regimes preferenciais nocivos (aqui denominados regimes de tributação nociva, RTN) e regimes de circunscrição. O primeiro consiste nos Estados nacionais caracterizados por terem impostos nominais ou não o terem, impedindo a simples troca de informações sobre os contribuintes, faltando transparência. No regime de preferencial nocivo, existe também dificuldade de troca de informações e

Tributação nominal baixa ou inexistente;
Impossibilidade de troca de informações tributárias com os demais Estados da sociedade internacional;
Falta de transparência na exegese (aplicação) da legislação tributária.
Não requisição de substância econômica das atividades.

Não obstante, a OCDE também estabeleceu, no mencionado Relatório de 1998, a definição de RTN, nas seguintes características (FINNERTY et ali, 2007, p. 34):

Tributação efetiva baixa ou inexistente;
Impossibilidade de troca de informações tributárias entre Estados da sociedade internacional;
Falta de transparência na exegese da legislação tributária;
Existência de benefícios tributários que não afetam a economia local, denominando-se por *ring fencing*.

Por meio de tais critérios, a OCDE criou uma lista dos diversos regimes tributários adotados pelos seus membros, com características potencialmente nocivas e os Paraísos Fiscais, apontando também algumas medidas unilaterais para combater a utilização dos RTNs.

Eis as medidas da entidade internacional (AVI-YONAH, 2008, p. 54):

Estabelecimento de regras de tributação dos lucros de controladas no exterior (*Controlled Foreign Corporations, CFC*);
Estabelecimento de tributação de fonte diferenciada sobre pagamentos e contribuintes que usufruem de RTN; e
Estabelecimento de regras de preços de transferência.

Como paraísos fiscais, destacam-se: Bahamas, Ilhas Caimão, Ilhas Bermudas, Ilhas Turks e Caicos, Liechtenstein, Suíça, Ilhas do Canal, Luxemburgo e Ilha da Madeira, além de diversos outros pequenos países, normalmente insulares.

3. A noção de paraísos fiscais no Brasil

Desde 1996, o Brasil vem adaptando o seu sistema tributário nacional às tendências, recomendações e convenções internacionais, seguindo o caminho da uniformização tributária globalizada e das estabilidades políticas e econômicas (TORRES, 1997, p. 54).

Com isso, caminhou-se por uma esteira tributária que tributava rendimentos para um sistema isencional (XAVIER, 1993, p. 11).

Ademais, passou-se a adotar elementos universais de tributação, ora denominado *worldwide income*, estabelecendo, por exemplo, a aplicação de regras de preços de transferência (*transfer pricing*) e a adoção do conceito de RTN da OCDE.

A definição de RTN foi corroborada no sistema tributário brasileiro por meio da lei federal ordinária nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; mas com a expressão Países com Tributação Favorecida, aproveitando-se tal

transparência fiscal; sendo que a tributação é muito baixa ou inexistente. Por fim, existe o regime de circunscrição (*ring-fencing*) o qual está isolado dos contribuintes de maneira parcial, existindo nenhuma ou pouca carga tributária.

oportunidade para incluir também as normas jurídicas brasileiras para preços de transferência.⁶

Momentos depois, a definição foi alterada, passando-se a utilizar normas específicas daquelas presentes na lei federal ordinária nº 9.430/1996.

Posteriormente, em razão da dificuldade da aplicação do conceito de PTFs, as autoridades fiscais brasileiras publicaram um rol enumerativo na qual constavam tais países, os quais passaram a incluir uma chamada *black list*, quais sejam: **Andorra; Anguilla; Antígua e Barbuda; Antilhas Holandesas; Aruba; Comunidade das Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Ilhas Bermudas; Campione d'Italia; Chipre; Cingapura; Ilhas Cook; República da Costa Rica; Djibouti; Dominica; Emirados Árabes Unidos; Federação de São Cristóvão e Nevis; Gibraltar; Granada; Hong Kong; Labuan; Líbano; Libéria; Liechtenstein; Luxemburgo⁷; Macau; Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); Ilhas Cayman; Ilha da Madeira⁸; Maldivas; Malta; Ilha de Man; Ilhas Marshall; Ilhas Maurício; Ilhas Turks e Caicos; Ilhas Virgens Americanas; Ilhas Virgens Britânicas Mônaco; Ilhas Montserrat; Ilha Niue; Nauru; Sultanato de Omã; Panamá; Samoa Americana; Samoa Ocidental; San Marino; São Vicente e Granadinas; Santa Lúcia; Seychelles; Tonga; Vanuatu.⁹**

Fora a primeira tentativa do Ministério da Fazenda por meio da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 188, de 06 de agosto de 2002.¹⁰

Com novas alterações sobre o tema, de acordo com a lei federal ordinária nº 11.727, de 26 de junho de 2008; introduziram-se novas definições e ampliação de alguns elementos, de tal sorte que os contribuintes brasileiros e também investidores estrangeiros criaram grandes preocupações com tais temas.

A partir de 01 de janeiro de 2009, depois de observado o princípio da anterioridade nonagesimal e da anualidade tributária, importantes disposições da

⁶ Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 30 de dezembro de 1996; já tendo sido modificada pelas seguintes medidas legais: Medida Provisória nº 517, de 2010; lei federal ordinária nº 12.431, de 2011; lei federal ordinária nº 12.715, de 2012; lei federal ordinária nº 11.033, de 2004; lei federal ordinária nº 9.959, de 2000; Medida Provisória nº 478, de 2009; Medida Provisória nº 563, de 2012; Medida Provisória nº 563, de 2012; lei federal ordinária nº 10.451, de 2002; lei federal ordinária nº 11.727, de 2008; Medida Provisória nº 449, de 2008; lei federal ordinária nº 11.941, de 2009; Medida Provisória nº 351, de 2007; lei federal ordinária nº 11.488, de 2007; lei federal ordinária nº 9.532, de 1997; lei federal ordinária nº 9.481, de 1997; lei federal ordinária nº 10.637, de 2002; lei federal ordinária nº 10.892, de 2004; medida provisória nº 303, de 2006; medida provisória nº 351, de 2007; medida provisória nº 472, de 2009; lei federal ordinária nº 12.249, de 2010; medida provisória nº 2.158-35, de 2001; medida provisória nº 449, de 2008; lei federal ordinária nº 9.716, de 1998; lei federal ordinária nº 9.532, de 1997; medida provisória nº 2.189-49, de 2001; lei federal ordinária nº 10.833, de 2003; lei federal ordinária nº 11.051, de 2004; lei federal ordinária nº 12.249, de 2010; lei federal ordinária nº 11.196, de 2005; lei federal ordinária nº 12.350, de 2010; lei federal ordinária nº 12.350, de 2010; lei federal ordinária nº 12.382, de 2011.

⁷ **No que respeita às sociedades *holding* regidas, na legislação luxemburguesa, pela lei de 31 de julho de 1929.**

⁸ Ou Região autônoma da Madeira.

⁹ Pode-se, mesmo que ainda representa polêmica, incluir outros Estados: alguns Estados dos Estados Unidos, Paraguai, Sealand, entre outros.

¹⁰ Tal IN SRFB/MF foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 09 de agosto de 2002; sendo revogada pela IN SRFB/MF nº 1.037, de 04 de junho de 2010; publicada no DOU de 07 de junho de 2010; sendo alterada, posteriormente, pela IN SRFB/MF nº 1.045/2010 e pelo Ato Declaratório Executivo da Receita Federal do Brasil (ADE/RFB) nº 3, de 25 de março de 2011.

mencionada lei passaram a serem importantes, tal como, exemplificativamente, o art. 41, VI.¹¹

Na seara do sistema tributário brasileiro, a definição de PTF é utilizada em três situações distintas, quais sejam¹²:

- Aplicação das regras de preços de transferência;
- Majoração da alíquota do imposto sobre a renda na fonte;
- Exclusão dos benefícios de Investidores Qualificados;

No condizente à aplicação das regras de preços de transferência, o art. 24 da lei federal ordinária nº 9.430/1006, cumulado com o art. 4º da lei federal ordinária nº 10.451, de 10 de maio de 2002; estabelece que estão sujeitas à aplicação das regras de preços de transferência as “(...) operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento”.¹³

Assim, para a finalidade da aplicação das regras de preços de transferência, a definição de PTF corresponde a qualquer ou entidade soberania dependente que não tribute a renda ou que a tribute com alíquota inferior a vinte por cento ou cuja legislação interna oponha sigila relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, remetendo, assim, ao conceito de “paraísos societários” bastante difundido na doutrina jurídica de Direito Societário Internacional.

É relevante esclarecer que as Listas Negras (*black lists*) estabelecidas pela IN SRFB/MF nº 188/2002 assim como pela IN SRFB/MF nº 1.037/20010 são taxativas ou enumerativas, de tal maneira que há possibilidade de inclusão de um novo PTF, estando tais caracterizações vinculadas à alteração do mencionado rol.

No atinente à majoração da alíquota de Imposto de Renda na Fonte, o art. 8º da lei federal ordinária nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999 e o art. 47 da lei federal ordinária nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003 estabelecem que: “(...) Sem prejuízo do disposto no art. 10 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 7º da Lei nº 9.959, de 27 de janeiro de 2000, o ganho de

¹¹ *In verbis*: Art. 41. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos em relação: (...)VI – aos arts. 22, 23, 29 e 31, a partir do primeiro dia do ano seguinte ao da publicação desta Lei.

¹² Assim estabelece o art. 24-A, incluído pela lei federal ordinária nº 11.941, de 27 de maio de 2009 (resultante da conversão da Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008) (...)

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características:

I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento)

II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente:

a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território;

IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.

¹³ Publicada no DOU de 24 de junho de 2008.

capital decorrente de operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida, a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeita-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), normalmente cobrada a 15% (quinze por cento).

Portanto, quanto à majoração de alíquota de Imposto de Renda retido na Fonte para rendimentos e ganhos de capital pagos a residentes ou domiciliados no exterior; a definição de PTF no Brasil é o mesmo daquela aplicada às regas de preços de transferência, vale dizer: qualquer país ou dependência que não tribute a renda ou que a tribute com alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento) ou cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.

Ressalte-se, novamente, que o rol de PTFs da IN SRFB/MF nº 188, de 2002; e também o presente na sua norma revogadora IN SRFB/MF nº 1.037/2010 são taxativos.

No condizente à exclusão dos benefícios de Investidores Qualificados, de acordo com o art. 81 da lei federal ordinária nº 8.981, de 1995; art. 7º da lei federal ordinária nº 9.959, de 2000; art. 29 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001 e o art. 16 da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001; o tratamento fiscal mais benéfico aos rendimentos e ganhos auferidos por investidores estrangeiros que resolveram investir no Brasil através da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.689, de 2000 (chamados de Investidores Qualificados) não se aplica nas condições nas quais os investidores sejam oriundos de países que tributem a renda a uma alíquota inferior a 20%.

Além disso, os arts. 1º e 3º da lei federal ordinária nº 11.312, de 2006; descreveram que o tratamento fiscal mais benéfico aos rendimentos ali descritos não se aplica, caso tais rendimentos sejam pagos a Investidor Qualificado residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20%.¹⁴

¹⁴ *In verbis*: Art. 1º Fica reduzida a zero a alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos definidos nos termos da alínea "a" do § 2º do art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, produzidos por títulos públicos adquiridos a partir de 16 de fevereiro de 2006, quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, exceto em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).

§ 1º O disposto neste artigo:

I - aplica-se exclusivamente às operações realizadas de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional;

II - aplica-se às cotas de fundos de investimentos exclusivos para investidores não-residentes que possuam no mínimo 98% (noventa e oito por cento) de títulos públicos;

III - não se aplica a títulos adquiridos com compromisso de revenda assumido pelo comprador.

§ 2º Os rendimentos produzidos pelos títulos e valores mobiliários, referidos no caput e no § 1º deste artigo, adquiridos anteriormente a 16 de fevereiro de 2006 continuam tributados na forma da legislação vigente, facultada a opção pelo pagamento antecipado do imposto nos termos do § 3º deste artigo.

§ 3º Até 31 de agosto de 2006, relativamente aos investimentos possuídos em 15 de fevereiro de 2006, fica facultado ao investidor estrangeiro antecipar o pagamento do imposto de renda incidente sobre os rendimentos produzidos por títulos públicos que seria devido por ocasião do pagamento, crédito, entrega ou remessa a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, ficando os rendimentos auferidos a partir da data do pagamento do imposto sujeitos ao benefício da alíquota zero previsto neste artigo.

§ 4º A base de cálculo do imposto de renda de que trata o § 3º deste artigo será apurada com base em preço de mercado definido pela média aritmética, dos 10 (dez) dias úteis que antecedem o

Em situações nas quais as regras de preços de transferência e de majoração de alíquotas de Imposto de Renda na Fonte, são aplicadas as referências do art. 24 da lei federal ordinária nº 9.430, de 1996; além também de todos os demais critérios definidos na própria legislação, incluindo-se a noção de dependências, países que estabelecem sigilos, entre outros.

Ademais, o critério acaba sendo o da localização da sede em país de ordenamento jurídico de tributação sobre a renda com alíquota inferior a 20%.

Portanto, o critério para exclusão dos benefícios disponíveis para Investidores Qualificados consiste em critério diferente do usado para definir PTF para fins de aplicação das regras de preços de transferência e majoração de alíquota de Imposto de Renda na Fonte.

Além disso, é relevante também observar que tal critério não inclui dependências de soberanias (subdivisões políticas dos Estados), mas apenas países soberanos.

No Brasil, a IN SRFB/MF nº 188, de 2001 e também a IN SRFB/MF nº 1.037/2010; não estabeleceram diferenças e menciona, expressamente, disposições que tratam da exclusão dos benefícios disponíveis para Investidores Qualificados.

Com a implementação da lei federal ordinária nº 11.727, de 2008; ficou ampliado o conceito de PTF vigente a partir de 01 de janeiro de 2009; por meio do acréscimo do art. 24 na lei federal ordinária nº 9.430, de 1996; qual seja, pela inclusão de países ou dependência cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não-residentes.

Ressalte-se também que o Brasil não considerava como paraísos fiscais, os chamados Países com Tributação Favorecida, aqueles cuja legislação permitia manter em sigilo a composição societária das empresas. Situação essa que parece ter mudado com a IN SRFB/MF nº 1.037/2010 que trata dos chamados Regimes Fiscais Privilegiados.

4. As categorias existentes sobre PTFs na visão da OCDE¹⁵

Tal como publicado pela OCDE, existem 3 categorias de listas de classificação de Estados nacionais, no condizente à sua estrutura e/ou contribuição como categorias de PTFs (paraísos fiscais em sentido amplo), quais sejam: Lista Negra, Lista Cinza e Lista de Centros Financeiros não-cooperativos (ROHATGI, 2007, p. 13).

A Lista Negra (*Black List*) consiste no rol de Estados que ignoram as autoridades fiscais estrangeiras, não cooperando internacionalmente para trocas de informações fiscais.

A Lista Cinza (*Grey List*) representa os países e territórios dependentes que, supostamente, não adotam o princípio da transferência fiscal como padrão, mas com tendências à adoção de tal medida, cumprindo com as recomendações da OCDE.

pagamento, das taxas indicativas para cada título público divulgadas pela Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro - ANDIMA.
(...)

¹⁵ Os dados mencionados do presente tópico foram levantados em várias informações constantes no Tax Justice Network: www.taxjustice.net

A terceira categoria, Lista de Centros Financeiros não-cooperativos (*Non cooperative financial centres*) é formada por Estados que não compõem as duas listas anteriores, ou seja, não estão na Lista Negra e nem na Lista Cinza.

A Lista Negra, atualmente, é composta por Costa Rica, Filipinas e Malásia.

Como Lista de Centros Financeiros não-cooperativos, citem-se: Áustria, Bélgica, Brunei, Chile, Guatemala, Luxemburgo, Cingapura e Suíça.

De acordo com dados da OCDE, com dados elaborados pela Rede para a Justiça Fiscal (*Tax Justice Network*)¹⁶, nos últimos 25 anos, quase que duplicou o número de paraísos fiscais existentes no mundo, estando divididos nas Américas e Caribe, na África, na Europa, no Oriente Médio e Ásia, e nos Estados dos Oceanos Índico e Pacífico.¹⁷

Nas Américas, incluindo os Estados caribenhos (conhecidos, historicamente, por serem PTFs), existem 22 Estados, dos quais uma boa parte é considerada incluída na Lista Cinza da OCDE, tal como demonstrado na tabela 01 abaixo.

Tabela 01 - Estados das Américas, incluindo Caribe, considerados Paraísos Fiscais de acordo com a *Tax Justice Network*

Anguilha	Antigua e Barbuda*	Antilhas Holandesas
Aruba*	Bahamas	Barbados
Belize	Bermudas	Costa Rica
Dominica*	Granada	Ilhas Caiman
Ilhas Turcas e Caicos	Ilhas Virgens Americanas*	Ilhas Virgens Britânicas
Montserrat*	Nova Iorque	Panamá
Santa Lúcia*	São Cristóvão e Névis*	São Vicente e Granadinas*
Uruguai*		

Fonte: Elaboração própria, conforme dados do *Tax Justice Network*, agosto/2012.

Desses Estados nacionais, alguns ainda são considerados território britânico, tal como as Ilhas Caiman e a Anguilha; praticamente, todos eles Estados centro-americanos e caribenhos.

Na América do sul, apenas o Uruguai ocupa lugar de destaque, sendo que, a partir de 2009, passou-se a ser tratado como um Centro Financeiro não-cooperativo, e não um Paraíso Fiscal propriamente dito incluído em Lista Negra da OCDE.

No continente africano, existem 7 Estados considerados PTFs, tal como apontado abaixo na tabela 02.

Tabela 02 - Estados da África, considerados Paraísos Fiscais de acordo com a *Tax Justice Network*

África do Sul*	Libéria	Maurícia
Melilha*	São Tomé e Príncipe*	Seicheles*

¹⁶ Existe amplo banco de dados da *Tax Justice Network*: www.taxjustice.net

¹⁷ Dados mais desagregados podem ser retirados da *Economist Intelligence Unit* da OCDE, elaborado por John Christensen e Mark Hampton.

Somália*

Fonte: Elaboração própria, conforme dados do *Tax Justice Network*, agosto/2012.

O continente europeu apresenta, curiosamente, a região mais densa de Estados considerados Paraísos Fiscais, sendo 25 ao todo conforme tabela 03 abaixo.

Tabela 03 - Estados da Europa, considerados Paraísos Fiscais de acordo com a *Tax Justice Network*

Alderney*	Andorra	Bélgica*
Campione d'Italia*	Chipre	Frankfurt
Gibraltar	Guernsey	Holanda
Hungria*	Islândia*	Irlanda (Dublin)*
Inguchétia*	Ilha de Man	Jersey
Liechtenstein	Londres	Luxemburgo
Madeira*	Malta*	Mónaco
República Turca do Norte de Chipre*	Ilha de Sark	Suíça
Trieste*		

Fonte: Elaboração própria, conforme dados do *Tax Justice Network*, agosto/2012.

No Oriente Médio e na Ásia, são 9 Estados considerados como Paraísos Fiscais, conforme tabela 04 abaixo.

Tabela 04 - Estados do Oriente Médio e da Ásia, considerados Paraísos Fiscais de acordo com a *Tax Justice Network*

Bahrein	Dubai *	Hong Kong
Labuan	Líbano	Macau *
Singapura	Taipei *	Tel Aviv *

Fonte: Elaboração própria, conforme dados do *Tax Justice Network*, agosto/2012.

Nos Estados considerados dos Oceanos Índico e Pacífico, são 9 Estados considerados como Paraísos Fiscais, conforme tabela 05 abaixo.

Tabela 05 - Estados dos Oceanos Índico e Pacífico, considerados Paraísos Fiscais de acordo com a *Tax Justice Network*

Maldivas *	Marianas	Ilhas Cook
Ilhas Marshall	Nauru *	Niue *
Samoa *	Tonga *	Vanuatu

Fonte: Elaboração própria, conforme dados do *Tax Justice Network*, agosto/2012.

Foram incluídos ao todo 72 Estados nacionais e territórios nas listas apresentadas, mas excluídos Estados que possuem algumas características de paraísos fiscais, mas que não são, comumente, utilizados como tal, a exemplo da Nova Zelândia.

Marcados com asterisco (*) estão 34 territórios que acabaram desenvolvendo, recentemente, atividades mais relacionadas com Paraísos Fiscais, sendo que, nos últimos 25 anos, quase que se duplicou o número de Estados com tais características TERRA, 2012, p. 97).

Pode-se dizer que os Estados nacionais que não se encontram em alguma das três listas da OCDE, estariam, implicitamente, em uma “Lista Branca” por exclusão, com a qual a OCDE ainda não se preocupou do ponto de vista de política tributária internacional.

Especificamente, na América Latina, o tratamento da OCDE para Estados que não compõem a suposta “Lista Branca”: Costa Rica, Antigua e Barbuda, Bahamas, entre outros.

O caso do Uruguai é singular, tendo em vista que, no ano de 2009, passou a ser considerado como componente da Lista Cinza, saindo da Lista Negra da OCDE, mas ainda com um tratamento de Paraíso Fiscal pela Rede de Justiça Fiscal (*Tax Justice Network*), sendo visível a polêmica entre ainda ser um Paraíso Fiscal, integrante de uma Lista Cinza ou integrante de uma suposta Lista Branca (*White list*) da OCDE, tal como se verá a seguir.

5. O caso do Uruguai: da “grey list” para a “white list”

Questão polêmica é a que trata sobre a inclusão do Uruguai em uma suposta “grey list” dos países com menor transparência bancária internacional (ARNOLD, McINTYRE, 2002, p. 110).

De acordo com a Rede de Justiça Fiscal, o Uruguai está incluído entre os paraísos fiscais mais ativos da sociedade internacional, sendo inclusive a única nação sul-americana analisada no estudo.¹⁸

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Uruguai representa um dos países suspeitos de não colaborar com a transparência tributária, questionando-se inclusive os mecanismos de acordos internacionais bilaterais para troca de informações como forma de coibir a existência de paraísos fiscais.

De acordo ainda com estudo da Rede de Justiça Fiscal que inclui profissionais tributários, acadêmicos e jornalistas; o Uruguai corresponde a um dos sistemas nacionais caracterizados pela sua opacidade em operações bancárias.

Tal estudo fora feito por meio de relatório que considerou 15 aspectos específicos, dentre os quais: segredo bancário, registro de fundações, respostas aos pedidos de informações e a publicação de dados para estabelecer um ranking que considerou a Suíça o paraíso fiscal mais ativo da sociedade internacional.

O caso do Uruguai foi classificado em 26º lugar, correspondendo ao único Estado da América do Sul no qual é possível o sigilo bancário.

Ademais, é de se estranhar que os Estados Unidos se apresentem na lista de Estados com cidades adeptas de política de sigilo financeiro, não sendo, por completo, transparente.

¹⁸ Não se incluiu, por exemplo, o Paraguai que concede isenção de impostos para empresas que se instalam no país, permitindo-se a repatriação total de lucros auferidos no exterior.

Com isso, apontam-se cidades como Nevada, Delaware e Wyoming que prejudicam a transparência do sistema financeiro norte-americano na promoção de instituições normativas e organizacionais obscuras. Assim também seguem o mesmo caminho a Alemanha e o Japão, segundo a *Tax Justice Network*.

A OCDE vem, constantemente, reiterando as exigências para tais regiões suspeitas de não cooperarem com a transparência tributária, sendo que já é comum inclusive a implementação de acordos de troca internacional de informações, tal como acontece entre a Argentina e o Uruguai.

Uma das principais reclamações da OCDE é sobre o regime de acionistas ao portador, considerado pouco transparente para o repasse de informação.

A situação crítica do Uruguai é a instituição de imposto de 0,3% para as chamadas sociedades anônimas de investimentos financeiros, o que, em tese, não seria um PTF propriamente dito.

Recentemente, o Parlamento do Mercosul vem adotando posicionamento de aderência ao entendimento que o Uruguai não é um paraíso fiscal¹⁹, sendo, assim, irregular as eventuais sanções a ele adotadas perante a comunidade internacional.

No entanto, a questão mais polêmica colocada é sobre a adoção de um ordenamento jurídico inadequado à troca de informações fiscais locais, tal como faziam a Suíça e o Liechtenstein, como comportamento inadmissível para a transparência internacional (THURONYI, 2003, p. 51).

Em 2011, a OCDE declarou que o Uruguai adotou todas as medidas necessárias para não mais fazer parte da “grey list” de paraísos fiscais, avançando para um padrão internacional de trocas de informações, melhorando os níveis de transparência fiscal, incluindo-se a assinatura de sete tratados internacionais para troca de informações.

Em razão disso, o Uruguai apresenta dezoito acordos internacionais bilaterais, feitos com Equador, Liechtenstein, Suíça, Dinamarca, Noruega, Suécia, Islândia, Ihas Faroé e Groelândia.

Efetivamente, tais medidas foram adotadas após as manifestações internacionais da OCDE e do Fórum Global de Transparência Fiscal e Troca de Informação em 2011.

Aliás, a OCDE ainda acusa o Panamá, Antígua e Barbuda, Barbados, Brunei, Botsuana, Seychelles, Trinidad e Tobago, Vanuatu de não cumprir as recomendações do Fórum Global sobre a Transparência Fiscal.

5. Considerações finais

A observação sobre os paraísos fiscais e o Uruguai como componente da “white list” da OCDE foi materializado nos últimos entendimentos do G-20, do Fórum

¹⁹ Tal posicionamento representou um rechaço às declarações francesas, por meio do presidente Nicholas Sarkozy, em novembro de 2011, na presidência do G-20 de que o Uruguai seria um paraíso fiscal, relatando ainda outros Estados e que tal prática deveria ser banida da sociedade internacional. Tal fato justificou a razão pela qual o Presidente da Delegação Brasileira, parlamentar Roberto Requião se opôs radicalmente às mencionadas declarações, conforme informações oficiais do site do Parlasul: <http://www.parlamentodelmercosur.org> Os parlamentares de todos os Estados-partes do Mercosul, veementemente, repudiaram as declarações do presidente francês, alertando para os empenhos em fomentar a igualdade e a inclusão. Aliás, Nicolas Sarkozy, tinha afirmado, durante o encerramento da última Cúpula do G20, em Cannes, que Antígua e Barbuda, Barbados, Botsuana, Brunei, Panamá, Seicheles, Trinidad e Tobago, Uruguai e Vanuatu não tinham um marco jurídico adaptado aos intercâmbios de informação fiscal.

Global sobre a Transparência Fiscal e da própria OCDE, mesmo que ainda se carece de maior concretização por parte de outros Estados nacionais ainda considerados PTFs e não-colaboradores internacionais, tais como: Panamá, Antígua e Barbuda, Barbados, Brunei, Botsuana, Seychelles, Trinidad e Tobago, Vanuatu.

Trata-se, indubitavelmente, de um passo a frente no tratamento do tema no âmbito econômico, jurídico e político para o Uruguai, e, indiretamente, para o Mercado Comum do Sul, tanto é verdade que o processo de integração econômica regional é pautado pelo cumprimento dos princípios jurídicos de Direito Internacional Público, e da própria transparência fiscal em Direito Internacional Tributário.

O método da transparência fiscal e da troca internacional de informações em matéria tributária é adotado pelas diversas organizações internacionais e por variados Estados, tendo consequências positivas para a disciplina da segurança fiscal internacional, estando apto a garantir a transparência geral no Uruguai, dentro dos princípios da soberania e da autodeterminação dos povos.

A OCDE, ao reconhecer os esforços do Uruguai, como Estado colaborador em matéria de troca internacional de informações fiscais, preencheu uma necessidade proeminente do Mercosul e do Estado uruguaio. Porém, tal mecanismo ainda deverá ser aperfeiçoado com instrumentos de combate à lavagem de dinheiro, relacionado com o crime organizado transnacional e com o tráfico internacional de entorpecentes.

Os paraísos fiscais, como se sabe, costumam estar associados a crimes praticados por narcotraficantes, de funcionários públicos e empresários, além de todo tipo de atividades à margem da lei.

Para o caso do Uruguai, a sua elevação à Estado nacional colaborador representa uma evolução para coibição de fluxos financeiros internacionais de origem ilícita, bloqueando o estereótipo da imagem de crimes internacionais na região.

Tal consideração leva em conta as medidas adotadas pelo Uruguai desde idos de 2005, passando-se por 2009, quando o Estado passou a figurar como “Grey list”, a se adaptar às regras da OCDE para cooperação fiscal internacional.

6. Referências bibliográficas

AMATUCCI, Andrea. **International tax law**. 2nd edition. New York: Aspen Pub, 2012.

ARNOLD, Brian J; McINTYRE, Michael. **International tax primer**. 2nd edition. Hague: Kluwer law international, 2002.

AVI-YONAH, Reuven S. **International tax as international law: an analysis of the international tax regime**. Cambridge: Cambridge University press, 2008.

FINNERTY, Chris J.; MERKS, Paulus; PETRICCIONE, Mario; RUSSO, Raffaele. **Fundamentals of international tax planning**. Amsterdam: International Bureau for Fiscal Documentation, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alii*. **Temas de tributação e direito internacional**. São Paulo: MP editora, 2008.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Harmful tax competition – an emerging global issue**. Paris: OECD publications, 1998.

POWELL, Geoffrey Colin. **Economic Survey of Jersey**. California: States of Jersey, 1971.

ROHATGI, Roy. **Basic international taxation: principles**. Vol. I. 2nd edition. United kingdom: BNA international, 2007.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli *et ali*. **Direito tributário internacional**. São Paulo: MP editora, 2006.

TERRA, Ben J. M. **European tax law**. 6th ed. Alphen aan den Rijn : Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

THURONYI, Victor. **Comparative tax law**. Hague: Kluwer law international, 2003.

TORRES, Heleno. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. São Paulo: Forense, 1993.

PROTEÇÃO DO NASCITURO EM FACE À POLÊMICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTES¹

Thálye Salvador e Silva²

RESUMO

Este estudo tem por objetivo fomentar o debate, ainda incipiente, sobre a proteção do nascituro em face à polêmica dos embriões excedentes, sendo estes embriões, pessoas ou não de direitos. Tratará também sobre a proteção do Direito à vida, prevista na Constituição Federal do Brasil de 1988 e a normatização dos direitos do nascituro pelo Código Civil Brasileiro de 2002, e principalmente o pacto São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, onde protege todos os seres humanos ao direito a vida, e ninguém será restringido dela arbitrariamente. Mas o tema ainda se mostra muito frágil, pelo fato dos embriões não serem considerado nascituro. Com a lei da Biossegurança tentou-se apresentar uma solução para os embriões excedentários, porém ainda com muitas lacunas, deixando assim aberta para várias interpretações. Com esse estudo busca-se uma maior e melhor normatização por parte do legislador com relação aos embriões excedentes, sua utilização e ao seu destino final. Busca também impor limites por uma lei específica, que acompanhe os avanços tecnológicos de maneira responsável, sem que haja conflitos de princípios constitucionais, e que o maior bem, a “vida”, não seja utilizada como “meio” ou meramente como “coisa” pelos casais, ou pelas clínicas particulares de manipulação genética.

Palavras-chave: Embriões excedentes; Fertilização “*In Vitro*”; Lei Biossegurança; Dignidade da Pessoa humana; Reprodução Assistida.

ABSTRACT

This study aims to foster debate incipient about protecting the unborn in the face of controversy embryos, and these embryos people or not rights. Treat also about protecting the right to life as provided in the Constitution of Brazil in 1988 and the normalization of the rights of the unborn by the Brazilian Civil Code of 2002, and especially the pact San Jose, Costa Rica, ratified by Brazil in 1992, which protects all humans the right to life, and nobody will be restricted it arbitrarily. But the issue still appears very fragile, because the embryos are not considered unborn child. With the law of Biosafety tried to present a solution to the surplus embryos, but still many gaps, thus leaving open to various interpretations. With this study we seek to more and better regulation by the legislature in relation to embryos, their use and their

¹ Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Opet e aprovada com grau máximo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, aqui adaptada ao formato de artigo para publicação na Revista Jurídica ANIMA, sob recomendação da banca examinadora.

² Graduada do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba/PR. Contato: thalye_ss@yahoo.com.br

destination. Search also impose limits by a specific law, accompanying technological advances responsibly, without conflicts with constitutional principles, and that the greater good, "life", is not used to "medium" or merely as "thing" by couples, private clinics or by genetic manipulation.

Keywords: Embryos; Fertilization "in vitro"; Biosecurity Act; Dignity of the Human Person; Assisted Reproduction.

1 INTRODUÇÃO

A medicina nos dias atuais está em constantes transformações no que diz respeito a saúde, esta busca desenfreada por novas técnicas e soluções deixam cada vez mais marcas e questionamentos para vários ramos, como na biologia, na filosofia e principalmente no âmbito jurídico.

O presente o estudo explicitará o conceito de pessoa e personalidade, bem como suas teorias, tanto para a filosofia quanto para o direito abordando os direitos dos nascituros.

Ademais, buscar-se-á um entendimento sobre as principais técnicas existentes de reprodução assistidas, seus conceitos e modalidades, contudo dando ênfase na técnica da fertilização "In Vitro", nas quais resultam os embriões excedentários e suas problemáticas.

O estudo visa aprofundar hipóteses, jurisprudências, doutrinas que apóiem o direito do nascituro e até onde o ordenamento jurídico protege os embriões provenientes da fertilização "In Vitro".

Nosso ordenamento jurídico se preocupou em regulamentar o uso de embriões excedentes provenientes da fertilização "In Vitro" nas pesquisas terapêuticas, com a promulgação da Lei da Biossegurança (Lei nº. 11.105 de 24 de março de 2005), porém observa-se a necessidade de aperfeiçoar o entendimento da norma, com a criação de leis específicas que possam efetivamente regular a questão dos embriões supranumerários.

Por fim, busca-se nesse trabalho o posicionamento quanto a natureza biológica e jurídica do embrião, partindo das teorias existentes acerca do início da vida, bem como, dos princípios constitucionais, especialmente da Dignidade da Pessoa Humana, e o dever do Estado Democrático de Direito em buscar soluções possíveis, cuja Lei 11.105/2005 revela-se omissa e despreparada para solucionar conflitos pertinentes a manipulação genética, bem como demonstrar que os embriões são merecedores de benefícios legais.

2 PESSOA X PERSONALIDADE

2.1 CONCEITO DE PESSOA NA FILOSOFIA

O conceito de pessoa na filosofia em relação ao embrião ainda é muito disperso. A filosofia ainda se pergunta o que é pessoa. O embrião é um ser humano? Partindo dessas premissas encontramos duas grandes teorias.

Uma das teorias é a Filosofia Funcionalista³, que se encontra subdividida em duas outras teorias. A Teoria Funcionalista Reducionista sustenta a separação dos

³CIPRIANI, Giovanni. **O embrião humano**: na fecundação, o marco da vida. São Paulo: Paulinas, 2007, p. 36-42.

princípios e dos fatos, ou seja, uma pessoa pode ser um “ser humano”, bem como, pode haver um “ser humano” que não seja “pessoa”. Em resumo, esta teoria vislumbra que para ser considerada uma “pessoa” precisa ter consciência e raciocínio, coisa que os embriões não possuem, com efeito, ele é considerado um ser humano. Ao contrário de um animal, como um cachorro, que possui raciocínio, logo ele é uma “pessoa”, porém não é um ser humano.

A Teoria Funcionalista empirística, por sua vez, só defende o “ser pessoa”, sendo assim, a partir do momento que aparecer no indivíduo sinais ou propriedades que demonstram a capacidade de exercer certos atos. Para esses defensores só será uma “pessoa” quando o sistema nervoso do embrião responder a estímulos, ou seja, após 40 dias de fecundação e com início das atividades do sistema nervoso central.

Por fim a Teoria do Personalismo Ontológico⁴ formula a unicidade dos princípios e dos fatos, ou seja, “pessoa”, “ser humano” e “vida humana” encontram-se na mesma hierarquia de igualdade, desta forma, o início do “ser humano” se dá pelo momento da fecundação.

2.2 CONCEITO DE PESSOA PARA O DIREITO

O conceito de “pessoa” deriva do latim “persona”, que significa máscara. Em Roma os atores usavam as máscaras para compor seus personagens. Posteriormente isso foi interpretado como personalidade, passando a indicar o papel do ser humano na sociedade e no mundo.

Segundo W. Barros Monteiro⁵,

O vocábulo “pessoa” é oriundo do latim persona, que, adaptado a linguagem teatral designava máscara. Isto é assim, porque persona advenha do verbo personare, que significava ecoar, fazer ressoar, de forma que a máscara era uma persona que fazia ressoar, mais intensamente, a voz da pessoa por ela ocultada. Mais tarde persona passou a exprimir a própria atuação do papel representado pelo ator, e por fim, completando esse ciclo evolutivo, a palavra passou a indicar o próprio homem que representava o papel.

Atualmente, com o avanço na área jurídica a concepção de “pessoa” passou a significar um conjunto de direitos e obrigações que um indivíduo adquiriu para si.

2.3 PERSONALIDADE JURÍDICA X CAPACIDADE JURÍDICA

A personalidade Jurídica, nos termos do doutrinador Silvio Venosa, “é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um: é projeção social da personalidade psíquica, com conseqüências jurídicas”⁶.

⁴Ibid., p. 45-47.

⁵MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

⁶VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 133.

No atual Código Civil Brasileiro está determinado o direito da personalidade no seu artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”⁷.

No atual Código trata-se personalidade civil da pessoa como início do sujeito poder adquirir direitos e obrigações, porém, o Código prevê segurança jurídica ao nascituro, que será objeto de estudo deste trabalho ao final.

O ordenamento jurídico adotou a Teoria Natalista, do nascimento com vida, para dar início à personalidade jurídica.

Segundo os ensinamentos Silvio Venosa⁸ conceito de nascimento,

Dá-se com a positiva separação da criança das vísceras maternas, pouco importando que isso decorra de operação natural ou artificial. [...]

Se comprovando que a criança respirou, então houve nascimento com vida [...] Se a criança nascer com vida e logo depois falecer será considerado sujeito de direitos. Por breve espaço de tempo houve personalidade.

Desta forma conclui-se que a personalidade está diretamente atrelada à pessoa, ou seja, basta ter nascido com vida para contraírem direitos e deveres. Outrossim, a personalidade se estende a todas as pessoas e, por óbvio, na ordem jurídica positivando-se nas legislações e nos direitos constitucionais.

Por sua vez, entende-se por capacidade o ser humano que está sujeito a direitos e deveres na esfera civil, como dispõe o artigo 1º do Código Civil Brasileiro, “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

A capacidade civil divide-se em capacidade de direito e de exercício. A capacidade de direito ou de gozo, para a doutrinadora Maria Helena Diniz⁹

A capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade. Entretanto, tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela a intercorrença de um fator genérico, como tempo (maioridade ou menoridade), de uma insuficiência somática (deficiência mental, surdo-mudez). Aos que assim são tratados por lei o direito denomina incapazes.

De outra sorte, a capacidade de fato é também denominada de exercício, nos termos de Diniz¹⁰:

É aptidão de exercer por si os atos da vida civil, dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, da aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.

Tais restrições da capacidade de fato ou de exercício estão denominadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil¹¹, porém, não é foco dos nossos estudos.

⁷BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo código civil. In: **Novo Código Civil**, Rio de Janeiro: Auriverde, 2003.

⁸VENOSA, op. cit., p.136.

⁹DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

¹⁰Ibid., p. 6.

¹¹Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: 1. Os menores de 16 anos; 2. Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; 3. Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

2.4 DIREITOS DA PERSONALIDADE

É relevante ressaltar que para Direito Brasileiro personalidade não é um direito, e sim uma ideia que apóia os direitos e deveres que deles ensejam, podemos dizer que a personalidade é direito subjetivo da pessoa, dando a ela o poder de defesa de si próprio, ou seja, o direito de defender sua identidade, liberdade, sociabilidade, reputação, honra, autoria, entre outros.

Segundo Maria Helena Diniz¹²,

A vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito a uma pessoa sobre si mesma. Na verdade, o direito à vida é o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos. Logo, direitos da personalidade são direitos subjetivos “excludendi alios”, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial.

Portanto, no tocante da personalidade diz claramente no Artigo 11 do Código Civil¹³, eles são intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis. E Para muitos doutrinadores o direito da personalidade é absoluto, sendo assim, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis, pois são inatos, quer dizer são adquiridos no instante da concepção, assim não podem ser retirado da pessoa.

Diante disto, o principal objetivo da personalidade é preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente.

3 CONDIÇÃO DO NASCITURO

3.1 PERSONALIDADE DO NASCITURO PARA O DIREITO ROMANO E PARA O DIREITO COMPARADO

O direito da personalidade e da pessoa teve seu início no Direito Romano. Os romanos só consideravam “pessoa”, aquele que tivesse no mínimo seis meses de gestação, nascesse com vida e tivesse forma humana. Porém, em Roma os escravos não eram considerados pessoas, e sim comparados a coisas. E para contemplar a personalidade era necessário preencher dois requisitos, primeiro deles era ter o nascimento extrauterino com vida, forma humana e sustentável para sobrevivência; segundo requisito, o homem tinha que ser livre e cidadão romano¹⁴.

No Direito Civil Francês e Holandês não basta o nascimento com vida, é necessário que o recém-nascido seja viável, isto, é apto para a vida.

Para o Espanhol e Português, é necessário nascer com vida, ter forma humana e tenha vivido no mínimo 24 horas, para que possa no final adquirir personalidade.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

¹²DINIZ, 2004, p. 120.

¹³Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

¹⁴SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Delrey, 1998, p. 48.

E no Código Argentino, Austríaco, Venezuelano e Húngaro, basta à concepção para adquirir a personalidade.

No Chile, México, Colômbia, Suécia, Alemanha e Itália seguem a mesma linha de raciocínio do atual Código Civil Brasileiro, que encontra-se positivado em seu artigo 2º, a proteção daquele que está por nascer, porém a personalidade somente se alcança com o nascimento com vida.

3.2 PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Atualmente há uma questão polêmica em relação nascituro, só há personalidade quando há nascimento com vida. Pergunta-se, qual o significado de nascituro? E o que vêm a ser personalidade?

Nas palavras de Silvio Venosa¹⁵:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual. Essa situação nos remete a noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido.

No entendimento Deocleciano Torrieri Guimarães¹⁶: “nascituro é ser humano concebido, mas ainda no ventre materno. O nascituro tem expectativa de direito, que se consolida com o nascimento com vida. O seu direito à vida é tutelado pela lei penal, que pune o aborto”.

No ensinamento Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁷, significado do nascituro “aquele há de nascer; o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo”.

Para Código Civil, embora o nascituro não seja considerado pessoa e não detenha de personalidade, possui regime protetivo que tem por objetivo proteger seus interesses através de seu representante.

No entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁸,

Investigação de paternidade – nascituro – possibilidade científica e jurídica – extinção dos autos em primeira instância por falta de interesse – descabimento – possibilidade conferida pela lei processual à mãe para ser investida na posse dos direitos cabentes ao nascituro e à proteção legal da dignidade deste último tudo aliado a ampla garantia constitucional da proteção à vida – inclusão do nascituro no pólo ativo, pois já deve ter nascido – Apelo Provido.

No entanto, com os grandes avanços extraordinários do conhecimento científico e biotecnológicos, hoje o conceito de nascituro tornou-se mais específico, compreendendo não somente o feto, mas o embrião.

Conforme lição de Giovanni Cipriani¹⁹,

De fato, o biólogo, no processo de desenvolvimento e amadurecimento do embrião humano, descobre que não há saltos qualitativos nem mudanças

¹⁵VENOSA, 2009, p. 137.

¹⁶GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2004, p. 406.

¹⁷FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1393.

¹⁸TJSP – Ap. Cível 349.128-4/4, 2-2-2005, 5º Câmara de Direito Privado – Rel. Dimas Carneiro.

¹⁹CIPRIANI, 2007, p. 55.

substanciais, mas continuidade: o embrião mantém constantemente a sua identidade, individualidade e unicidade, permanecendo constantemente o mesmo idêntico indivíduo ao longo de todo o processo que inicia com a fusão dos gametas.

Também na mesma linha, o ensinamento de Dernival da Silva Brandão²⁰, “usa-se o termo embrião para designar o nascituro durante as primeiras semanas de vida, reservando-se o termo feto para designá-lo no período subsequente”.

Na embriologia define-se o embrião como primeira etapa das fases de desenvolvimento do ser humano, ou seja, independente de como são chamadas as fases de pré-embrião, embrião, mórula ou feto, o importante é que são apenas etapas para o desenvolvimento do nascituro.

Destarte, com as novas técnicas de fertilização “In Vitro” e do crioconservação dos embriões, houve certo impasse para entendimento do conceito de nascituro, devido à existência de várias correntes doutrinárias em relação à “pessoa”. Porém sobre o prisma do atual Código Civil não se admite embrião como um nascituro, mesmo tendo proteção jurídica e ser considerada pessoa virtual.

3.3 DIREITOS DO NASCITURO

As legislações pertinentes que asseguram os direitos do nascituro tiveram início no século XIII com a Magna Carta de João Sem Terra, que já vislumbrava preocupações com o ser humano; tal diploma tutelava da pessoa contra o abuso do Poder Público.

Vale ressaltar as grandes teorias que se desenvolveram junto com a Magna Carta, que também visavam proteger o ser humano. Dentre essas teorias, o Cristianismo que se preocupava com a dignidade do homem, a Teoria do Jusnaturalismo que protegia os direitos natos do ser humano e a Teoria do Iluminismo que tinha como escopo a valorização do indivíduo perante o Estado.

O grande marco inicial além da Magna Carta foi o Direito Público que tinha finalidade de dar proteção ao homem, resguardando seus direitos e limitando seus deveres perante do Poder Estatal.

Diante disso se sucederam durante a história dos direitos da personalidade, a Declaração Americana de 1778, a Declaração Francesa e por fim a Declaração Universal da ONU de 1948.

Conforme ensinamento do Doutrinador Cesar Fiúza²¹,

Com a evolução do capitalismo industrial, a concentração, a massificação, os horrores da Segunda Guerra mundial, com o desenvolvimento da tecnologia principalmente da biotecnologia, etc., a perspectiva muda. O paradigma do Estado Liberal é substituído pelo Estado Social intervencionista, protetor do mais fraco. Os direitos da personalidade passam integrar a esfera privada, protegendo o indivíduo, sua dignidade, contra a ganância e o poderio do mais forte. Ao lado desse prisma privatístico, continua a subsistir o público, em socorro do indivíduo contra o Estado. Tendo em vistas essas duas esferas, privada e pública, os direitos da personalidade pertencem a ambas. Na esfera privada, fala-se em direitos da personalidade... Na esfera Pública, em direitos humanos ou direitos fundamentais.

²⁰BRANDÃO, Dernival da Silva. **A vida dos direitos humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 493.

²¹FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo, de acordo com o código civil de 2002. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 134.

Conforme a Convenção Pacto de São José de Costa Rica, promulgada em 22 de novembro de 1969, aprovada em 1992 pelo Congresso Nacional Brasileiro pelo Decreto legislativo número 27, em seu artigo 3º sobre a personalidade e no inciso I do artigo 4º fala-se em direito à vida, *in verbis*:

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida

I. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Sendo assim, encontra-se positivado na Convenção Americana que se deve levar em conta que toda pessoa é considerada ser humano, sem fazer qualquer distinção.

A Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e pela Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral nas Nações Unidas (ONU) em 1959, tratam dos direitos das crianças, em seu preâmbulo artigo 1º: “Em virtude de sua falta de maturidade física e mental, a criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”.

Atualmente a Declaração foi adaptada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, que visa à proteção especial a criança.

No ordenamento Jurídico Brasileiro, existem vários dispositivos resguardando todos os interesses e direitos do nascituro. Na Constituição Federal o nascituro tem proteção positivada, nos termos do caput do artigo 5º²², que diz a respeito das garantias fundamentais, ademais, a Constituição enseja também à proteção a maternidade e, conseqüentemente, à gestante no artigo 201 inciso II²³ e artigo 203 inciso II²⁴.

Outro importante princípio que está subjetivamente na Constituição Federal, é o direito à integridade física que é nada mais que o direito à vida e o direito ao próprio corpo, ou seja, o nascituro é uma pessoa biologicamente jurídica.

No Código Civil atual, os requisitos da personalidade não se enquadram na nomenclatura do nascituro, porém ele tem proteção legal e seus direitos resguardados desde sua concepção, como dispõe no artigo 2º.

Vale lembrar, que os direitos do nascituro estão diretamente ligados com a filiação, conforme dispõe os artigos 1.596²⁵ e 1.597²⁶. De outra sorte, os artigos

²²Art. 5. 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.

²³Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

²⁴Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

²⁵Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁶Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

1.633²⁷, e parágrafo único do artigo 1.779²⁸ do Código Civil, dispõem sobre o direito a uma assistência adequada de pré-natal, e representação de curatela, defendendo os interesses patrimoniais do nascituro.

Ainda neste contexto, o artigo 877²⁹ e parágrafo único do 878³⁰ do Código Processo Civil, garantem à gestante a posse em nome do nascituro e dos direitos que lhe assistirem.

No que diz respeito aos direitos sucessórios, os artigos 542³¹, 1.784³², 1.798³³, no inciso I do artigo 1.799³⁴ e parágrafo terceiro do artigo 1.800³⁵ do Código Civil revelam os casos de incapacidade de seus genitores de receber a herança, quando contemplados com uma doação.

Preserva também, o direito à paternidade, quando reconhecido como filho, podendo ser adotado e reconhecido pelo seu genitor, ou até mesmo possuir legitimidade ativa para investigação de paternidade, direito a filiação nos previstos nos artigos 1.596³⁶ e 1.597³⁷ do Código Civil.

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

²⁷Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

²⁸Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

²⁹Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

³⁰Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

³¹Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

³²Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

³³Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

³⁴Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

³⁵Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. [...]

§3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, seri-lhe-a deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

³⁶Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³⁷Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) adota em seu artigo 4^{o38}, o dever da família e do Estado como prioridade absoluta à efetivação do direito à vida e outros direitos fundamentais inerentes a criança e ao adolescente, e em seu artigo 8^{o39}, a proteção integral e especial à gestante, assegurando-a um atendimento em todos os períodos da gestação, bem como, a alimentação, parto com dignidade e outros direitos, como estão previsto no artigo 10^{o40} da Lei 8.069/90.

Por fim, o Código Penal também protege os nascituros, em seus artigos 124⁴¹, 127⁴² e 128 incisos I e II⁴³, onde penaliza as formas de aborto, salvo suas exceções.

Assim, vislumbra-se que independentemente do embrião ser qualificado como pessoa ou não, intra ou extra uterina, merece a proteção jurídica. Relevante ressaltar que os direitos mencionados e protegidos do nascituro perante as Legislações não são taxativos, portanto subtendesse que tais direitos deveriam abranger os embriões, em sua condição de pessoa concebida ou ainda não nascida.

Desta feita, o Estado tem o dever legal de resguardar a segurança jurídica, o conforto e um desenvolvimento sustentável à saúde do nascituro.

4 BIOÉTICA (BIOGENÉTICA) E DIREITO

O estudo da Bioética teve seu início nos Estados Unidos em 1971, com o Inglês Van Rensselaer Potter sob a finalidade de utilizar a ética em suas pesquisas biológicas. Houve a grande necessidade de estudar esse novo ramo, devido os grandes avanços alcançados pela ciência e tecnologia. Para avançar no tema, é necessário compreender o significado de “BIO” e “ÉTICA”.

Ética é o estudo moral da humanidade, capaz de envolver todas as relações da sociedade, compreendidos como atos da vida social.

Bio significa “VIDA” que implica em dizer, o maior bem do ser humano, aquele que mais se aproxima ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que seria dizer à proteção da vida ou da integridade física.

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

³⁸Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

³⁹Art. 8º. É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

⁴⁰Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares. [...]

⁴¹Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

⁴²Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

⁴³Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Bioética segundo entendimento de Luciano Dalvi⁴⁴ “Quer dizer uma forma de se realizar a ciência, isto é, só valerá a experiência científica se pautada por critérios humanos e morais que respeitem o principal direito, qual seja, a vida”.

Assim, a Doutrinadora Vanessa Iacomini⁴⁵ salienta.

Bioética é o estudo centralizado a vida humana com valor e dignidade superior em relação aos demais seres vivos, devendo-se considerar até mesmo o lado espiritual, a racionalidade e o emocional; assim, fortalecendo as diferenças, e definindo a bioética com a disciplina do conhecimento biológico, que proporciona uma nova realidade científica, em conjunto com princípios éticos que induzem à exteriorização da ciência.

Portanto, a bioética é um ramo propriamente dito como o estudo das relações humanas no âmbito da saúde, aquilo que visa o bem estar social e um cuidado a vida, com caráter moral baseando-se nos princípios morais e nos macro valores.

Biodireito para Luciano Dalvi⁴⁶

Seria a regulamentação da bioética, através de normas, isto é, uma positivação da Biociências. [...] O Biodireito é a estrutura normativa das regras que regulam as condutas científicas direcionadas a evolução, desenvolvimento e análise da vida humana e do meio ambiente.

Conforme Noberto Bobbio (1995) apud Vanessa Iacomini⁴⁷

O biodireito é o ramo do direito que se referem tais fatos e eventos que surgem a partir das pesquisas das ciências. Da vida que surgem do aumento do poder do homem sobre o próprio homem que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou criar novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permitir novos remédios para as suas indigências.

Sendo assim o Biodireito é na nova esfera, tratando de uma relativização da norma humana, onde regula através de normas os seus limites específicos, diante dos avanços da ciência, da tecnologia e da medicina.

Maria Helena Diniz⁴⁸ afirma que: “o biodireito é uma nova disciplina que surge em face dos desafios levantados pela biomedicina, que, tomando por fontes imediatas, a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal”.

Vale salientar que seria um novo ramo do direito juntamente com a bioética, pois é indispensável o estudo da ética moral, ao direito que atentam a existência básica para uma vida com qualidade, e aos princípios humanos e garantias fundamentais para que não ocorram as violações de tais direitos.

4.1 TEORIAS EXISTENTES ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

4.1.1 Teoria natalista

⁴⁴DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2008, p. 16.

⁴⁵IACOMINI, Vanessa. **Biodireito e o combate à biopirataria**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 34.

⁴⁶DALVI, op. cit., p.16.

⁴⁷IACOMINI, 2009, p. 40.

⁴⁸DINIZ, Maria Helena. **Biodireito, in dicionário jurídico**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 40.

É a teoria adotada atualmente pelo Código Civil Brasileiro e pela parte majoritária da doutrina.

Nas palavras do Doutrinador Sergio Abdalla⁴⁹:

Segundo a doutrina natalista, o nascituro é mera expectativa de pessoa, por isso, tem meras expectativas de direitos, e só é considerado como existente desde a sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso. (*infantus conceptus pro Jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur*).

Na teoria natalista os direitos do nascituro previstos no Código Civil não são taxativos, ou seja, é considerado uma pessoa como tal, com direitos e deveres após o nascimento com vida, ou a separação do corpo ou das vísceras maternal e após respirar.

No entanto, o nascituro é apenas um ser de direito virtual, que não possui vida independente e sim depende totalmente, do corpo da mãe, pois é considerado como um órgão em comum. Sendo assim, não pode ser chamado de “pessoa”.

O Doutrinador e defensor dessa teoria, Caio Mário da Silva Pereira⁵⁰, diz que: “o nascituro enquanto não nascido tem direitos meramente potenciais que só se confirmarão com o nascimento com vida, ou seja, com aquisição da personalidade”.

Conforme San Tiago Dantas (1942-1945, p. 170) apud retromencionado autor⁵¹

A personalidade data do nascimento e não basta o nascer, precisa-se nascer com vida. Nascimento com vida é, pois, o elemento essencial para que se inicie a personalidade. De fato, desde o momento em que o homem está concebido, mas ainda no ventre materno, já a ordem jurídica toma conhecimento da sua existência e confere-lhe a sua proteção. Essa proteção se manifesta de muitos modos. Por exemplo, todas as vezes em que a mãe se encontra numa posição jurídica em que seu interesse é contrário ao interesse do nascituro, isto é, ao interesse daquele que vai nascer, manda a lei que se de um curador ao ventre, que é o defensor dos direitos do nascituro.

De maneira que, parece que desde o período de sua vida intra-uterina já o homem é sujeito a direitos, já tem uma capacidade, já se iniciou, por conseguinte, a sua personalidade. Os projetos do Código Civil Brasileiro variaram na solução que deviam adotar com relação a esta data do início da personalidade, mas, no nosso Código Civil, o assunto não tem lugar a dúvidas. A personalidade data do nascimento.

Destarte, a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro em seu artigo 2º, considera o início da personalidade civil somente a partir do nascimento com vida, assim o nascituro não é considerado pessoa, e, portanto, não tem personalidade.

Para a Teoria Natalista, os embriões criopreservados não podem ser considerados nascituros, conseqüentemente não serão tutelados pelo Direito.

4.1.2 Teoria concepcionista

⁴⁹SEMIÃO, 1998, p. 40.

⁵⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 221.

⁵¹SEMIÃO, 1998, p. 42-43.

A Teoria Concepcionista é adotada pelos doutrinadores minoritários, que defendem os direitos do nascituro desde sua concepção.

Conforme ensinamento da Doutrinadora Renata da Rocha⁵²

A teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entende que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se, para os concepcionistas, com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozóide. A partir desse evento, o embrião já possui a condição plena de pessoa, compreendendo, essa condição, a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento.

Subtende-se dessa teoria que o embrião possui suas características próprias, tendo assim capacidade absoluta de desenvolvimento sem interferência de terceiros.

Segundo André Franco Montoro (1953, p. 10) apud Sergio Abdalla⁵³

A personalidade civil do homem começa a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica.

Falar em direitos do nascimento é reconhecer-lhe qualidade de “pessoa”, porque, juridicamente, todo titular de direitos é pessoa. “Pessoa”, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou o titular de qualquer direito. Dito que o nascituro tem direitos, estar-se-á, *ipso facto*, afirmando que ele é sujeito de direitos e, portanto, pessoa.

Há quem defenda o direito do nascituro desde a sua concepção, porém, é uma corrente minoritária. Segundo Silmara Chinelato Almeida⁵⁴, defensora dessa teoria, apenas alguns direitos patrimoniais estariam dependendo de certa condição para sua concretização, tais como o direito de herança e da doação.

Maria Helena Diniz⁵⁵ defende que:

[...] Que dentro do útero, o nascituro possui personalidade jurídica formal no que se refere aos direitos da personalidade e aos personalíssimos. E apenas teria personalidade material a qual alcançaria os direitos patrimoniais quando nascesse com vida. estes direitos patrimoniais permaneceriam em estado potencial até ocorrer o nascimento.

Na visão da Teoria Concepcionalista, a defesa utilizada para a interpretação do artigo 2º do Código Civil baseia-se juntamente no caput do artigo 5º da Constituição Federal, tratando da inviolabilidade do direito à vida, bem como, da igualdade. Ainda o Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi ratificado pelo Brasil em 1992, que diz respeito em seu inciso I do artigo 4º, fundamentando que toda pessoa tem o direito à vida, e ninguém será privado dela.

Partindo dessa interpretação pergunta-se: Por que estes direitos não são estendidos aos embriões que se encontram em situações extracorpóreas? Com base no artigo 2º do Código Civil Brasileiro, em nenhum momento está prevista

⁵²ROCHA, Renata da. **O direito à vida e as pesquisas com células-tronco: limites éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 75.

⁵³SEMIÃO, 1998, p. 35.

⁵⁴ALMEIDA, Silmara Chinelato. Direitos de Personalidade do nascituro. **Revista do Advogado**, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 38, dez. 1992, p. 23.

⁵⁵DINIZ, 2004, p. 8.

taxativamente que a concepção deve ocorrer dentro do útero da mulher, e também que a proteção jurídica só ocorrerá caso exista a gravidez em sua plenitude.

Vale ressaltar ainda, o ensinamento de Maria Helena Diniz⁵⁶,

Embora a vida se inicie com a fecundação, e à vida viável com a gravidez, que se dá com a *nidação*⁵⁷, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher.

Portanto, se o embrião encontra-se dentro ou fora do corpo da mãe, sua natureza biológica é mesma, nunca deixando de ser um embrião.

4.1.3 Teoria da personalidade condicionada

A teoria da personalidade condicionada defende que o nascituro já é possuidor de personalidade, porém para ocorrer a confirmação, depender-se-á de uma condição, um acontecimento futuro e incerto, que seria com o nascimento com vida.

Doutrinador defensor desta teoria, Washington de Barros Monteiro⁵⁸, assevera: “o nascituro é uma pessoa condicional e aquisição da personalidade estaria sob dependência de uma condição suspensiva, ou seja, o nascimento com vida”.

E segundo o voto do Excelentíssimo Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira do Superior Tribunal de Justiça⁵⁹ sobre a Teoria da personalidade Condicionada, “*In Verbis*”:

Direito civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição férrea. Ação ajuizada 23 anos após o evento. Prescrição inexistente. Influência na quantificação do quantum. Precedentes da turma. Nascituro. Direito aos danos morais. Doutrina. Atenuação. Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não tenha transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando-se dar solução definitiva ao caso e evitando inconveniente e retardamento da solução jurisdicional.

Vislumbra-se, portanto, que as atuais Jurisprudências dos Tribunais estão baseando-se na Teoria da Personalidade Condicionada. Assim, dando ao nascituro sua real perspectiva de personalidade.

5 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS LIMITES

⁵⁶DINIZ, 2004, p. 9.

⁵⁷[Do ingl. Nidation.] S.f. embr. Processo de fixação do blastocisto no endométrio; implantação. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010, p. 1468.

⁵⁸MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de direito civil**: v.1. São Paulo: Saraiva, p. 60.

⁵⁹STJ, Resp. 399.028/SP – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. – J. em 26.02.2002.

Considerada a quarta geração do Direito, abrange principalmente os estudos bioéticos e as restrições éticas aos avanços biotecnológicos.

Houve uma evolução nas técnicas de reprodução humana, que são utilizadas para tratamento de algumas alterações da fertilidade do casal. Insta salientar a diferença entre reprodução ou procriação assistida e engenharia genética.

Segundo Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwen⁶⁰: “a primeira visa, basicamente, a realizar o desejo de ter filhos, a segunda consiste nas inúmeras técnicas de manipulação de material genético, podendo alterar sua estrutura natural”.

A seguir, far-se-ão considerações acerca de tais técnicas.

5.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL OU *IN VIVO*

É considerado o método mais simples de fecundação, também conhecida como inseminação intrauterina, subdivide-se em dois tipos: a inseminação homóloga, quando o sêmen ou óvulo, ou ambos do mesmo casal são utilizados na reprodução e a inseminação heteróloga, quando ocorre a participação de um terceiro através do banco de sêmen da clínica. Nesses dois casos os embriões são coletados, preparados e transferidos para colo do útero, sem aplicação de anestesia. Portanto nessa técnica, não ocorre à fecundação, mas sim tão somente a transferência do sêmen para a cavidade uterina, podendo ou não ocorrer à fecundação do óvulo. É um auxílio dentro do processo natural da fecundação humana.

5.2 TRANSFERÊNCIA DE GAMETAS PARA AS TROMPAS – *GIFT (GAMETHA INTRA FALLOPIAN TRANSFER)*

É considerada a técnica mais humanizada, pois não ocorrem os embriões excedentes, uma vez que acontece a fecundação naturalmente dentro do útero, ou seja, “*In Vivo*”, e não no laboratório “*In Vitro*”.

Na técnica GIFT, são coletados e selecionados os espermatozóides e os óvulos, e então são transferidos imediatamente para as trompas da mulher.

5.3 TRANSFERÊNCIA DE ZIGOTO PARA AS TROMPAS – *ZIFT (ZYGOT INTRA FALLOPIAN TRANSFER)*

Segundo Juliana Frozel de Camargo⁶¹: “Neste caso, a transferência é feita quando a célula fusionada possui dois núcleos. Posteriormente, o pré-embrião ou zigoto é transferido para a trompa da mulher”.

Nessa técnica, a pequena diferença é a fecundação “*In Vitro*” e após, o embrião é implantando na trompa, que leva o mesmo tempo de uma gravidez

⁶⁰HRYNIEWICZ, Severo; SAWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

⁶¹CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. São Paulo: Edicamp, 2003, p. 33.

natural, tende a percorrer o caminho até o útero, assim permitindo que lhe encontre um ambiente mais propício para sua implantação.

5.4 FERTILIZAÇÃO ASSISTIDA OU FECUNDAÇÃO “*IN VITRO*” – *FIV (IN VITRO FERTILIZATION)*

A técnica também é conhecida como FIV ou Fivete, que surgiu com objetivo de ajudar casais com dificuldade de reprodução. O primeiro “bebê de proveta” que aconteceu com a reprodução “*In Vitro*” ocorreu em 1978 na cidade de Oldham na Inglaterra, chamada Louise Brown.

Segundo ensinamento de Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwen⁶²,

A técnica da fertilização assistida ou “*In Vitro*” consiste em retirar, normalmente por laparoscopia, um ou vários óvulos de uma mulher – sua produção é, geralmente, provocada por estimulação hormonal – e colocá-los em um meio nutritivo. Em seguida, aos óvulos, reúne-se o esperma. Com a fecundação, após horas ou até dois dias, o óvulo é colocado no útero da mulher. Se ocorrer a nidificação (adesão ao útero), a gravidez segue seu ritmo normal.

Na fertilização “*In Vitro*”, é necessária a utilização de 50 a 100 milhões de espermatozoides para cada óvulo na proveta, após a fecundação dos embriões eles são transferidos para o útero da mulher.

Para Olga Jubert Gouveia Krell⁶³,

Na prática das clínicas da reprodução assistida, são criados pré-embriões em números superiores aos efetivamente transferidos para o útero da beneficiária. Essa reprodução de sobras embrionárias deve a vontade de aproveitar ao máximo a necessária “hiperindução” de ovulação para a captação de cerca de quinze óvulos, que normalmente causa enormes sofrimentos físicos – além do estresse psíquico - com objetivo de poupar a mulher, para que ela não precise de submeter de novo a este processo doloroso, caso a fecundação artificial não logre êxito neste ciclo.

A partir dessa técnica, já se observa o grande acúmulo de embriões que são fecundados, e não utilizados na transferência para útero da mulher e assim são *criopreservados*⁶⁴.

No Brasil, a resolução n.1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina⁶⁵, impõe limite de embriões implantados no útero materno que pode variar de dois a quatro embriões.

Os embriões não utilizados são congelados pelos casais, porém, quando ocorre êxito na fertilização “*In vitro*”, surge um grande debate que norteiam o fim ético que deve, ou pelos menos deveria ser dado, aos embriões excedentários.

6 DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

⁶²HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 91.

⁶³KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 127.

⁶⁴[De crío - + conservação.] S.F. Biol. Conservação de células ou de outras matérias biológicas em temperaturas extremamente baixas. Cf. FERREIRA, 2010, p. 611.

⁶⁵6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

Conforme explanado sobre fertilização “In Vitro”, há uma necessidade enorme pela parte da medicina, primeiramente de resguardar o aspecto físico e o psicológico da mulher que realizará o tratamento, produzindo o máximo de embriões possíveis, caso não logre êxito na primeira tentativa da fertilização assistida, não venha passar novamente pelos mesmos tratamentos.

Consequentemente ocorre os chamados embriões supranumerários ou excedentários, aqueles que não foram utilizados na transferência para útero feminino.

Nas palavras de José Mariano Amabis e Martho⁶⁶,

O que fazer com os embriões não utilizados? Eles devem permanecer congelados indefinidamente ou descartados? Podem ser doados ou vendidos a outra pessoa? Afinal de contas, todos os embriões que se desenvolvem em um processo de fertilização in vitro são irmãos do que se desenvolveu. Descartá-los não seria equivalente a um aborto?

O presente estudo se presta para tentar dirimir este conflito.

6.1 DOAÇÃO, PESQUISAS OU DESCARTE?

6.1.1 Doação

Adoção seria uma solução menos polêmica a ser dado ao embrião excedente. Por que não ajudar outros casais de baixa renda, sem possibilidade financeira para custear um tratamento tão “caro” como a fertilização “In Vitro”?

A Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina trata em seu capítulo IV⁶⁷ da doação dos gametas ou embriões para terceiros, resguardando como sem fins lucrativos ou comerciais, bem como, o sigilo da identidade dos doadores e dos receptores e vice-versa. Observa-se que o Conselho Federal de Medicina preocupou-se em tentar solucionar o problema dos embriões excedente, optando pela doação.

6.1.2 Pesquisas

⁶⁶AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodrigues. **Conceito de biologia**. v. 1. São Paulo: Moderna, 2001, p. 175.

⁶⁷IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

A utilização dos embriões excedentes nas pesquisas atualmente é a mais defendida, porém, aceitar a usá-los não seria o mesmo que tratá-lo como coisa? E por que utilizar os embriões excedentes nessas pesquisas?

As células embrionárias são consideradas pluripotentes, isso quer dizer que são as únicas células capazes de multiplicar-se e transformar-se em 216 novos tecidos, o que para a medicina seria uma revolução.

Insta salientar que as células-tronco também são possíveis de serem retiradas da medula óssea, cordão umbilical, sangue, placenta, fígado e do líquido amniótico, também chamadas de células “unipotentes” ou “oligopotentes”, porém não possuem a mesma capacidade de se transformarem em outros tecidos. Em geral, se limitam ao tecido de origem.

Para utilização desses embriões excedentes nas pesquisas para a obtenção de células - tronco, automaticamente acarreta a sua destruição e afrontando o Princípio da Dignidade da Pessoa. Porém, vislumbra-se a colisão dos princípios fundamentais, de um lado os direitos dos embriões, e em outro pólo os direitos das pessoas enfermas.

A respeito da colisão de direitos fundamentais, o entendimento de Pedro Lenza (2010, p. 747) apud Liliana Cechinel e Meirelles⁶⁸

Diante dessa ‘colisão’, indispensável será a ‘ponderação de interesses’ à luz da razoabilidade e da consonância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer, ou seja, ao não conseguir harmonizar os direitos fundamentais, caberá ao Judiciário observar qual deve prevalecer, e faz isso através da equidade e da ponderação.

Será dever do Judiciário decidir, quando houver o conflitos de interesses sobre os direitos fundamentais, no qual prevalecerá o direito à vida do embrião, ou se sucederá o direito de ter uma vida com dignidade de sobrevivência.

Portanto, para se prevenir desses possíveis conflitos, pugna-se pela intervenção do Estado, em uma regulamentação digna, e uma lei completa e adequada.

6.1.3 Descarte

A lei de Biossegurança em seu inciso V, artigo 6^o⁶⁹ proibiu a destruição ou descarte dos embriões excedentes. Partindo dessa conjectura há uma breve expectativa de solução, já que o legislador impõe a impossibilidade de descarte.

⁶⁸CECHINEL, Liliana; MEIRELLES, Jussara. A constitucionalidade da lei nº 11.105/2005 em face da discussão acerca do destino dos embriões excedentes de fertilização in vitro e a pesquisa com células-tronco embrionárias. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 47.

⁶⁹V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.
2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.
3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Porém, ainda há alguns questionamentos, pelo fato da grande quantidade de embriões hoje criopreservados em clínicas. Com relação a esta premissa, do simples descarte ou destruição do embrião, pergunta-se: Por que não, pelo menos dar a ele uma utilidade? Qual seja, ajudará pessoas que estão na expectativa de uma solução para as doenças incuráveis, que aguardam algum posicionamento da medicina sobre a utilização das células embrionárias.

Tal hipótese é uma afronta direta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e um atentado contra a vida. Por óbvio, o simples descarte seria mesma coisa que “assassinar” os embriões, sem dar a eles a chance de “ajudar” outras pessoas que ainda possui esperanças de tratamento.

6.2 LEI DA BIOSSEGURANÇA 11.105/2005 E ADIN - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3510

O Procurador Geral da República Sr. Cláudio Lemes Fonteles ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 – DF contra artigo 5^o da Lei 11.105/2005 Biossegurança, fundamentando que tal dispositivo violava o Direito à Vida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Em maio de 2008 o Supremo Tribunal Federal, com uma votação apertada de 6 x 5, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade e os argumentos utilizados pelos Ministros foram que não havia na lei a violação do direito à vida, e que os embriões criopreservados da fertilização “In Vitro” não eram pessoas.

Vale destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes que além de ter entendido ser constitucional a Lei 11.105/2005, destacou a necessidade do controle das pesquisas por um Comitê Central de ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde.

Partindo do resultado da votação da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da ressalva do Ministro Gilmar Mendes, ficou clara a dificuldade que a Lei da Biossegurança trás ao seu entendimento e sua interpretação, principalmente do artigo 5^o.

Sendo assim, vislumbra-se a necessidade da criação de um Órgão responsável especificadamente para a fiscalização e controle das clínicas e laboratórios de engenharia genética, bem como, aplicações de sanções severas, às práticas de manipulação e modificação, que envolvam seres humanos e sobre as fertilizações “In Vitro”.

6.3 CRÍTICAS À LEI 11.105/2005 – BIOSSEGURANÇA

⁷⁰Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A Lei 11.105 de 2005 preocupou-se em regulamentar sobre os assuntos que versam sobre os organismos geneticamente modificados de seres humanos vivos e não vivos. Destacam-se alguns pontos controvertidos que a lei impõe, sem fundamento técnico e jurídico, e impossibilitando dar a efetiva interpretação.

Quando a lei menciona em seu artigo 5º inciso II⁷¹, sobre a possibilidade de pesquisa com embriões excedentes provenientes da fertilização “In Vitro”, ela estipula um prazo de 3 (três) anos depois de congelados e inviáveis, porém não deixa claro o porquê de tal prazo estipulado, como já foi constatado pela medicina a utilização de embriões que estavam a mais de 20 (vinte) anos congelados, e dela nasceram crianças completamente normais e saudáveis. E no mesmo artigo em seu inciso I⁷², deixa lacunas quando menciona a utilização de “embriões inviáveis”. O que seria ou qual respaldo o legislador se embasou para criação deste inciso? Quando e como constatar que um embrião é “inviável” para pesquisas?

Portanto, verifica-se o vazio jurídico, a falta de argumentos e a insuficiência legislativa presente na Lei. E, principalmente, a falta de regulamentação específica com relação às práticas existentes com embriões excedentes.

Por tal razão, o Direito tem o dever de tutelar os direitos dos seres humanos, como está previsto na própria Constituição Federal em seu artigo 225⁷³ e seus incisos.

6.4 PAPEL DO ESTADO SOLIDÁRIO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

6.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana é recente, foi concretizado em 1948 com advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷⁴, após as experiências ocorridas na Segunda Guerra Mundial.

Dignidade da Pessoa Humana encontra-se positivada na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III⁷⁵, é considerada uma garantia constitucional, onde possui três sentidos.

⁷¹Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

⁷²Art. 5º [...]

I – sejam embriões inviáveis;

⁷³Art. 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;

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;

⁷⁴Aprovado em 10 de dezembro de 1948 pela assembléia geral da ONU, realizada em Paris.

Segundo José Afonso da Silva⁷⁶

(1) Reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais; assim, a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos, 'que não provem de lei alguma, senão diretamente da qualidade e dos atributos naturais do ser humano', parte-se da idéia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma idéia vinculada à concepção do direito natural ou da supra-estatalidade dos direitos fundamentais. (2) 'prescrições que vedam determinadas ações do poder público', ou 'formalidades prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual'; (3) 'proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia' ou 'recurso jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura'.

Conforme o posicionamento adotado, a Dignidade da Pessoa Humana não é uma criação normativa feita pelo Legislador, é uma garantia preexistente, inerente da pessoa.

Complementando a ideia, a explicação de Alexandre de Moraes⁷⁷:

O princípio fundamental consagrado na Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal que a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *sum cuique tribuere* (dê a cada um que lhe é devido).

A dignidade da pessoa humana aborda também o direito à vida que está previsto no *caput* no artigo 5º da Constituição Federal⁷⁸.

Conforme o Doutrinador José Afonso da Silva⁷⁹

Vida, no texto constitucional (artigo 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar a matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se,

⁷⁵ 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:
[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 187.

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46-47.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ SILVA, 2009. p. 197

progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Ressalta José Afonso⁸⁰ que o direito à vida, é como fonte primária de todos os bem jurídicos, ninguém terá o direito de dispor da própria vida e de outrem. Até o presente, o feto é considerado como um ser humano.

Immanuel Kant influenciou o pensamento no Ocidente sobre a dignidade. O filósofo⁸¹ defendia em sua teoria, a liberdade para dar a si suas próprias leis, e o ser humano como o único valor absoluto.

Segundo Immanuel Kant (1986, p. 79 e 67) apud Selma Rodrigues Petterle⁸²:

O fundamento da dignidade humana repousa na autonomia do ser humano, na condição de ser racional. Quanto ao significado dessa autonomia da vontade, sob a perspectiva Kantiana, deve ser entendida como ‘faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis’, capacidade esta encontrada apenas nos seres racionais.

Ressalta-se que a concepção Kantiana refere-se aos seres irracionais como “coisas”, aqueles sem muito valor, enquanto em outro pólo, refere-se aos seres racionais como “pessoas”, assim contemplados pela dignidade da pessoa humana.

O homem existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade, diz Kant apud Petterle⁸³. Tal posicionamento de que o homem nunca poderá usar ou ser usado como meio, no qual afronte a Dignidade da Pessoa Humana.

Salienta ainda Giovanni Ciprianni⁸⁴

Para Kant, o ser humano é pessoa somente enquanto é depositário da lei moral e dotado de autonomia; nisso está fundamentada a sua dignidade e ele é sempre digno de respeito. Por isso a pessoa é sempre “fim” e não “meio”, tem “dignidade” e não “preço”.

Esta teoria teve sua grande relevância no conceito de “pessoa” e da “dignidade”, principalmente nos aspectos éticos e jurídicos dos seus significados. Contudo, apesar da sua influência, a concepção da acepção “pessoa” e “dignidade” tenham evoluído.

6.4.2 Papel do estado solidário e possíveis soluções

O Legislador ao colocar a Dignidade da Pessoa Humana como um direito fundamental da República subentendeu-se um valor supremo, de tal maneira que o Estado está em função das pessoas e não as pessoas em função do Estado, ressalta Rita de Cássia Espolador⁸⁵.

⁸⁰Ibid., p. 198 e 234.

⁸¹Filósofo alemão, fundando da filosofia crítica, nasceu na Cidade de Königsberg na Prússia, em 22 de abril de 1724 e faleceu em 12 de fevereiro de 1804, na mesma cidade.

⁸²PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 68.

⁸³PETTERLE, loc. cit.

⁸⁴CIPRIANI, 2007, p. 47.

⁸⁵ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 239 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 130. Disponível em:

Salienta ainda Canotilho (2003, p. 409) apud Liliana Cechinel e Jussara Meirelles⁸⁶

Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Nesse sentido o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos [...] da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticados por terceiros.

Consiste em dizer que o Estado está para a pessoa, do mesmo jeito que o Direito também está em função da pessoa, para que exista a segurança jurídica e possa proporcionar o seu desenvolvimento⁸⁷. Há necessidade do Estado tutelar medidas de controle que visem evitar abusos e impor limites, e não apenas da intervenção, e regulamentar uma simples lei que “reboque os fatos”, destaca Rita de Cássia Espolador⁸⁸.

Diniz⁸⁹ defende “que a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico”.

É dever do Estado através do Direito regulamentar as práticas existentes hoje, para evitar possíveis consequências e frustrações irreversíveis sobre o ponto de vista da proteção do ser humano, e assim, o embrião deve ser estendido de forma sequencial dessa proteção - Como já foi demonstrado que o embrião não deve ser rebaixado e ser tratado como “coisa”, porque possui sua carga genética própria e seu valor biológico próprio - portanto, nesse contexto merece tal proteção do Estado e sua devida regulamentação.

Ainda Rita Cássia Espolador⁹⁰ afirma que “o vazio normativo acerca das manipulações genéticas abre espaço para graves atentados contra a vida humana. A necessidade de uma melhor delimitação justifica-se pela ausência de controle e, portanto, pela omissão do Estado”.

Pugna-se aqui a imposição do Estado sobre os assuntos delicados que estão atrelados sobre os embriões geneticamente modificados. E também os limites jurídicos que devem ser dados, para que se possa preencher esses vazios que existem atualmente, e regulamentar as condutas.

A Constituição Federal 1988, em seu artigo 218⁹¹ preocupou-se com a liberdade científica, contudo o Legislador deixou claro em seu artigo 5º “caput”⁹²

<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24335/Rita%20Tarifa.pdf?sequence=1>>.

Acesso em: 19 out. 2012.

⁸⁶CECHINEL; MEIRELLES, 2011, p. 46.

⁸⁷ESPOLADOR, op. cit., p. 130.

⁸⁸Ibid., p. 198.

⁸⁹DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

⁹⁰ESPOLADOR, 2010, p. 198.

⁹¹Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

como garantia fundamental a inviolabilidade do direito à vida, não se fala em vedar o avanço da medicina, nem obstaculizar a liberdade técnica científica, mas sim criar limites para as práticas de pesquisas com embriões advindos da fertilização “In Vitro” e não rechaçar uma garantia fundamental e individual.

Tal regulamentação merece uma releitura das normas existentes pelo Direito. No ponto de vista que seria mais adequada a delimitação do tema levando-a para exatidão, bem como, tais hipóteses seria, também no ponto de vista de Rita Cássia Espolador⁹³.

a) A exata definição dos limites de manipulações conjugado material genético e de pessoas e animais; b) A limitação nas técnicas de reprodução artificial, da quantidade de embriões produzidos, visando diminuir a quantidade de embriões excedentes ou supranumerários; c) precisar o conceito de inviabilidade, para fins de permissão de utilização de embriões criopreservados que efetivamente não tenham potencialidade de se tornarem vidas; d) estabelecer punições severas em caso de manipulações genéticas visando à eugenia⁹⁴; e) estruturar uma equipe técnica destinada à fiscalização das clínicas e laboratórios de engenharia genética, bem como de outras instituições, públicas ou privadas.

Simple regulamentação exposta acima normatizaria o assunto e não impediria o desenvolvimento científico, mas sim, um acompanhamento a esses avanços de maneira responsável, não obstante é por óbvio que o Direito jamais será completo e suficiente para resolver as questões pertinentes.

Por fim, conforme Cláudia Maria Lima Scheidweiler (2005, p. 82) apud Liliana Cechinel e Jussara Meirelles⁹⁵

O ideal seria obter um avanço tecnológico que não destruísse o embrião após a retirada das células-tronco, o que, segundo os pesquisadores, já esta sendo analisado, mas enquanto não se tem uma posição concreta, é necessário solucionar os problemas existentes, pois o respeito à pessoa humana justifica todas e quaisquer formas de intervenções do Direito.

Perante a visão da Bioética seria uma das hipóteses mais plausíveis para o Legislador se pautar, porém ainda são meramente estudos hipotéticos, não impossíveis, que apenas requerem mais estudos no âmbito da medicina.

Outra possível solução segundo Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 220) apud Liliana Cechinel⁹⁶: “seria encontrar uma limitação do número de óvulos à fecundação, de maneira a evitar embriões em quantidade superior à necessária ao

§4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

⁹²Art. 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.

⁹³ESPOLADOR, op. cit., p. 207.

⁹⁴[Do fr. Eugénie (v. eu-e-genia).] S.f. Méd. Ciências que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana. [Cf. eugénia , s.f., e Eugénia, antr.] Cf. FERREIRA, 1999, p. 852.

⁹⁵CECHINEL; MEIRELLES, 2011, p. 44.

⁹⁶Ibid., p. 51.

tratamento da infertilidade”; ou o possível congelamento de óvulos femininos, ao invés de embriões fecundados.

A prioridade do Estado deve primeiramente respeitar os Princípios Constitucionais, como o da Dignidade da Pessoa Humana, da liberdade, direito à vida, à saúde, à intimidade, permitindo, assim o avanço da ciência. Para garantir justiça igualitária, a efetiva normatização da norma, e assim consequentemente suprir as lacunas da Lei 11.105 de 2005, com objetivo de garantir sua aplicabilidade, sem deixar ao mero subjetivismo do julgador.⁹⁷

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente Trabalho de Conclusão de Curso visou expor, que a medicina nas suas tentativas de reprodução humana trouxe vários benefícios para os casais que sofrem de infertilidade, porém, trouxe consigo várias problemáticas que versam sobre os embriões excedentes.

A Bioética como campo do Direito, que estuda ciência pautada por critério humano e morais, tem o objeto maior o respeito à vida. Desta forma, o Direito sendo uma ciência, que tem como escopo normatizar e regulamentar as condutas humanas em sociedade, tem o dever de ampliar a sua proteção e interferir quando necessário, e responder a atual problemática sobre o destino dos embriões excedentes.

No que se refere à Lei da Biossegurança, existe a necessidade de releitura e melhor regulamentação, uma vez que a vida, o grande bem jurídico é protegido pela Constituição Federal, que tem primazia e valor hierárquico. Nesse entendimento não há porque se discutir o momento do início da vida, mas sim que se dê a vida seu devido valor e proteção.

Importante entender que o direito do nascituro funda-se em princípios gerais indispensáveis, que foram reconhecidos pela Constituição Federal, visando a correta aplicação do direito.

Obstaculizar a medicina não seria correto, pois a humanidade necessita dos avanços da biotecnologia para equacionar problemas, contudo, o caminho seria achar soluções na produção excessiva dos embriões excedentes.

Por fim, a ausência de lei positivada sobre este tema, constata a iminente necessidade de alteração normativa, capaz de contemplar e resguardar os embriões como se fossem pessoas já nascidas.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Chinelato. Direitos de Personalidade do nascituro. **Revista do Advogado**, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 38, dez. 1992.

AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodrigues. **Conceitos da biologia**. v. 1. São Paulo: Moderna, 2001.

⁹⁷CECHINEL; MEIRELLES, 2011, p. 53.

BRANDÃO, Dornival da Silva. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo código civil. In: **Novo código civil**. Rio de Janeiro: Auriverde, 2003.

_____. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990 retificado em 27 set. 1990.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. São Paulo: Edicamp, 2003.

CECHINEL, Liliana; MEIRELLES, Jussara. A constitucionalidade da lei nº 11.105/2005 em face da discussão acerca do destino dos embriões excedentes de fertilização in vitro e a pesquisa com células-tronco embrionárias. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

CIPRIANI, Giovanni. **O embrião humano: na fecundação, o marco da vida**. São Paulo: Paulinas, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.957/2010**. Brasília: CFM, 2010. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>.
Acesso em: 18 out. 2012.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência**. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Biodireito, in dicionário jurídico**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Código civil anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 239 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em:

<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24335/Rita%20Tarifa.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 out. 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

_____. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo, de acordo com o código civil de 2002**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRIAS, Lincoln. **A ética do uso da seleção de embriões**. Santa Catarina: UFSC, 2012.

GALIANI, Fernanda Silva. O princípio constitucional do direito a vida e a pesquisa com células-tronco embrionárias. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/519/515>>. Acesso em: 23 out. 2012.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

IACOMINI, Vanessa. **Biodireito e o combate à biopirataria**. Curitiba: Juruá, 2009.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de direito civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de direito civil: parte geral**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PETTERLE, Selma Rodrigues. O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROBERTI, Maura. **Biodireito: novos desafios**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

ROCHA, Renata da. **O direito à vida e as pesquisas com células-tronco: limites éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Belo Horizonte: Delrey, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WESTPHAL, Euler Renato. **O oitavo dia: na era da seleção artificial**. São Bento do Sul, SC: União Cristã, 2004.

ZUCCARO, Cataldo. **Bioética e valores no pós-moderno**. São Paulo: Edições Loyola, São Paulo, 2007.

NOVO CONCEITO DE PROTEÇÃO - DIREITOS HUMANOS NO TRABALHO

Luiz Carlos Amorim Robortella¹

1. EFICÁCIA ECONÔMICA E SOCIAL

As sociedades modernas buscam um modelo político com eficácia econômica, eficácia social e sustentabilidade.

A nova arquitetura política deve compatibilizar a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais com o desenvolvimento. Não se pode mais calcular o nível de riqueza apenas com base na capacidade de produzir bens e serviços; segundo JOSÉ ELI DA VEIGA, “o aumento do PIB já se tornou antieconômico em vários países do primeiro mundo. Um crescimento que mais acumula mazelas do que acrescenta riquezas” (Veiga, 2011).

O sistema representativo tradicional, por outro lado, não atende à multiplicidade de interesses; a sociedade se organiza em grupos que querem participar dos processos de decisão.

Reivindica-se melhor distribuição da riqueza e mais emprego; segmentos sociais exigem a redução das desigualdades, às vezes com atos de violência (Le Figaro, Entreprises, 12.5.09). Movimentos como “Ocupem Wall Street” ou “Somos os 99%” representam bem essa justificada onda de protesto.

Mas há também um radicalismo cultural e político, um hedonismo exacerbado, com a primazia do aqui e agora. Fala-se em hipermodernismo, hiperindividualismo, hipercapitalismo.

É preciso resgatar os valores essenciais da liberdade, igualdade e dignidade, e para essa tarefa o direito do trabalho tem que assumir seu papel, que vai muito além de meramente estabelecer regras de proteção aos empregados.

¹ Advogado – Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – Professor do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (1974-1995) - Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (2000/2008 – Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (cadeira n. 91) – Membro do Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Fiquei muito feliz com a escolha deste tema, que coincide com as preocupações atuais da doutrina com relação ao resgate dos princípios de valorização do ser humano, em todas as suas dimensões.

2. A crise do emprego

O crescimento do Leste europeu, da China e da Índia fez dobrar a população ativa em 10 anos, chegando a 3 bilhões de pessoas. Para aumentar a competitividade, diante de tanta oferta de mão de obra, as empresas passaram a pagar baixos salários e a precarizar as relações de trabalho (Brown, 2005).

As economias nacionais são afetadas duramente por esse lamentável “dumping social” e pela interdependência resultante da globalização. Apenas 300 empresas multinacionais controlam aproximadamente 2/3 da produção industrial mundial (Purcalla Bonilla, 2009).

A abertura comercial submete as empresas às exigências do mercado internacional e, para piorar, muitas decisões são tomadas por instituições supranacionais sem maior responsabilidade política.

Temos duas novas figuras: a riqueza sem Estado e o Estado sem riqueza.

As empresas não têm pátria. Espalham-se pelo mundo em busca de mais lucro com o menor custo.

A nova tecnologia permite o controle de câmeras de segurança de bancos em Genebra, Suíça, através de operadores instalados no Norte da África; a gestão de bilhetes de companhias aéreas é centralizada na Índia; os principais centros de dados de empresas europeias estão instalados na Jamaica, Barbados ou Filipinas; clientes das empresas de telefonia são atendidos em centros instalados no Marrocos (Purcalla Bonilla, 2009).

É necessária a resposta sindical diante da fragmentação, do deslocamento tecnológico e geográfico dos processos produtivos. Como diz Capella Hernandez, a internacionalização dos trabalhadores permite enfrentar a globalização capitalista (Capella Hernandez, 2011).

Às formas novas de produzir, que geram impacto sobre o emprego, veio se somar a crise econômica de 2008, calculando-se haver hoje cerca de 210 milhões de desempregados, segundo a OIT (OIT, 2010).

Muitos trabalhadores só conseguem ocupações informais, à margem do sistema jurídico, em verdadeira exclusão social.

Estas realidades ensejam propostas de endurecimento nas técnicas e conceitos jurídicos de proteção, uma espécie de retorno ao protecionismo social, para se contrapor ao protecionismo econômico oferecido a empresas e bancos afetados pela crise.

Outros, ao contrário, consideram indispensável a redução do aparato legislativo de proteção para maior facilidade de contratação.

Tais medidas suscitam controvérsia e grande oposição política. Medidas de afrouxamento ou flexibilização são logo estigmatizadas como ataque neoliberal aos direitos dos trabalhadores.

No entanto, a crise de emprego assola muitos países, especialmente os mais ricos, inclusive aqueles que têm uma rede de proteção social, permitindo seis afirmações:

- a) a regulação jurídica não deve inibir o desenvolvimento de novas empresas e a geração de trabalho;
- b) o trabalho típico, em tempo integral, com subordinação rígida, está diminuindo;
- c) o trabalho atípico, com menor ou nenhuma subordinação, por tempo determinado e baixa carga horária, interessa às empresas, pois contratam mão de obra conforme as necessidades de seu sistema produtivo, e, frequentemente, também aos trabalhadores, que melhoram a qualidade da vida pessoal e familiar;
- d) leis trabalhistas mais flexíveis estimulam a contratação de trabalhadores;
- e) políticas sociais ativas do Estado são necessárias para aumentar os níveis de empregabilidade e, havendo falta de trabalho, garantir renda ao trabalhador;
- f) a geração de trabalho é a melhor forma de proteção social e diminuição da pobreza.

3. NOVOS PARADIGMAS.

O princípio da proteção é essencial ao direito do trabalho, deve ser dogmaticamente atualizado tanto na concepção quanto na técnica jurídica, em face da realidade.

O modelo de relações de trabalho tem importante papel na prosperidade das empresas, na geração de trabalho e na qualidade de vida dos trabalhadores.

Na França, o acordo nacional interprofissional de janeiro de 2008 teve o objetivo de harmonizar a legislação social com a competitividade das empresas.

A primeira modificação é admitir que o mercado de trabalho é muito heterogêneo.

A igualdade clássica, proclamada pelo direito do trabalho, entre trabalho manual, técnico ou intelectual, não mais se justifica. Faz-se necessário reconhecer um direito do trabalho intelectual ou de alta qualificação, com tipos especiais de contrato.

A dinâmica dos negócios, as novas tecnologias e os métodos produtivos exigem crescente qualificação profissional dos trabalhadores, fazendo desaparecer a tradicional subordinação jurídica.

A liberdade de iniciativa e de contratar passaram a ter maior importância nas atividades de alta qualificação.

Quando se valoriza o acervo intelectual, o trabalhador detém, ele próprio, parcela decisiva dos *meios e modos de produção*, comprometendo a visão dicotômica tradicional.

Esta nova realidade tem conseqüências diversas e por vezes antagônicas:

- jornadas flexíveis
- cargas excessivas de trabalho
- permanente reciclagem

Quanto maior a qualificação, mais larga a autonomia no trabalho, tornando obscura a diferença radical de tratamento legal entre subordinado e independente, como reconhecido no Relatório BOISSONAT².

Com a diminuição ou desaparecimento da subordinação em várias tarefas, é natural a escolha de outras modalidades de contrato.

A tutela coletivista tradicional da legislação brasileira e de outras, decorrente do princípio da proteção, oferece uma base a quem é empregado, mas exclui os demais, que trabalham sob regimes jurídicos diversos.

Os professores CESARINO JR. e MARLY CARDONE, embora expressando o pensamento dominante à época, que concebia um direito do trabalho voltado ao empregado e empregador, reconhecem que, sob um ponto de vista lógico-científico, nele deveriam estar incluídas "todas as formas de trabalho, tanto o trabalho subordinado, objeto do contrato individual de trabalho, como o trabalho autônomo, objeto do contrato de empreitada"³.

Como se vê, a doutrina clássica já antecipava a tendência que se vai firmando consistentemente⁴.

Por tudo isto, o moderno princípio da proteção deve se harmonizar com a realidade do mercado de trabalho.

4. A revisão dogmática

O emprego vem perdendo espaço para outras formas de contratação do trabalho, inclusive de natureza civil.

A prestação de serviço, a empreitada e a subcontratação criam um mercado recheado de relações atípicas e diferenciadas.

² BOISSONAT, Jean. 2015 – Horizontes do Trabalho e do Emprego. São Paulo: LTr, 1998. p. 76.

³ Cesarino Junior, Antonio Ferreira, Cardone, Marly, "Direito Social", vol.I, 2ª. Ed., S. Paulo: LTr, 1993, pp. 99/100.

⁴ ROMITA, Arion Sayão, "O princípio da proteção em cheque", S. Paulo, LTr, 2003, pp. 220/221.

Na sociedade da informação, o trabalhador que detém o know how escapa às noções tradicionais de poder de direção e subordinação. Com formação sofisticada e espírito empreendedor, mostra-se menos confortável na relação de emprego.

Na grande empresa houve a revolução dos serviços, expandindo as atividades terceirizadas. As grandes corporações vêem-se rodeadas de pequenas ou microempresas.

O direito do trabalho vê-se forçado a assumir outros valores econômicos e sociais.

Em sua moderna concepção, é um instrumento de síntese dos interesses comuns ao capital e ao trabalho: não se destina apenas a compensar a inferioridade econômica do trabalhador, mas também para a organização da produção.

Além da proteção e redistribuição da riqueza, deve estimular a produção de riqueza e regular o mercado de trabalho.

Esse papel na gestão econômica e social implica novas técnicas de proteção.

Na Europa, a maioria dos empregos nos últimos anos é a tempo parcial, duração temporária ou horários diferenciados, à noite ou apenas no fim de semana, e cresce o número de trabalhadores autônomos⁵.

São muitas as formas atípicas:

- a) tempo – parcial, fim de semana, flexível, à noite, mediante chamada etc.;
- b) contrato – prazo determinado, partilha do posto de trabalho, anualização, zero hora (sem fixação da quantidade), interino ou precário, de inserção de jovens etc;
- c) localização – escritórios satélites, trabalho móvel, escritórios hotéis, em domicílio, teletrabalho;
- d) trabalho terceirizado – agência, autônomo, empresa fornecedora⁶.

5. Crescimento do trabalho autônomo.

O professor argentino ADRIÁN GOLDIN⁷ identifica um processo de deslateralização dos prestadores de trabalho, especialmente na atividade intelectual.

ANTONIO MONTEIRO FERNANDES⁸ reconhece a inadequação das normas trabalhistas e propõe uma regulação que atenda à diversidade das situações concretas.

⁵ VENDRAMIN, P. e VALENDUC, G. op. cit., p. 135.

⁶ VENDRAMIN, P. e VALENDUC, G op. cit., p. 136.

⁷ GOLDIN, Adrián. Ensayos sobre el futuro del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Zavalía, 1997. p. 76-77.

⁸ FERNANDES, Antonio Monteiro. Um rumo para as leis laborais. Coimbra: Almedina, 2002. p. 38-39.

O relatório Supiot confirma a tendência ao desaparecimento ou profunda transformação da subordinação.

Estas perspectivas, segundo o relatório, impõem novo debate:

“Les progrès de l’autonomie au travail sont la face heureuse des évolutions actuelles. Ils s’expliquent par le développement des nouvelles technologies, l’élévation du niveau de formation des travailleurs, les nouvelles méthodes de management participatif, etc. Partout où l’organisation en réseau tend à se substituer à l’organisation pyramidale, le pouvoir s’exerce de manière différente: par une évaluation des produits du travail, et non plus par une prescription de son contenu. Les salariés se trouvent ainsi davantage soumis à des obligations de résultat qu’à des obligations de moyens. (...) Un nombre croissant de travailleurs salariés opèrent ainsi dans des conditions que ne diffèrent pas sensiblement dans les faits du travail indépendant d’un sous-contractant.”⁹

O relatório reconhece a tendência à redução do campo de aplicação do direito do trabalho que, embora não se afaste totalmente do conceito estrito de subordinação jurídica, não pode ignorar a grande desenvoltura do trabalho autônomo. Textualmente, “cette tendance est le corollaire des politiques législatives et jurisprudentielles conduites pour ouvrir un espace plus large au travail indépendant”¹⁰.

A *Lei Madelin*, no direito francês, foi exemplo dessa preocupação, mitigando a presunção de existência de contrato de emprego quando há um tipo contratual expressamente escolhido pelas partes¹¹.

O mesmo se vê no direito espanhol, segundo ANTONIO BAYLOS¹²:

“(...) la presunción de existencia del contrato de trabajo reduce su virtualidad a los casos en los que las partes no han manifestado expresamente su voluntad de obligarse; cuando por el contrario se há elegido un tipo contractual no laboral (arrendamiento de servicios, contrato de agencia, de transporte, etc) solo se puede obtener la calificación de la relación como laboral mediante la prueba – sin presunción legal que la ahorre – de todos los presupuestos materiales de la misma.”

É altamente recomendável o trabalho autônomo quando “libera as capacidades de inovação e adaptação de trabalhadores realmente independentes e que são frequentemente portadores de uma alta qualificação”¹³.

⁹ SUPIOT, Alain. Au-delà de l’emploi. Paris: Flammarion, 1999. p. 36-37.

¹⁰ SUPIOT, A. op. cit., p. 41.

¹¹ Veja-se a alteração do Código de Trabalho pela Lei 94-126 de 11 de fevereiro de 1994:

“Art. 49. Il est inséré, dans le code du travail, un article L. 120-3 ainsi rédigé:

Art. L. 120-3. – Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou après des unions pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et des allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d’allocations familiales *sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l’exécution de l’activité donnant lieu à cette immatriculation.* (...)”

¹² BAYLOS, Antonio. Derecho del trabajo: modelo para armar. Madrid: Trotta, 1991. p. 70.

¹³ SILVA, O. P. e. op. cit., p. 119.

Parece-me anacrônica e injusta a proteção trabalhista homogênea, que não enxerga diferenças entre os diversos prestadores de serviços. Tal homogeneidade cria uma desigualdade concreta resultante da igualdade abstrata¹⁴.

Há na França o *cadre*, que corresponde à definição legal do *executivo*; os *cadres* são afastados das normas gerais coletivas e têm de negociar individualmente suas condições de trabalho. São trabalhadores altamente qualificados, investidos de poder de comando. Exercem uma parcela da autoridade patronal.

Segundo BAYLOS¹⁵, o ordenamento espanhol amplia a autonomia individual em atividades como de executivos, representantes comerciais, artistas e atletas profissionais¹⁶.

Além disto, exclui os mais qualificados do alcance das normas coletivas. Esses empregados, que não são propriamente executivos, têm suas condições de trabalho reguladas por acordo individual¹⁷.

Na Itália, por sua vez, temos os *dirigenti*, *quadri*, *impiegati* e *operari*¹⁸, que também merecem específico tratamento¹⁹.

Abaixo dos *dirigenti* está a categoria dos *quadri*. Os requisitos os *quadri* são estabelecidos pela contratação coletiva²⁰.

Os *quadri* ficam entre *dirigenti* e *impiegati*²¹, e podem ou não ter o tratamento dispensados aos empregados; tudo é tratado na negociação coletiva²².

6. Crescimento do trabalho autônomo

Para superar a anacrônica distinção entre subordinado e autônomo, na Itália se criou a expressão *trabalhador parassubordinado*, correspondente a *coordinated freelance worker*, *employee-like person*, *quasi self-employed worker* ou trabalhador autônomo economicamente dependente.

O ordenamento italiano admite o trabalho a projeto, para a realização de obra ou serviço determinado, em que o trabalhador fica sujeito a regime próprio, diverso da legislação trabalhista, com certas garantias mínimas.

O esquema clássico da subordinação se alterou porque os novos processos tecnológicos exigem um trabalhador mais versátil, plurifuncional, que trabalha com menor sujeição, dada a nova organização flexível das empresas (Romita, 2004)."

¹⁴ PEDRAZZOLI, Marcelo. Las nuevas formas de empleo y el concepto de subordinación o dependencia. Derecho del Trabajo. n.19. Buenos Aires: La Ley, set. 1989. p.1481.

¹⁵BAYLOS, A. op. cit., p. 73.

¹⁶BAYLOS, A. id., loc. cit.

¹⁷BAYLOS, A. id., loc. cit.

¹⁸Artigo 2.095 c.c, alterado pela Lei n. 190, de 13 de maio de 1985.

¹⁹GALANTINO, Luisa. Diritto del lavoro. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 278.

²⁰GALANTINO, L. op. cit., p. 279.

²¹GALANTINO, L. id., loc. cit.

²²NICOLINI, Giovanni. Diritto del lavoro. Milano: Giuffrè, 1992. p. 264.

A parassubordinação é vista com reservas por respeitável doutrina, como o culto Márcio Túlio Viana, que diz, acidamente:

“...as seqüelas da parassubordinação avançam para muito além do próprio Direito. Remetido a si mesmo, esse trabalhador a meio caminho perde a consciência de classe; privatiza-se enquanto cidadão; passa a compor o que Gorz chama de *não classe*, desculturado e mais uma vez solto. Além disso, tende a se tornar um trabalhador fluido, dócil, flexível – e, nesse sentido, ainda mais subordinado do que o empregado formal” (Viana, 2011).

Apesar do imenso respeito que se devota ao ilustre professor mineiro, sua visão é crítica e pessimista, apresentando como desvantagens justamente o que de melhor ostentam as modernas formas de produção: menor desgaste físico, menor grau de subordinação, mais participação do trabalhador, mais flexibilidade de horários, propiciando melhor qualidade de vida profissional e familiar.

O acesso do trabalhador aos processos decisórios tem caráter emancipatório, tendente a criar verdadeira democracia industrial e a valorizar a cidadania no interior da empresa.

Os modernos mecanismos participação reduzem os focos de conflito; a maior docilidade e flexibilidade do trabalhador advêm da partilha do poder na empresa.

E tem outra grave distorção: vê o mercado de trabalho como realidade homogênea, onde a todos se deva aplicar tutela coletivista, uniforme, não enxergando as diferenças.

De todo modo, o trabalhador juridicamente autônomo e economicamente dependente constitui um desafio a ser enfrentado pelo direito do trabalho (Ross, 2005).

Os sistemas jurídicos estão ampliando as possibilidades de contratação, reconhecendo as diferenças entre trabalhadores e as várias maneiras de trabalhar, o que, a nosso ver, contribui para diminuir a exclusão social.

O direito do trabalho foi elaborado tendo como princípio fundamental proteger o empregado da exploração do capital.

Ora, com a valorização dos direitos humanos fundamentais, não se pode comparar o capitalismo de nossos dias com a sórdida exploração de mão de obra do século 19 e início do 20.

Neste século XXI é perfeitamente plausível e aceitável a revisão do conceito de proteção e de suas técnicas.

No Brasil, a legislação trabalhista adotou como premissa, a partir de 1930, a ideia de que todo empregado é frágil em face do empregador.

Paradoxalmente, essa mesma legislação, apesar de bastante alterada e revisada, mantém na informalidade cerca de 50% dos verdadeiros frágeis, ou seja, aqueles de baixa remuneração e qualificação.

Os tomadores de serviço os excluem da legislação trabalhista, assumindo todos os riscos dessa escolha. Assim agem porque nem sempre os querem como empregados e, quando querem, não suportam os enormes encargos e exigências decorrentes da lei protecionista.

Do outro lado, os trabalhadores intelectuais e de alta qualificação preferem ser autônomos ou pequenos empresários. Preferem não se submeter à legislação trabalhista, ciosos que do seu empreendedorismo, além das vantagens tributárias.

Temos, portanto, uma dupla informalidade:

- a) os hipossuficientes não conseguem entrar no regime da CLT;
- b) os mais qualificados não querem entrar nesse regime (Lima, 2007).

O mercado informal, especialmente na América Latina, é uma triste realidade, justificando a afirmação de Hernando de Soto de que em nosso continente ocorreu uma "revolução informal" (Hoyos, 1990).

A mudança na técnica de proteção é indispensável, para afastar essa profunda divisão dos trabalhadores em "incluídos e excluídos", ou "formais" e "informais" (Silva, 2004).

O Prof. José Manuel Lastra diz ser inaceitável presenciar na sociedade atual trabalhadores sem direitos frente a trabalhadores com direitos, formais e informais; devemos marchar para um direito laboral comum.

No mesmo sentido o Prof. Gérard Lyon-Caen:

"Le Droit du Travail a changé de bénéficiaires: il protège les plus forts et dessert les plus faibles" (Ray, Jean-Ammanuel).

Esta citação foi extraída de Ray que, em artigo, critica decisão da Cour de Cassation de junho de 2009, admitindo relação de emprego de 4 participantes do reality show "Ilha da Tentação", em hotel estrelas da Tailândia, no ano de 2003. Diz ele: "...une activité associant 3 des sept péchés capitaux peut-elle sans rire constituer un travail ? Cita Lord Beveridge: travailler signifie qu'on fait le qui est nécessaire, et pas seulement que l'on désire faire".

Voltando aos excluídos, merece destaque estudo da OIT conduzido por Janine Berg (OIT, 2010) sobre o mercado de trabalho brasileiro:

Mercado formal

Empregados urbanos e rurais - 34,5%

Empregados domésticos -	2,00%
Servidores públicos -	7,7%
Autônomos e pequenos empregadores -	5,4%

Mercado informal

Empregados urbanos e rurais -	17,5%
Empregados domésticos -	5,5%
Autônomos -	21,7%
Trabalhadores não-remunerados -	3,6%
Trabalho para consumo próprio -	4,0%

As diferentes formas de contratação constituem um dado fenomenológico que rejeita a alegada atipicidade.

Os novos perfis da atividade econômica, as tecnologias, a maior qualificação profissional e intelectual engendram novos processos de inserção no trabalho.

O teletrabalho se vale das novas tecnologias da informação e comunicação. É descentralizado e flexível, desvinculando-se de parâmetros como local e horário. Como dado negativo se pode identificar o enfraquecimento coletivo dos trabalhadores, que se dispersam, tornando-se mais individualistas, inclusive na formação dos contratos (Purcalla Bonilla, 2009).

Com a valorização do seu acervo intelectual, o trabalhador detém efetivo poder na empresa, assumindo parte importante dos meios e modos de produção. Quanto maior o nível de profissionalização e qualificação, mais ampla a autonomia no trabalho, tornando injustificável a proteção trabalhista com base no critério da subordinação.

Os tribunais do trabalho brasileiros, assim como os americanos e europeus, enfrentam dificuldades para classificar tais figuras intermediárias à luz da legislação protecionista.

Muitas vezes, por falta de normas específicas, acabam por estender-lhes a legislação trabalhista. É um processo intuitivo, casuístico, que varia de um juiz a outro, causando instabilidade e insegurança no sistema de relações de trabalho.

Como diz Lord Wederburn este processo intuitivo é uma espécie de *teste do elefante*: fácil de se reconhecer quando se vê, mas difícil de definir (Ross, 2005).

Afinal, os empregados são cada vez mais independentes tecnicamente e os autônomos cada vez mais dependentes economicamente, o que inutiliza o critério da subordinação como pressuposto essencial do sistema protetor.

Por isto mesmo, o “Livro Branco” da União Europeia preconiza proteção a todas as formas de trabalho, com ou sem subordinação (Fioravante, 2010).

A prestação de serviço, a empreitada e a subcontratação em geral criam relações atípicas e diferenciadas.

Enfim, a subordinação como fator de incidência da proteção é conceito a ser reconstruído, a fim de se harmonizar com as realidades da atividade econômica.

Segundo ARION SAYÃO ROMITA, a aplicação descontrolada do princípio da proteção redundante, na prática, em graves injustiças (Romita, 2010).

Na Austrália ocorreu profunda revisão da legislação do trabalho, com ampliação da autonomia individual na formação dos contratos, a qual, somada a fatores como abertura do mercado, novas tecnologias e qualificação da mão de obra, aumentou os níveis de produtividade (Isaac, 2005).

Cresceu o número de trabalhadores que atuam nas próprias casas, assim como em tempo parcial, em caráter eventual e através de empresas fornecedoras de mão de obra, temporária e permanente. Para a doutrina australiana, a “cidadania do trabalhador industrial – *industrial citizenship* - deve ser “redesenhada no século 21 tendo em vista as necessidades e aspirações dos trabalhadores que estão sob novas formas de contratação (trabalho em tempo parcial, eventual e autônomo) (McCallum, 2005).

A atual dinâmica da produção pode ser atendida por formas de trabalho independente e intermitente.

A reforma alemã de 1974 criou os para-subordinados, ao lado dos trabalhadores a domicílio, agentes de comércio e outros autônomos. O para-subordinado é “pessoa semelhante ao trabalhador subordinado”²³, cabendo ao judiciário trabalhista a competência para apreciar seus litígios, à semelhança da Itália.

Na França, é caracterizado como intermediário (misto) entre trabalho subordinado e autônomo. GERARD LYON-CAEN²⁴ diz:

“No estado atual das práticas em matéria de emprego faz certamente falta um conceito intermediário (para-subordinação não é de uma total limpidez) que permita aplicar os conceitos de Direito do Trabalho a certas pessoas que não são “verdadeiros” independentes sem serem assalariados: que são a parte mais fraca do contrato.”

Entretanto, a autonomia traz outra face: a fragilidade econômica do trabalhador²⁵.

²³ ALVES, Amauri César. Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2004. p. 97.

²⁴ *Apud* OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação jurídica: um conceito desbotado. Revista de Direito do trabalho. São Paulo: RT, abril-junho 2007, vol. 126. p.120.

²⁵ LYON-CAEN, Gerard. *Apud*. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação jurídica: um conceito desbotado. Revista de Direito do trabalho. São Paulo: RT, abril-junho 2007, vol. 126. p.123-124

Em outras palavras, embora atuem por conta própria, são economicamente dependentes do tomador.

Na Inglaterra, os direitos em matéria de não-discriminação, a proteção da saúde e da segurança, as garantias de salário mínimo, assim como a proteção dos direitos de negociação coletiva, foram estendidos aos trabalhadores economicamente dependentes.

Na União Européia os agentes comerciais, conforme a Diretiva 86/653/CEE, têm proteção quanto ao pagamento da remuneração, conversão dos contratos a termo em contratos sem termo, e indenização pela cessação do contrato.

Problemas semelhantes podem surgir quando os trabalhadores estão implicados em longas cadeias de subcontratação.

Vários países europeus adotam a responsabilidade conjunta e solidária dos principais contratantes em relação às obrigações dos subcontratados. Este sistema incentiva o controle do cumprimento da legislação do trabalho pelos parceiros comerciais.

A Espanha adotou um estatuto dos trabalhadores autônomos, fruto de acordo, em 26 de setembro de 2006, entre o governo espanhol e os representantes dos trabalhadores por conta própria, incluindo os economicamente dependentes.

A nova lei espanhola (n. 20, de 11.7.07) no preâmbulo, diz que, do ponto de vista econômico e social, o trabalhador autônomo atual é muito diferente. Antes, eram atividades de pequena rentabilidade, de reduzida dimensão, sem grande investimento, tais como agricultura, artesanato e pequeno comércio. Hoje, prolifera em países de elevado nível de renda, em atividades de alto valor agregado, em face de novas concepções de administração, da difusão da informática e das telecomunicações.

Além disto, é a forma escolhida por muitos para se inserir no mercado com autodeterminação e independência.

A lei tem as seguintes linhas gerais:

- a) cria, dentre outros, o trabalhador autônomo economicamente dependente;
- b) garante os direitos fundamentais como trabalho, livre escolha de profissão, liberdade de iniciativa, propriedade intelectual, não-discriminação, respeito à intimidade, proteção à saúde e segurança, conciliação entre vida profissional, pessoal e familiar;
- c) é conceituado como aquele que recebe pelo menos 75% de sua receita de um só cliente, para o qual trabalha de forma habitual, pessoal, predominante e direta;
- d) responsabilidade subsidiária do principal tomador, no caso de subcontratação;
- e) não pode ter empregados;
- f) executa trabalho de forma diferenciada dos empregados do tomador;

- g) contrato escrito;
- h) na falta de cláusula de prazo, se presume o tempo indeterminado;
- i) descanso anual de 18 dias;
- j) descanso semanal e feriados;
- k) limitação de jornada, podendo ser excedida em no máximo 30%;
- l) indenização por perdas e danos, em caso de rescisão injusta;
- m) aplicação de acordos de interesse profissional, celebrados entre empresas e associações de trabalhadores autônomos;
- n) competência da Justiça Laboral.

7. Contrato de atividade profissional.

ALAIN SUPIOT sustenta que a condição jurídica de trabalhador assalariado deve ser substituída pela noção de “estado profissional da pessoa”, permitindo conciliar a diversidade, a continuidade e a descontinuidade do trabalho.

Mais que estabilidade no emprego, há que garantir estabilidade no trabalho ou continuidade da carreira. Trata-se de proteger o trabalhador na transição de um trabalho a outro, proporcionando garantias ao longo dos períodos de trabalho e também na ausência destes. As interrupções e mudanças na vida laboral são concebidas como elementos normais da condição profissional²⁶.

Admite a aplicação do direito do trabalho tanto ao subordinado como ao autônomo, com tratamentos diferenciados e proteções adequadas a cada situação.

8. A flexigurança ou workfare state

O Tratado de Lisboa de 2004 recomenda que os Estados-Membros melhorem o desempenho econômico através da flexibilização das políticas de mercado de trabalho e modernização das políticas sociais.

É uma evolução do *welfare state*, baseado principalmente na proteção rígida mediante atuação do Estado, para o *workfare state*, que tem como principal característica políticas ativas e passivas no mercado de trabalho, possibilitando a criação de novos empregos ou ocupações (Spattini, 2009).

Os objetivos são: maior inclusão no mercado de trabalho; melhor proteção social; aumento da capacidade de adaptação dos trabalhadores; melhor educação e formação profissional; maior flexibilidade dos mercados de trabalho (Purcalla Bonilla, 2009).

Isto sintetiza a flexigurança, uma forma de proteção macroeconômica e macrossocial para equilibrar os interesses do empregador, que necessita mão de obra flexível e menor rigidez legal para aumentar a competitividade, e os do empregado, que exige proteção social quanto a emprego e renda, com qualidade de vida.

A flexigurança não oferece estabilidade no emprego, mas maior facilidade para a conquista de um posto de trabalho, a fim de manter o maior número de

²⁶ SUPIOT, Alain. Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa, RIT, v.118, 1999, n.1, p. 39-41.

trabalhadores em atividade. Obrigam-se, por isto, a participar de programas vocacionais ou de reciclagem, que vão aumentar suas qualificações e nível de empregabilidade (Spattini, 2009).

A flexigurança propõe, em resumo:

- 1 - normas trabalhistas mais flexíveis;
- 2 - estratégias globais de aprendizagem permanente, especialmente para os menos qualificados;
- 3 - políticas eficazes para atenuar os impactos do desemprego e facilitar o acesso a novos empregos;
- 4 - sistemas de seguridade social que garantam renda ao trabalhador;
- 5 - meios de conciliação do trabalho com as responsabilidades pessoais e familiares(Purcalla Bonilla, 2009).

O denominado *life long learning* constitui importante ferramenta da política social europeia. O Tratado de Lisboa tem por meta um modelo de conhecimento dinâmico e competitivo que gere crescimento econômico sustentável, mais e melhores postos de trabalho, maior coesão social e respeito ao meio ambiente. A formação profissional é uma estratégia de longa duração que pressupõe uma verdadeira revolução cultural, muita responsabilidade e empenho das empresas e do Estado (Galantino, 2010).

Segundo Jeffrey Sachs, em entrevista ao Valor, as economias que adotam um capitalismo mais moderno, como Noruega, Suécia, Dinamarca, Holanda e Alemanha, vêm obtendo bons resultados.

Equilibram mercado com políticas sociais e ambientais. São países altamente produtivos, orientados pelo mercado, com baixa desigualdade, taxas bem baixas de pobreza, igualdade entre homens e mulheres. São generosos nas licenças maternidade e paternidade e nas férias porque acreditam em uma vida equilibrada. Têm níveis de corrupção muito baixos porque não deixam os negócios ditarem a política, deixam os governos regulamentarem os negócios.

Nesses países é onde se vem praticando mais intensamente políticas de flexigurança.

9. Proteção à dignidade e à igualdade

A igualdade é um valor que compõe todas as declarações fundamentais desde o século XVIII. Vindo com a Revolução Francesa, resgatou o individualismo, como o fizera o próprio Renascimento nos séculos XV e XVI.

O Renascimento exaltou o ser humano em suas múltiplas dimensões físicas, intelectuais e morais.

O catálogo dos direitos humanos, dentre eles o princípio da igualdade, se consolidou no curso da história, apesar de trágicas rupturas, como o genocídio praticado pelo regime nazista.

A Declaração de 1948, que emergiu das ruínas da Segunda Guerra Mundial, tem grande importância porque, além de reafirmar a universalidade dos direitos humanos, os colocou sob a proteção da comunidade internacional (Piovesan, 2006).

A partir dos anos 70, os direitos humanos assumiram uma dimensão política, de contestação, de protesto contra o “statu quo” e de subversão da ordem estabelecida, envolvendo feministas, minorias étnicas, ecologistas, homossexuais, imigrantes, deficientes físicos, índios, desempregados e outros, que passaram a desenvolver suas teses sob a ótica dos direitos do homem (Lochak, 2005).

Essa generalização, de caráter supra-ideológico, leva o legislador ao risco de criar subsistemas de direito vazios de conteúdo.

Esse risco provém de dois fatores: a excessiva preocupação humanista, que pode confundir direitos humanos com princípios morais e bons sentimentos; a exagerada preocupação com sua positivação, que pode fechá-los dentro de uma redoma de juridicismo estreito (Lochak, 2005).

As liberdades públicas, concebidas como direitos humanos expressamente garantidos e protegidos na lei, predominaram por longo tempo nos estudos de teoria do estado. A expressão direitos do homem tinha uma conotação jusnaturalista, ou seja, de direito natural e, portanto, muito mais ampla (Lochak, 2005).

Alguns direitos humanos são deontologicamente mutantes, pois abrigam valores contraditórios, que se tensionam reciprocamente. Por isto mesmo, a doutrina dos direitos humanos é uma obra contínua, aberta, que sempre será inconclusa; é um processo permanente de construção e reconstrução (Piovesan, 2006).

Um paradoxo deve ser salientado. No plano material, os direitos humanos proclamam a igualdade de todos e, ao mesmo tempo, reconhecem o direito à diferença, como forma de proteção do direito individual.

Proteger a igualdade e, ao mesmo tempo, a diferença, não é tarefa simples. Como diz DANIÉLE LOCHAK, “les membres des minorités revendiquent, certes, l'égalité des droits c'est-à-dire le droit d'être traités comme l'ensemble des autres citoyens, en dépit de ce que les on distingue: un droit à l'indifférence, en somme. Mais ils revendiquent aussi des droits en tant que membres de cette minorité, tels que la liberté religieuse ou le libre usage de leur langue maternelle. Plus fondamentalement, ils revendiquent le droit de préserver leur identité” (Lochak, 2005).

Ou seja, as minorias reivindicam igualdade de direitos, apesar de diferenças concretas; em suma, um direito à indiferença. Todavia, ao mesmo tempo, exigem direitos enquanto membros dessa minoria, tais como liberdade religiosa, lingüística, para preservar sua identidade.

O que LOCHAK denomina “direito à indiferença” não significa a mera igualdade, mas um tratamento justo, compatível com as identidades e diferenças, no confronto com os demais.

Em suma, há um direito à igualdade e um direito à diferença. O melhor conceito de justiça preconiza tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida em que se desigualam.

No famoso *Hooters Case*, a Suprema Corte dos EUA considerou discriminatória conduta de um restaurante de somente contratar jovens do sexo feminino. A ação foi iniciada por candidatos homens cuja contratação fora vedada. A empresa alegou que vendia “Sex appeal” feminino e que seus clientes não iam ao restaurante apenas em razão de seus *hamburgers*, mas também por causa das garçonetes.

A Suprema Corte decidiu que o restaurante poderia vender também “sex appeal” masculino, sendo injustificável e discriminatório o critério de seleção, inclusive em razão do objeto da empresa.

Aqui surge uma questão delicada. Um restaurante japonês ou africano que não contrata brancos está a praticar discriminação ? À luz da jurisprudência norte-americana, conclui-se que seria discriminatória essa conduta.

Segundo BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, temos o direito de ser iguais quando nossa diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza (Piovesan, 2006).

A preocupação com a igualdade de oportunidades, absolutamente correta, não pode permitir atentados a dois valores fundamentais da civilização: liberdade e igualdade.

Formas muito rígidas, repressivas, de impor igualdades assumem uma feição stalinista

Discriminar é criar diferenças para o exercício de direitos, com base em critérios injustificados como raça, sexo, idade, religião, opção sexual e outros.

A discriminação ofende o princípio da igualdade e destrói direitos.

É uma forma de preconceito, mas muito mais grave, eis que contrário à ordem jurídica. Equivale a racismo, xenofobia, intolerância com as diferenças.

A jurisprudência norte-americana construiu a teoria da discriminação por impacto adverso, assim como a da Comunidade Econômica Européia, porém denominando-a discriminação indireta (Lima, 2006)

A Diretiva 2.000/43 da UE procura eliminar a dupla discriminação contra a mulher, sexual e racial. Propõe ações afirmativas em favor de grupos com desvantagem social, além de repressão proporcional.

Consagra o diálogo social entre os parceiros sociais e as organizações não-governamentais para o combate à discriminação. Impõe a criação de órgão especial para examinar os problemas de discriminação, estudar soluções e prestar assistência às vítimas.

Admite a ação afirmativa, servindo-se do termo ação positiva, para prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com a origem racial ou étnica.

Inverte o ônus da prova, ou seja, basta o demandante apresentar elementos de prova inicial para criar presunção de discriminação.

Estimula a promoção do diálogo social entre os parceiros sociais, convenções coletivas, códigos de conduta e intercâmbio de experiências, bem como diálogo com organizações não-governamentais (Lima, 2006).

No Brasil, a CF/88 consagra como princípio máximo o respeito aos direitos humanos.

Art. 3º, incisos III e IV - Consagra como objetivos fundamentais:

a) redução das desigualdades sociais;

b) promoção do bem comum, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

- Art. 4º - "o Brasil se rege, nas suas relações internacionais, pelos seguintes princípios: (...) prevalência dos direitos humanos; (...) repúdio ao terrorismo e ao racismo;"

- Artigo 5º, caput – princípio da igualdade

- XLI e XLII - "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" e "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei."

- Artigo 7º, XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, cor ou estado civil."

- Artigo 20, XI – são bens da União as terras ocupadas pelos índios.

- Arts. 231 e seguintes – proteção aos direitos dos índios, em especial sobre suas terras, garantido o seu ingresso em juízo.

- Lei n. 7.716/89 – Penas severas para os crimes raciais e aumenta o rol de condutas puníveis ao proibir a prática do induzimento ou a incitação à discriminação.

- Lei n. 9.459/97 – Inclui os critérios etnia e procedência nacional e acrescenta um parágrafo ao artigo 140 do Código Penal, prescrevendo pena de reclusão de um a três anos e multa "se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem".

- Leis esparsas voltadas à punição da discriminação racial:

Lei n. 2.889/56 (crime de genocídio);

Lei n. 4.117/62 (meios de comunicação que promovam práticas discriminatórias);

Lei n. 5.250/67 (difusão de preconceito de raça);

Lei n. 6.620/78 (incitação ao ódio ou discriminação racial);

Lei n. 8.072/90 (genocídio como crime hediondo);

Lei n. 8.078/90 (publicidade discriminatória);

Lei n. 8.081/90 (discriminação nos meios de comunicação ou na publicidade);

Por outro lado, constitui direito humano fundamental de terceira geração, conforme assentado pela moderna teoria geral do direito, o meio ambiente saudável.

Os direitos de terceira geração são aqueles de titularidade coletiva, que interessam a todos e a cada um em particular, podendo ser citados, além do meio ambiente, o direito à paz e ao desenvolvimento econômico.

No caso do meio ambiente, o que se preserva é o acesso de todos à qualidade de vida, tratando de que a saúde corporal e mental não seja atingida por agressões ambientais decorrentes do desenvolvimento da tecnologia, dos processos e necessidades produtivas, dos maquinismos e da explosão urbana.

Mas não se deve pensar e planejar a proteção da natureza e do meio ambiente em benefício exclusivo do ser humano, mas sim como um pressuposto inerente a todas as formas de vida animal, vegetal ou mineral.

O ambiente saudável deve ser obtido mediante uma relação ecologicamente equilibrada entre as várias espécies animais, plantas, flores, assim como pela preservação da limpeza dos rios, dos oceanos e da atmosfera.

Da mesma forma, quando se cuida da saúde do trabalhador, devem-se incluir todas as espécies de trabalho humano e não apenas aquelas que têm como configuração jurídica a relação de emprego.

Seria uma limitação desarrazoada, incompatível com o trato amplo, expansivo, multidisciplinar, que a matéria exige. Seria confinar fatores naturais às premissas dogmáticas, naturalmente mutáveis, das ciências jurídicas e sociais, eis que determinadas por condicionantes meramente culturais e históricas.

Há, pois, uma ordem pública tecnológica ou ambiental que atrai a tutela através do poder do Estado, abrangendo todos os cidadãos e, conseqüentemente, os trabalhadores. Desse modo, amplia-se a proteção ao trabalhador.

Afinal, vive-se o que Bobbio denomina a “era dos direitos” e, nesse contexto, inclui-se o direito ambiental, conceituado como o conjunto de normas, princípios e instituições voltados a preservar a qualidade de vida, a saúde humana e o equilíbrio entre a natureza e o homem.

No direito brasileiro, a tutela do meio ambiente, em termos gerais e também especificamente nas relações de trabalho, é prevista em vários preceitos da Carta de 1988.

O meio ambiente de trabalho pode ser definido como “o conjunto das condições, leis, influências e integrações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida das pessoas nas relações de trabalho”. É, em outras palavras, o complexo de fatores físicos, químicos ou biológicos que atuam sobre o trabalho humano, em todas as suas formas.

Não se limita, e nem deveria, como já demonstrado, limitar-se à figura do empregado, embora este, consideradas as circunstâncias em que evoluiu historicamente o direito do trabalho, seja aquele que mais proteção obteve através da intervenção estatal ou da negociação coletiva.

Diante das modificações que se produzem nos processos produtivos, como as inovações tecnológicas, o teletrabalho e o trabalho em domicílio, que levam à desconcentração da mão-de-obra, talvez se deva modificar o conceito de ambiente laboral, para não mais restringi-lo ao espaço interno da fábrica ou da empresa, mas sim estendê-lo à moradia e ao ambiente urbano.

O que interessa é a proteção ao meio ambiente onde o trabalho humano é prestado, qualquer que seja a condição do seu exercício. Merecem proteção, portanto, também os trabalhadores autônomos, avulsos, eventuais, temporários etc.

Nas atividades terceirizadas, uma das maiores críticas de sindicatos e estudiosos está no fato de nem sempre se assegurar aos empregados da empresa fornecedora, quando o serviço é executado no estabelecimento da tomadora, uma proteção idêntica à dos trabalhadores desta, no que concerne aos riscos ambientais.

Esta é uma das manifestações perversas da terceirização descuidada e muitas vezes fraudulenta: trabalhadores que atuam lado a lado, exercendo funções semelhantes ou mesmo idênticas, não gozam da mesma proteção contra os riscos ambientais.

Tal comportamento é injustificável, ética e juridicamente. A preservação da saúde não pode ser desigual apenas pelo fato dos trabalhadores manterem vínculos jurídicos formais com empregadores distintos, pois, afinal, o meio ambiente nocivo os agride igualmente.

No sistema jurídico brasileiro, a segurança e medicina do trabalho constituem um mero segmento do direito ambiental.

Cuidam exclusivamente de aspectos ligados ao contato direto com agentes lesivos à saúde do trabalhador subordinado, ou seja, o empregado, no âmbito do estabelecimento do empregador, e desde que haja previsão expressa em quadros previamente elaborados.

Parece necessária uma revisão dos conceitos que presidem a disciplina legal das atividades que causam dano físico ao trabalhador.

Mais do que uma indenização pelo trabalho em condições ambientais danosas, se deveria cuidar de eliminar todos os agentes nocivos.

No direito internacional, a Convenção 148 da Organização Internacional do Trabalho, que cuida dos riscos profissionais no local de trabalho decorrentes de contaminação do ar, do ruído e vibrações, tem como princípio fundamental a eliminação do atentado à saúde e não apenas sua neutralização.

Necessária se faz maior preocupação com os aspectos ergonômicos. A ergonomia tem por fim o estudo de sistemas para que as máquinas possam funcionar no ambiente de trabalho em harmonia com o homem.

Os ambientes de trabalho insalubres devem ser abolidos definitivamente.

Caminhamos para uma noção de “habitat laboral”, ou seja, o ambiente de trabalho, encarado como fator de qualidade de vida do trabalhador “lato sensu”, a partir de uma concepção mais ampla que atrai tudo que envolve e condiciona, direta e indiretamente, o local onde o ser humano busca sua realização profissional e econômica

10. Proteção ao economicamente frágil

Dessas experiências se conclui que a proteção trabalhista deve atender ao grau de debilidade econômica do trabalhador e não mais calcar-se na subordinação.

Ademais, a intervenção do Estado deve fazer-se de modo a garantir o respeito à igualdade, à dignidade, aos direitos da personalidade, permitindo inclusão social, renda e qualidade de vida ao trabalhador e, ao cabo, favorecer a dinâmica do mercado de trabalho.

Não é tarefa das mais fáceis.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Ávila, Priscila de Oliveira Pinto. *Lavoro Ripartito e Lavoro Intermittente*. In: Mannrich, Nelson (coord.). *Reforma do Mercado de Trabalho: A experiência italiana*. Editora LTr, 2010.

Baylos, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para Armar*. Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999.

Barros, Alice Monteiro de. Trabalhadores intelectuais: subordinação jurídica. Redimensionamento. Revista de Direito do Trabalho, Editora RT, S. Paulo, n. 115, 2004.

Boissonat, Jean. 2015 – Horizontes do Trabalho e do Emprego. São Paulo: LTr, 1998.

Brito Filho, José Cláudio Monteiro de. Discriminação no trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

Bulgueroni, Renata Orsi. Parassubordinação: origens, elementos, espécies e tutela. In: Mannrich, Nelson (coord.). Reforma do Mercado de Trabalho. A experiência italiana. Editora LTr, 2010.

Brown, William. Third Party Labour Market Intervention in Open Economies. In: Labour Market Deregulation. Essays in Honour of Keith Hancock. Joe. Isaac & Russell D Lansbury (org.). Sidney: The Federation Press, 2005.p.195.

Cadidé, Iracema Mazetto. A subordinação estrutural no contexto da terceirização. Revista LTr. Vol. 74, nº 05, Maio/2010. p.572.

Capella Hernandez, Juan Ramón, Revista Anamatra n. 61, 2011, p.5. Disponível em:

<http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00003003.pdf>

Acesso em: 19-08-11.

Chevallier, Jacques. L`état post-moderne, Paris, L.G.D.J, 2008.

Ferreira, Cristiane Aneolito. Breve abordagem sobre as formas de terceirização denominadas Trabalho Temporário e *Somministrazione* a Tempo Determinado em cotejo com o Decreto Legislativo n.276/2003 que instituiu a Reforma Biagi na Itália. In: Mannrich, Nelson (coord.). Reforma do Mercado de Trabalho. A experiência italiana. Editora LTr, 2010.p. 236.

Fioravante, Tamira Maira. O papel da contratação coletiva de trabalho perante as novas tipologias contratuais no Direito Italiano. In: Mannrich, Nelson (coord.). Reforma do Mercado de Trabalho. A experiência italiana. Editora LTr, 2010.

Galantino, Luisa. Direito ao trabalho e Direito do trabalho no modelo comunitário. In: Mannrich, Nelson (coord.). Reforma do Mercado de Trabalho. A experiência italiana. Editora LTr, 2010.

García Trascasas, Ascensión. La reforma de la ocupación y el mercado de trabajo en Italia. España: Editorial Bomarzo S. L., 2006.

Gimenez Gluck, David. Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

Goldin, Adrián. Ensayos sobre el futuro del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

GOMES, Joaquim Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio: Renovar, 2001.

Hoyos, Arturo. “La flexibilización del derecho laboral en Panamá”, in “La Flexibilización del trabajo. Un estudio internacional”, Coord. Oscar Hernandez Alvarez, Caracas, Univ. Centro Occidental Lisandro Alvarado, 1990.p.150.

Isaac, Joe “The deregulation of the Australian Labour Market. In: Labour Market Deregulation. Essays in Honour of Keith Hancock. Joe Isaac & Russell D Lansbury (org.).Sidney: The Federation Press, 2005.

Le Figaro. Caderno Entreprises, 12.5.09.

Le Monde. 3 e 4 de maio de 2009.

Le Monde. 10 e 11 de maio de 2009, DébatsHorizons.

Lima, Firmino Alves. Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

Lima, Francisco Meton Marques de. A “Pejutização” do contrato de trabalho – retorno ao princípio da autonomia da vontade – Lei n. 11.196/05. Revista LTr. n. 06, 2007.

Lochak, Danièle. **Les droits de l’homme**. Paris: Éditions La Découverte, 2005.

Massoni, Túlio de Oliveira. O lugar do sindicalismo no novo direito do trabalho: A ação sindical para além da fábrica. . In: Mannrich, Nelson (coord.). Reforma do Mercado de Trabalho. A experiência italiana. Editora LTr, 2010.

McCallum, Ron. Industrial Citizenship. In: Labour Market Deregulation. Essays in Honour of Keith Hancock. Joe. Isaac & Russell D Lansbury (org.). Sidney: The Federation Press, 2005.

Moreira, Priscila Soeiro. O contrato a projeto na Reforma Italiana de 2003. In: Mannrich, Nelson (coord.). Reforma do Mercado de Trabalho. A experiência italiana. Editora LTr, 2010.

NiceMatin. 17.4.2009.

OIT, working paper n.5, “Laws or luck – Understanding rising formality in Brazil, Berg, Janine, ILO Office in Brazil, 2010.

OIT, “Trabajo”(La Revista de la OIT) n. 70, dezembro de 2010, p. 8.

Oliveira, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação jurídica: um conceito desbotado. Revista de Direito do trabalho, São Paulo, n. 126, 2007.

OZAKI, Muneto (director de publicación). Negociar la flexibilidad: Función de los interlocutores sociales y del Estado. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2000, p. 57.

Pastore, José. A CLT se complica cada vez mais. (Publicado no site *O Estado de S. Paulo* de 03.08.10) www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_295.htm
Acesso em: 13/04/11.

Pedreira, Pinho. A discriminação indireta. Revista LTr. São Paulo: vol. 65, nº 4: 402-406, 2001.

Piovesan, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de. (coord.). Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. Brasília: SEPPIR, p. 19-58, 2006.

_____. Direitos humanos e o trabalho. In: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. Direito do trabalho e direitos humanos. São Paulo: BH Editora, p. 287-317, 2006.

Podetti, Humberto A., “Cambio social y adaptabilidad del Derecho del trabajo”, Derecho del Trabajo, n. 12, dez/1990, Buenos Aires, La Ley, p. 2520.

Purcalla Bonilla, Miguel Angel. El trabajo globalizado: Realidades Y Propuestas. España, 2009.

Reich, Robert B. “Supercapitalismo”, Rio, Elsevier, 2008.

Rodrigues, Ana Cristina Barcellos. Apprendistato. In: Mannrich, Nelson (coord.). Reforma do Mercado de Trabalho. A experiência italiana. Editora LTr, 2010.p.189/190.

Rodrigues, Iram Jácome. Transformações no mundo do trabalho e dilemas do sindicalismo. Revista do direito do trabalho. São Paulo, Editora RT, n. 117, 2005.

Romita, Arion Sayão. Os princípios do direito do trabalho ante a realidade. Revista LTr, Vol. 74, nº09, setembro/2010.

_____. A crise do critério da subordinação jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. Revista LTr. Vol. 68, nº11. Novembro/2004.

Ross, Iain. Commentary. Industrial Citizenship. In: Labour Market Deregulation. Essays in Honour of Keith Hancock. Joe Isaac & Russell D Lansbury (org.). Sidney: The Federation Press, 2005.

Silva, Otavio Pinto e. Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

Soria, Thiago Melosi. Contrato de Inserimento. In: Mannrich, Nelson (coord.). Reforma do Mercado de Trabalho. A experiência italiana. Editora LTr, 2010.p. 194/195

Spattini, Silvia. "The Reform of Social Protection Systems and Flexicurity in a European Perspective", obra coletiva "The Modernization of Labour Law and Industrial Relations in a Comparative Perspective", Kluwer Law International, Bruxelas, 2009.

Veiga, José Eli da, *Gato por Lebre*, Valor Econômico, 16.8.2011, p. A17.

Vendramin, Patricia e Valenduc, Gérard, "L'avenir du travail dans la société de l'information", L'Harmattan, Paris, 2000.

Viana, Márcio Túlio, "Trabalhadores parassubordinados: deslizando para Fora do Direito", In: Renault, Luiz Otávio Linhares e outros (coordenadores), "Parassubordinação", S.Paulo, LTr, 2011, p. 29.

ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO PENAL MÍNIMO, PUNIR OU NÃO PUNIR.

Juliana Vecchi da Silva¹

RESUMO

Este estudo tem por finalidade enriquecer o conhecimento acerca de alguns aspectos do direito penal mínimo, criar um pensamento crítico positivo sobre o minimalismo penal, traçando um paralelo de forma clara e não esgotada de suas principais objeções, princípios e conceitos de renomados autores. Vive-se uma polêmica com relação às penas restritivas de liberdade e suas consequências perante a sociedade, contudo será possível algum dia punir sem denegrir? Será possível dar um valor positivo para a punição? Sendo que a mesma acaba sendo apenas o cumprimento de um aparato de leis que se cegam para a realidade das penas e dos estabelecimentos prisionais atuais. Será que a pena vem sendo aplicada apenas para mostrar para a sociedade a “eficácia” do judiciário e de sua aplicabilidade ou, realmente aplicada com seu caráter funcional e ressocializador? Pensa-se ser o papel da pena e sua aplicação com caráter punitivo e ressocializador, pois assim sua eficácia seria maior, pensando dentro do âmbito sociedade, do que aquela pena aplicada visando o poder vingativo e lenitivo.

Tais perguntas, não são fáceis de resposta, principalmente porque se vive em uma sociedade inchada com centenas de tipos penais existentes, percebe-se assim um alto grau de sensação de injustiça frente às leis que não são respeitadas pela sociedade em seu inteiro rigor, surgindo assim, à sensação de impunidade, realidade esta em que se vive. Será baseado este estudo na tentativa de trazer a resposta a tais perguntas.

Palavras Chaves: Valor; Punição; Realidade; Criminalidade; Ressocializar.

ABSTRACT

This study has the purpose to enrich the knowledge of some aspects about criminal law minimum, create a positive critical thought about minimalism penal, plotting a parallel in a clear way and not fagged out from primary objection, principle and concepts of renowned authors. Live a controversial in relation of restrictive punishment of freedom and their consequences in the society, though will be

¹ Acadêmica do 10º período Direito da Faculdade Opet Curitiba.

possible someday to punish without denigrating? Will be possible to give a positive value for punishment? Being the same is just an accomplishment of apparatus of laws that blind to the reality of punishment of prison establishment nowadays. In matter of fact the punishment has been apply just to show to society the “efficacy” of judiciary and the applicability or really applied with functional and re socialize? Thinks that the punishment part is the application with punishment character and re socialize because this way the efficacy would be higher, thinking on the society community, not in that one punishment applied seeking revenge and power mitigation.

Such questions are not easy to answer, mainly because live in a society bloated with hundreds of existing criminal types, we see a high degree sense of injustice facing the laws that are not respected by society in entire rigor, appearing to the sense of impunity, reality that it’s live in. This study will be based on the attempt to bring answers to such questions.

Key Words: Value. Punishment. Reality. Crime. Resocialize.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tratará do Direito Penal, voltando à atenção ao favorável uso do direito penal mínimo em alguns de seus destaques principais, falará sobre a pena e sua verdadeira função social que seria punir (proporcionalmente com relação à conduta antijurídica) e regenerar a pessoa que cometeu o delito. Analisam-se alguns aspectos relevantes: conceitos de autores renomados sobre a pena, o direito penal mínimo, sua função e ainda discorre-se sobre os princípios que o cercam e tenta-se trazer ao leitor alguma crítica ou opinião mesmo que contrária ao tema aqui abordado.

Dando sequência, aborda-se também em alguns parágrafos deste trabalho sobre o poder punitivo que é inerente ao Estado, e sobre a finalidade da pena. Neste ponto, examinam-se três teorias que seriam a retributiva ou absoluta e a relativa ou preventiva, e a teoria unificadora da pena. Idealizando sempre que o leitor tenha uma visão dos aspectos relevantes do tema aqui abordado, para assim tratar de temas polêmicos como o caos que se encontram as prisões brasileiras, sob o motivo de que vejam o Direito Penal mínimo como uma possível solução de diminuição do crítico abarrotamento carcerário que se encontra atualmente, claro que dentro de suas vertentes aqui estudadas.

Também se estuda a importância da integração do trabalho carcerário, visando sempre o retorno do apenado para a convivência em sociedade, em qual se aplicados tais institutos reduziria a reincidência e reinserção a volta das práticas delituosas. Acredita-se que junto com a política criminal do Direito Penal Mínimo são o alicerce para uma possível resolução a estas questões.

O que se espera é um direito penal eficaz, que anseia por justiça ao invés de formalidades incoerentes e ilusórias, pois o sistema penal já está corrompido e programado para realizar aquilo que é errado, depois desta correta assertiva, o que resta é em forma de trabalhos acadêmicos como este, idealizar políticas criminais que poderiam um dia tentar ser a possível solução da problemática aqui tratada. Um dia quem sabe, é o que se espera.

2 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO - “*IUS PUNIENDI*”

Para a convivência harmoniosa em sociedade, não se pode descartar a criação de regras de comportamento, aquelas que ditarão o que poderá e não poderá ser feito, ou seja, as leis. Tais regras devem ser devidamente constituídas para tal, pois se vive em uma sociedade democrática de direito, e tais regras normalmente criam direitos e obrigações², que os cidadãos deverão seguir sob pena de uma coerção. No direito penal tem-se o *ius puniendi*, que em suma seria o Estado tomando por si a prerrogativa de ditar e fazer executar as normas de comportamento, no qual explica acentuadamente Rogério Greco como sendo:

No que diz respeito especificamente às normas de natureza penal, destaca-se o *ius puniendi*, que pode ser entendido tanto em sentido objetivo, quando o Estado, através de seu Poder Legislativo, e mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria as normas de natureza penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob, a ameaça de uma sanção, como também em sentido subjetivo quando esse mesmo Estado, através do seu Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico ilícito e culpável³.

É fato que o direito penal influencia a conduta dos homens a realizar ou não realizar determinadas ações e evitar a produção de consequências “lesivas ou positivas”⁴, pois como já dito acima, o direito penal surgiu para regular a vida e a convivência das pessoas para que se pudesse viver em harmonia e respeito por cada indivíduo, assim, o Estado buscou para si o direito de punir, monopolizando essa titularidade de repressão e punição a quem infringir tais normas⁵. Pode-se concluir que o direito penal é como se fosse uma ferramenta legalizada utilizada pelo Estado para manter o controle dos indivíduos assegurando para os mesmos a proteção.

Para René Dotti:

Ao estado social – que não deve se transformar em autoritário, mas manter-se democrático e de Direito – impõe-se a obrigação de respeitar uma serie de limites no sentido de que a prevenção será exercida em benefício e sob controle de todos cidadãos.⁶

Tratando deste direito de punir do Estado, pode-se dizer que o Estado usa da pena como a mantenedora e facilitadora, a fim de regulamentar a convivência entre os indivíduos na sociedade. Ele utiliza a pena (e o direito Penal) para proteger determinados bens jurídicos. Daí à máxima de que, como evolui a forma de Estado, evolui também o Direito Penal, ou deveria seguir a esta evolução. Existe uma igualdade de pensamentos entre autores que dizem que a pena justifica-se por sua

² GRECO, Rogério, Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p.19.

³ Idem.

⁴ GRACIA, Martins Luis. **O Horizonte do Finalismo, e o Direito Penal do Inimigo**: tradução Luiz Regis Prado e Erika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.45.

⁵ NORONHA, E Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q.T. de Camargo. **Direito Penal**. 34 ed.,v.1 São Paulo: Saraiva, 1999, p.13.

⁶ DOTTI, René Ariel, **Base e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.137.

necessidade, que quando necessário o Estado recorre à pena para tornar possível a convivência entre os homens na sociedade⁷. Para Mirabete a finalidade do Direito penal seria a proteção da sociedade e a defesa de bens jurídicos fundamentais:

Pode-se dizer, assim, que o direito penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz publica etc.).⁸

Vale ressaltar que para ser válido e justificado tal poder do Estado (do *ius puniendi*), ele deverá observar severamente direitos inerentes da pessoa, que em virtude da conduta ilícita da pessoa que praticou o ato, não perdem sua força⁹, ou ao menos não deveria perder. Greco¹⁰ afirma que o *ius puniendi*, Estado e Direitos Humanos estão intimamente ligados.

Dissertando sobre o tema, aduz Ferrajoli que:

A essência do constitucionalismo e do garantismo, quer dizer, daquilo que denominei de 'democracia constitucional', reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula como conseqüência uma concepção e equilíbrio ente poderes, de limites de forma e de substancias a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação contra suas violações. Assim, neste Estado Constitucional e democrático de direito é que encontraremos o fundamento de validade do *ius puniendi*, bem como suas limitações. É um Estado em que os direitos humanos deverão ser preservados a qualquer custo. Como diz precisamente Norberto Bobbio, 'o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das constituições democráticas'.¹¹

O Estado monopolizou a aplicação da punição, buscando a paz social, pois caso não o fizesse seria uma lacuna para que vítimas de familiares se sentissem aptos a fazer justiça por si mesmo, assim se retornaria à época da barbárie¹². Nucci reafirma que a pena nunca poderá ter em seu caráter uma vingança e sim deverá servir de repressão e, ainda, complementa o pensamento de que o Estado mesmo que tente não consegue manter e gerar uma pacificação social interina em todo tempo nem tampouco a recuperação daqueles que praticam atos delituosos, mas ele sempre servirá para reestabelecer a ordem e o equilíbrio emocional dos prejudicados pelo delito:

Notemos que o próprio Estado, através de seus órgãos de repressão, ainda que buscando justiça e imparcialidade em sua postura e em seus atos, não consegue implementar a meta de pacificação social, nem tampouco de plena recuperação daqueles que delinquem, ofendendo bens jurídicos fundamentais e tutelados.(...) certamente há um sentimento de justiça ínsito em cada ser humano,

⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão, Causas e Alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114.

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19ª ed. São Paulo Atlas, 2003, p. 22.

⁹ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p.24.

¹⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teorias do Garantismo Penal**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.30.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.71.

merecedor de respeito, motivando o Estado a agir pronta e eficazmente quando a ordem jurídica é abalada pela conduta criminosa, não somente para reafirmar a prevalência da norma, mas também para acalmar a sociedade – e particularmente a pessoa diretamente ofendida – que se sente lesada ao tomar contato com o delito.¹³

Como visto, é essencial a utilização do poder pelo Estado para evitar que a sociedade veja o Estado como não garantidor de confiança trazendo assim uma insegurança generalizada, mas que juntos transforme-se, em uma sociedade em conjunto com o Estado que busque a paz social como meta¹⁴.

2.1 A FINALIDADE DA PENA

A origem da palavra pena vem do grego *poine* que significa vingança, ódio¹⁵. Seria a pena um mal ou uma imprescindível necessidade social? Qual seria a finalidade da pena? Serviria para fins preventivos ou é imposta ao autor de um delito a fim de que seja castigado? Para Nucci, o conceito é que ela além de ser uma sanção para prevenção a novos delitos, seu objetivo também seria o de reeducar o delinquente, tirando-o do convívio social para isto, fazendo com que ele e também a sociedade seja intimidada e inibida a pratica de crimes, não seria ela uma vingança:

Trata-se da sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes.¹⁶

Faz-se pertinente neste momento citar os seis fundamentos para a existência da pena, conforme leciona Nucci:

- a) Denúncia: fazer com que a sociedade desaprove a pratica do crime;
- b) Dissuasão: desaconselhar as pessoas de um modo geral e, particularmente, o próprio criminoso à pratica delitiva;
- c) Incapacitação: proteger a sociedade do criminoso, retirando-o de circulação;
- d) Reabilitação: reeducar o ofensor da lei penal;
- e) Reparação: trazer alguma recompensa à vítima;
- f) Retribuição: aplicar ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido¹⁷.

Já para René Ariel Dotti¹⁸ o conceito de pena seria um mal imposto por causa da prática de um delito, afim de que esta sanção traga à sensação para a sociedade de proteção, inibindo a prática do delito.

O Estado aplica a pena com o intuito de usar a coerção, visando ela ser a pacificadora e inibidora de atos ilícitos. Pode-se concluir que a pena é uma consequência natural do Estado imposta a alguém quando o mesmo pratica uma infração penal¹⁹.

¹³ *Ibidem*, p.70.

¹⁴ *Ibidem*, p. 71.

¹⁵ *Ibidem*, p.53.

¹⁶ *Ibidem*, p. 52.

¹⁷ *Ibidem*, p. 54.

¹⁸ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p.135.

¹⁹ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. v.1. 10.ed, rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008 v. 1, p.6.

O objetivo aqui não seria fazer uma análise histórica da pena, mas sim, somente analisar alguns aspectos que realmente não podem faltar para a completa interpretação sobre função da pena. Passa-se, então, para a análise de algumas das teorias sobre a função da pena para esclarecer o entendimento com relação ao tema.

2.2 TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA DA PENA

Analisando a pena a partir da análise e estudo da teoria absoluta, pode-se dizer que a pena era um “castigo” com o qual se buscava retribuir o mal cometido, ou seja, não havia uma finalidade para a pena e sim uma punição, uma mera vingança²⁰ ao infrator, afim que fosse castigado pelo mal que causou. A pena era imposta para se remir o mal cometido²¹.

Na concepção liberal do Estado, a pena é consagrada pelas leis e passa a ser conceituada como retribuição, assim ela é a necessidade para se manter a ordem jurídica²² e de se restaurar a ordem jurídica que foi defasada, sendo legitimada pelas leis. Neste contexto retributivo da pena, ela é incumbida com um caráter de realizadora da justiça, ou seja, a culpa de quem delinuiu deve ser compensada com a imposição de uma pena (um mal)²³ para que assim se seja feita a justiça. Esse fundamento segundo Bitencourt, “tem sua base no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de idéias morais”²⁴.

Nas palavras de Cesar Roberto Bitencourt sobre este contexto da pena:

Segundo o esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal esta no inquestionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Por meio da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar a justiça. A pena é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena consegue-se a realização da justiça, que exige, diante do mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor castiga-se *quia peccatur est*, isto é, porque delinuiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado.²⁵

Kant foi um dos principais representantes da teoria Retributiva. Para Kant, aquele que não cumpriu as disposições legais não é digno do direito de cidadania e é dever do soberano castigar o transgressor da lei. A pena, afirma Kant:

Não pode nunca ser aplicada como simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinquido.²⁶

²⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.119.

²¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p.117.

²² *Ibidem*, p.118.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p.119.

²⁵ *Ibidem*, p.118.

²⁶ KANT, Immanuel *apud* BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p.121.

Em cima deste argumento Kant afirma que a pena não tem uma função preventiva, a aplicação da pena se dá pelo simples fato do agente ter infringido a lei penal, ou seja, ter delinqüido.

2.3 TEORIAS PREVENTIVAS OU RELATIVAS DAS PENAS

Essa teoria apresenta bastante diferença em relação às acima já mencionadas, pois buscam fins preventivos, ou seja, a pena não teria como meta retribuir ao autor da prática do delito, e sim, procura prevenir a ação delituosa antes do seu cometimento ou para que não volte a delinqüir. A necessidade da pena aqui apresentada não seria para realização da justiça assim como a retributiva, mas sim exclusivamente sua função seria a de inibir a prática de atos delituosos²⁷.

2.4 TEORIA MISTA OU UNIFICADORA DA PENA

Seria dizer que a pena teria em seu conceito uma retribuição jurídica para o ato delituoso, proteção essa que só se justificaria se e quando realmente fosse necessária sua intervenção para a proteção da sociedade. A Retribuição seria o limite da prevenção para que assim se inibisse algum excesso de uma teoria unicamente orientada pela prevenção, ou seja, usaria a retribuição a favor da prevenção. Busca-se unir a justiça com a utilidade, ou seja, a pena somente será legítima se ao mesmo tempo for justa e útil, portanto se a pena não for realmente necessária e útil ela se torna ilegítima.²⁸

Claus Roxin expõe sua tese sobre a teoria dialética unificadora da pena, que em seu ver a análise do direito penal se divide em três momentos distintos que se complementam que seriam: a ameaça (cominação), a imposição (aplicação) e a execução da pena²⁹.

Na cominação da sanção penal, o Estado é o detentor do direito de punir, o *ius puniendi*, e é ele que determinará a função do direito penal e que deve se atentar para sua natureza subsidiária, ou seja, somente os bens jurídicos relevantes é que merecerão a tutela do direito penal. Já para a aplicação da pena diz Roxin servir ela para uma proteção subsidiária e tanto preventiva geral quanto individual. E finalmente para a fase da execução da pena, a pena teria em sua finalidade a reintegração e ressocialização do delinqüente no seio da sociedade. Visto que para Roxin, não se deva interferir de forma agressiva na autonomia da pessoa, que além de inconstitucional não poderá de forma coercitiva interferir na personalidade da pessoa.³⁰

²⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p 132.

²⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: a legitimação versus deslegitimação do sistema penal – 3. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008. p. 61

²⁹ ROXIN, Claus. *Apud* QUEIROZ, Paulo. *Op. Cit.*, p. 63

³⁰ *Ibidem*, p. 66

3 LIMITAÇÕES DO *IUS PUNIENDI* - ALGUNS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Pode-se encontrar algumas das limitações do Estado ao seu poder punitivo nos princípios consagrados na constituição, implícitos ou expresso. Greco³¹, em sua obra, diz serem os princípios os limitadores internos deste poder que o Estado tem para punir.

Analisam-se agora alguns dos principais princípios que norteiam o tema, pois se valem de suma importância, sempre que se fala em liberdade, direito penal, direito punitivo do Estado, ou direitos humanos. Deve-se atentar toda nossa concentração aos elencados princípios aqui expostos, assim, como os demais princípios que norteiam nossa admirável constituição federal, pois se observados e colocados em prática já seria um primeiro passo rumo a um Direito Penal Mínimo eficiente. O exercício do direito punitivo do Estado, que se faz com a imposição da sanção, deve sob pena de inconstitucionalidade se valer de tais princípios, pois vale dizer que são de observação obrigatória para criação e aplicação do Direito³².

Sobre os princípios conclui Greco:

Os princípios são considerados, na ciência jurídica, como as normas gerais mais abstratas, que servem de norte e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo.³³

O objetivo de tal análise rigorosa se dá pelo fato de que os valiosos princípios têm a função de orientar o legislador e os aplicadores do direito limitando-os. Também, não se pode esquecer de sempre elevar a vista aos direitos humanos, e embasa aqui o direito penal sempre com a dignidade da pessoa humana, temas estes que estão intimamente ligados.

Como já dito acima, os princípios não podem ser esquecidos, eles estabelecem as diretrizes a serem seguidas atuando como alicerce da interpretação das normas constitucionais, eles devem então, ser analisados pelo legislador, quando da elaboração da lei, bem como o magistrado quando do julgamento do caso concreto. São os princípios orientadores das regras que devem ser aplicadas, proporcionando o conhecimento específico para aplicação do direito positivo³⁴.

Pode-se então concluir que todas as normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, deverão ser entendidas, estudadas e interpretadas de acordo com o que preconizam os princípios. Seriam eles a base estudada juntamente com a Constituição, por sua suma importância não se pode deixar de analisar alguns deles para assim dar maior entendimento ao tema.

³¹ GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

³² *Ibidem*, p.113.

³³ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 5 ed. Niterói, RJ:Impetus, 2006, p.55.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p.25.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, também chamado de princípio da reserva legal, está disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal³⁵ e encontra-se tal princípio também estampado no artigo 1º do Código Penal Brasileiro³⁶.

Este princípio limita os detentores do poder e esclarece através destas normas, para a sociedade o que pode e o que não pode ser feito, pois caberá ao poder legislativo selecionar os comportamentos que causem lesão aos bens jurídicos mais importantes e necessários. Vale aqui ressaltar que se encontra novamente a premissa de que para um direito penal mínimo o legislador deve se atentar apenas aos bens jurídicos que não podem ser tutelados por outros ramos do ordenamento jurídico, usando o Direito Penal como *ultima ratio*.

De acordo com Paulo Bonavides:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e validas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governadores. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais aonde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.³⁷

Este princípio constitui alicerce do próprio Estado de Direito, dando para a sociedade a segurança jurídica, pois se tem a constituição como a norma principal que deverá estar sempre no topo ditando as diretrizes, não podendo outro texto colidir com as regras ali expressas³⁸. Este princípio contribui para que não se formule tipos penais vagos ou de forma dúbia (taxatividade), garantindo a segurança na sua aplicação. Combinado com a taxatividade tem a anterioridade da lei penal que protege o indivíduo de não ficar a mercê do aplicador do direito, orientando que não existe crime sem uma lei que o defina.

Segundo Rogério Greco o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais:

1- Proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

2. Proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).

3- Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

³⁵ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

³⁶ _____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros 1994, p.112.

³⁸ GRECO, Rogério, Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

4- Proibir incriminações vagas e indeterminadas (nullum crimen, nulla poena sine lege certa)³⁹.

Logo, para segurança jurídica deve ser este princípio estrutural de qualquer ordem jurídica, mas ressaltando sua importância na seara penal Greco assevera:

Na seara penal evidencia-se, ainda mais, a importância do princípio da legalidade. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é permitido em Direito Penal. Por essa razão é que Franz Von Liszt diz que o “código Penal é a carta Magna do delinquente”.⁴⁰

3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para vivenciar um Direito Penal efetivo, seguro, ressocializador, legítimo, e pode-se também já mencionar, um Direito Penal mínimo, o Estado deve colocar em máxima a efetividade da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. É dever do Estado respeitar o ser humano acima de tudo⁴¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se expressamente adotado pela nossa constituição⁴², em seu art. 1º, inciso III. Vale ressaltar aqui neste ponto que embora se tente seguir uma diretriz da não criação de penas que afetem a dignidade humana, a pena privativa de liberdade sempre resultará em danos maiores psicológicos e até físicos na pessoa do apenado⁴³.

Pode-se culpar aqui, neste mesmo ponto, como já mencionado, o sistema carcerário degenerativo que infelizmente se tem no Brasil hoje, que visa somente enjaular os criminosos em vez de reestruturá-los para seu retorno à vida em sociedade. Dentro de todo esse contexto o direito penal também deve ser usado para visar à recuperação destes infratores ao invés de apenas gritar com júbilo o seu encarceramento, achando que assim se realiza a justiça. Vale deixar claro que o objetivo deste trabalho não é defender um direito penal abolicionista, mas sim um direito penal mínimo, usando-o verdadeiramente como a *ultima ratio*, protegendo a sociedade e ressocializando a pessoa do apenado que voltará a ser um ser social algum dia, depois de pagar a sociedade seu mal causado. Desta forma, se algum dia se conseguir conjecturar a aplicação da pena restritiva de liberdade com o princípio da dignidade da pessoa humana, e com o princípio da intervenção mínima, conectando-as e transformando-as em uma só, talvez assim, chegar-se-ia perto de um direito penal justo e principalmente efetivo para a sociedade no geral.

Para finalizar este tópico com relação ao referido princípio cita-se as brilhantes palavras de Carlos E. Ribeiro Lemos:

³⁹ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁰ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 56.

⁴¹ O contraste negativo desta afirmativa é o que se vê hoje, com relação ao sistema penitenciário brasileiro, um verdadeiro show de descaso que bate de frente com a realidade na qual se fecham os olhos pelas autoridades e a sociedade também nega calada a absurda realidade dos apenados que cumprem pena no regime fechado, análise esta que será feita em momento oportuno no trabalho.

⁴² BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

⁴³ BITENCOURT, Cesar Roberto, **Falência da Pena de Prisão, Causas e Alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.15.

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitações do poder, enfim onde a liberdade e a autonomia, a igualdade – em direitos e dignidade – e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.⁴⁴

Baratta⁴⁵ bem disserta sobre o tema, dizendo que o sistema penal viola por seu próprio sistema os Direitos Humanos, o mesmo criminaliza várias condutas, tornando os estabelecimentos prisionais e os órgãos que tem a prerrogativa da execução, abarrotados cheios, exaustos e sem condições de ser efetivo, pois tal sistema está preparado para uma demanda muito inferior a que se tem hoje, devido a essa criminalização exacerbada. No dizer de Baratta “o sistema penal está assim, estruturado para que, de fato, não funcione”⁴⁶.

3.3 PRINCÍPIO DA *ULTIMA RATIO* - A INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da *ultima ratio* tem o objetivo de limitar o poder incriminador do Estado, somente dando legitimidade de atuação ao direito penal quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes, ou seja, quando os demais setores do direito se mostrarem incapazes ou ineficientes para a proteção de um determinado bem jurídico, fazendo com que a legitimação da criminalidade de uma conduta só seja aceita se assim for o único meio necessário para a proteção deste bem jurídico⁴⁷. Usar-se-á este princípio para aduzir ao direito penal mínimo.

O que se vê hoje é que o legislador tende a estender ao Direito penal outro papel que não corresponde a ele e sim a outros setores do Direito. Vê-se o emprego da força penal sendo posta para a sociedade em crise de forma a solucionar todos os anseios da sociedade, como se fosse possível se chegar ao paraíso, que seria uma sociedade justa e sem maldade, realizada por um direito penal Máximo, com o poder nas mãos do legislador.

O Direito Penal, ao contrário do que acontece hoje, deveria deixar de se preocupar com toda e qualquer conduta lesiva, e sim, verificar se o ato teve proporção para que se justifique uma intervenção penal, levando a tutela penal a atuar o menos possível, agindo desta forma minimamente⁴⁸.

Explicando o tema leciona Mauricio Antônio Ribeiro Lopes:

Estabelece esse princípio que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da

⁴⁴ LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. *apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 106.

⁴⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.169.

⁴⁶ Idem

⁴⁷ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p.112.

⁴⁸ Idem.

comunidade, como *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.⁴⁹

3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Quer o princípio da proporcionalidade manter uma corrente legítima e intimamente ligada ao direito penal mínimo, seguindo a coerência entre ambos, procura-se estipular sanções ínfimas para proteção de bens jurídicos menos relevantes e maior proteção aos bens jurídicos de vital relevo⁵⁰. Deve o legislador ao criar tipos penais incriminadores orientar-se por este princípio, a fim de evitar contradições e injustiças, deve ele estipular as penas proporcionalmente aos crimes praticados.

Deve, como diretriz deste princípio, observar obrigatoriamente a ponderação entre a importância do bem jurídico tutelado e a afetação do direito que implicará na intervenção penal.⁵¹ Parafraseando as palavras de Greco⁵², deve o legislador no momento da criação do tipo penal incriminador, que sob pena de uma sanção que proíbe ou impõe determinado comportamento, deve obrigatoriamente observando sob o prisma da proporcionalidade, esta sanção ser proporcional à gravidade do mal que foi produzido⁵³.

Segundo Greco⁵⁴, uma das maiores problemáticas que enfrenta o Direito Penal é o de realmente encontrar a pena proporcional ao delito, tendo em vista o enorme nível atual de tipos penais incriminadores, fazendo com que se torne cada vez mais árduo se aplicar a proporcionalidade, pois será necessário que cada tipo penal seja comparado no ordenamento jurídico-penal.

Zaffaroni *apud* Queiroz aduz que o Direito Penal já esta programado para desobedecer a tais princípios, apresenta-se suas palavras:

Considera Zaffaroni, ser absurdo pretender que os sistemas penais respeitem os princípios, já que estão “estruturalmente armados para violá-los a todos”, considera, por isso, que o Direito penal deve servir à programação de minimização da violência.⁵⁵

Somente chegará à obtenção de um Direito Penal Mínimo por completo, caso sejam inteiramente respeitados os princípios fundamentais.

4 PRISÕES E CAOS DO SISTEMA - UMA JUSTIFICATIVA PARA A INTERVENÇÃO MÍNIMA

Pode-se iniciar este tópico desde já e não tardio, concluindo que, a prisão é imprescindível, mas deixando claro também, que não se pretende uma abolição da

⁴⁹ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.92.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 37.

⁵¹ MIR PUIG, Santiago *apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 116.

⁵² GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 117.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Ibidem*, p.116.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul *apud* QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte, Del Rey, 2 ed. ver e atual, 2002, p. 54.

mesma, uma inteira abolição do direito penal e das penas, não condiz com nosso pensamento minimalista, o que realmente se idealiza não seria isso, mas sim, uma grandiosa reforma para um direito penal mínimo. Uma geniosa reforma para se chegar enfim ao que a sociedade anseia: um direito penal realmente eficaz.

Dentro deste contexto, faz sentido citar a lição de Rogério Greco⁵⁶ que, brilhantemente, aduz o pensamento minimalista aqui em contraste com o direito penal abolicionista:

Contudo, por mais que seja de elogios o raciocínio abolicionista, existem determinadas situações para as quais não se imagina outra alternativa a não a ser a aplicação do Direito Penal. Como deixar a cargo da própria sociedade resolver, por exemplo, por intermédio do Direito Civil ou mesmo do Direito Administrativo, um caso de latrocínio, estupro, homicídio, ou seja, casos graves que merecem uma resposta também grave e imediata pelo Estado. Embora extremamente louvável o discurso abolicionista, o certo é que. Para determinarmos fatos graves, infelizmente, não existe outro remédio a não ser o Direito Penal, não havendo qualquer possibilidade, pelo menos na sociedade atual, de abirmos mão do sistema penal, sob o argumento de que outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de resolver esses tipos de conflitos e lesões a bens jurídicos de relevo.

Para Foucault a sociedade num todo já sabe de todas as mazelas da prisão e seus inconvenientes, entretanto não há algo, até o momento, que a substitua, “ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”⁵⁷.

A pena de prisão como pena privativa de liberdade surgiu apenas no Século XVII, antes disso usava-se as prisões para guardar os réus antes do julgamento, a fim de preservá-los fisicamente⁵⁸. O caos existente no sistema penal brasileiro é muito real, porém, a sociedade e as autoridades se fecham para essa realidade, não somente no sistema penal, mas também no sistema carcerário como um todo. Pode-se começar citando alguns motivos que ajudam a manter o caos: agentes desqualificados para lidar com a realidade carcerária, estabelecimentos prisionais sem as mínimas condições de higiene ou salubridade, falta de atividades com cunho profissionalizante, educação e religião, ou seja, atividades voltadas à ressocialização do apenado com pensamento voltado em seu retorno junto a sociedade. Para afirmar, a lei de execução penal dispõe no seu art. 10 que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”⁵⁹.

Fudoli aduz:

Mesmo que a teoria da legislação de execução penal tenha mitigado a perspectiva que exclui o homem condenado definitivamente da vida social, as práticas penitenciárias não foram alteradas em sua essência. São recorrentes, por exemplo, nos noticiários impressos e televisivos, e também em congressos e seminários especializados (o que é preocupante), críticas acerbas ao trabalho

⁵⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.10.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. trad. Raquel Ramallete. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p.196.

⁵⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p.162.

⁵⁹ BRASIL. **Lei n.º 7.210/84**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

prisional, uma suposta ameaça ao campo de trabalho dos assalariados livres e honestos. Tal preconceito produz reflexos sobre a própria população que consome tais noticiários, inadvertida de que, uma vez saindo pior que entrou na penitenciária, por decorrência da deterioração – quando não da inutilização – de suas capacidades e habilidades sociais dentro do cárcere, o condenado, com grande dose de probabilidade, voltará a onerar a própria sociedade livre com a lesão a bens jurídicos – penais individuais e coletivos.⁶⁰

Focando um pouco sobre a importância do trabalho prisional, assim como aduz Fudoli⁶¹, ele é imprescindível para a ressocialização do apenado. Pode-se dizer que é um pilar máximo, pois tem o objetivo de promover readaptação do apenado aos hábitos laborais, além disso, faz com que ele volte para a sociedade, profissionalizado, evitando, assim, que na grande maioria das vezes pela falta de opção de emprego o apenado volte à reinserção das atividades criminosas. Para Fudoli o trabalho carcerário traz vários aspectos positivos entre eles:

- a) proporciona a reintegração social;
- b) controla a massa carcerária, que não se ocupará com maquinações temerárias;
- c) diminui a promiscuidade;
- d) aprimora a formação humana;
- e) preenche o vazio trazido pelo cárcere.⁶²

Fica aqui evidente a importância de termos o trabalho carcerário implantado e não somente isto, mais sim, implantado com pessoas capacitadas para manter e adequar ao cárcere, fazendo com que ele eficazmente funcione em todos os estabelecimentos prisionais, lembrando que infelizmente não é essa a realidade que observamos dentro dos presídios brasileiros.

Fudoli complementa:

A execução penal, especialmente a execução da pena privativa de liberdade, é cada vez mais degradante para o ser humano. Está a merecer, destarte, atenção mais voltada por parte dos juristas, algumas vezes excessivamente apegados ao estudo das teorias do crime. Estas, não obstante engenhosas, mostram-se, vez por outra, desgarradas da realidade cotidiana.⁶³

Retornado ao tema abordado, pode-se concluir que a liberdade é uma característica fundamental do ser humano⁶⁴, por isso falar em privação de liberdade é delicado. O Estado deveria dar este suporte de atividades ressocializadoras às vidas que se encontram sob seus cuidados e jurisdição, pensando inteligentemente e investindo nessas vidas, e no seu retorno ao convívio social.

Para Janaina Conceição Paschoal:

⁶⁰ FUDOLI Rodrigo de Abreu. **Da Remição da Pena Privativa de Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.7-8.

⁶¹ *Ibidem*, p. 24.

⁶² *Ibidem*, p.26.

⁶³ *Ibidem*, p.11.

⁶⁴ *Idem*.

O direito Penal consiste na arma mais poderosa e incisiva de que pode valer o Estado, pois priva o indivíduo de sua liberdade, que certamente constitui um dos mais importantes direitos fundamentais. O direito Penal não priva apenas o indivíduo de sua liberdade, furtando-o ainda, entre outras coisas, do contato com seus familiares, do direito de participar da vida política de sua comunidade, do prazer de acompanhar o desenvolvimento dos filhos, que também sofrem o efeito da punição.⁶⁵

Renomados autores usam a expressão para conceituar a prisão de “o mal necessário”⁶⁶, que guarda neste conceito várias contradições sem soluções visíveis a olhos naturais, que aqui não convém dissertar, porém não é difícil de concluir que a progressiva humanização das prisões, seria a estrada para a reforma desejada de um sistema carcerário realmente eficiente para a sociedade e para aquele que vier a delinquir.

No brilhantismo das palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas. O centro da gravidade das reformas situa-se nas sanções, na reação penal. Luta-se contra as penas de curta duração. Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado.⁶⁷

A prisão segundo Baratta⁶⁸ é um processo que se inicia com a discriminação dentre os mais miseráveis da sociedade, e assim, contudo conseqüentemente faz gerar uma carreira criminal dentre eles. Seria o sistema penal um seletor de “clientes” escolhidos dentre estes, podemos assim dizer dentre os pobres e os menos estudados.

5 DIREITO PENAL MINIMO

Quando se fala em Direito Penal Mínimo ou Garantismo penal, fala-se em um modelo normativo de direito que visa seguir a estrita legalidade, que tem como meta minimizar a violência e maximizar a liberdade, e para isso impõe limites à função punitiva do Estado, ou seja, busca o equilíbrio entre o abolicionismo e o Direito Penal Máximo⁶⁹. Visa de antemão aplicar a pena mais branda, de acordo com o delito praticado, a aplicação do Direito Penal pelo princípio da *ultima ratio*, ou seja, usado no último caso, ou no caso extremo. Para infrações leves, penas leves.

Convém mencionarmos nas palavras Hassemer *apud* Nucci, sobre o que visa o direito Penal Mínimo:

⁶⁵ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

⁶⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p.25.

⁶⁷ *Ibidem*, p.26.

⁶⁸ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 175.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 p. 373.

- a) promover uma busca de alternativas à prisão, que principalmente afeta aos setores sociais mais baixos,
- b) realizar uma investigação que possa clarear o âmbito obscuro da 'criminalidade dos poderosos', vinculada a reflexões políticas sobre a igualdade da criminalização em Direito Penal;
- c) estabelecer uma política de descriminalização da criminalidade do menor ou de bagatela no âmbito da criminalidade 'clássica';
- d) efetuar investigações sobre a práxis do princípio da oficialidade na persecução dos delitos, unidas à busca de funções substitutivas desejáveis político-criminalmente.⁷⁰

Para Ferrajoli *apud* Guilherme de Souza Nucci, o modelo Garantista de Direito Penal visa que:

- a) Não há pena sem crime (*nulla poena sine crimine*);
- b) Não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*);
- c) Não há lei penal sem necessidade (*nulla Lex poenalis sine necessitate*);
- d) Não há necessidade de lei penal sem lesão (*nulla necessitas sine injuria*);
- e) Não há lesão sem conduta (*nulla injuria sine actione*);
- f) Não há conduta sem dolo e sem culpa (*nulla actio sine culpa*);
- g) Não há culpa sem o devido processo legal (*nulla culpa sine iudicio*);
- h) Não há processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*);
- i) Não há acusação sem prova que a fundamente (*nulla accusatio sine probatione*);
- j) Não há prova sem ampla defesa (*nulla probatio sine defensione*).⁷¹

Um direito penal mínimo significa dizer que o Estado deve intervir minimamente nos conflitos da sociedade, porém quando fizer essa intervenção deve ser eficiente e capaz de gerar a confiança da sociedade, sem gerar impunidade, tendo como característica um equilíbrio da aplicação da norma penal, utilizando-se deste apenas quando realmente for necessário e extremo, ou seja, pregando uma política criminal mínima que consequentemente reduzirá a interferência do direito penal.

A tese do garantismo penal foca-se a uma real técnica de redução da incidência do direito penal sobre as condutas que não demonstram perigo ou "capacidade lesiva ao bem jurídico tutelado"⁷². Pode-se concluir ser este o princípio da insignificância do direito penal.

Salo de Carvalho faz um comparativo entre as estruturas minimalistas versus maximalistas que achamos pertinente elucidar neste momento:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo é que nenhum culpado fique sem punição à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo é, ao contrário, que nenhum inocente seja punido, à custa da incerteza de que algum culpado reste impune. Os dois tipos de certeza, e os custos ligados às respectivas incertezas, refletem interesses e opções políticas contrapostas: de um lado a máxima tutela da segurança pública

⁷⁰ HASSEMER, Muñoz *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 373.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 373.

⁷² CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 90.

contra as ofensas ocasionadas pelos crimes, por outro, a máxima tutela das liberdades individuais contra as ofensas geradas por penas arbitrárias.⁷³

Nas palavras de Roxin começamos a delinear uma condição a se pensar em uma aplicação mínima do direito penal.

Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves.⁷⁴

Nas palavras de Paulo de Souza Queiroz:

Partindo em geral das mesmas objeções levantadas pelos abolicionistas quanto à realidade operativa do sistema penal, os assim chamados minimalistas entendem contrariamente aquela perspectiva, que o direito penal é necessário, mas que se deve reduzir a um mínimo necessário, a um núcleo absolutamente essencial. É dizer, o Direito Penal deve se ater aquelas condutas particularmente mais danosas, cuja repressão não se possa confiar a instancias adequadas, e socialmente menos onerosas (que requeiram menores custos sociais), de controle social.⁷⁵

Para fins meramente comparativos e de melhor percepção, o contrário disto é o que se tem chamado de tolerância zero, ou seja, o movimento lei e ordem no qual explica perfeitamente Greco:

Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o direito penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador.

Nesse sentido, procura-se educar a sociedade sob a ótica do direito penal, fazendo com que comportamentos de pouca monta, irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico. O papel educador do Direito penal faz com que tudo interesse a ele, tendo como consequência lógica desse raciocínio um Direito puramente simbólico, impossível de ser aplicado.⁷⁶

Eugenio Zaffaroni, fala da necessidade de uma “antropologia jurídica jus-humanista”, a necessidade de um direito construído sobre as bases éticas e garantidoras, que devem servir ao homem e não ao contrário.

Se não for descoberto o significado do direito penal, seu atributo de fato humano ficará prejudicado. A fundamentação antropológica do Direito Penal está

⁷³ *Ibidem*, p. 89.

⁷⁴ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**.org. e trad. André Luiz Callegari e Nereu Jose Giacomolli. 2 ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.17.

⁷⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2.ed.rev.e atual. Belo horizonte: Del Rey, 2002, p.52.

⁷⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**: uma visão minimalista do direito penal. 5 ed. Niterói: Impetus, 2010, p.5.

materializada nos documentos internacionais de Direitos Humanos e se traduz na sua efetividade, a saber, na sua capacidade para desempenhar a função de que o atual estágio cultural o incumbiu. Tal função é a de garantir externamente a auto-realização humana, consistente na habilidade de se escolher o que se deseja ser. O direito penal, para ser efetivo, deve respeitar a condição humana. Sem esse respeito, o que haverá é mero exercício de poder.⁷⁷

5.1 ADOÇÃO DO DIREITO PENAL MÍNIMO COMO POLÍTICA DE CORREÇÃO DO SISTEMA

Nos dias atuais procura-se vencer a criminalidade e os problemas sociais existentes exacerbando as penas, alterando a legislação ou criando novas leis penais ainda mais rudes, editando novos tipos penais incriminadores, criando circunstâncias agravantes, etc. Não se pode deixar de esclarecer, que, tudo isso também é causado pelo sensacionalismo da mídia frente aos crimes expostos diariamente, apresentadores banalizadores do sistema penal, que muitas vezes influenciam a opinião pública e que usam da audiência frente à desgraça alheia, fazendo com que própria sociedade idealize este clamor: o aumento das leis penais, trazendo com sigilo a sensação de “falsa justiça”. Estes formadores de opinião, não raras às vezes, estão escassos de tecnicidade sobre área penal, interpretação da doutrina penal e políticas criminais⁷⁸.

Com isso o legislador sente-se pressionado, conseqüentemente frente a esse quadro surge à chamada “inflação legislativa”⁷⁹, ou seja, acredita-se que um número maior de leis trará uma sensação maior de segurança. Porém, pelo excesso de tipos penais em vigor, surgem dúvidas com relação à lei penal que seria aplicável em cada caso concreto, entrando em conflito as normas. A verdade nua e crua é que este discurso de quanto maior as leis penais, maior a sensação de segurança não passa de um engano, pois bem, para desmistificar basta analisarmos: existem muitas leis em vigor, porém muitas delas estão sendo descumpridas, e a sensação que domina a impunidade é muito maior.

Nesta vertente Beccaria *apud* Rogério Greco já concluía que:

Não era com o recrudescimento das leis que o Direito Penal seria respeitado, mas sim pela certeza absoluta de que, se fosse à lei descumprida, certamente o infrator seria punido.⁸⁰

Nas lições que tiramos de Claudio Amaral⁸¹, o direito penal é usado erroneamente, engana-se pensar que ele tem sido eficaz para tratar da criminalidade, seus efeitos errôneos são meramente simbólicos, cujos instrumentos utilizados são inaptos para efetivamente se lutar contra a criminalidade⁸². Na verdade o que ocorre hoje no Brasil é que se esqueceu da natureza subsidiária do Direito Penal, muitos bens jurídicos que deveriam estar sendo protegidos pelos

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.170.

⁷⁸ GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ Beccaria, Cesare *apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p.335.

⁸¹ AMARAL, Claudio do Prado. Princípios penais – da legalidade à culpabilidade. In: **Revista IBCCRIM**. São Paulo: v. 24, 2003, p.155/156.

⁸² *Ibidem*, p. 156.

demais ramos do direito a exemplo do Direito Civil, Administrativo, estão sendo protegidos pelo Direito Penal, assim sendo ele não é mais visto como *ultima ratio*, ou seja, não é mais visto interveniente apenas quando os demais ramos se mostrarem inúteis para proteção de determinado bem jurídico⁸³, é visto como o remediador de todos os conflitos. Colocou-se no Direito Penal esta coroa, para que assim a sociedade sintasse-se segura.

Nas palavras de Greco:

Na sociedade de hoje, em que o Estado Social foi transformado em um Estado Penal, tudo interessa a este ramo do ordenamento jurídico. O princípio da intervenção mínima, basicamente perdeu o sentido. O raciocínio de que o Direito Penal somente interessa a proteção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade cedeu lugar àquele que diz que todos os bens merecem ser protegidos pelo Direito Penal.⁸⁴

É importante esclarecer neste tópico que há ordenamentos jurídicos como o brasileiro no qual há crimes e contravenções penais⁸⁵, conforme dispõe o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro:

Considera crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, alternativa ou cumulativamente.⁸⁶

Seguindo e apoiando o raciocínio de Ferrajoli⁸⁷, em relação aos crimes e as contravenções, no Brasil se diz que estas últimas devem ser abolidas uma vez que a sua gravidade não chega a tocar em bens jurídicos que maximizam e justificam a intervenção do ramo Penal, que deveriam ser tutelados por outros ramos do ordenamento jurídico. Assim sendo, estas seriam abolidas e protegidas por estes outros a exemplo do Direito Civil, tributário, administrativo, etc.

Esclarece-se que para a adoção de um direito penal mínimo e para a escolha dos bens de maior importância que ele deverá realmente proteger, o critério utilizado para essa escolha não poderá ser absoluto, visto que o grau de importância varia de cultura para cultura⁸⁸.

Ao se analisar o Minimalismo sob o enfoque da escolha do bem jurídico ao qual deve proteção, significa que o Direito Penal deve proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio da sociedade, somente e absolutamente os bens de maior relevância terão guarda do Direito Penal no qual a partir daí o legislador deverá criar os tipos penais incriminadores, sob pena de não cumprimento, a ameaça de uma sanção.

Conceituando bem jurídico nas palavras de Regis Prado:

⁸³ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 335.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 336

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ BRASIL. **Vade Mecum**. Universitário. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p 841.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 339.

⁸⁸ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 340.

Bem jurídico é um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. (...) os bens jurídicos individuais tem como titular o indivíduo, o particular que os controla e deles dispõe conforme sua vontade. Têm caráter estritamente pessoal, já os metaindividuais são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva difusa). Supõem um âmbito de proteção que transcende a esfera individual, sem deixar de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade. Classificam-se em institucionais (públicos ou estatais), coletivos e difusos.⁸⁹

Assim também para abrilhantar o trabalho Zaffaroni assevera sobre bem jurídico penalmente tutelado:

Bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, as que se expressam com a tipificação dessas condutas.⁹⁰

Independente de qual seja o conceito ou escolha de bens individuais, coletivos ou sociais, o que importa aqui, seria que deverá recair a responsabilidade de tutela do Direito Penal, somente aqueles bens jurídicos que tiverem elencados no rol de importância a ser tutelado pelo mesmo e que não possa ser tutelado por outros ramos do Direito, assim sendo unicamente da esfera penal, para que assim, a intervenção mínima seja atendida, no sentido que segue o trabalho.

Para a seleção dos bens jurídicos que merecerão fazer parte do rol dos bens mais importantes e protegidos pelo direito penal, deve-se começar pela valoração de cada um. Sabemos que na sociedade vivencia-se um quadro de política criminal que se molda a cada época, se ajustando com o contexto vivido e valorizado de cada época, que julgam e definem os comportamentos que devem ser penalizados. Essa valoração varia de sociedade para sociedade e de acordo com o contexto da época vivida. Existem crimes e penalidades aceitas em consenso por todas as sociedades e existem aquelas condutas conflitantes como, por exemplo, o aborto, o casamento homossexual⁹¹.

Existem crimes que exprimem uma reprovação de toda coletividade, crimes que muitas vezes que já veem sendo abordados ao longo da história, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:

Há crimes, e não caberá aqui numerá-los, que exprimem um inequívoco consenso de toda a coletividade e que despertam nela sentimentos de coesão e solidariedade. Trata-se, além disso, de crimes comuns a generalidade das sociedades e tendencialmente constantes ao longo da história. Não faltam porém crimes 'criados' para emprestar eficácia a uma particular moralidade ou a um determinado arquétipo de organização econômica, social ou política. Tais crimes constituem sempre, de forma mais ou menos imediata, afloramentos de uma

⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral: arts. 1 ao 120. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 252-253.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul *apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 338.

⁹¹ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 342.

determinada conflitualidade, porquanto a criminalização nesta área pressupõe o exercício do poder no interesse de uns, mas impondo-se a todos.⁹²

Seguindo o raciocínio minimalista, mesmo que o bem jurídico tenha sido considerado relevante no contexto em que se encontra, encontram-se outros ramos do ordenamento jurídico que se encaixe e possa suprimir ou protegê-lo eficientemente. Não haverá a necessidade do direito penal vir a intervir⁹³, essa é a premissa maior de um Direito Penal Mínimo que se idealiza.

Muito embora achar prudente em breves palavras evidenciar que deva ser aplicada a todos, não pode a lei regular todas as possíveis situações e culturas. A lei deve disciplinar abstratamente as situações que estão sujeitas ao seu comando⁹⁴, vale dizer, comando mínimo nas relações extremamente inevitáveis a seu não uso.

Para esclarecer um pouco mais, Greco explica:

É uma política criminal de tensão, haja vista que movimentos antagônicos - minimalistas e maximalistas - se digladiam em busca da vitória de seus ideais. Os minimalistas afirmam que a criação exagerada de tipos penais (incriminadores) fará que o Direito Penal se ocupe de proteger bens que não tem a importância necessária por ele exigida, nivelando-o a outros ramos do ordenamento jurídico, mesmo sendo as penalidades as mais estigmatizantes; já os adeptos das teses maximalistas aduzem que a sociedade deve valer-se desse meio forte de imposição de terror, que é o Direito Penal, para tentar evitar a prática de comportamentos, em tese, a ela lesivos ou perigosos, não importando o status de que goze o bem que com ele se quer proteger. Para os maximalistas, o Direito Penal teria um papel educador, isto é, mediante a imposição de suas graves sanções, inibiria aquele que não está acostumado a atender às normas de convivência social de praticar atos socialmente intoleráveis, mesmo que de pouca ou nenhuma importância.⁹⁵

Com a crítica ao sistema penal vigente, assevera Queiroz:

O sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral, quer em caráter especial, a prática de novos delitos argumenta-se que o direito penal, como instancia formal de regulação de conflitos, contrariamente à sua programação discursiva, não é capaz de motivar comportamentos no sentido do comando de norma penal, ou seja, no sentido de agir positivamente no processo que, a despeito da incriminação, o aborto, o homicídio, o uso e tráfico ilícito de entorpecentes etc. se repetem sistematicamente como se tal proibição simplesmente não existisse.⁹⁶

Salo de Carvalho aduz que a idéia da política criminal minimalista é “maximizar os direitos e reduzir o impacto do penal/carcerário na sociedade”⁹⁷, gerando uma diminuição dos apenados nas prisões, isso tudo através de um sistema de despenalização.

⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE. Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. São Paulo: Coimbra RT, 1997, p.89.

⁹³ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 346.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁹⁵ *Ibidem*, p.342

⁹⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit.*, p.52.

⁹⁷ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 91.

Nada melhor do que as palavras de Paulo de Souza Queiroz a respeito de ser adepto ao direito penal mínimo:

No que toca especificamente o Direito Penal, prestigiar, um modelo de “Direito Penal Mínimo” é prestigiar, antes, o espírito constitucional vigente, é prestigiar a liberdade em favor da dignidade da pessoa humana, supremo valor constitucional, somente se admitindo a não-liberdade, cujas formas mais incisivas são representadas pelos modos de atuação do direito penal, quando se associar, de forma incontestável, a absoluta necessidade social à adequação dessa intervenção (princípio da proporcionalidade): *nullum crimen, nulla poena sine necessitate*.⁹⁸

Pode-se também analisar sob o enfoque da Natureza subsidiária do Direito Penal, como *ultima ratio* de intervenção do Estado, dizer que o Direito Penal atua com consequências drásticas e muitas vezes irreparáveis, por isso seria prudente que outros ramos do direito se adiantassem em tomar resolução e proteção destes bens jurídicos deixando para o Direito Penal apenas quando estes ramos realmente se mostrarem ineficazes ou ineficientes na sua guarda⁹⁹.

Greco bem explica:

A criação da figura típica encontra-se limitada pelo princípio da intervenção mínima. Por intermédio da vertente que aponta a natureza subsidiária do Direito Penal, o legislador, no momento da escolha do bem, além de aferir sua importância, tanto em nível individual como coletivo ou social, deverá observar, obrigatoriamente, se os outros ramos do ordenamento jurídico se mostram suficientemente eficazes na proteção daquele bem que, de antemão, já fora entendido como importante, para, que somente depois, caso essa proteção seja entendida como ineficaz ou insuficiente, permitir a intervenção drástica do Direito Penal.¹⁰⁰

Tal raciocínio se faz mister, uma vez que se verificar que outros ramos do ordenamento são realmente eficazes e fortes para a proteção de determinados bens jurídicos, assim se verifica a não necessidade da intervenção do Direito Penal cujas consequências são drásticas e marcantes¹⁰¹.

Daí o caráter subsidiário do Direito Penal, pois somente deve ser aplicado quando não existem outros meios de proteção a determinados bens jurídicos, a pena deve ser o recurso da *ultima ratio*, que também se conecta com o princípio da humanidade dentre os outros aqui já vistos.

Vale também lembrar que se adotada uma postura minimalista, todo ordenamento jurídico terá que ser revisto, revogando aqueles bens que podem ser protegidos por outros ramos, retirando da ceara penal os mesmos e transferindo a outros. Gerando assim uma “deflação legislativa”. Consequentemente, ocorreria um impacto com relação ao número de presos que se encontram nas penitenciárias¹⁰².

Vê-se também a necessidade de criação de juzgados especiais criminais que teriam a finalidade de julgar as infrações penais de menor cunho ofensivo, aonde as penas a serem aplicadas não seriam privativas de liberdade, assim não teríamos um acúmulo nas penitenciárias e estes casos teriam uma resposta rápida do sistema,

⁹⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit.*, p. 23.

⁹⁹ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 337.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 350.

¹⁰² *Ibidem*, p. 352.

com julgamentos céleres. É o que deveria ocorrer com os já existentes conforme dispõe art. 61 da lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, a lei dos juizados especiais¹⁰³.

Conforme Greco:

Resumindo dentro de uma visão minimalista, que auxiliaria tremendamente o sistema prisional, deveríamos depurar os tipos penais existentes, revogando aqueles cujos bens por eles protegidos não gozassem da importância exigida pelo Direito Penal; ato seguinte teríamos o julgamento, pelos juizados especiais criminais, dos crimes para os quais seria possível o recurso à justiça negociada, evitando-se o desnecessário encarceramento de pessoas que poderiam, em virtude do fato cometido, receber outra punição por parte Estado que não fosse a privação da liberdade.¹⁰⁴

Vale deixar claro que a missão do direito penal mínimo é eleger prioridades. Conforme aduz Greco¹⁰⁵, o direito penal não pode resolver todos os problemas sociais, contudo a pena deve ter seu caráter de prevenção especial, ou seja, com relação aquele que praticou o delito e um caráter geral, ou seja, desmotivando a prática do comportamento delituoso.

6 CONCLUSÃO

Trabalhou-se no decorrer do tema alguns aspectos relevantes sobre variantes que nos fizeram refletir sobre o direito penal mínimo e a sua aplicabilidade. Discorreu-se sobre algumas de suas vertentes, apoiando sempre a aplicação do mesmo, em conjunto com os princípios aqui elencados que não podem jamais serem esquecidos, visto da suma importância dentro do direito penal, e em especial, enquadrados dentro de um direito penal mínimo.

Depois da análise aqui feita, conclui-se que a real utilização de um direito penal mínimo, em consonância com tais princípios, se realmente forem aplicados de forma eficiente, jamais se esquivando da realidade, sem tratar a pessoa que praticou o delito de forma mecânica, e, se colocadas em prática, seria a idealização de um direito penal realmente eficaz de cunho preventivo e ressocializador da pessoa envolvida em práticas delituosas, com intuito de conservar a pessoa humana, que cometeu o ato delituoso.

A função do direito penal é a de proteger bens jurídicos essenciais para o convívio em sociedade, sendo o minimalismo utilizado somente para a proteção dos bens de maior relevo, deixando para outros ramos do ordenamento jurídico os aspectos menos relevantes. Consequentemente iria refletir na população carcerária, trazendo um cunho positivo para a sociedade, visando à readequação do delinqüente ao seio da sociedade.

Ultima-se também que não se pode seguir uma ordem abolicionista, pois esta não enfrentaria a atual realidade. Como se viu, a pena é sim necessária para que seja mantenedora da ordem social justificando e servindo de pacificadora, pois aquele que sofreu com a prática delituosa também necessita de amparo e respostas do Direito Penal, para que se mantenha a ordem social e para que se faça um juízo

¹⁰³ BRASIL. Lei n.º 9.099/95. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

¹⁰⁴ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p 357.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 356.

de equidade e também se mantenha a ordem e a paz social, não deixando que o particular queira realizar a justiça por si só.

Também se chegou à conclusão que o Direito penal mínimo é capacitado para trazer a justiça e equidade, realmente servirá como uma política criminal adequada, que diminuirá o abarrotamento carcerário e como meta visa que a impunidade não reine, trabalhando com equilíbrio e proporção para julgar os atos delitivos, e principalmente um direito penal que visa à pessoa do ser humano como ponto de partida para uma sociedade saudável, justa. É isso que se idealiza e conjectura como ser o melhor pensamento.

Por fim, o direito penal mínimo é um esclarecedor com relação à polêmica das penas restritivas de liberdade, pois suas consequências para o apenado e também de sua posição perante a sociedade, como visto, são lastimáveis. Arremata-se que se utilizar um direito penal mínimo será possível darmos um valor positivo para a punição. Sua valoração trará a justiça com equilíbrio e proporção, trazendo outra realidade também aos estabelecimentos prisionais. Trará à tona a verdadeira finalidade da pena que além de preventiva também será a pena um passo para readequar o delinquente ao seio da sociedade.

Tem-se claro que não seria assim tão fácil chegar a essa realidade aqui descrita. Tem-se em mente a dificuldade e a magnitude destes pensamentos, porém fica-se feliz de expressar neste trabalho tais idéias nas quais acreditamos, e contribuir mesmo que de forma pequena, para criação de pensamentos críticos com relação ao tema escolhido. Idealiza-se alcançar pessoas que ainda nunca ouviram falar do direito penal mínimo e que com a leitura deste trabalho possa criar algum pensamento envolto do tema.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. Princípios Penais – da legalidade à culpabilidade. In: **Revista IBCCRIM**. São Paulo: v. 24, 2003, p 155-156.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão, Causas e Alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros 1998.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

_____. **Lei n.º 7.210/84.** Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

_____. **Lei n.º 9.099/95.** Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

_____. **Vade Mecum.** Universitário. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias:** uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** o Homem delinquente e a sociedade criminógena. São Paulo: Coimbra RT, 1997.

DOTTI, René Ariel. **Base e Alternativas para o Sistema de Penas.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão, Teorias do Garantismo Penal.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. trad. Raquel Ramalhe. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FUDOLI Rodrigo de Abreu. **Da Remição da Pena Privativa de Liberdade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GRACIA, Martins Luis. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** Trad. Luiz Regis Prado e Erika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio.** 2 ed. Niterói: Impetus 2006.

_____. **Curso de Direito Penal.** v.1. 10 ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio:** Uma visão minimalista do Direito Penal. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito Penal do inimigo:** uma visão minimalista do direito penal. 5 ed. Niterói: Impetus, 2010.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal.** 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Individualização da Pena**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, E Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q.T. de Camargo. **Direito Penal**. 34 ed. v. 1 São Paulo: Saraiva, 1999.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Funções do direito penal**: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. org. e trad. André Luiz Callegari e Nereu Jose Giacomolli. 2ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

O NOVO MECANISMO DE DISTRIBUIÇÃO DA RENDA TRIBUTÁRIO-ADUANEIRA NO MERCOSUL

Martinho Martins Botelho¹

RESUMO

Em 2010, após quase 20 anos de integração econômica do Mercosul, foi publicada a Decisão CMC/Mercosul nº 10/2010; na qual se estabeleceu a eliminação da dupla cobrança da Tarifa Externa Comum (TEC) e a distribuição da renda aduaneira. Por meio de tal decisão, criaram-se medidas para contornar o problema da perda da arrecadação tributária pelos Estados-partes mercosulistas na execução do programa de eliminação da dupla cobrança da TEC. Tal mecanismo prevê a valorização do Estado-parte onde são consumidos os bens importados de terceiros países, vale dizer, utilizou-se o critério do lugar do consumo; prevalecendo a automaticidade, flexibilidade, transparência e o acompanhamento do controle na tributação em comércio exterior no Mercosul. A finalidade do presente artigo é analisar o regime jurídico do novo mecanismo da distribuição da renda aduaneira previsto pela Decisão CMC/Mercosul nº 10/2010 e a evolução da Decisão CMC/Mercosul nº 54/2004 e da Decisão CMC/Mercosul nº 37/2005. Como tais medidas regulatórias representam instrumentos necessários para o avanço na livre circulação de mercadorias dentro do território aduaneiro do Mercosul, o tema se encaixa nas necessidades tributárias dos Estados-partes, sendo aspiração de quase dez anos. Analisaram-se os princípios informadores da integração econômica sub-regional, as mudanças na legislação mercosulista para a distribuição da renda tributário-aduaneira e também como tal medida que utiliza instrumento de direito tributário internacional tem relação com a questão da redução das assimetrias no Mercosul. As considerações finais do presente artigo resultam no reconhecimento da utilidade prática da preocupação sub-regional com a redução das discrepâncias no ordenamento jurídico-tributário do Mercosul para eliminar os gravames ao livre comércio intra-zona para um fortalecimento dos Estados nacionais, incluindo-se o Paraguai com o seu mecanismo de compensação de perdas tributárias em comércio exterior.

Palavras-chave

Renda tributário-aduaneira, direito tributário do Mercosul, direito tributário internacional, direito aduaneiro, direito econômico.

¹ Doutor em Integração da América Latina no Programa de Integração da América Latina (Prolam) pela Universidade de São Paulo (USP). Doutorando em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor do Centro Universitário Internacional Uninter; das Faculdades Santa Cruz e da Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP PR), em Curitiba, Paraná. Coordenador do Grupo de Pesquisas sobre Direito do Comércio Exterior, da Uninter. Advogado e economista. E-mail: martinho.botelho@yahoo.com.br

1. Introdução - 2. Breves considerações sobre o sistema principiológico do Tratado de Assunção de 1991 - 2.1 Princípio da gradualidade - 2.2 Princípio da flexibilidade - 3. A distribuição da renda tributária aduaneira no Mercosul - 3.1 Conteúdo da Decisão CMC/Mercosul nº 54/2004 - 3.2 Conteúdo da Decisão CMC/Mercosul nº 37/2005 - 4. A distribuição de renda tributário-aduaneira como programa de aplicação do princípio da redução da assimetria entre os Estados-partes do Mercosul - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

No ano de 2010, após quase 20 anos de integração econômica sub-regional, o Mercosul estabeleceu um acordo internacional para, efetivamente, fazer valer a união aduaneira com propósitos de justiça social distributiva em associação para desenvolvimento econômico da sub-região, por meio da Decisão CMC/Mercosul nº 10, de 2010.

Tal acordo, em formato de decisão, correspondeu a dois objetivos: a criação de um mecanismo de eliminação gradual da dupla cobrança da Tarifa Externa Comum (TEC), tal como estabelecido desde 2004, com a Decisão CMC/Mercosul nº 54/2004; e a formulação de um outro mecanismo para a redistribuição da renda aduaneira, sendo que ambas eram aspirações existentes há quase dez anos.

Efetivamente, tais etapas se tornam elementos fundamentais para o avanço na livre circulação de mercadorias dentro do “território aduaneiro” mercosulista, fortalecendo e aperfeiçoando a união aduaneira que ainda é imperfeita.²

Contemporaneamente, a redistribuição da renda aduaneira no Mercosul consiste em mecanismo estipulado para a compensação para o Paraguai que, por não ter saída para o mar, deixará de receber impostos na importação de forma direta com a extinção da dupla cobrança da TEC, estabelecida também pela Decisão CMC/Mercosul nº 10, de 2010.

Politicamente, o Paraguai foi o responsável pela elaboração de tal mecanismo que causava, efetivamente, impacto tributário negativo com o fim da dupla cobrança da TEC, sendo, aliás, um dos negociantes responsáveis pela demora na elaboração do acordo.³

A ideia era o desempenho de políticas sub-regionais a serem feitas conforme a situação dos Estados assimétricos, tais como o Paraguai e o Uruguai, mesmo que existam outras questões pendentes como o caso da necessidade de implementação do Código Aduaneiro do Mercosul.

O presente artigo tem o objetivo de promover uma sucinta análise do novo mecanismo de distribuição da renda tributário-aduaneira no Mercosul de acordo com as recentes modificações na legislação sub-regional e brasileira, estudo esse que será precedido, necessariamente, por breves considerações sobre a principiologia

² Contemporaneamente, quando uma determinada mercadoria é produzida fora dos Estados-partes do Mercosul, na sua importação, incide imposto sobre importação (com alíquotas definidas na TEC) para determinado Estado mercosulista. Mas, quando, na mesma operação, a mesma mercadoria é destinada a outro Estado-parte, passa-se a ser necessário o recolhimento novamente da TEC, conformando uma dupla tributação da TEC no Mercosul. A partir de 2010, passou-se a estabelecer um cronograma de execução para a eliminação gradual da dupla cobrança da TEC por meio da Decisão CMC/Mercosul nº10, de 2010.

³ Durou cerca de 6 anos a negociação internacional entre os Estados-partes do Mercosul, de acordo com as datas de publicação das decisões CMC/Mercosul de 2004 e de 2010; existindo troca de acusações e olhares desconfiados entre os representantes dos mencionados Estados.

jurídica mercosulista do Tratado de Assunção de 1991: os princípios da gradualidade, da flexibilidade e do equilíbrio.

Em seguida, passar-se-ão às alterações na distribuição da renda tributário-aduaneira após a Decisão CMC/Mercosul nº 10/2010; com a avaliação das Decisões CMC/Mercosul nº 54/2004 e nº 37/2005.

A análise histórica de Decisões do CMC que encaram o problema da renda tributário-aduaneira do Mercosul passará por breves considerações fundamentais e, em seguida, será analisada a modificação da regulamentação tributário-aduaneira do Mercosul de acordo com o princípio da redução das assimetrias entre os Estados-partes do Mercosul.

2. Breves considerações sobre o sistema principiológico do Tratado de Assunção de 1991

O Mercosul foi instituído pelo Tratado de Assunção, tendo como objetivo final a feição de um mercado comum entre os Estados-partes Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai; não obstante, atualmente, a Venezuela já figure como um membro do bloco econômico.⁴

Ademais, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela; são Estados associados; sendo que o bloco econômico viveu uma fase de transição de 1991 até 1994, continuando a passagem pela consolidação da união aduaneira que ainda continua imperfeita, tendo em vista a limitação da Tarifa Externa Comum (TEC).⁵

Efetivamente, o Mercosul tem, como uma das suas características principais, a intergovernabilidade. Portanto, compreende instituição de Direito Internacional, fundando-se o princípio do *pacta sunt servanda*, que pode ser considerado como um dos valores fundamentais do Direito Internacional clássico e também do contemporâneo (GOMES, 2010, introdução).

Em tais circunstâncias, os Estados nacionais têm a capacidade de se obrigarem por meio de tratados internacionais que devem ser cumpridos pelas partes vinculadas, tal como forçado pela Convenção de Viena de 1969 sobre o

⁴ Em 29 de junho de 2012, na cidade de Mendoza, Argentina; o Mercosul decidiu pela aplicação da suspensão do Paraguai como Estado-parte do Mercosul nos termos do art. 5º do Protocolo de Ushuaia sobre compromisso democrático; cancelado pelos presidentes da Argentina, do Brasil e do Uruguai. O Protocolo de Ushuaia prevê a existência de instituições democráticas como condição essencial para o desenvolvimento do processo de integração, envolvendo, assim, um Compromisso Democrático como elemento essencial à continuidade do processo de integração regional. A suspensão estabeleceu uma limitação da participação do Paraguai nos órgãos mercosulistas, assim como a perda de direito de voto e de veto. Ademais, em 24 de junho de 2012, exarou-se a Declaração dos Estados-partes do Mercosul e Estados Associados sobre a ruptura da ordem democrática no Paraguai. Está prevista para cessar a suspensão com o reestabelecimento da ordem democrática no Paraguai, nos termos do art. 7º do Protocolo de Ushuaia; mas sem afetar a continuidade dos projetos do Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul (Focem) para o Paraguai.

⁵ Em 29 de junho de 2012, os presidentes da Argentina, Brasil e Uruguai decidiram incorporar a Venezuela ao Mercosul, nos termos do Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela, assinado na cidade de Caracas, em 04 de julho de 2006; estabelecendo, claramente, o respeito aos princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio, reconhecimento de assimetrias e do tratamento diferenciado. Por meio dessa decisão aceita pelo Mercosul, curiosamente após a suspensão do Paraguai como Estado-parte, convocou-se uma reunião especial com a finalidade da admissão oficial da República Bolivariana do Mercosul para o dia 31 de julho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro, Brasil. Desde então, no Mercosul, fala-se em processo de crescimento e inclusão social a ser protagonizado na região, aprofundando a estabilidade econômica e social em um ambiente de plena vigência no continente sul-americano.

Direito dos Tratados e pelo art. 8º, incisos “a” e “b” do Tratado de Assunção de 1991.⁶

Além disso, elementar é o princípio da reciprocidade de direitos e das obrigações entre os Estados-partes estabelecidos no art. 2º do Tratado de Assunção (ALMEIDA, 2010, p. 33).

Sabe-se que, no caso do Mercosul, o processo de integração regional é um instrumento para promover o desenvolvimento integral dos Estados-partes e da região do Cone Sul, enfrentando a pobreza e a exclusão social, que se baseia na complementação, na solidariedade e na cooperação entre os seus povos e Estados.

O Tratado de Assunção interliga os destinos da integração mercosulista com os meios que permitirão alcançar os seus objetivos (CASELLA, 1996, p. 59).

De tal sorte que, o terceiro parágrafo do preâmbulo mencionada tratado estabelece que os Estados-Partes afirmam que a integração “mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas, da complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio”.⁷

Nesse sentido, é possível imaginar que a distribuição equânime da renda tributário-aduaneira é considerada orientação a ser seguida pelos signatários no desempenho dos objetivos integracionistas, de acordo com a primeira parte do separado parágrafo.

Categoricamente, foram anunciados os três princípios fundamentais para reger o Mercosul: a gradualidade, a flexibilidade e o equilíbrio. Além desses, o art. 2º do TA/1991 trata de um quarto princípio: o da reciprocidade, prevendo que “o Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes”.

Os primeiros princípios jurídicos estabelecidos poderiam fazer o intérprete entender que o mercado comum seria estabelecido por meio de evolução de etapas contínuas, em crescente escala e até mesmo de maneira flexível (ALMEIDA, 2010, p. 34).

⁶ *In verbis*: “Artigo 8: Os Estados Partes se comprometem a preservar os compromissos assumidos até a data de celebração do presente Tratado, inclusive os Acordos firmados no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração, e a coordenar suas posições nas negociações comerciais externas que empreendam durante o período de transição. Para tanto:

- a. Evitarão afetar os interesses dos Estados Partes nas negociações comerciais que realizem entre si até 31 de dezembro de 1994;
- b. Evitarão afetar os interesses dos demais Estados Partes ou os objetivos do Mercado Comum nos acordos que celebrarem com outros países membros da Associação Latino-Americana de Integração durante o período e transição;
- c. Realizarão consultas entre si sempre que negociarem esquemas amplos de desgravação tarifária, tendentes à formação de zonas de livre comércio com os demais países membros da Associação Latino-Americana de Integração;
- d. Estenderão automaticamente aos demais Estados Partes qualquer vantagem, favor, franquia, imunidade ou privilégio que concedam a um produto originário de ou destinado a terceiros países não membros da Associação Latino-Americano de Integração.”

⁷ “Entendendo que esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;”

Passar-se-á a analisar cada um dos princípios sustentados, além do princípio do reconhecimento de assimetrias e do tratamento diferenciado que fundamentariam o desenvolvimento socioeconômico do Mercosul.

2.1 Princípio da gradualidade

Tem similaridade com o princípio da progressividade, representando a ideia de avanço gradual da integração econômica regional, de tal sorte que possibilite a adaptação dos Estados-partes do Mercosul à liberalização mercadológica (BAPTISTA, CASELLA, 1994, p. 81).

Tal princípio, aliás, já esteve presente no preâmbulo do Tratado de Montevidéu de 1960 que instituiu a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), estabelecendo “(...) de maneira gradual e progressiva um mercado comum entre os países da América Latina” (alínea 7).

No âmbito do Tratado de Montevidéu de 1980 que instituiu a Associação Latina-americana de Integração (Aladi), os Estados-membros acordaram que “o processo terá como objetivo a longo prazo o estabelecimento, gradual e progressivo, de um mercado comum latino-americano” (art. 1º, *in fine* TM/1980).

No âmbito da execução do Programa de Liberalização Comercial do Mercosul, tal princípio consistiu no estabelecimento de patamares verticais e horizontais.

O início de uma etapa posterior depende, necessariamente, da realização da etapa anterior do mercado comum (ALMEIDA, 2010, p. 34).

Ademais, a evolução progressiva de vários mecanismos também deve ser coordenada, tal como aconteceu na integração regional europeia, na qual a transição para a etapa de mercado comum fora escalonada em três etapas previstas no arcabouço institucional normativo europeu, *ex vi positis* art. 8º, 3 do Tratado das Comunidades Econômicas Europeias (JONES, 1996, p. 23).

A finalidade era alcançar o que fora efetivamente prometido e cumprir com os compromissos assumidos (GOMES, 2010, p. 39).

Porém, no Mercosul, em alguns momentos, o princípio da gradualidade não encontra especificidade em razão da falta de estabelecimento de cronogramas, possibilitando larga margem de discricionariedade dos Estados-partes, bloqueando a evolução progressiva do bloco econômico. No entanto, tal princípio foi aplicado na Decisão CMC/Mercosul nº 10/2010.

Além disso, ficam os Estados-partes com arbitrariedade na discussão do grau de integração na realização de determinadas condições prévias.

No caso da Comunidade Econômica Europeia, os mesmos resolveram se precaver da falta de objetividade, prevendo que um Estado-membro europeu não poderia alegar o descumprimento de suas próprias obrigações para impedir a passagem para etapa posterior, conforme art. 8º TCEE (PORTO, 1997, p. 45).

2.2 Princípio da flexibilidade

Tal princípio acabou se tornando uma diretriz geral da política externa dos países latino-americanos e de outros Estados do antigo Terceiro Mundo, dos atuais Estados em desenvolvimento (GOMES, 2010, p. 76).

Do ponto de vista de interpretação histórica, o mesmo já fora elencado como princípio no Tratado de Montevideu de 1980 que criou a Aladi, garantindo um relaxamento das políticas governamentais, evitando-se rigidezes compromissais.⁸

Além disso, o princípio da flexibilidade também pode significar uma rejeição a determinados elementos da ordem jurídica internacional tradicional, principalmente quando vinculado com o princípio do *pacta sunt servanda*.

Porém, no caso do TA/1991, a flexibilidade consiste no formato adotado por cada Estado nacional no momento de realizar as suas obrigações adquiridas (FARIA, 1999, p. 65).

O entendimento do princípio da flexibilidade, certamente, não pode ser levado a extremos que desvirtuem as razões principais do instrumento do TA/1991, sob pena de que questionamentos excessivos baseados na flexibilidade possam desnaturar as próprias intenções e forças que fizeram surgir um regime jurídico, minimizando no caso a integração regional e produzindo efeitos negativos da integração para determinados membros.

2. A distribuição de renda tributário-aduaneira no Mercosul

A preocupação com a questão da distribuição da renda aduaneira pelo Mercosul, vem desde a década de 1990, quando, então, principalmente, o Paraguai arguia que seu sistema econômico e, principalmente, as suas finanças públicas estavam em risco em função da política de tributação e de comércio exterior estabelecida pelo ordenamento jurídico mercosulista.

Com fundamentação nos princípios do Tratado de Assunção de 1991, do Protocolo de Ouro Preto de 1994 e das decisões CMC/Mercosul nº 54/2004 e nº 37/2005; passou-se à execução real de diretrizes e cronogramas que permitissem a plena implementação das mencionadas decisões.

A Decisão CMC/Mercosul nº 54, de 16 de dezembro de 2004; trata da eliminação da dupla cobrança da Tarifa Externa Comum (TEC) e a da distribuição da renda aduaneira.

A Decisão CMC/Mercosul nº 37, de 2005; trata da regulamentação transitória da Decisão CMC/Mercosul nº 54/2004; tendo sido adotada em Montevideu, Uruguai; em 08 de dezembro de 2005.

O conteúdo de tais decisões se torna relevante para avaliação da política mercosulista de repartição da renda aduaneira e o caso do Paraguai, razão pela qual se fará adiante; incluindo-se a Decisão CMC/Mercosul nº 10/2010.

3.1 Conteúdo da Decisão CMC/Mercosul nº 54/2004

Implementada em Belo Horizonte, Brasil; em 16 de dezembro de 2004, durante a XXVII reunião ordinária do Conselho Mercado Comum; e mencionada decisão é composta por 10 (dez) artigos, tendo como ementa a “eliminação da dupla cobrança da TEC e distribuição da renda aduaneira”.

⁸ Tal princípio fora estabelecido como “possibilidade de concluir acordos de alcance parcial compatíveis com uma convergência progressiva e o fortalecimento dos laços de integração”, conforme art. 3º, c do TA/1980. De acordo com o art. 7º TA/1980, “por acordos de alcance parcial entende-se os acordos nos quais nem todos os países membros são partes e que visam, por meio de sua multilateralização progressiva, a criar as condições necessárias ao aprofundamento do processo de integração regional”.

O objetivo do aperfeiçoamento da União Aduaneira, ainda imperfeita, do Mercosul resulta na necessidade de se avançar na integração econômica sub-regional, incluindo-se, para tanto, a reformulação do arcabouço institucional normativo e procedimental que facilitem a circulação de mercadorias e serviços entre os sistemas produtivos dos Estados-partes do bloco.

Ademais, concomitantemente, torna-se necessário o desempenho no controle aduaneiro no Mercosul, incluindo-se na importação de bens originários do território aduaneiro ampliado e o estabelecimento de um mecanismo de distribuição de renda aduaneira e da eliminação da multiplicidade da cobrança da TEC.

Dentre outras questões tratadas na mencionada Decisão, o art. 4º, inciso (c); estabeleceu uma agenda política sub-regional para a XXVIII Reunião Ordinária do CMC, incluindo-se, *inter alia*, a vigência de “um mecanismo, com definição de modalidades e procedimentos para a distribuição da renda aduaneira, que deverá contemplar as circunstâncias especiais e específicas dos Estados Partes com relação aos eventuais impactos resultantes da aplicação do estabelecido no artigo 1º da presente Decisão”.

O prazo máximo estabelecido para a implementação do chamado mecanismo de distribuição renda aduaneira era até 2008, ou seja, no máximo 4 (quatro) anos; cumprindo-se o princípio da gradualidade do TA/91.

Além disso, tendo em vista a necessidade de uma política estratégica aduaneira no campo da uniformização de procedimentos aduaneiros e da dupla cobrança da TEC, a Decisão também estabeleceu o último prazo mencionado para aplicação do Código Aduaneiro do Mercosul e da interconexão de sistemas informáticos de gestão pública aduaneira nos Estados-Partes do Mercosul.

A ideia estratégica do fluxo de dados informáticos aduaneiros entre os Estados mercosulistas foi construir uma base de dados com informações necessárias para a futura distribuição da renda aduaneira no Mercosul.

Antes de estabelecido um plano de ação com cronograma para cumprimento do disposto do art. 4º da Decisão, deverá estar incorporado aos ordenamentos jurídicos dos Estados-partes o mecanismo de distribuição da renda aduaneira previsto no art. 4º, inciso (c); dependendo da entrada em vigência da Decisão nos Estados-partes, nos termos das disposições de vigência das normas mercosulistas.⁹

A próxima etapa era os Estados-partes darem cumprimento a tal Decisão por meio da incorporação da mesma aos seus ordenamentos jurídicos internos, regulamentando-a pelos seus respectivos órgãos aduaneiros; além do Conselho do

⁹ Assim está disposto no Protocolo de Ouro Preto de 1994:

(...)

Artigo 40 - A fim de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo, deverá ser observado o seguinte procedimento:

- i) Uma vez aprovada a norma, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do Mercosul;
- ii) Quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o fato a cada Estado-Parte;
- iii) As normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Partes 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, nos termos do item anterior. Com esse objetivo, os Estados-Partes, dentro do prazo acima, darão publicidade do início da vigência das referidas normas por intermédio de seus respectivos diários oficiais.

Mercosul Comum realizar os ajustes necessários no regime de origem do Mercosul, antes de 31 de dezembro de 2005, *ex vi* do art. 9º ainda da Decisão.

A Decisão fora regulamentada, posteriormente, por meio da Decisão CMC/Mercosul nº 37/2005; tal como está exposta a seguir.

3.2 Conteúdo da Decisão CMC/Mercosul nº 37/2005

Referida Decisão foi exarada na cidade de Montevideu, Uruguai; em 08 de dezembro de 2005; na XXIX Reunião Ordinária do Conselho Mercado Comum; sendo composta por 5 capítulos; 27 artigos e 1 anexo.¹⁰

Tal Decisão é a primeira etapa, dentro do princípio da gradualidade do TA/1991, a ser implementada para a livre circulação de mercadorias no Mercosul, regulamentando a anterior Decisão CMC/Mercosul nº 54/2004 já mencionada.

Essa primeira etapa representa a outorga de tratamento de bens originários do Mercosul aos bens importados de terceiros países aos quais se aplique uma Tarifa Externa Comum (TEC) de 0% em todos os Estados-partes do Mercosul e aos bens aos quais seja aplicada 100% de preferência tarifária no âmbito dos acordos assinados pelo Mercosul. Isso mesmo quando tais mercadorias forem originárias e provenientes de países com os quais se outorga tal preferência.

A segunda etapa – já prevista na Decisão CMC/Mercosul nº 54/2004 – representará na aplicação de tratamento de bens originários às importações de extra-zona que cumpram com a Política Tarifária Comum (PTC) do Mercosul, no que se refere tanto à sua circulação dentro do Mercosul, quanto à sua incorporação em processos produtivos.

O cumprimento da PTC é dado pelo pagamento da TEC, na aplicação da mesma preferência tarifária sobre a TEC, por todos os Estados-partes mercosulistas, em razão dos acordos comerciais assinados por terceiros países, ou na aplicação de medidas de defesa comercial e permitirá à mercadoria importada de terceiro país o tratamento de bem originário do Mercosul, podendo, com isso, circular, livremente, pela União Aduaneira, sem a reincidência tarifária.

A característica de caráter originário aos bens importados de terceiros países que tenham cumprido com a PTC atende às exigências de outros blocos econômicos em processo de negociação com o Mercosul, como é o caso da União Europeia, onde os produtos internalizados encontram tal tipo de tratamento na circulação entre os Estados-partes.

De acordo com a exposição de motivos da Decisão CMC/Mercosul nº 54/2004; tal medida “constitui um avanço imprescindível no processo de integração, estimulando a incorporação de valor agregado aos produtos originários da união aduaneira e a promoção de novas atividades produtivas”.

No âmbito do processo de aperfeiçoamento e fortalecimento da união aduaneira mercosulista, os Estados-partes têm a missão, *inter alia*, de harmonizar o tratamento tarifário aplicado às mercadorias importadas de extra-zona, com o objetivo de criar um processo que permita, posteriormente, a livre circulação dos mesmos intra-zona, com determinados instrumentos de controle, distribuição aduaneira e eliminação da multiplicidade (dupla, tripla ou quádrupla) de cobrança da TEC.

¹⁰ No Brasil, a mencionada decisão fora internalizada pelo decreto federal nº 5.738, de 30 de março de 2006.

Para a implementação da livre circulação de mercadorias, é necessário o cumprimento de uma série de medidas, cuja execução vem sendo indagada desde a XXVIII Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum, ocorrida em Assunção, Paraguai; em 18 de junho de 2005, que consiste na aprovação e colocação em vigência até o final de 2008:

Do Código Aduaneiro do Mercosul;

De um sistema informatizado para alimentação de uma base de dados com informações suficientes para uma posterior distribuição de renda aduaneira do Mercosul; e

De um mecanismo para avaliação de circunstâncias especiais e específicas dos Estados-partes relacionadas aos eventuais impactos resultantes da aplicação da livre circulação de mercadorias na sub-região.

No entanto, apenas a primeira etapa da execução da Decisão CMC/Mercosul no. 54/04 fora feita, a qual fora regulado pela Decisão CMC/Mercosul nº 37/2005; inserida no ordenamento jurídico nacional pelo decreto federal nº 5.738/06 e regulamentada pelas Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda (SRFB/MF) nº 645 e 646, de 18 de abril de 2006.

A Decisão CMC/Mercosul nº 37/2005 exarou um rol de bens importados de terceiros países, para os quais fora atribuído o caráter de originários, respeitando-se as condições da primeira etapa, vale dizer, terem o gravame tributário da TEC em 0% ou receberem 100% de preferência tarifária no Mercosul por Estados originários que tenham acordos com o mencionado bloco.

O anexo I da mencionada Decisão trata de 680 posições tarifárias com alíquota da TEC a 0%.

O anexo II, por sua vez, trata de mercadoria que têm uma preferência tarifária de 100%, justificado por tratados internacionais acordados pelo Mercosul com outros Estados, sendo que tais mercadorias são identificadas de acordo com os países de origem, envolvendo regras de origem.

Ainda no Anexo II, estão inseridos 9.237 itens oriundos da Bolívia; 9.070 itens oriundos do Chile; 81 itens oriundos da Colômbia; 67 itens do Equador e 56 itens da Venezuela.

Ademais, a Decisão ainda apresenta o Anexo III, o qual prevê produtos que não receberão tratamento de originários em razão de aplicação de medidas de defesa comercial, estando presente apenas uma posição tarifária do Sistema Harmonizado, quando oriundo do Chile.

Ficou previsto também que tais Anexos serão atualizados pela Comissão de Comércio do Mercosul quando existam mudanças na TEC que venham a atribuir 0% a novos itens, ou modificações nas Listas de Exceções à TEC de algum Estado-parte mercosulista, com a celebração de novos acordos que prevejam preferência tarifárias quadripartites de 100% ou que seja alcançadas por cronograma de desgravação tarifária ou quando forem feitas renegociações nas Regras de Origem na esfera de algum tratado internacional celebrado pelo Mercosul com terceiros Estados.

A atualização dos Anexos será feita, periodicamente, em 01 de janeiro ou em 10 de julho de cada ano.

A Decisão CMC/Mercosul nº 37/2005 trata sobre várias regras no seu Capítulo II; especificamente sobre "Certificação de Cumprimento da Política Tarifária Comum", do "Ingresso de bens extra-zona", da "Certificação Aduaneira de produtos com certificado de origem Mercosul", da "saída de bens originárias ou que

cumpriram a PTC de um Estado-parte para outro Estado-parte”, do “Ingresso aos Estados-partes de bens de extra-zona e com certificação de origem Mercosul” e da “Discrepância de classificação tarifária”.

Tais tratamentos normativos têm a finalidade de operacionalizar as demais medidas, possibilitando um *enforcement* da primeira etapa na implementação da livre circulação de bens no Mercosul e preparando os controles necessários para a efetivação das etapas graduais e da distribuição da renda aduaneira na sub-região.

É nesse sentido que, no século XXI, a aduana se prevalece de controles aduaneiros informatizados como o caso do sistema Indira, detalhados nas normas da IN SRFB/MF nº 645 e IN SRFB/MF nº 646. A primeira regulamenta o tratamento de mercadorias importadas e exportadas que cumpriram a Política Tarifária Comum (PTC) e a segunda aborda o tratamento de mercadorias importadas e exportadas que cumpriram o Regime de Origem Mercosul (ROM).

Além disso, também são tratadas na Decisão nº 37/2005 regras relacionadas com o regime de bens processados no Mercosul que utilizam materiais de extra-zona já cumprido a PTC. Aliás, tal tema fora regulado também pela Decisão CMC/Mercosul nº 01/2004.

Por fim, a Decisão ainda trata do intercâmbio de informações entre aduanas nacionais mercosulistas, as quais serão também intercambiadas pelo Sistema Indira.

Embora se trate da implementação da Primeira Etapa do processo de liberação comercial no Mercosul, ainda ficou restrito a determinados itens desgravados pela TEC 0% ou 100% de preferência tarifária, reduzindo efeitos práticos da medida comercial ora tomada.

Não obstante, algumas considerações negativas, a busca por meios de implementação de controles necessários para a livre circulação de mercadorias no Mercosul é virtuosa, tendo em vista a urgente necessidade de eliminação da multiplicidade de cobrança da TEC e da resolução do impacto causado por tal medida na distribuição da renda aduaneira no Paraguai.

4. A distribuição de renda tributário-aduaneira como programa de aplicação do princípio da redução da assimetria entre os Estados-partes do Mercosul

Os Estados-partes do Mercosul, mesmo antes da constituição do Tratado de Assunção de 1991, tinham diversas visões presentes e futuras sobre a criação do Mercosul, não obstante, a tentativa de justificar a integração econômica regional em modelos teóricos econômicos balasseanos e smithianos, entre outros.

Exemplificativamente, a Argentina tinha a pretensão de fortalecer o comércio interno argentino por meio das suas empresas, mesmo que dependesse das exportações produtivas para o Brasil (CASELLA, 1995, p. 12).

A ideia geral argentina era aumentar as vantagens competitivas da sua indústria, aumentando o seu mercado, possibilitando, com isso, a absorção da mão de obra qualificada e com maior mobilidade se comparada à do Brasil, por exemplo.

Além disso, tinha como estratégia o aumento das suas exportações e o salto na industrialização de produtos argentinos.

O Brasil visualizava o Mercosul como instrumento de geoeconômico e político que possibilitasse englobar um projeto integracionista da América do Sul como um todo, visando ao aumento da corrente de comércio, o que, aliás, possibilitou, que a Argentina passasse a ser um dos seus principais parceiros comerciais, assim como a elevação do comércio com o Uruguai e com o Paraguai (GONZÁLEZ-OLKEDOP, 1997, p. 12).

Ademais, o Brasil analisou, estrategicamente, a posição do Mercosul como um instrumento diplomático poderoso e legítimo para exercício de liderança sub-regional.

Com isso, para o Brasil, o Mercosul passa a ser um elemento institucional e organizacional que possibilitaria a inserção do país no cenário comercial internacional, depois de um longo período de política de industrialização por substituição de importações que se iniciou na década de 1930 (MAGALHÃES, 2005, p. 34).

Com uma falta de capitais nacionais, após também um longo período de internacionalização do capital interno, o crescimento brasileiro da década de 1990 também foi idealizado para investimentos estrangeiros.

Do ponto de vista político, o Mercosul tinha a finalidade de superar os desatinos entre os vizinhos do Cone Sul, promovendo o auxílio mútuo e preparando-os para enfrentar a competição internacional.

Para o Paraguai e o Uruguai, então, o Mercosul representa um meio de sedimentar laços econômico privilegiados, sendo instrumento de projeção internacional (MONTORO, 1994, p. 49).

Especificamente, para o Uruguai, representa a possibilidade de fortalecer o mercado interno e continuar a interação com os mercados argentino e brasileiro.

Além disso, também se torna possível a contribuição da tecnologia brasileira às economias paraguaias e uruguaias.

Na época das negociações do Tratado de Assunção de 1991, foram estabelecidos 3 objetivos fundamentais pelos Estados mercosulistas (SILVA, 1995, p. 45):

Exercício de intermediação política por parte da Argentina, relacionando-se com países maiores (como o Brasil) e com países menores (no caso, Paraguai e Uruguai);

O exercício de uma liderança sub-regional por parte do Brasil, afirmando-se internacionalmente;

Exercício de integração sub-regional plena pelos Estados-partes menores que enxergam no Mercosul uma grande oportunidade de crescimento dos seus sistemas econômicos.

Considerações finais

Como considerações finais, pode-se dizer que a implementação das Decisões CMC/Mercosul nº 54/2004; 37/2005 e 10/2010 foram dadas em função da aplicação do princípio da redução da assimetria, diferenças econômicas e estruturais dos Estados-partes do Mercosul, por meio de instrumentos de repartição da renda aduaneira.

Tal distribuição de riqueza por meio do tributo permite maior mobilidade de questões intrínsecas a temas internos, principalmente para as duas menores economias do bloco econômico sub-regional: o Paraguai e o Uruguai.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. **Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico-institucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.); CASELLA, Paulo Borba; HUCK, Hermes Marcelo. **Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger**. São Paulo: LTr, 1994.

CASELLA, Paulo Borba. Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul: após o término do período de transição. São Paulo: LTr, 1996.

_____. Direito internacional tributário brasileiro. São Paulo: LTr, 1995.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos econômicos: solução de controvérsias – uma análise comparativa a partir da União Europeia e do Mercosul**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Manual de direito da integração regional**. Curitiba: Juruá, 2010.

GONZÁLEZ-OLKEDOP, Florencia. **La integración y sus instituciones**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

JONES, Robert. The politics and economics of the European Union: an introductory text. [S.l.]: Edward Elgar, Cheltenham, Brookfield, 1996.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito econômico internacional : tendências e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2005.

MONTORO, André Franco. **Perspectivas de integração da América Latina**. 3. ed. São Paulo: ILAM, 1994.

PORTO, Manuel Carlos Lopes. **Teoria da integração e políticas comunitárias**. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, Roberto Luiz. Direito econômico internacional e direito comunitário. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

Rosangela Maria Kraviski Grainert Diz¹

RESUMO: O presente estudo pretende apresentar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a sua criação, a formação de reserva de valores para o trabalhador, o que se torna uma espécie de poupança para ser usufruída após a demissão sem justa causa, na aposentadoria ou no caso de doença mais grave, bem como os benefícios sociais advindos das aplicações de seus recursos em saneamento e moradia. As diversas hipóteses de saques que os trabalhadores estão autorizados conforme Lei nº 8.036/90. Também traz a sua natureza jurídica a qual atualmente está em discussão, pois dependendo do ponto de vista ela pode ser previdenciária ou tributária, o que gera polêmica entre os doutrinadores. Ao final cita os conflitos quanto ao prazo de prescrição do não recolhimento do FGTS, bem como um recurso extraordinário que está em julgamento no STF, devido a uma aparente contradição entre a Constituição da República e a lei do FGTS.

Palavras-chave: Trabalhador. Empregador. Natureza Jurídica. Prescrição.

ABSTRACT: This work intend to show the FGTS (a Brazilian labor security fund), its creation, the reserv fund formation to workers, the FGTS has become a kind of saving bank to be used in a case of demission without any reason, retirement, serious sickness. The fund of the FGTS is used for sanitation infrastructure and housing. There are many hypotheses that a worker can withdraw the money from FGTS account according to 8.036/90 law. The FGTS nature is legal and now it is in debate, depending of the subject, the FGTS legal nature can be in social welfare area or in tributary area, so this situation on demands controversy among jurists in the end, this work shows the conflicts about the period of time the companies have to pay the FGTS without paying with a fine and it will also be shown a special appeal about a probable controversy between the federal constitution and the FGTS law.

Keywords: Employee. Employer. Legal Nature. Prescription.

INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço desde a sua criação em 1966 tem um papel importante para o trabalhador.

Através dos depósitos efetuados pelo empregador, forma-se um pecúlio, uma espécie de poupança que com a despedida do trabalhador, ajudará a se manter a si e a sua família até que possa entrar novamente no mercado de trabalho, ou ser

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade OPET.

sacado em caso de doenças graves ou na compra da casa própria e na aposentadoria.

Todos os brasileiros que possuem contrato de trabalho formal, regido pela CLT, trabalhadores rurais, temporários, avulsos, safreiros e atletas profissionais têm direito ao FGTS. Já o diretor não-empregado e o trabalhador doméstico podem ser incluídos no sistema do FGTS, vai depender da vontade do empregador.

Também será visto além do seu conceito, a sua constituição, o que correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga ou devida no mês anterior, a cada empregado, valor este depositado na Caixa Econômica Federal, que tem o papel de Agente Operador do FGTS, zelando pelos recursos dos trabalhadores.

O FGTS é regido por um Conselho Curador, o qual é composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo.

Os recursos do FGTS são investidos em programas de habitação, saneamento ambiental e infraestrutura urbana que cumprem importante função social ao gerar empregos e promover o desenvolvimento no país.

A natureza jurídica do FGTS é muito discutida. Em relação ao empregado: há várias teorias, como do salário diferido, do salário socializado, do salário atual, do prêmio etc., já quanto ao empregador: existem três teorias: teoria fiscal, parafiscal e da contribuição previdenciária.

Devido a esta discussão e a outros pontos polêmicos gerou uma série de conflitos sobre o prazo de prescrição para reclamar o depósito do FGTS, o qual será exposto neste presente trabalho.

ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

Antes da criação do FGTS os trabalhadores conseguiam a estabilidade após 10 anos na mesma empresa. Caso fosse demitido antes desse período, o patrão deveria pagar uma indenização equivalente a um salário por ano trabalhado.

HISTÓRICO DO FGTS

No dia 13 de setembro de 1966 entrou em vigor a Lei nº 5.107, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

O início do FGTS pode se dizer que ocorreu com o Projeto da Constituição de 1934, enviado pelo Governo Provisório à Assembléia Nacional Constituinte, em 16.11.33, art. 124, § 5º, o que era um prenúncio de admissão de um fundo de reserva para o trabalhador que direcionava garantir o ordenado ou o salário de um ano, no caso da empresa não mais existir.²

A Lei nº 3.470/58, no seu artigo 46, concebeu um fundo de indenizações trabalhistas, o que era uma prerrogativa virou uma obrigação para as empresas, pessoas jurídicas contribuintes do imposto de renda, conforme descrito abaixo:

Art. 46. Fica revogado o inciso II do artigo 6º da Lei nº 2.354, de 29 de novembro de 1954, acrescentando-se ao artigo 37 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 40.702, de 31 de dezembro de 1956, os seguintes dispositivos: (Regulamento)

"h) as quantias destinadas à constituição de fundo de reserva para indenizações previstas na legislação do trabalho, desde que aplicadas em

² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 442.

títulos da dívida pública de emissão especial, cujo resgate imediato ficará assegurado para o pagamento efetivo das indenizações."

"§ 5º As importâncias mencionadas na alínea " h " deste artigo não poderão exceder, em cada exercício social, do limite de 7% (sete por cento) da remuneração paga aos empregados durante o ano, correndo obrigatoriamente por conta desse fundo os dispêndios realizados, no decurso de cada exercício, a título de indenização."

"§ 6º As quantias correspondentes ao fundo de reserva de que trata a letra " h " deste artigo somente poderão ser utilizadas em sua finalidade específica.

"§ 7º O limite máximo do saldo da reserva prevista na alínea " h " deste artigo não poderá ultrapassar o total das folhas de pagamento do último ano."

Parágrafo único. Fica o Poder Executivo autorizado a emitir os títulos da Dívida Pública Federal a que se refere este artigo até o montante anual da respectiva previsão do orçamento geral da União.³

A Lei nº 5.107/66 que criou o FGTS foi alterada pelo Decreto-lei nº 20, de 1966, regulamentado pelo Decreto nº 59.820/66, que incluiu alguns artigos, parágrafos e incisos, como o § 4º do art. 1º, conforme abaixo:

§ 4º O empregado que optar pelo regime desta lei, dentro do prazo estabelecido no § 1º e que não tenha movimentado a sua conta vinculada, poderá retratar-se desde que o faça no prazo de 365 dias a contar da opção, mediante declaração homologada pela Justiça do Trabalho, não se computando para efeito de contagem do tempo de serviço o período compreendido entre a opção e a retratação.⁴

O FGTS tratava-se, assim, de uma faculdade para os empregados optarem por uma garantia pelo tempo de serviço prestado às empresas. Também na Constituição de 1967 no artigo 158, inciso XIII citava sobre a estabilidade ou fundo de garantia equivalente:

Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...)

XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;

(...)⁵

Segundo Martins, passou-se assim, a antever a "estabilidade" para o trabalhador que fosse despedido ou no caso se escolhesse o fundo de garantia equivalente.⁶

³ BRASIL. **Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958**. Altera a legislação do Imposto de Renda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3470.htm>. Acesso em: 12 maio 2012.

⁴ BRASIL. **Lei nº 5.107 de 13 de setembro de 1966**. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5107.htm>. Acesso em: 12 maio 2012.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 12 maio 2012.

⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 442.

Para Amauri Mascaro Nascimento ocorreram transformações na legislação, onde o FGTS é um direito optativo:

Houve transformações na legislação pertinente à matéria destinada a dar maior consistência ao sistema, que foi instituído com a Lei n.5.107, de 1966, como *direito optativo* apenas dos trabalhadores que se manifestassem pelo Fundo, em lugar da indenização de dispensa sem justa causa ou da estabilidade adquirida ao completarem 10 anos de serviços efetivos para o mesmo empregador.⁷

Ao invés da estabilidade, que vinha sendo sistematicamente contornada pelas empresas ao demitir seus empregados antes que completassem dez anos de serviço⁸, o trabalhador terá direito a uma conta vinculada. Os recursos dessa conta virão das empresas, que depositarão todo mês, em nome do trabalhador, 8% do valor do seu salário.⁹

Outrossim, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 165, no inciso XIII, adotou a mesma expressão: “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente”.

Na realidade o que ocorreu foi uma falsa opção, caso o trabalhador, quando admitido na empresa, não se manifestasse pela opção do novo regime, ou seja, o FGTS, não conseguiria o emprego. E os trabalhadores já com a carteira assinada, que optassem pelo FGTS abdicariam da estabilidade. Só quem tinha direito ao FGTS eram os trabalhadores urbanos, e em tese, essa opção era facultativa.¹⁰

Em 1973, aos atuais empregados que não tivessem optado pelo regime instituído pela Lei nº 5.107/66 (FGTS), com a edição da Lei nº 5.958/73:

é assegurado o direito de fazê-lo com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967 ou à data da admissão ao emprego se posterior àquela, desde que haja concordância por parte do empregador.

§ 1º O disposto neste artigo se aplica também aos empregados que tenham optado em data posterior à do início da vigência da Lei número 5.107, retroagindo os efeitos da nova opção a essa data ou à da admissão.

§ 2º Os efeitos da opção exercida por empregado que conte dez ou mais anos de serviço poderão retroagir à data em que o mesmo completou o decênio na empresa.¹¹

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 856.

⁸ Em 1943 com o Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943 – CLT, em seu art. 492, trouxe que o empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas. BRASIL. **Vade mecum Universitário**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1375.

⁹ Ibidem, p.1936.

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1010.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 5.958, de 10 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre a retroatividade da opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criado pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L5958.htm>. Acesso em 13 mai. 2012.

Assim, havia trabalhadores que optaram, mas não possuíam tempo de serviço anterior à opção. No caso de terem dez anos, eram considerados estáveis, de outra forma poderiam ser demitidos, pagando a empresa a indenização do art. 477 e seguintes da CLT, conforme descrito abaixo, quanto ao período anterior à opção:

É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.¹²

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, existiram várias leis que alteraram ou incluíram artigos sobre o FGTS, como a Lei nº 6.858/80 que versa sobre o pagamento do FGTS aos dependentes ou sucessores, a Lei nº 6.919/81 que facultou às empresas estenderem a seus diretores que não fossem empregados o regime do FGTS, etc.¹³

Em 1988, com a Constituição Federal do Brasil, acabou a opção de escolha do sistema do FGTS ou a estabilidade. Ficou automático. Com isto, a estabilidade que era adquirida na empresa depois de 10 anos trabalhados foi extinta.¹⁴

Para Amauri Mascaro Nascimento, a natureza da opção do FGTS passou de direito optativo para imposição legal, conforme descrito abaixo:

Modificada foi a sua natureza de direito optativo, para imposição legal geral, pela Constituição Federal de 1988, art. 7º, III, que o manteve como forma única de reparação ao empregado, suprimindo do texto anterior, acima indicado, a estabilidade e a indenização.¹⁵

Em 12 de outubro de 1989, foi editada a Lei nº 7.839, que dispunha sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dava outras providências, mas pouco durou, pois, foi revogada expressamente pela Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990, regulamentada pelo Decreto nº 99.684/90. Sendo este o diploma legal que atualmente rege o Fundo de Garantia.¹⁶

Para Amauri Mascaro Nascimento a Constituição Federal de 1988 trouxe algumas consequências para o FGTS, como:

- 1) Desapareceram as opções e o sistema tornou-se geral e obrigatório quando antes o empregado podia decidir se o queria ou não.
- 2) O acréscimo devido pelo empregador quando despede sem justa causa para alguns é uma multa que reverte para o empregado. Agora, nitidamente, é uma indenização, uma vez que se destina provisoriamente a substituir a indenização do art. 7º, I, da Lei Magna (40% pagos pelo empregador que despedir sem justa causa, calculados sobre o montante dos depósitos por este efetuados em sua conta vinculada, mais 0,5% — Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001).

¹² BRASIL. **Vade mecum**. Op. cit., p. 1371.

¹³ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 443.

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro. Op. cit., p.1010.

¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 856.

¹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 443.

3) A retratação perdeu a finalidade com a unificação do regime do Fundo de Garantia. Não havendo mais opção, desaparece a retratação dessa opção.¹⁷

Por fim, todos saíram ganhando com a criação do FGTS, os trabalhadores, que além de estarem mais protegidos contra o risco de demissão imotivada, o FGTS é considerada parte de sua renda e fonte de poupança para o futuro, já para o Governo o patrimônio do FGTS é utilizado para desenvolvimento das políticas sociais o qual irá beneficiar toda a sociedade brasileira.

CONCEITO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é uma conta bancária, denominada de conta vinculada, constituída por depósitos realizados pelo empregador, que o trabalhador pode utilizar nas hipóteses previstas em lei, é uma espécie de poupança em favor do trabalhador, para que este efetue o saque no momento de sua dispensa na empresa, ou diante de outras situações excepcionais, previstas em lei.¹⁸

Sérgio Pinto Martins considera o conceito do FGTS como:

O nome do instituto em estudo é Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), porém este não garante o tempo de serviço, apenas uma poupança para o trabalhador, ao contrário do que ocorria com a indenização.

O FGTS é um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas na lei, principalmente quando é dispensado sem justa causa.¹⁹

No site do Ministério do Trabalho e Emprego encontra-se o conceito de FGTS como:

O Fundo constitui-se em um pecúlio disponibilizado quando da aposentadoria ou morte do trabalhador, e representa uma garantia para a indenização do tempo de serviço, nos casos de demissão imotivada.

A diferença básica em relação ao modelo anterior é que esses depósitos integram um Fundo unificado de reservas, com contas individualizadas em nome dos trabalhadores.

Além de ampliar o direito indenizatório do trabalhador, que pode, ao final do tempo útil de atividade, contar com o valor acumulado dos depósitos feitos em seu nome.²⁰

Como podemos observar o conceito é semelhante para inúmeros autores e até mesmo no site do MTE.

É importante ressaltar, é que todos concordam que se trata realmente de um depósito bancário que irá formar uma espécie de poupança, realizada pelos

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 858.

¹⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008. p.255.

¹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 443.

²⁰ MTE. **O que é o FGTS**. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/fgts/oquee.asp>>. Acesso em: 30 maio 2012.

depósitos efetuados pelo empregador, a qual poderá ser sacada nas hipóteses previstas em lei ou quando da aposentadoria do trabalhador.

ASPECTOS INSTITUCIONAIS

A principal fonte de recursos do FGTS são os depósitos mensais efetuados pelos empregadores nas contas vinculadas dos trabalhadores.

CONSTITUIÇÃO DO FGTS

Os recursos do FGTS são formados através de depósitos mensais feitos pelas empresas, no valor correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga ou devida no mês anterior, a cada empregado.²¹

Estas contribuições possuem natureza social e têm caráter compulsório, estes depósitos são lançados numa conta, denominada conta vinculada, em nome dos trabalhadores, os quais são absolutamente impenhoráveis de acordo com o art. 2º da Lei nº 8.036, de 1990.²²

Constituem, também, recursos do FGTS:

- dotações orçamentárias específicas;
- resultados das aplicações dos recursos do FGTS;
- multas, atualização monetária e juros moratórios devidos;
- receitas oriundas da Lei Complementar nº 110/2001; e
- demais receitas patrimoniais.²³

Esses recursos, enfim, irão proporcionar uma poupança forçada ao trabalhador e incrementar a construção e financiamento das habitações e saneamento no Brasil.

ADMINISTRAÇÃO

Conforme o art. 3º da Lei nº 8.036/90 o FGTS será regido por normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo.²⁴

Enfim, representantes de toda a sociedade.

BENEFICIÁRIOS

Todos os trabalhadores regidos pela CLT que firmaram contrato de trabalho a partir de 05/10/1988 terão direito aos depósitos do FGTS. Os trabalhadores rurais, os temporários, os avulsos, os safreiros, os atletas profissionais, também terão direito ao FGTS.²⁵

Com a Lei nº 7.839 de 12/10/89 o trabalhador temporário passou a ter direito ao FGTS.

Já para os empregados domésticos a Lei nº 5.859/72, artigo 3º - A, trouxe a prerrogativa dos empregadores depositarem o FGTS para esta categoria de trabalhadores, ou seja, não é obrigatório o depósito, é sim facultativo.²⁶

²¹ BARROS, Alice Monteiro. Op. cit., p. 1012.

²² Idem.

²³ CAIXA. **Relatório Gestão FGTS 2010**. Disponível em: <<http://www1.caixa.gov.br/download/asp/download.asp>>. Acesso em: 27 maio 2012. p. 27.

²⁴ BRASIL. **Vade mecum...** Op. cit., p. 1930.

²⁵ FGTS. **Perguntas Frequentes - n. 1**. Disponível em: <<http://www.fgts.gov.br/perguntas/trabalhador/pergunta01.asp>>. Acesso em: 01 jun. 2012.

²⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 450.

Os diretores não-empregados poderão ser equiparados aos demais trabalhadores, que tenham direito ao depósito do FGTS, se as suas respectivas empresas também optarem por esta condição. Conforme artigo 16 da Lei nº 8.036/90, considera-se diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo.²⁷

O depósito é realizado pelo empregador ou o tomador de serviços na conta vinculada ao FGTS do trabalhador. O depósito pode ser feito até o dia 7 de cada mês.²⁸

Quanto à porcentagem do depósito:

O depósito equivale a 8% do valor do salário pago ou devido ao trabalhador, cujo contrato é regido pela CLT. No caso de contrato de trabalho firmado nos termos da Lei n.º. 180/05, que trata dos contratos de aprendizagem, destinados à contratação de menores aprendizes, o percentual é reduzido para 2%.²⁹

O trabalhador recebe em sua casa a cada dois meses o extrato do FGTS, o que permite a conferência dos depósitos.

SAQUES

Conforme a Lei nº 8.036/90 o FGTS poderá ser sacado nas seguintes hipóteses:

- Na demissão sem justa causa;
- No término do contrato por prazo determinado;
- Na rescisão do contrato por extinção total da empresa; supressão de parte de suas atividades; fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências; falecimento do empregador individual ou decretação de nulidade do contrato de trabalho - inciso II do art. 37 da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário;
- Na rescisão do contrato por culpa recíproca ou força maior;
- Na aposentadoria;
- No caso de necessidade pessoal, urgente e grave, decorrente de desastre natural causado por chuvas ou inundações que tenham atingido a área de residência do trabalhador, quando a situação de emergência ou o estado de calamidade pública for assim reconhecido, por meio de portaria do Governo Federal;
- Na suspensão do Trabalho Avulso;
- No falecimento do trabalhador;
- Quando o titular da conta vinculada tiver idade igual ou superior a 70 anos;
- Quando o trabalhador ou seu dependente for portador do vírus HIV;
- Quando o trabalhador ou seu dependente estiver acometido de neoplasia maligna - câncer;
- Quando o trabalhador ou seu dependente estiver em estágio terminal, em razão de doença grave;
- Quando a conta permanecer sem depósito por 03 (três) anos ininterruptos cujo afastamento tenha ocorrido até 13/07/90, inclusive;

²⁷ Idem.

²⁸ FGTS. Op. cit.

²⁹ Idem.

- Quando o trabalhador permanecer por 03 (três) anos ininterruptos fora do regime do FGTS, cujo afastamento tenha ocorrido a partir de 14/07/90, inclusive, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta;

- Na amortização, liquidação de saldo devedor e pagamento de parte das prestações adquiridas em sistemas imobiliários de consórcio;

- Para aquisição de moradia própria, liquidação ou amortização de dívida ou pagamento de parte das prestações de financiamento habitacional.³⁰

Conforme visto muitas são as hipóteses de saques dos valores depositados nas contas vinculadas dos trabalhadores, mas existem também várias jurisprudências que dão ganho de causa para outros motivos de saque, conforme a jurisprudência abaixo:

RECURSO ESPECIAL Nº 757.197 - RS (2005/0093761-4)

RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA

RECORRENTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADVOGADO: VOLNIR CARDOSO ARAGÃO E OUTROS

RECORRIDO: LUÍS EDUARDO CRAVO MENDES

ADVOGADO: BENEDITO EDMUNDO DE ALBUQUERQUE

EMENTA

ADMINISTRATIVO. FGTS. LEVANTAMENTO. ART. 20 DA LEI Nº 8.036/91. ROL NÃO-TAXATIVO.

1. É cediço que, ao aplicar a lei, o julgador não deve restringir-se à subsunção do fato à norma, mas sim, estar atento aos princípios maiores que regem o ordenamento e aos fins sociais a que a lei se dirige (art. 5.º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

2. Ao instituir o sistema do FGTS, o legislador pátrio teve por meta garantir ao trabalhador o direito a uma espécie de poupança forçada, da qual ele pudesse lançar mão em situações difíceis, como na perda do emprego, em caso de doença grave, ou até para adquirir a moradia própria, mediante o Sistema Financeiro de Habitação.

3. A jurisprudência do STJ tem admitido a liberação do saldo do FGTS em hipótese não elencada na lei de regência, mas que se justifica, por serem o direito à vida, à saúde e à dignidade do ser humano garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente.

4. Recurso especial improvido.³¹

A jurisprudência acima se refere a uma situação financeira precária, o que não está relacionado nas modalidades de saque do FGTS, como visto, mais uma vez o STJ se refere ao art. 20 da Lei 8.036/90 como um rol não-taxativo das hipóteses de saque.

FINALIDADES

O FGTS tem várias finalidades desde a criação de uma poupança para um trabalhador específico até os benefícios para a toda a sociedade, como exposto abaixo:

³⁰ FGTS. **Perguntas Frequentes - n. 7.** Disponível em: <<http://www.fgts.gov.br/perguntas/trabalhador/pergunta07.asp>> Acesso em: 01 jun. 2012.

³¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 757.197 - RS (2005/0093761-4). 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500937614&dt_publicacao=19/09/2005>. Acesso em: 27 out. 2012.

O trabalhador, com o FGTS, tem o ensejo de construir um patrimônio, que pode ser sacado em momentos especiais, como o da obtenção da casa própria ou da aposentadoria e em situações de dificuldades, que podem ocorrer com a demissão sem justa causa ou em caso de algumas doenças graves.³²

As doenças elencadas na Lei nº 8.036/90 são: AIDS, neoplasia maligna e estágio terminal em razão de grave doença, mas são várias as jurisprudências do STJ, que aceitam outras doenças para saque do FGTS, conforme abaixo:

RECURSO ESPECIAL Nº 853.002 - SC (2006/0113459-1)
RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO: ELZA OLIVEIRA DOS SANTOS E OUTROS
RECORRIDO: OSCAR ALCIDES DA CONCEIÇÃO JUNIOR
ADVOGADO: ÂNGELO ALBERTO TOKARSKI E OUTRO
EMENTA

FGTS – LEVANTAMENTO DO SALDO DA CONTA VINCULADA AO FGTS – DOENÇA GRAVE NÃO PREVISTA NA LEI 8.036/90 – POSSIBILIDADE.

1. É tranquila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma.

2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

3. Precedentes da Corte.

4. Recurso especial improvido.³³

O voto da Ministra Relatora Eliana Calmon foi decidido em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que os valores depositados na conta vinculada do trabalhador serem de sua propriedade e também permitem a sua liberação o que garante a finalidade social do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.³⁴

Em relação à casa própria, o trabalhador pode aplicar os recursos do FGTS para a compra de imóvel novo, usado, ou em construção, para liquidação ou amortização de dívida vinculada a contrato de financiamento habitacional.³⁵

O FGTS também aplica recursos para o financiamento da construção de habitações populares, em saneamento ambiental e em infraestrutura urbana, assegurando investimentos para moradias, água tratada, redes de esgoto etc. e executando importante função social ao fomentar o nível de emprego, como por exemplo, as atividades de construção civil que consomem uma grande quantidade de mão de obra não qualificada, visto que é a que mais necessita de atenção.³⁶

³² FGTS. **Relatório Anual 2010**. Disponível em: <<http://www.fgts.gov.br/downloads.asp>>. Acesso em: 28 maio 2012. p. 21.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE Nº 853.002 - SC (2006/0113459-1). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601134591&dt_publicacao=03/10/2006>. Acesso em: 10 out. 2012.

³⁴ Idem.

³⁵ FGTS. **Relatório...** Op. cit., p. 21.

³⁶ Idem.

Com o auxílio dos recursos do FGTS a economia é movimentada no país, com isso, melhora a qualidade de vida de todos os brasileiros, pois, conforme o Relatório Anual 2010 – FGTS:

Somente em 2010, o FGTS injetou R\$ 82,7 bilhões em recursos para financiamentos, saques e investimentos. A evolução do orçamento anual do FGTS nos últimos exercícios dá uma dimensão de sua grandeza e importância socioeconômica.³⁷

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino a Lei nº 11.491, de 20/06/2007, estabeleceu mais uma possibilidade de aplicação dos recursos do FGTS, além de investimento em moradias populares e saneamento básico. Essa lei criou o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS, distinguido pela aplicação de recursos do FGTS, talhado a investimentos em empreendimentos dos setores e energia, rodovia, ferrovia, hidrovía, porto e saneamento, de acordo com as diretrizes, critérios e condições que estabeleça o Conselho Curador do FGTS.³⁸

Com a edição da Lei nº 12.087, de 11/11/2009, deu caráter de continuidade ao FI-FGTS, com a determinação de que seus recursos poderão ser destinados anualmente, associados ao resultado financeiro obtido pelo FGTS no exercício anterior. Com os investimentos realizados pelo FI-FGTS em obras de infraestrutura de base, o FGTS obteve um novo patamar qualitativo no que diz respeito à oferta de benefícios a sociedade.³⁹

Já para Ives Gandra da Silva Martins Filho o FGTS tem como uma das finalidades:

Garantir uma reserva monetária proporcional ao tempo de serviço para o empregado despedido imotivadamente, de forma a minimizar os efeitos financeiros do desemprego para o trabalhador. Também constitui uma vantagem para a empresa, que pode dispensar o empregado sem ter de sofrer o impacto do pagamento de indenizações elevadas de uma só vez, pois o Fundo assemelha-se a um seguro pago todos os meses pela empresa, no sentido de garantir seu direito potestativo de dispensa.⁴⁰

Assim, o FGTS tem finalidades favoráveis tanto para o trabalhador como para o empregador.

ASPECTOS DA REGULARIDADE, INFRAÇÕES E PENALIDADES E A NATUREZA JURÍDICA DO FGTS

Regularidade do FGTS é a situação da empresa perante o FGTS.

As infrações e penalidades que podem ocorrer no âmbito do FGTS estão discriminadas na Lei n. 8.036/90.

³⁷ Ibidem, p. 22.

³⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Op. cit., p.255.

³⁹ FRANCO, Wellington Moreira. **O Fundo dos Trabalhadores Faz um Brasil Melhor**. Mensagens. Relatório Anual 2009 - FGTS. Caixa Econômica Federal. SUFUG – Superintendência Nacional do FGTS ed. Buscato Informação Corporativa, 2010. p. 12.

⁴⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63-64.

REGULARIDADE DO FGTS

A regularidade do FGTS se refere à situação própria do empregador o que se encontra em dia com as obrigações perante o FGTS, no que se alude às contribuições devidas, quanto às instituídas pela Lei Complementar nº 110, de 29/06/2001, devido a empréstimos lastreados com recursos originários desse Fundo.⁴¹

Esta regularidade da situação do empregador perante o FGTS será comprovada pelo Certificado de Regularidade do FGTS, que terá validade em todo o território nacional, o qual é fornecido pela CEF, quando solicitado.⁴²

A apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS é obrigatória para:

I – habilitação em licitação promovida por órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional e por empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios;

II – obtenção de empréstimos ou financiamentos junto a quaisquer instituições financeiras públicas, por parte de órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, bem assim empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pelo Distrito Federal e pelos Municípios;

III – obtenção de favores creditícios, isenções, subsídios, auxílios, outorga ou concessão de serviços ou quaisquer outros benefícios concedidos por órgão da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, salvo quando destinados a saldar débitos para com o FGTS;

IV – transferência de domicílio para o exterior; e

V – registro ou arquivamento, nos órgãos competentes, de alteração ou distrato de contrato social, de estatuto, ou de qualquer documento que implique modificação na estrutura jurídica do empregador ou na extinção da empresa.⁴³

A não apresentação do CRF impede a empresa de praticar os itens acima citados.

Conforme o art. 45 do Decreto nº 99.684, de 08 de novembro de 1990, para obter o Certificado de regularidade, o empregador deverá cumprir as seguintes condições:

I – estar em dia com as obrigações para com o FGTS; e

II – estar em dia com o pagamento de prestação de empréstimos lastreados em recursos do FGTS.⁴⁴

O Certificado de regularidade terá validade de até 6 (seis) meses contados de sua emissão, conforme art. 46 do Decreto nº 99.864/90.⁴⁵

INFRAÇÕES E PENALIDADES

⁴¹ SOBRE O CRF. [1. O que é a Regularidade para com o FGTS?](http://www.caixa.gov.br/fgts/crf.asp#) Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/fgts/crf.asp#>>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁴² BRASIL. **Decreto nº 99.684, de 08 de novembro de 1990.** Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). art. 43. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm> Acesso em: 06 out. 2012.

⁴³ BRASIL. **Decreto nº 99.684, de 08 de novembro de 1990.** Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). art. 43. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm> Acesso em: 06 out. 2012.

⁴⁴ Ibidem, art. 45.

⁴⁵ Idem.

Conforme art. 23 da Lei nº 8.036/90 se constituem infrações perante o FGTS:

I - não depositar mensalmente o percentual referente ao FGTS, bem como os valores previstos no art. 18 desta Lei, nos prazos de que trata o § 6º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.197-43, de 2001)

II - omitir as informações sobre a conta vinculada do trabalhador;

III - apresentar as informações ao Cadastro Nacional do Trabalhador, dos trabalhadores beneficiários, com erros ou omissões;

IV - deixar de computar, para efeito de cálculo dos depósitos do FGTS, parcela componente da remuneração;

V - deixar de efetuar os depósitos e os acréscimos legais, após notificado pela fiscalização.

§ 2º Pela infração do disposto no § 1º deste artigo, o infrator estará sujeito às seguintes multas por trabalhador prejudicado:

a) de 2 (dois) a 5 (cinco) BTN, no caso dos incisos II e III;

b) de 10 (dez) a 100 (cem) BTN, no caso dos incisos I, IV e V.

§ 3º Nos casos de fraude, simulação, artifício, ardil, resistência, embaraço ou desacato à fiscalização, assim como na reincidência, a multa especificada no parágrafo anterior será duplicada, sem prejuízo das demais cominações legais.

§ 4º Os valores das multas, quando não recolhidas no prazo legal, serão atualizados monetariamente até a data de seu efetivo pagamento, através de sua conversão pelo BTN Fiscal.

§ 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.

§ 6º Quando julgado procedente o recurso interposto na forma do Título VII da CLT, os depósitos efetuados para garantia de instância serão restituídos com os valores atualizados na forma de lei.

§ 7º A rede arrecadadora e a Caixa Econômica Federal deverão prestar ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social as informações necessárias à fiscalização.⁴⁶

Como visto acima o artigo cita que competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da CEF, do cumprimento do disposto nesta lei, principalmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada.⁴⁷

Para julgar os dissídios entre os trabalhadores e os empregadores decorrentes da aplicação desta lei é competente a Justiça do Trabalho, mesmo quando a Caixa Econômica Federal e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social figurarem como litisconsortes.⁴⁸

No parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.036/90 cita que nas reclamações trabalhistas que objetivam o ressarcimento de parcelas relativas ao FGTS, ou que, direta ou indiretamente, impliquem essa obrigação de fazer, o juiz determinará que a empresa sucumbente proceda ao recolhimento imediato das importâncias devidas a tal título.⁴⁹

⁴⁶ BRASIL. *Vade mecum...* Op. cit., p. 1941.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ BRASIL. *Vade mecum...* Op. cit., p. 1942.

⁴⁹ Idem.

NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do FGTS é muito discutida.

Para Sérgio Pinto Martins, existem dois aspectos: um pelo ângulo do empregado e outro pela ótica do empregador, diz-se assim que a sua natureza jurídica é híbrida.⁵⁰

a) Em relação ao empregado: há várias teorias, como do salário diferido, do salário socializado, do salário atual, do prêmio etc.

Quanto à teoria do salário diferido, se refere a um salário adquirido no presente que será utilizado no futuro, uma poupança diferida, uma forma de pecúlio para o trabalhador. O empregado conquista o direito ao FGTS quando inicia na empresa, devido ao contrato de trabalho. Uma parte do salário não é paga ao trabalhador e sim depositada em uma conta, com isso, irá formar um tipo de poupança, que poderá auxiliar num momento especial, como demissão, aquisição da casa própria entre outras. Assim, o FGTS seria uma espécie de salário diferido, porque a vantagem resultante não seria pago de imediato ao empregado.⁵¹

A teoria do salário socializado seria o salário recebido pelo empregado, que seria devido pela sociedade ao trabalhador, como Sérgio Pinto Martins relata:

A causa do pagamento do FGTS seria o contrato de trabalho firmado entre empregado e empregador. Tal como ocorre com o salário, o benefício, futuramente, seria uma obrigação certa de que parte do salário seria paga diretamente ao trabalhador e parte seria representada pelos depósitos na conta vinculada do FGTS calculados sobre o salário, que não se entregaria ao trabalhador, mas se constituiria numa reserva futura, num fundo destinado a compensar o tempo de serviço na empresa, mas com um proveito geral. Tratar-se-ia de um fundo social.⁵²

E a do salário atual, teoria parecida com a anterior. Para Sérgio Pinto Martins seria quando:

A contraprestação do empregado é retribuída pelo empregador mediante o pagamento de duas cotas: uma que é entregue diretamente ao operário, constituindo-se em retribuição pelos serviços prestados; outra que é imediata e obrigatoriamente destinada ao FGTS, para seus fins. Essa cota visa garantir seu levantamento quando o empregado foi dispensado ou em outras hipóteses previstas na lei.⁵³

Enfim, o FGTS é um tipo de crédito realizado na conta vinculada do empregado, que resulta num tipo de poupança ou pecúlio obrigado. Na opinião de Sérgio Pinto Martins esse depósito visa:

Reparar a despedida injusta por parte do empregador relativo ao período de serviço do operário na empresa. Assim, sua natureza é compensar o tempo de serviço do empregado na empresa. Não se confunde, porém, com a indenização, pois esta visa apenas ao

⁵⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p. 445.

⁵¹ Ibidem, p. 446.

⁵² Idem.

⁵³ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p. 446.

ressarcimento pelo “dano” causado pelo empregador ao empregado, pela perda do emprego deste. Além disso, o FGTS foi criado justamente para substituí-la. Servirá também o depósito para o caso em que o empregado venha a adquirir sua casa própria pelo Sistema Financeiro da habitação, ocasião em que poderá utilizá-lo para amortização total ou parcial da dívida, ou nas outras hipóteses previstas na lei.⁵⁴

No tocante à natureza jurídica do FGTS quanto ao empregado, Sérgio Pinto Martins cita que “não se pode negar, contudo, que o FGTS é um instituto de natureza trabalhista, no concernente ao empregado”.⁵⁵

b) Quanto ao empregador: existem três teorias: teoria fiscal, parafiscal e da contribuição previdenciária.

Pela teoria fiscal, a contribuição do FGTS seria uma obrigação tributária, como cita Sérgio Pinto Martins:

Uma prestação pecuniária paga ao ente público, com a finalidade de constituir um fundo econômico para o financiamento do Sistema Financeiro da Habitação. Poderia ser considerado um imposto (art. 16 do CTN), pois independeria de uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Seria um imposto de destinação especial. Não seria uma taxa (art. 77 do CTN), visto que não há prestação de serviços por parte do Estado.⁵⁶

A teoria parafiscal é defendida pelos que fazem uma diferenciação entre tributos fiscais e parafiscais, para Sérgio Pinto Martins seria:

A que iria sustentar encargos do estado que não lhe seriam próprios, como ocorre com a Seguridade Social. Não sendo imposto, taxa ou contribuição de melhoria, a exação destinada ao FGTS seria uma contribuição parafiscal. Destinar-se-ia a contribuição do FGTS a custear o Sistema Financeiro da Habitação.⁵⁷

Quanto à natureza de contribuição previdenciária, Sérgio Pinto Martins se refere que seria “explicada pelo fato de não ser um tributo, mas uma exação totalmente diferente, uma imposição estatal atípica, uma determinação legal, cogente, prevista na legislação ordinária”.⁵⁸

Na visão de Sérgio Pinto Martins a contribuição ao FGTS no tocante ao empregador é:

Uma espécie do gênero tributo, contribuição (social), pois não pode ser enquadrada na definição de imposto, taxa ou contribuição de melhoria.

É de se destacar que “a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I – a denominação e demais características formais

⁵⁴ Ibidem, p. 446-447.

⁵⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 447.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 447.

adotadas pela lei; II – a destinação legal do produto da sua arrecadação” (art. 4º do CTN).⁵⁹

Na visão do Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho a natureza jurídica do FGTS “não se pode mais cogitar de indenização ou mesmo de prêmio, ao se investigar a natureza jurídica do FGTS. É ele um complemento do salário cuja percepção, pelo empregado, é adiada”.⁶⁰

Enfim, então seria apenas mais um complemento do salário do trabalhador, o qual seria recebido em um momento especial.

Para Delgado, existe uma tríplice dimensão de estrutura e objetivos no FGTS a qual pode gerar relações jurídicas próprias, diferentes, mas que acabam se combinando. Há a relação empregatícia que vincula trabalhador e empregador, que obriga ao empregador realizar os depósitos mensais e, às vezes, ao acréscimo pecuniário na rescisão, também é obrigado.⁶¹

Em relação ao vínculo jurídico entre empregador e Estado, é quando o empregador tem que realizar os depósitos, e o Estado tem o direito de vê-los cumpridos, o qual terá compulsoriamente de cobrá-los, com as penas legais.⁶²

A terceira relação seria entre o Estado, que seria o gestor e o aplicador de recursos oriundos do fundo social, que são constituídos pela totalidade dos recursos do FGTS, e a comunidade, a qual é a beneficiária da destinação social do instituto, realizados por financiamento às áreas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana.⁶³

Como visto, para Delgado a natureza jurídica do FGTS é multidimensional. Analisando uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.360.428 - RJ
(2010/0193080-7)

RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CURSO ACADEMICO LTDA

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA.

FGTS. CARÁTER TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA.

INAPLICABILIDADE DO ART. 135, III, CTN. NATUREZA TRABALHISTA E SOCIAL. SÚMULA 353/STJ.

AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não se caracteriza ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não estando, desta forma, o magistrado obrigado a rebater, um a um, os dispositivos legais trazidos pela parte. Precedente do STJ.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido da impossibilidade de redirecionamento da

⁵⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 448.

⁶⁰ CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho**. Aracaju: Evocati, 2011. p. 423.

⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 1.265.

⁶² Idem.

⁶³ Idem.

execução referente ao FGTS a sócio gerente, por ser contribuição de natureza trabalhista e social.

2. "As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS" (Súmula 353/STJ).

3. Agravo regimental não provido.⁶⁴

O entendimento é que as verbas mesmo a de sócio gerente de empresa, é considerada como natureza trabalhista e social.

ASPECTOS PRESCRICIONAIS DO FGTS

Conforme Maria Helena Diniz, prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue pela sua não execução, durante certo lapso de tempo, de seu titular, que fica sem ação própria para assegurá-lo.⁶⁵

PRESCRIÇÃO DO FGTS

Como foi observado acima a natureza jurídica dos depósitos destinados ao FGTS é muito discutida e polêmica, como cita Marcus de Oliveira Kaufman, pelos aspectos multifacetados que são mostrados, pois se pode analisar do ponto de vista do empregador e, também do trabalhador.⁶⁶

Assim, teríamos dois pontos de vistas diferentes, o do empregador e do empregado.

Marcus de Oliveira Kaufman, continua ainda:

Nessas circunstâncias, o debate e as incertezas naturais que são despertadas na discussão acerca da natureza jurídica do FGTS corrompem, sobremaneira, a segurança que seria e deveria ser esperada na fixação dos corretos prazos prescricionais atinentes às pretensões que se deduzem em relação ao FGTS. É que, se o problema da natureza jurídica do FGTS permite uma leitura híbrida (tanto para a perspectiva patronal, quanto para a perspectiva obreira) das soluções atinentes à prescrição aplicável às pretensões deduzidas em face do FGTS, não se pode escapar do fato de o aplicador do direito ter que lidar, a todo o instante, com conflitos aparentes de normas envolvendo o prazo prescricional atinente ao FGTS. Invocam-se normas que regulam a prescrição a depender da orientação jurídica para o FGTS que se assume, quer de forma mais benéfica ao empregado, quer ao empregador.⁶⁷

O jurista Francisco Antônio de Oliveira acha que não tem como não aceitar que os depósitos referentes ao FGTS são atípicos, quando se equipara esse numerário com outros numerários contratuais.⁶⁸

Outros aparentes conflitos em relação ao prazo prescricional do FGTS, também são citados por Marcus de Oliveira Kaufmann:

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.360.428 - RJ (2010/0193080-7): 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001930807&dt_publicacao=24/03/2011>. Acesso em: 27 out. 2012.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena; **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1. 19. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 410.

⁶⁶ KAUFMANN, Marcus de Oliveira. **158 Rev. TST**, Brasília, v. 74, n. 1, Jan./Mar. 2008. p. 158.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às Súmulas do TST**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 873.

O disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e o disposto no art. 174, *caput*, do CTN; ou entre o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e o disposto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal; ou entre o disposto no art. 7º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal e o disposto no art. 149 da Constituição Federal; ou entre o disposto no art. 46 da Lei nº 8.212/91 com o disposto no art. 174, *caput*, do CTN.⁶⁹

Todos estes conflitos aparentes, em sua opinião são devidos ao prazo prescricional do FGTS e a sua natureza jurídica híbrida.

Na opinião da juíza Vólia Bonfim Cassar a natureza jurídica do FGTS tem natureza jurídica à contribuição, pois tem caráter de salário, seria uma poupança forçada. Já para o empregador se trata de uma obrigação e perante a sociedade teria um caráter social esta contribuição. Seria decorrente disto a sua natureza múltipla ou híbrida.⁷⁰

Sérgio Pinto Martins também comenta quanto a natureza jurídica do FGTS:

A jurisprudência firmou-se no sentido de que “é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS” (S.95 do TST). Tal orientação foi fixada em razão de que se entendia que a natureza jurídica do FGTS era de contribuição previdenciária, com base no art. 20 da Lei nº 5.107/66 e nos prazos de prescrição de 30 anos previstos na Lei nº 3.807 (LOPS). O art. 144 da LOPS foi revogado pelo CTN, além de que o mesmo Código determinou a natureza jurídica do FGTS no inciso IV do art. 217, ao prevê-lo como outras formas de contribuições.⁷¹

Ou seja, considera que o FGTS tem natureza jurídica tributária.

Por sua vez, Francisco Antônio de Oliveira cita quanto à discussão sobre ser a verba do recolhimento do FGTS previdenciária ou tributária:

De certa forma restou pacificada. O Excelso Supremo Tribunal Federal, no RE 100.249, por maioria, entendeu que as contribuições para o FGTS não são contribuições previdenciárias, mas contribuições sociais, que não têm natureza tributária, e a elas não se aplicam as normas tributárias concernentes à decadência e á prescrição.⁷²

Assim, para Oliveira o FGTS se trata de uma contribuição social, para confirmar relata uma decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Constitucional, Tributário. Contribuições para o FGTS. Natureza não tributária. Prescrição trintenária – As contribuições para o FGTS, malgrado enfeixem liame de aproximação com os tributos, a estes não se equiparam, por definição constitucional, não se lhes aplicando, para os efeitos da fixação do prazo prescricional, o prazo consignado no art. 174 do Código Tributário Nacional. A prescrição da ação de cobrança das contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é trintenária, consoante

⁶⁹ KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Op. cit., p.177.

⁷⁰ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 1207.

⁷¹ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 452-453.

⁷² OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 873.

entendimento predominante na jurisprudência dos tribunais. Recurso provido. Decisão por maioria de votos. (REsp. 27.383-5-SP (92.0023486-0), rel. Min. Demócrito Reinaldo). Nesse mesmo sentido, REsp. 11.779-MS, Coad Inform. Sem. 7/92, p. 101, Ementa 57.313.⁷³

Todavia, Sérgio Pinto Martins, comenta sobre o § 5º do artigo. 23 da Lei nº 8.036/90⁷⁴ que conforme a orientação acima, o prazo de prescrição para cobrança do FGTS seria de 30 anos, que a natureza jurídica do FGTS continua a ser de tributo, e acaba se adaptando na hipótese do art.149 da CF, mas que se deve contemplar com a alínea b do inciso III do art. 146, também da CF, a qual cita que a lei complementar deve estabelecer os prazos de prescrição e decadência. Mas lembra ainda que a Lei nº 8.036/90 não é lei complementar, mas, sim ordinária.⁷⁵

Em sua opinião o prazo de prescrição então seria o de cinco anos.

O STJ então com a edição da Súmula 210 em 1988, também reconhece assim o caráter social do FGTS: A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 (trinta) anos.

Em 1999 foi editada a Súmula 362⁷⁶ pelo TST, em 1999, que Luciano Araújo assim descreve: “A limitação de 2 (dois) anos inserta no presente Enunciado nº 362 do TST, todavia, insuflou, de imediato, o surgimento de posicionamentos divergentes”.⁷⁷

Mas, em 2003 foram superados estes posicionamentos com a modificação da redação da Súmula 362:

É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.”(Red. Modificada pela Res. N. 121 – DJ 19.11.2003.⁷⁸

Fixando assim o direito de reclamar contra o não recolhimento do FGTS como trinta anos.

Para o jurista Francisco Antônio de Oliveira⁷⁹, a nova redação do enunciado da Súmula 362 do TST, traz uma mudança do conteúdo, e com esta Súmula,

⁷³ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 873.

⁷⁴ Art. 23. Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta Lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada. (...) § 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária. Lei nº8.036/90. BRASIL. Vade mecum... Op. cit., p.1941-1942.

⁷⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 453.

⁷⁶ Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em juízo o não recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço. BRASIL. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html>. Acesso em: 20 jun. 2012.

⁷⁷ ARAÚJO, Luciano. Extinto o contrato de trabalho, qual será o prazo para reclamar os depósitos do FGTS? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v. 12, n.9, p. 72-73, 1990.

⁷⁸ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 872.

⁷⁹ Idem.

atualmente seriam três cuidando da prescrição do não recolhimento dos depósitos do FGTS, contando assim com a Súmula 95⁸⁰ (revogada) e a Súmula 206⁸¹.

Já no artigo 7º da Constituição Federal, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, no inciso XXIX:

ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;⁸²

Seria assim, de cinco anos o prazo de prescrição para reclamar o não recebimento do FGTS.

Sérgio Pinto Martins declara que:

Como o FGTS é um direito do trabalhador (art. 7º, III, da Constituição), o prazo de prescrição para sua cobrança também deve observar os prazos normais do inciso XXIX do art. 7º da Constituição. Assim, os trabalhadores urbano e rural têm dois anos para ingressar com a ação, a contar do término do contrato de trabalho, podendo reclamar os últimos cinco anos, inclusive o FGTS.⁸³

Mais uma vez, confirma que em sua opinião o direito do trabalhador reclamar o não recolhimento do FGTS é de cinco anos.

Como citado por Kaufman⁸⁴ existem outros conflitos quanto ao prazo de prescrição do não recolhimento do FGTS, poderíamos também apontar o existente entre o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e o disposto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

Pois, o art.23, § 5º da Lei nº 8.036/90 estipulou que o processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas será o regulado pela CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO STF

Em 2006 deu entrada no STF o recurso extraordinário (RE) 522897, interposto pelo estado do Rio Grande do Norte, de acórdão do TST, que considerara ser de 30 anos o prazo para se exigir judicialmente, dos empregadores e tomadores de serviço, o depósito de valores relativos ao FGTS, mesmo após a Constituição de 1988:

⁸⁰ Enunciado 95. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. FUNDO DE GARANTIA. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 256.

⁸¹ FGTS. Incidência sobre parcelas prescritas. A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 580.

⁸² BRASIL. **Vade mecum...** Op. cit., p. 24.

⁸³ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 453.

⁸⁴ KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Op. cit., p. 177.

Recurso Extraordinário (RE) 522897

Relator: ministro Gilmar Mendes

Estado do Rio Grande do Norte x Maria Edna França da Silva

Trata-se de RE interposto contra decisão do TST que não conheceu do recurso de revista por estar a decisão atacada em consonância com os Enunciados 95 e 362/TST. Contra a decisão foi interposto agravo regimental, desprovido. A decisão recorrida e o Enunciado nº 95/TST entenderam ocorrer em 30 anos a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento do FGTS. O recorrente sustenta que o não conhecimento do recurso se deu com base em enunciado anterior à Constituição. Afirma que “o art. 7º, inciso XXIX, alínea ‘a’ da Carta Magna estabeleceu o prazo quinquenal de prescrição para todos os créditos resultantes das relações de trabalho, entre os quais inclui-se, por óbvio, o FGTS”. Em discussão: Saber se o prazo prescricional para reclamar o não recolhimento do FGTS é disciplinado pelo artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal.⁸⁵

O julgamento iniciou-se em 04 de agosto de 2011 no Supremo Tribunal Federal, o qual deverá definir se haverá ou não mudança no prazo de prescrição para o trabalhador reclamar o não recolhimento do FGTS, por empregadores e tomadores de serviço. O STF e o TST possuem jurisprudência que fixam o prazo de 30 (trinta) anos, mas o ministro Gilmar Mendes propôs uma revisão desse entendimento.

Conforme notícia do STF, Gilmar Mendes declarou:

Para ele a prescrição de 30 anos deve ser substituída pelo prazo previsto no inciso 29 do artigo 7º da Constituição Federal, que fixa o tempo de cinco anos para que trabalhadores urbanos e rurais possam cobrar créditos resultantes das relações de trabalho. O dispositivo prevê ainda o prazo de dois anos, após a extinção do contrato de trabalho.⁸⁶

Como visto também o ministro não concorda com a prescrição trintenária do FGTS.

Concordou com o ministro Gilmar Mendes, relator da matéria, a ministra Ellen Gracie, mas a pedido de vista do ministro Ayres Britto, o julgamento foi suspenso, pelo qual declarou:

“Tenho reflexões sobre o tema e quero revê-las. Por isso, peço vênica para obter vista dos autos.”⁸⁷

Por isso, o julgamento está suspenso desde esta decisão.

Em relação à revisão da jurisprudência do STF do tema, o ministro Gilmar Mendes explicou:

que a jurisprudência do Supremo sobre o tema, fixada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 100249, tem mais de 20 anos, é anterior a Constituição 1988 e deve ser revista. Ele ressaltou que essa jurisprudência é consentânea com o disposto na atual Constituição quando determina que o FGTS é um direito de índole social e trabalhista, que não tem caráter tributário. Mas, segundo ele, o mesmo não ocorre em relação ao prazo

⁸⁵ BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=171654&caixaBusca=N.>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

⁸⁶ BRASIL. **Notícias STF**. 04 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

⁸⁷ Idem.

prescricional de 30 anos para a propositura das ações relativas ao não pagamento do FGTS, um crédito resultante das relações de trabalho e que, portanto, deve seguir a regra do inciso 29 do artigo 7º da Constituição.⁸⁸

E nas suas palavras declarou:

Não obstante a nova ordem constitucional, esta Corte continuou a perfilhar, em ambas as Turmas, a tese da prescrição trintenária. Entendo, com a devida vênia de meus pares e daqueles que me precederam nesta Corte, que o tema deve ser revisto à luz do que dispõe a ordem constitucional vigente.⁸⁹

Pelo ponto de vista do ministro as razões que previam o prazo de prescrição de 30 anos, não existem mais após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O FGTS foi criado com o intuito de ser um fundo de reserva para o trabalhador que direcionava garantir o ordenado ou o salário de um ano, no caso da empresa não mais existir, mas tornou-se muito mais do que isso, acabou se transformando para o trabalhador em um tipo de poupança para o seu futuro, que pode ser utilizado no momento da despedida sem justa causa, na aposentadoria ou como já foi citado em casos de doenças graves sua ou de membro de sua família.

A sua aplicação através da Caixa Econômica Federal se verifica nas obras em habitações, saneamento e urbanismo, o que auxilia a sociedade brasileira, pois, antes do FGTS a situação das moradias no Brasil era muito precária, o que facilitou as pessoas de baixa renda a adquirir a casa própria.

Muito tem se discutido da natureza jurídica do FGTS, mas devemos observar pelo ponto de vista do empregador, a qual seria uma contribuição social e do ponto de vista do trabalhador, seria uma contribuição com caráter de salário.

Sendo o FGTS uma contribuição social, podemos concluir que a sua prescrição é trintenária, devido também o citado na Lei nº 8.036/90 e a Súmula 362 do TST.

Houve a suspensão da tramitação de vários recursos que pleiteavam o pagamento de FGTS, pois está em discussão se estes pagamentos envolvem um período retroativo de 30 ou cinco anos.

Devido à discussão de um recurso extraordinário interposto pelo estado do Rio Grande do Norte, de acórdão do TST, que considerara ser de 30 anos o prazo para se exigir judicialmente, dos empregadores e tomadores de serviço, o depósito de valores relativos ao FGTS, mesmo após a Constituição de 1988.

Sendo que até o momento, dois ministros votaram em sentido contrário à jurisprudência atual, ou seja, entenderam que as discussões do FGTS só podem abranger cinco anos antes do ingresso da ação.

Para os empregadores se a decisão for favorável aos cinco anos antes do ingresso da ação terá uma mudança na contabilização dos riscos trabalhistas, pois atualmente são realizadas separadamente, as verbas trabalhistas do FGTS.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ BRASIL. **Notícias STF**. 04 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>>. Acesso em: 10 ago. 2011..

Mas, para os trabalhadores isso seria muito prejudicial, pois muitas empresas demoram a efetuar o depósito do FGTS nas contas vinculadas dos trabalhadores, algumas por falta de recurso, devido à má gestão, outras por acharem que não é preciso, que nunca ninguém irá descobrir, e mais uma vez é o trabalhador que é lesado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luciano. Extinto o contrato de trabalho, qual será o prazo para reclamar os depósitos do FGTS? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v. 12. 1990.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil de 1967](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 12 maio 2012.

_____. **Decreto nº 99.684, de 08 de novembro de 1990**. Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). art. 43. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm> Acesso em: 06 out. 2012.

_____. **Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958**. Altera a legislação do Imposto de Renda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3470.htm>. Acesso em: 12 maio 2012.

_____. **Lei nº 5.107 de 13 de setembro de 1966**. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5107.htm>. Acesso em: 12 maio 2012.

_____. **Lei nº 5.958, de 10 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre a retroatividade da opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criado pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L5958.htm>. Acesso em 13 mai. 2012.

_____. **Notícias STF**. 04 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html>. Acesso em: 20 jun. 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento nº 1.360.428 - RJ (2010/0193080-7). 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001930807&dt_publicacao=24/03/2011>. Acesso em: 27 out. 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. RE Nº 853.002 - SC (2006/0113459-1). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601134591&dt_publicacao=03/10/2006>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 757.197 - RS (2005/0093761-4). 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500937614&dt_publicacao=19/09/2005>. Acesso em: 27 out. 2012.

_____. **Superior Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=171654&caixaBusca=N.>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. **Vade mecum Universitário**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAIXA. **Relatório Gestão FGTS 2010**. Disponível em: <<http://www1.caixa.gov.br/download/asp/download.asp>>. Acesso em: 27 maio 2012.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho**. Aracaju: Evocati, 2011.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1. 19. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2002.

FGTS. **Perguntas Frequentes - n. 1**. Disponível em: <<http://www.fgts.gov.br/perguntas/trabalhador/pergunta01.asp>>. Acesso em: 01 jun. 2012.

_____. **Perguntas Frequentes - n. 7**. Disponível em: <<http://www.fgts.gov.br/perguntas/trabalhador/pergunta07.asp>> Acesso em: 01 jun. 2012.

_____. **Relatório Anual 2010**. Disponível em: <<http://www.fgts.gov.br/downloads.asp>>. Acesso em: 28 maio 2012.

FRANCO, Wellington Moreira. **O Fundo dos Trabalhadores Faz um Brasil Melhor**. Mensagens. Relatório Anual 2009 - FGTS. Caixa Econômica Federal. SUFUG – Superintendência Nacional do FGTS ed. Buscato Informação Corporativa, 2010.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. **158 Rev. TST**, Brasília, v. 74, n. 1, Jan./Mar. 2008.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MTE. **O que é o FGTS**. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/fgts/oquee.asp>>. Acesso em: 30 maio 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às Súmulas do TST**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008.

SOBRE O CRF. **[1. O que é a Regularidade para com o FGTS?](http://www.caixa.gov.br/fgts/crf.asp#)** Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/fgts/crf.asp#>>. Acesso em: 26 out. 2012.

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES PELA SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO DO PARANÁ ATRAVÉS DO PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO – PSS

Larissa Christina Bassler Vieira¹

Mariane Yuri Shiohara²

RESUMO: O tema deste trabalho é a Contratação Temporária de Professores pela Secretaria de Estado da Educação do Paraná através do Processo Seletivo Simplificado – PSS. Este trabalho visa analisar as características da contratação temporária que deveria ser por tempo determinado e somente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme disposto no art. 37, inciso IX da Constituição Federal. O problema das contratações de professores na rede estadual de ensino é que as mesmas estão se tornando definitivas, eis que há sucessivas renovações dos contratos pelo Processo Seletivo Simplificado. Este trabalho tem como objetivo analisar as características da contratação temporária de uma maneira geral, sua excepcionalidade, temporariedade e quais são as hipóteses previstas em lei, verificando a legalidade da contratação temporária de professores e sua real extensão, se tal contratação não está ocorrendo para atender necessidades permanentes da Secretaria de Estado da Educação do Paraná, desrespeitando o preceito constitucional que exalta a obrigatoriedade de concurso público para preenchimento de cargos efetivos. Ainda que o Estado Solidário de Direito atue regulamentando do artigo 37 da Constituição, não há como saber se o percentual permitido pela lei está sendo respeitado, assim como o limite temporal máximo. Portanto, ainda que limitada, a contratação de servidores temporários sem a devida realização do processo seletivo é prática recorrente, ocorre por longos períodos e de forma reiterada.

Palavras-chave: servidores públicos; contratação temporária; excepcionalidade do interesse público; processo seletivo simplificado.

RECRUITMENT OF TEMPORARY TEACHERS BY THE MINISTRY OF EDUCATION OF PARANA THROUGH THE SIMPLIFIED SELECTION PROCESS – PSS

ABSTRACT: The theme of this assignment is the recruitment of temporary teachers by the Ministry of Education of Parana through the Simplified Selection Process – PSS. This study aims to analyze the characteristics of temporary hiring, which should be for a fixed period and only to meet the exceptional need of the public interest, pursuant to art. 37, section IX of the Constitution. The problem with the teacher's recruitment process for the State schools is that the contracts are becoming permanent, considering the consecutive renewals of the existing contracts by the

¹ Bacharel em Direito nas Faculdades Opet: larissabassler@hotmail.com

² Professora das Faculdades Opet - orientadora

Simplified Selection Process. The objective of this study is to analyze the characteristics of the temporary hiring in general, its exceptionality, temporariness and the hypotheses provided by law, confirming the legality of the teachers' temporary recruitment and its real extension, if such recruitment is not going to meet permanent needs of the Ministry of Education of Parana, disregarding the constitutional precept that exalts the mandatory public tender to fill permanent positions. Although the "Estado Solidario de Direito" act of law regulates the Article 37 of the Constitution, there is no way to know if the percentage allowed by law is being respected as well as the maximum time limit. Therefore, though limited, the public servant's temporary recruitment without the proper conclusion of the selection process is common practice, occurs over longer periods and repeatedly.

Keywords: public servants, temporary recruitment, exceptionality of the public interest, selection process.

INTRODUÇÃO

O intuito deste trabalho é analisar as características da contratação temporária de uma maneira geral, sua excepcionalidade, temporariedade e quais são as hipóteses previstas em lei, verificando a legalidade da contratação temporária de professores no Paraná e sua real extensão, se tal contratação não está ocorrendo para atender necessidades permanentes da Secretaria de Estado da Educação do Paraná, desrespeitando o preceito constitucional que exalta a obrigatoriedade de concurso público para preenchimento de cargos efetivos.

Conforme o texto constitucional, a regra geral do acesso ao serviço público é através de concurso público de provas ou provas e títulos (inciso II do art. 37 da CF), e é excepcional a contratação emergencial por tempo determinado, que somente pode ser realizada quando demonstrada a temporariedade e a excepcionalidade da situação.

É preciso saber interpretar a Constituição, neste caso principalmente o conteúdo do artigo 37 que traz os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que aludem aos servidores públicos. E ainda é necessário verificar se a regra trazida pelo inciso IX do referido artigo está sendo cumprida conforme os preceitos legais.

Este trabalho traz um modelo constitucional vinculado à ideia de Estado Solidário de Direito, ante a existência de legislação sobre a contratação temporária, com a observação da necessidade do excepcional interesse público e a temporariedade da contratação. É preciso balizar os limites da aplicação deste dispositivo constitucional.

Com base no princípio da solidariedade, o Estado deve apresentar à sociedade solução para a realidade injusta, direcionando os institutos jurídicos às suas funções originais, tonando possível a vida em sociedade, garantido a liberdade, mantendo a paz social e buscando o ideal de justiça.

E é através da intervenção estatal na edição de leis que regulam a contratação temporária de servidores públicos que o Estado busca alcançar igualdade nos direitos sociais, criando bens essenciais indisponíveis para todos os que deles necessitem.

No primeiro capítulo serão conceituados agente público, servidor público e sua devida classificação. Já no segundo capítulo serão especificados os regimes funcionais de contratação dos servidores públicos, que são estatutário, celetista e

especial, ainda que o regime jurídico para a contratação dos servidores públicos seja o único.

No terceiro capítulo serão tratadas as formas de ingresso no serviço público, como o concurso público, cargos em comissão e contratação temporária, e neste último tópico a necessidade, temporariedade e excepcionalidade. Por fim, no quarto capítulo será analisada a educação e o processo seletivo simplificado.

1. AGENTE PÚBLICO

É agente público qualquer pessoa que preste serviço à administração pública. A expressão é a mais ampla dos sujeitos que servem o poder público. O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello³ define de agente público:

Todos aqueles que servem ao Poder Público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem ser denominados agentes públicos. Com efeito, esta locução é a mais ampla e compreensiva que se pode adotar para referir englobadamente as diversas categorias dos que, sob títulos jurídicos diferentes, atuam em nome do Estado.

Os agentes públicos são aqueles que prestam serviço ao Poder Público exercendo a vontade estatal, ainda que não de forma permanente. São aqueles que exercem cargo, emprego ou função transitoriamente.

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante⁴ subdivide agente público em três categoriais: a) agentes políticos; b) particulares em colaboração com o poder público; e c) servidores públicos. O autor ainda afirma que “os agentes políticos são os ocupantes de cargos estruturais da organização político-administrativa geral e não possuem uma relação profissional com a administração”.

Os agentes políticos são os chefes dos poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Senadores, Deputados e Vereadores, estes investidos através de eleição. Ainda completam esta lista os Ministros e Secretários de Estado, investidos através da livre escolha do Chefe do Executivo.

Os particulares em colaboração com o poder público prestam serviço ao Estado sem um vínculo de trabalho, a título oneroso ou gratuito, exercem função pública ainda que episodicamente. Nestor Sampaio Penteado Filho⁵ dispõe que são uma categoria especial de agentes públicos e exercem funções públicas. Prestam serviço quando convocados pela Administração ou voluntariamente.

Frederico Jorge Gouveia de Melo⁶ enumera os particulares em colaboração com o Poder Público: aqueles requisitados, nomeados ou designados para desempenho de funções como jurados, os convocados para o serviço militar ou eleitoral; os gestores de negócios públicos, funções públicas mediante ocorrência de situação especial de emergência; empregados de concessionários e permissionários de serviços públicos; contratados através de locação de serviços; e agentes de organização da sociedade civil.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 09.

⁴ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **O Empregado Público**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 55.

⁵ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito administrativo**. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 164.

⁶ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 46/47.

Como exemplo de particulares em colaboração são os mesários convocados para trabalhar nas eleições. Esta tipologia é citada por Celso Antonio Bandeira de Mello⁷: “requisitados para a prestação de atividade pública, quais os jurados, membros da Mesa receptora ou apuradora de votos quando das eleições, recrutados para o serviço militar obrigatório etc. Estes agentes exercem um *munus público*”.

Os servidores públicos são aquelas pessoas físicas que mantêm vínculo de emprego estatutário ou contratual, possuem ligação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual, e prestam serviço mediante remuneração com as entidades da Administração Pública Direta e Indireta.

1.1. SERVIDOR PÚBLICO

Nestor Sampaio Penteadó Filho⁸ conceitua servidor público como “pessoa física que se liga à administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional, mediante uma relação de trabalho de natureza profissional não eventual para lhe prestar serviços”.

Servidor público é subespécie de agentes públicos, e é aquele que se vincula ao Estado ou as Autarquias e Fundações por relações profissionais, estando sujeitos a hierarquia funcional.

Marçal Justen Filho⁹ define servidor público:

O servidor público é uma pessoa física que atua como órgão de uma pessoa jurídica de direito público mediante vínculo jurídico de direito público, caracterizando-se pela investidura em posição jurídica criada por lei, pela ausência de função política, pela ausência de integração em corporações militares e pela remuneração proveniente dos cofres públicos.

Seguindo esta mesma linha, para Francisco Bruno Neto¹⁰, servidor público é:

Toda pessoa que exerce uma atividade pública, aprovada previamente em concurso público de provas e títulos, investida em cargo ou emprego da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Servidor público civil é o prestador de serviço em repartição pública da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

A Constituição Federal instituiu diversos direitos aos servidores públicos no art. 39, § 3º, direitos estes dos trabalhadores urbanos e rurais previstos no art. 7º, tais como garantia de salário nunca inferior ao salário mínimo, décimo terceiro salário, remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, salário-família, duração do trabalho não superior a 8 horas diárias e 44 horas semanais, repouso semanal remunerado, remuneração do serviço extraordinário, férias anuais remuneradas, licença a gestante, licença-paternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher, redução dos riscos do trabalho, e proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 250.

⁸ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito administrativo**. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 164.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 843.

¹⁰ BRUNO NETO, Francisco. **Constituição Federal: academicamente explicada**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003. p. 107

O artigo 41 da Constituição Federal dispõe que são estáveis, após três anos de efetivo exercício e se submetidos à avaliação especial de desempenho, os servidores nomeados para o cargo de provimento efetivo em razão de concurso público. Assim, nestes casos os servidores concursados tem a estabilidade assegurada.

Para Nestor Sampaio Penteado Filho¹¹, os servidores públicos se caracterizam pela sua prestação de serviço à Administração Pública direta ou indireta, pela profissionalidade de prestar serviço ao público, pela dependência de relacionamento as entidades e submissão hierárquica e não eventualidade na relação de trabalho, eis que a relação de trabalho é perene, contínua.

Diogenes Gasparini¹² ainda complementa “não importa, então, o regime, estatutário ou celetista, pelo qual se vinculam a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública, se a relação de trabalho é marcada por essas notas. Todos são servidores públicos”.

1.1.1. Classificação dos servidores públicos

Os servidores públicos são classificados como: agentes políticos, servidores públicos em sentido estrito ou estatutários, empregados públicos e os contratados por tempo determinado.

Conforme Hely Lopes Meirelles¹³ os agentes políticos são uma categoria de servidor público, assim como uma categoria de agente público, que ocupam os cargos eletivos e os cargos em comissão da administração pública, normalmente regidos pelo regime estatutário. O autor assim define agentes políticos:

Os agentes políticos constituem, na realidade, categoria própria de agente público. Porém, sem dúvida, no título e seções referidas, a Carta Magna, para fins de tratamento jurídico, coloca-os como se fossem servidores públicos, sem embargo de os ter como agentes políticos, como se verá mais adiante. Todos os cargos vitalícios são ocupados por agentes políticos, porém estes também ocupam cargos em comissão, como os Ministros de Estado. Normalmente deverão ser regidos pelo regime estatutário, contudo alguns estão obrigatoriamente submetidos a um regime estatutário de natureza peculiar, a exemplo da Magistratura e do Ministério Público.

Segundo Odete Medauar¹⁴ os agentes políticos são os eleitos por sufrágio universal, detentores de mandato ou os auxiliares imediatos dos chefes do Executivo.

Os servidores estatutários (funcionários públicos) são aqueles ocupantes de cargos públicos pelo regime estatutário inserido pela Administração Pública pela qual presta os serviços. O autor Marçal Justen Filho¹⁵ define servidores públicos estatutários como “aqueles investidos em cargo público, que se caracteriza como uma posição jurídica sujeita a um regime jurídico próprio e diferenciado”.

¹¹ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito administrativo**. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 164/165.

¹² GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 224.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 417/418.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 260.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 846.

Diogenes Gasparini¹⁶ define servidor estatutário como aquele que se liga “à Administração Pública direta, às autarquias e as fundações públicas, mediante um vínculo de natureza institucional para lhes prestar trabalho de natureza profissional e perene, titularizando cargos de provimento efetivo ou de provimento em comissão”.

A Lei nº 8.112/1990 dispõe em seu artigo 2º que funcionário público é a pessoa legalmente investida em cargo público. Eles são os titulares de cargo efetivo ou de comissão, regidos pelo regime estatutário geral ou peculiar, por serem cargos efetivos, os servidores podem adquirir estabilidade.

Os empregados públicos são aqueles titulares do emprego público, tanto da Administração direta quanto da indireta, sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e não podendo adquirir a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal. A autora Odete Medauar¹⁷ dispõe que “por analogia aos termos usados nos vínculos de trabalho no setor privado (empregado-empregador), a locução designa aqueles que contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho, figurando o poder público como empregador”.

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante¹⁸ define empregado público como “aquele que presta serviço para administração pública e tem sua relação jurídica de trabalho regido pela legislação trabalhista (CF, CLT e outras normas), ou seja, o mesmo regime da contratação da iniciativa privada”. Os empregos públicos têm, por natureza, caráter de constância e são indispensáveis a Administração Pública.

Os contratados temporários não exercem empregos públicos, embora desempenhem funções públicas, os servidores contratados por tempo determinado são submetidos ao regime jurídico administrativo especial, prevista no art. 37, IX da Constituição Federal.

Regis Fernandes de Oliveira¹⁹ assim dispõe sobre os servidores temporários:

Os temporários exercem emprego de natureza provisória. São criados em lei, mas destinados à ocupação temporária. Têm expressa previsão constitucional (inciso IX do art. 37). A admissão deve atender a necessidade, por tempo determinado, “de excepcional interesse público”. Se assim é, atividades permanentes (assessoria jurídica, médica, de engenharia etc.) não podem admitir o recurso ao servidor temporário.

A contratação destes servidores deve ter a finalidade de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, e deve ser por tempo determinado.

2. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

O regime jurídico para contratação dos servidores públicos é o Regime Jurídico Único, que é estabelecido pela entidade estatal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para todos os servidores da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, conforme relata Nestor Sampaio Penteado Filho²⁰. O autor ainda salienta que são excluídas desse regime as empresas públicas e sociedades de

¹⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 200.

¹⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 261.

¹⁸ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **O Empregado Público**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 60.

¹⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 12.

²⁰ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito administrativo**. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 161.

economia mista, que podem ter regimes diversificados, mas que são sujeitas às disposições constitucionais.

O dispositivo original do art. 39, caput da CF/88 determinava:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Conforme Marçal Justen Filho²¹, este dispositivo generalizou o regime como dito “estatutário” para todos os servidores públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, assim, os antigos titulares de empregos públicos tiveram sua situação jurídica alterada e foram investidos em cargos públicos.

Contudo, com a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998 houve alteração na redação do art. 39 que passou a ser a seguinte:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Neste momento o chamado Regime Único ainda permaneceu juntamente com os regimes diferenciados, mas não constatou-se a obrigatoriedade do regime único, que por força da Emenda nº 19/98, modificou o caput do art. 39, conforme afirmado pela autora Lúcia Valle Figueiredo²². Assim, houve a eliminação da referência de um regime único, e a Administração Pública poderia optar pela adoção do regime trabalhista ou estatutário aos seus agentes.

Contudo, houve o ajuizamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF que sustentou diversos vícios encontrados na EC nº 19/98. Em 08/11/2001 o Relator Ministro Néri da Silveira deferiu a liminar que suspendeu a redação do art. 39 dada pela EC nº 19/98 e em 02/08/2007 o julgamento definitivo suspendeu definitivamente redação do art. 39 dada pela EC nº 19/98.

Marçal Justen Filho²³ salienta que com a decisão voltou a vigorar a redação anterior, restabelecendo-se o regime único, vedando-se a partir de então a criação de empregos públicos no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional, não impedindo, contudo, a contratação de servidores por período determinado, facultada pelo art. 37, IX da CF/88.

Para o autor José dos Santos Carvalho Filho²⁴, Administração Pública pode recrutar seus servidores por três regimes funcionais, o regime estatutário, o regime trabalhista ou celetista e o regime especial.

Este também é o entendimento do autor Nestor Sampaio Penteado Filho²⁵, que dispõe que na atual sistemática constitucional existem estes três regimes jurídicos distintos.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 823.

²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 609.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 824.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Doutrina, Coordenação James Tubenclak**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001. p. 364.

Hely Lopes Meirelles²⁶ leciona que “o regime jurídico dos servidores civis consubstancia os preceitos legais sobre a acessibilidade aos cargos públicos, a investidura em cargo efetivo (por concurso público) e em comissão, as nomeações para funções de confiança”.

2.1. REGIME ESTATUTÁRIO

O regime estatutário é de direito público e os servidores ocupam cargos públicos, “o regime jurídico de pessoal é o institucional ou de cargo público, conforme se extrai do disposto nos artigos 39 a 41 da Constituição, onde foram estabelecidas regras próprias sobre aposentadoria, estabilidade e disponibilidade” dispõe Diogenes Gasparini²⁷.

Sobre o regime estatutário, o autor João Batista Gomes Moreira²⁸ afirma que é:

O regime próprio dos servidores dedicados às atividades exclusivas, essenciais e típicas de Estado é, pois, o estatutário, em face das prerrogativas de estabilidade e aposentadoria específica, que dão segurança e independência no exercício das funções. As prerrogativas, além da segurança que propiciam para o exercício das funções, funcionam como atrativos para ingresso e permanência em carreiras que exigem especial qualificação. Não se trata de *privilégios*, mas de *prerrogativas* instituídas no interesse da sociedade.

Os direitos e deveres e demais aspectos da vida funcional do servidor estão contidos num Estatuto, que rege a vida funcional dos ocupantes dos cargos efetivos. A autora Odete Medauar²⁹ afirma que “cada nível poderá editar o próprio Estatuto, observadas as normas da Constituição Federal”, portanto podem haver estatutos de servidores federais, estaduais, municipais.

O regime estatutário também é o regime jurídico dos cargos em comissão, mas os direitos e vantagens dos estatutários não serão aplicados na sua totalidade conforme dispõe a autora Lucia Valle Figueiredo³⁰. Os funcionários que ocupam os cargos em comissão devem dedicar-se plenamente a função, tem os mesmos direitos dos funcionários efetivos, mas com a precariedade da permanência no cargo.

2.2. REGIME CELETISTA

O regime trabalhista ou celetista é de direito privado e os servidores ocupam empregos públicos e são contratados sob a legislação trabalhistas. Conforme Nestor Sampaio Penteado Filho³¹ “tal regime é o escolhido por excelência para regular as relações entre a Administração e servidores estatais, por conta da exploração de

²⁵ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito administrativo**. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 165.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 419

²⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 258.

²⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 191.

²⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 269.

³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 611.

³¹ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito administrativo**. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 166.

atividades econômicas, como é o caso das sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações públicas”.

Marçal Justen Filho³² afirma que “o regime desses empregados deve ser idêntico ao reservado para as empresas privadas, regra que não existe constitucionalmente em relação as empresas estatais prestadoras de serviço público”.

A autora Odete Medauar³³ assim define este regime:

Assim, o emprego público é o posto de trabalho de quem é contratado pela CLT. Esse é o regime de todos os que trabalham nas empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme determina o art. 173, § 1º, II, da CF. Nos Estados e Municípios que não adotaram regime jurídico único estatutário, há servidores contratados pela CLT na Administração direta, nas autarquias e fundações públicas.

A autora Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁴ ainda completa que a legislação trabalhista é aplicável com as alterações previstas na Constituição Federal, assim “não podem Estados e Municípios derrogar outras normas da legislação trabalhista, já que não têm competência para legislar sobre Direito do Trabalho, reservada privativamente à União (art. 22, I da Constituição)”.

Como o empregador é o ente estatal, algumas normas do regime estatutário são estendidas aos celetistas, como o limite de remuneração, proibição de acúmulo de emprego, função ou cargo, sanções administrativas, segundo a autora Odete Medauar³⁵.

2.3. REGIME ESPECIAL

Já o regime especial é uma terceira modalidade, que conjuga regras tanto do regime estatutário como do regime trabalhista. Segundo Nestor Sampaio Penteado Filho³⁶ foi criado pela EC 1/69 e foi mantido pela Constituição de 1988, “é o regime adotado por lei especial local para regular os direitos e obrigações entre a Administração e os servidores contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Marçal Justen Filho³⁷ também afirma que a Constituição permitiu a contratação em regime jurídico especial, prevendo-se a possibilidade de contratação por tempo determinado. O autor ainda salienta que houve a redução dos concursos públicos, passando-se a utilizar a previsão do art. 37, IX da CF para obter quadros para o desempenho das funções essenciais de grande relevância.

Segundo a autora Odete Medauar³⁸ “nos termos da Constituição Federal de 1988, art. 37, IX, podem-se considerar sob o regime especial os servidores

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 826.

³³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 269.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434.

³⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 269.

³⁶ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito administrativo**. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 166.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 958.

³⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 269/270.

contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Assim, o regime especial disciplina relação jurídica de natureza contratual regulada pelo direito administrativo, e a competência para resolver os conflitos é da União, quando se tratar de servidor federal, ou das varas fazendárias, quando se tratar de servidores estaduais e municipais.

No caso da legislação paranaense é possível contratar professores da rede estadual de ensino por prazo determinado, havendo simplesmente o Processo Seletivo Simplificado (PSS), conforme dispõe o art. 1º da Lei Complementar Estadual nº 108/2005:

Art. 1º. Para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Direta e Autarquias do Poder Executivo poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições, prazos e regime especial previstos nesta lei.

Parágrafo único. As contratações a que se referem o *caput* deste artigo dar-se-ão sob a forma de contrato de regime especial.

O contrato não é enquadrado no regime estatutário típico dos servidores públicos, e também não se pode designar de vínculo trabalhista. A contratação dos professores estaduais é feita através do regime especial.

3. FORMA DE INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO

3.1. CONCURSO PÚBLICO

O art. 37, inciso II da Constituição Federal determina que a investidura em cargo ou emprego público deve ser através de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do cargo, atendendo o princípio da isonomia, provendo iguais chances de acesso a todos, e ao princípio da eficiência, através da seleção dos melhores candidatos, assim salientado pelo autor Gustavo Alexandre Magalhães³⁹.

Marçal Justen Filho⁴⁰ define concurso público:

O concurso público é um procedimento conduzido pela autoridade específica, especializada e imparcial, subordinada a um ato administrativo prévio, norteado pelos princípios da objetividade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em emprego público.

Regis Fernandes de Oliveira⁴¹ afirma categoricamente que “o concurso público é a única porta democrática para permitir o acesso de todos os cargos públicos. A investidura dele depende”.

Quanto à estabilidade diante do ingresso no serviço público através do concurso público, a Súmula nº 390 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece:

³⁹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 111-118, jan/mar. 2005. p. 111.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 852.

⁴¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 46.

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Hely Lopes Meirelles⁴² dispõe que “o concurso é o meio técnico posto a disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei”.

Diogenes Gasparini⁴³ ainda complementa sobre concurso público:

É um processo competitivo, em que os cargos são disputados pelos vários candidatos. Os cargos não de estar sem os respectivos titulares ou em estado de vacância. De sorte que o concurso somente pode ser aberto se existir o cargo vago, pois só a necessidade do preenchimento do cargo justifica o certame. Se não existir cargo vago e se deseja ampliar o quadro em razão da necessidade de serviço, devem-se criar os cargos e só depois instaurar o concurso.

Conforme Ivan Barbosa Rigolin⁴⁴, a investidura quando depende do concurso público é admitida através das provas ou das provas e títulos, e estas provas podem ser teóricas ou práticas e divididas em quantas fases o edital dispuser. Os títulos podem ser de escolaridade, especializações ou experiências anteriores.

Os concursos públicos só podem ser de provas ou provas e títulos, afastando a possibilidade de seleção apenas por títulos, como é o caso da contratação temporária através do Processo Seletivo Simplificado que é feito pela Secretaria de Estado da Educação do Estado do Paraná.

Assim, a regra é a admissão de servidor público mediante concurso público, conforme dispõe o art. 37, II da CF. As duas exceções à esta regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, previsto no art. 37, IX da Constituição.

3.2. CARGO EM COMISSÃO

Está prevista no art. 37, II da CF a ressalva das nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração nas funções de direção, chefia e assessoramento, onde não há a mesma estabilidade prevista na investidura através do concurso público. Lúcia Valle Figueiredo⁴⁵ afirma que “o cargo para ser em comissão quando da sua vocação for para tal efeito, ou seja: o elemento que se investir no cargo deve gozar da mais absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar”.

O autor Nestor Sampaio Penteado Filho⁴⁶ dispõe que os cargos em comissão “são cargos de livre nomeação e exoneração, são os cargos de confiança,

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 439

⁴³ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 231.

⁴⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Servidores públicos. O art. 37 da Constituição**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 120, p. 46-63, fev. 2011. p. 49.

⁴⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 606.

⁴⁶ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito administrativo**. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 163.

destinados a chefia, assessoramento e direção”, sendo que a pessoa que vai investir no cargo seja da mais absoluta confiança.

O cargo em comissão, também chamado de cargo de confiança, não pode ser confundido com a função de confiança, que segundo Marçal Justen Filho⁴⁷ “consiste na assunção de atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade por parte do ocupante de um cargo de provimento efetivo, ao que corresponde o pagamento de uma remuneração adicional”.

Mesmo que não estáveis, os comissionados tem algumas prerrogativas do cargo público, conforme demonstrado pela autora Lucia Valle Figueiredo⁴⁸:

Como o detentor do cargo público em comissão não é estável, e jamais poderá ser, por força de não ter prestado concurso – estáveis seriam apenas os concursados ou estabilizados excepcionalmente pelo texto constitucional, nas “Disposições Transitórias” –, jamais poderá gozar de licença para tratar de assunto de interesse pessoal, mas tem direito ao 13º salário e, até mesmo, à aposentadoria, se permanecer no cargo pelo tempo suficiente.

Ainda a autora conclui que as férias e licenças-saúde também podem ser desfrutadas pelos cargos em comissão.

3.3. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

O concurso é o meio geral para acesso ao serviço público, sendo a contratação temporária uma exceção, conforme afirma o autor José Luiz Bolzan de Moraes⁴⁹, assim, por ser uma exceção à regra “a possibilidade de contratação temporária exige a demonstração inequívoca de não estar relacionada, tal admissão de servidores, com o preenchimento de funções permanentes, bem como a explicitação das razões da necessidade excepcional”.

A contratação temporária do servidor público não está sujeita a exigibilidade concursal estabelecida para os demais cargos públicos, como disposto no art. 37, IX da CF, mas também pode assim se estabelecer. A contratação deve prever algum tipo de seleção pública em atendimento aos princípios do artigo 37 da Constituição Federal, em especial ao princípio da impessoalidade.

Diogenes Gasparini⁵⁰ instrui sobre o processo seletivo:

Por não se tratar de concurso público, pode-se afirmar que o processo seletivo público deverá ser menos demorado na sua execução e menos burocratizado, sem descuidar do atendimento ao princípio da igualdade e da necessidade de selecionar os melhores candidatos para a execução dos serviços almejados.

É admissível no caso o processo seletivo simplificado, que não tem tanta rigorosidade quanto o concurso, mas impõe limites à forma de contratação. O art. 3º da Lei Federal nº 8.745/93 que regulamenta o art. 37 da Constituição Federal no âmbito da União, estabelece que a contratação mediante processo seletivo

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 872.

⁴⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.612.

⁴⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição. Qual a “norma” contida no “texto”? O caso das contratações temporárias no serviço público. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, p. 29-45, maio/jun. 2010. p. 36

⁵⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 238.

simplificado está sujeita a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindido de concurso público.

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante⁵¹ dispõe acerca da contratação temporária de professores: “A contratação de professor e técnicos especializados, nas situações mencionadas na lei, poderá ser efetivada à vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do curriculum vitae”.

O autor José dos Santos Carvalho Filho⁵² conclui que podem ocorrer três formas de contratação dos servidores temporários: “1ª) realização de concurso público; 2ª) realização de processo seletivo simplificado; 3ª) contratação direta sem processo seletivo”.

O autor Ivan Barbosa Rigolin⁵³ ainda complementa sobre o regime jurídico dos contratos temporários:

O regime jurídico dos contratos, na melhor técnica, é o do direito administrativo especial, o terceiro regime jurídico, aquele que na União é dado pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, já alterada em profundidade mas que não teve alterado aquele regime. Se na própria União, que pode legislar sobre o direito do trabalho, a lei dos temporários não indica a CLT, então o que dizer de Estados, DF e Municípios, que não podem legislar sobre direito do trabalho (cf. CF, art. 22, inc.I)?

Assim, conclui-se que aos Estados, Distrito Federal e Municípios só resta o contrato administrativo especial de servidor, que são criadas e disciplinadas por leis locais, ante a impossibilidade de criação de hipóteses de contratos pela CLT por tempo determinado.

O autor Antônio Flávio de Oliveira⁵⁴ ainda institui alguns critérios para a realização dos contratos temporários, são eles: existência de lei estabelecendo a contratação, fixando os motivos que ensejam a excepcionalidade; previsibilidade da duração da necessidade temporária; necessidade deve se caracterizar como temporária; além de demandar de interesse público motivador da contratação temporária este interesse deverá ser excepcional.

Com relação ao controle da contratação temporária, o autor Antônio Flávio de Oliveira⁵⁵ salienta:

Ainda que exista previsão de contratação desses profissionais em Lei Municipal, deve-se ressaltar que a mesma poderá estar em conflito com o texto constitucional federal e, de conseqüência, ser tida como inconstitucional pelo Tribunal de Contas, que a partir desta constatação poderá providenciar a declaração da inconstitucionalidade, uma vez que diversos ordenamentos estaduais atribuem a estes órgãos a possibilidade

⁵¹ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **O Empregado Público**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 104.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Doutrina, Coordenação James Tubenchlak**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001. p. 372.

⁵³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Servidores públicos. O art. 37 da Constituição**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 120, p. 46-63, fev. 2011. p. 55.

⁵⁴ OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Servidor público: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 67.

⁵⁵ OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Servidor público: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 52.

de provocação do controle concentrado estadual, e, a partir da decisão que determine a inconstitucionalidade, rejeitar as contas prestadas.

Portanto, o controle é feito principalmente pelo Tribunal de Contas do Estado, conforme dispõe o autor Jose Luis Bolzan de Moraes⁵⁶, evitando a prática abusiva da contratação temporária.

3.3.1. Necessidade da contratação temporária

A Constituição Federal prevê em seu art. 37, inciso IX que a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, e esta contratação será definida por lei. Esta lei será definida por cada estado, conforme ensina Frederico Jorge Gouveia de Melo⁵⁷:

Cada ente federativo, por competência constitucional, regular, através de lei, os casos de contratação temporária de pessoal, estabelecendo as hipóteses e situações que poderão ensejar a sua realização, atendidos os princípios da razoabilidade e da moralidade. Essas contratações, preferencialmente e dentro das possibilidades, devem sujeitar-se a recrutamento de pessoal mediante processo seletivo simplificado, como determinado na legislação federal.

A contratação será regulada pela legislação de cada localidade, que também elegerá o regime jurídico a ser adotado, se estatutário, celetista ou regime especial, e a contratação implicará em obrigações e direitos pelos contratados.

A contratação temporária somente deve ocorrer para suprir demandas provisórias, em situações que requerem satisfação imediata para que a Administração Pública possa atender à necessidade temporária e excepcional interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸ dispõe que:

A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimas importantes, é *temporária*, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato *suprimento temporário de uma necessidade* (neste sentido, “necessidade temporária”), *por não haver tempo hábil para realizar concurso*, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.

Os servidores temporários não são servidores públicos nem agentes governamentais, pois tem vínculo com a administração em caráter eventual, o que não ocorre com essas espécies de agentes públicos que tem vínculos perenes, mas

⁵⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição. Qual a “norma” contida no “texto”? O caso das contratações temporárias no serviço público. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, p. 29-45, maio/jun. 2010. p. 42.

⁵⁷ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 69.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 281/282.

também não são agentes de colaboração, visto que são contratados para finalidade específica, eles são uma categoria própria.

O autor Diogenes Gasparini⁵⁹ define servidores temporários como “agentes públicos que se ligam à Administração Pública, por tempo determinado, para o atendimento de necessidade de excepcional interesse público, consoante definidas em lei.”

Apesar da possibilidade prevista na Constituição Federal e na legislação federal, estadual e municipal de contratar servidores temporários, é preciso observar quanto a real necessidade desta contratação, se efetivamente prezam pela excepcional interesse público, temporariedade da contratação e se estão dispostos nas hipóteses previstas em lei.

Os limites que a Constituição impõe “demarcam a fisionomia básica de cada regime especial. Em outras palavras, a lei da entidade federativa interessada não poderá conter elementos diversos daqueles que a carta exhibe”, esta é a afirmação do autor José dos Santos Carvalho Filho⁶⁰

A contratação temporária que não seja de provimento urgente e nem de provimento temporário afigura-se inconstitucional, pois afronta o princípio geral de contratação da Administração Pública, que é através de concurso público.

Se a prática de contratações de professores temporários se torna corriqueira e fora dos parâmetros legais, esta se torna ilegal. Assim leciona o autor Alexandre de Moraes sobre o tema em comentário⁶¹:

Observe-se, porém, a impossibilidade de contratação temporária por tempo indeterminado – ou de suas sucessivas renovações – para atender a necessidade permanente, em face do evidente desrespeito ao preceito constitucional que consagra a obrigatoriedade de concurso público.

A União Federal editou a Lei n. 8.745/1993, com alterações posteriores da Lei n. 9.849/1999 e ainda outras alterações com a Lei n. 12.425/2011, com o objetivo de implantar na administração federal a contratação de servidores temporários pelo regime especial.

A referida lei dispõe sobre a forma de contratação temporária, e prescreve em seu art. 2º, inciso IV, parágrafo primeiro especificamente acerca da contratação de professores, *in verbis*:

Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

IV - admissão de professor substituto e professor visitante;

§ 1º A contratação de professor substituto de que trata o inciso IV do caput poderá ocorrer para suprir a falta de professor efetivo em razão de: [\(Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011\)](#)

I - vacância do cargo; [\(Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011\)](#)

II - afastamento ou licença, na forma do regulamento; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011\)](#)

⁵⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 159.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Doutrina, Coordenação James Tubenclak**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001. p. 367.

⁶¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 151.

III - nomeação para ocupar cargo de direção de reitor, vice-reitor, pró-reitor e diretor de campus. [\(Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011\)](#)

A Lei Complementar Estadual nº 108/2005 também dispôs sobre a possibilidade de contratar professores apenas nos casos de excepcional interesse público:

Art. 2º. Consideram-se como de excepcional interesse público as contratações por tempo determinado que visam:

VI - atender ao suprimento de docentes e funcionários de escola na rede estadual de ensino e nas Instituições Estaduais de Ensino Superior, nas hipóteses previstas na presente lei complementar;

§ 1º. A contratação de professores e de pessoal nas áreas a que se refere o inciso VII (*sic*) do artigo 2º. será efetivada exclusivamente para suprir a falta de docente e servidores de carreira decorrente de aposentadoria, demissão, exoneração, falecimento, afastamento para capacitação e nos casos de licenças legalmente concedidas.⁶²

Observe-se que o parágrafo segundo do art. 2º da Lei Federal nº 8.745/1993 recentemente incluído pela Lei n.º 12.425/2011, ainda enfatiza que o percentual de professores contratados temporariamente não pode ultrapassar 20% (vinte por cento) dos professores efetivos.

§ 2º O número total de professores de que trata o inciso IV do caput não poderá ultrapassar 20% (vinte por cento) do total de docentes efetivos em exercício na instituição federal de ensino. [\(Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011\)](#)

Já na legislação estadual (Lei Complementar nº 108/2005) limita a contratação de servidores temporários para 10% dos docentes de carreira, quando os professores são afastados para capacitação:

Art. 3º. As contratações de professores afastados para capacitação ficam limitadas a dez por cento do total de cargos de docentes da carreira constante do quadro de lotação da instituição.

Com relação à extinção do contrato de trabalho a Lei Federal nº 8745/93, mais especificamente no artigo 12, dispõe sobre a extinção do contrato temporário, que pode ser pelo prazo contratual ou iniciativa do interessado. Neste mesmo sentido, o art. 18, incisos I e II da Lei Complementar Estadual nº 108/2008 prevê a extinção do contrato pelo término do prazo contratual e por iniciativa do contratado.

O problema previsto nestas leis é a possibilidade da rescisão unilateral do contrato por conveniência da administração pública, apenas com a prerrogativa ao servidor temporário de receber o pagamento de indenização correspondente à metade do que lhe seria devido no tempo restante do contrato. Assim, ainda que

⁶² A legislação estadual em seu artigo 2º, § 1º cita o inciso VII, quando deveria citar o inciso VI que se refere aos professores.

prevista a contratação temporária em prol da sociedade em geral, o Estado Social não prevê segurança aos contratados.

3.3.2. Temporariedade

A temporariedade é um pressuposto essencial do regime especial de contratação, diferente dos regimes estatutário e trabalhista que têm o intuito da permanência e definitividade.

Frederico Jorge Gouveia de Melo⁶³ dispõe que a contratação temporária de pessoal não admite a contratação por prazo indeterminado, devendo o contrato constar o termo inicial e final. E ainda, o autor afirma que temporariedade é caracterizada na contratação de pessoal “para suprimento urgente de necessidade surgida com o falecimento, exoneração ou inativação de servidor com a impossibilidade de sua substituição por outro do quadro de pessoal permanente”.

José Luis Bolzan de Moraes⁶⁴ ainda assevera que a contratação temporária não se restringe as contratações em caráter eventual, temporário ou excepcional, mas autoriza as contratações para a função de serviço público de caráter permanente mas que se encontre em situação transitória de necessidade de contratação, para atender a necessidade temporária.

Nosso ordenamento jurídico impossibilita tornar um cargo temporário em um cargo efetivo, e vice versa, eis que cada qual tem sua peculiaridade. Assim, contratar servidores temporários e convertê-los em servidores definitivos é inconstitucional, pois ofende ao princípio da exigibilidade do concurso público, conforme afirma José dos Santos Carvalho Filho⁶⁵.

A Constituição da República não delimitou o período de contratação, devendo cada ente da Federação regular a matéria. A Lei Federal nº 8.745 de 1993 estabelece dois anos como prazo máximo para a contratação do professor:

Art. 4º As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos:
II - 1 (um) ano, nos casos dos incisos III e IV, das alíneas d e f do inciso VI e do inciso X do caput do art. 2º;
Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos:
I - nos casos dos incisos III e IV, das alíneas b, d e f do inciso VI e do inciso X do caput do art. 2º, desde que o prazo total não exceda a 2 (dois) anos;

No Estado do Paraná a Lei Complementar Estadual nº 108/2005, limita a contratação de professores pelo prazo máximo de 12 meses:

Art. 5º. As contratações serão feitas por tempo determinado, observando-se os seguintes prazos:
II - doze meses, nos casos dos incisos III, IV,V, VI, VII, VIII, IX, X, XI e XII do art. 2º.

⁶³ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 70/71.

⁶⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição. Qual a “norma” contida no “texto”? O caso das contratações temporárias no serviço público. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, p. 29-45, maio/jun. 2010. p. 40.

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Doutrina, Coordenação James Tubenclak**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001. p. 372.

Conforme o parágrafo primeiro do referido artigo, a contratação pode ser prorrogada por quantas vezes forem necessárias, porém não deve ultrapassar o limite máximo de 02 (dois) anos conforme fixado pela Constituição Estadual do Paraná (art. 27, IX, b). Tal prorrogação só pode ocorrer se permanecer a necessidade que gerou a contratação na forma da lei.

Contudo, o que se vê na prática é a contratação temporária sem a prévia realização do concurso público, Gustavo Alexandre Magalhães⁶⁶ afirma veemente que a prática vem ocorrendo de forma reiterada e por longos períodos, conduta esta que contraria o disposto no art. 37, II da CF.

3.3.3. Excepcionalidade do interesse público

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁷ salienta que uma questão importante a ser tratada neste tópico é saber qual é o alcance da expressão “excepcional” interesse público. O autor ainda complementa que “conquanto sejam inviduosos os riscos de abuso (...) estamos a crer que a interpretação correta da expressão ‘excepcional’ interesse público seja aquela que comporta solução para problemas reais”.

A Constituição no seu art. 37, IX usa a expressão “excepcional” para qualificar o interesse público. Contudo, não há limitação de quanto é tal excepcionalidade.

Apesar da excepcionalidade da contratação de agentes temporários para satisfazer a necessidade de excepcional interesse público, Gustavo Alexandre Magalhães⁶⁸ afirma que “aproveitando-se da medida excepcional prevista pelo constituinte, a Administração vem utilizando com freqüência da contratação por tempo determinado no intuito de admitir servidores para atender às aludidas ‘necessidades transitórias’”. O autor ainda continua:

Ocorre que muitas vezes essas admissões demonstram-se fraudulentas, pois, como os contratos são prorrogados inúmeras vezes, não há transitoriedade do vínculo e nem excepcional interesse público. Não estando presentes os requisitos para a contratação excepcional, os agentes deveriam ser previamente aprovados em concurso, conforme determina o art. 37, II da CF/88.

A Lei Federal n. 8.745/93, com redação alterada pela Lei n. 12.425/2011 impôs limites percentuais para a contratação de professores temporários, possibilitando que os administradores tivessem parâmetro para contratação temporária, sem que ultrapasse a excepcionalidade do interesse público.

Assim, o autor Antônio Flávio de Oliveira⁶⁹ conclui que “se não houver como caracterizar a situação como necessidade temporária e ainda de excepcional interesse público, não se tratará de situação que permita a utilização do expediente do art. 37, IX, da CF/88”.

⁶⁶ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 111-118, jan/mar. 2005. p. 112.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 81/82.

⁶⁸ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 111-118, jan/mar. 2005. p. 111.

⁶⁹ OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Servidor público: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 94.

4. A EDUCAÇÃO E O PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO

A educação é direito de todos e dever do Estado, como dispõe o art. 205 da CF: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, 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 o trabalho”, mas para promover a educação o Estado não deve burlar a Constituição Federal quanto ao modo de contratação de servidores para o cargo de professor.

O autor Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz⁷⁰ afirma que para o Estado ser solidário, ele tem o dever de assumir tarefas para garantir o mínimo ideal para cada cidadão, incluindo a educação:

O Estado Constitucional que pretenda exercer o papel de Estado Social, não pode afastar a eficácia primordial do princípio da dignidade da pessoa humana, nem olvidar, em benefício da sociedade civil,¹⁴ i) de promover a justiça social na dinâmica das relações econômicas, reduzindo as desigualdades sociais e assegurando iguais oportunidades a todos; ii) garantir a realização adequada dos direitos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, a assistência e à seguridade social.

A Lei Federal n. 8.745/93 não fechou o caminho para que os Estados, Distrito Federal e Municípios editassem suas próprias leis regulando a contratação temporária. Mas dois aspectos importantes devem ser respeitados no momento da edição de tais leis, “1º) observância dos dispositivos constitucionais pertinentes à relação de trabalho em geral ; 2º) ser regime disciplinado por lei emanada do respectivo ente federativo, ainda que se decida endossar a disciplina da lei federal”, conforme afirmado pelo autor José dos Santos Carvalho Filho⁷¹.

É imperioso salientar que a legislação estadual paranaense, mais especificamente na Lei Complementar nº 108 de 18 de maio de 2005, que dispõe sobre forma de contratação temporária, está em consonância com a Constituição Federal e com a Lei Federal nº 8.745 de 1993, eis que contratam temporariamente apenas em casos de extrema necessidade.

Assim dispõe os parágrafos primeiro e segundo do art. 2º da Lei Complementar 108/2005:

§ 1º. A contratação de professores e de pessoal nas áreas a que se refere o inciso VII do artigo 2º. será efetivada exclusivamente para suprir a falta de docente e servidores de carreira decorrente de aposentadoria, demissão, exoneração, falecimento, afastamento para capacitação e nos casos de licenças legalmente concedidas.

§ 2º. A contratação decorrente de vacância ou insuficiência de cargos, será realizada pelo prazo suficiente à criação ou ampliação de cargos, realização do respectivo concurso público e desde que inexistente concurso público em vigência para os respectivos cargos.

Contudo, não há como se verificar se na prática a contratação temporária está ocorrendo dentro da legalidade e da necessidade de interesse público previsto no art. 37, inciso IX da CF e se não está se excedendo o percentual previsto na Lei

⁷⁰ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Estado social e princípio da solidariedade**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, p. 31-48, jul./dez. 2008. p. 36.

⁷¹ CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Doutrina, Coordenação James Tubenclak**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001. p. 372.

Federal nº 8.745/93 que regulamenta o regime jurídico e regulamenta o contrato de trabalho por tempo determinado de servidores no serviço público.

Quanto ao prazo de contratação, a Lei Federal nº 8.745/93 estipula dois anos como prazo máximo para a contratação do professor, e a Lei Complementar Estadual nº 108/2005, no seu art. 5º, inciso II e § 1º também estipula prazo máximo de dois anos para a contratação de professores.

A Lei Complementar nº 108/2005 anteriormente afirmava no seu art. 14, inciso II que:

Art. 14. O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:
II - ser novamente contratado com fundamento nesta lei, antes de decorridos vinte e quatro meses do encerramento do contrato anterior.

Ocorre que com o advento da Lei Complementar nº 121 de 2007 tal artigo e inciso foram revogados, e a proibição das contratações reiteradas foi excluída desta lei. A Lei Federal nº 8.745/93 ainda ostenta em sua composição a proibição destas contratações reiteradas, conforme se verifica na sua redação:

Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:

III - ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei.

Frederico Jorge Gouveia de Melo⁷² afirma que a contratação temporária de professores em todos os Estados ultrapassa a necessidade de interesse público instituído pela Constituição Federal, ele assim assevera:

Outro exemplo de utilização incorreta de tal instrumento são as inúmeras contratações temporárias de professores em todos os entes da Federação, cuja atividade não se reveste de temporariedade, por um prazo dilatado, também caracterizado o desrespeito ao mandamento constitucional do concurso.

Com relação ao pagamento das contraprestações, a Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe sobre a contratação sem anterior concurso público:

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.

Gustavo Alexandre Magalhães⁷³ afirma que “é imperioso atentar para os contratos celebrados especificamente para área de educação, para vigorar entre fevereiro e dezembro. Invocando a transitoriedade do vínculo, a Administração nega aos referidos trabalhadores direito a férias e décimo terceiro salário”.

⁷² MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 75.

⁷³ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 111-118, jan/mar. 2005. p. 112.

Ainda que o autor afirme que não é concedido ao trabalhador os benefícios de férias e décimo terceiro salário, a legislação estadual prevê no art. 18 da Lei Complementar Estadual nº 108/2005 o pagamento de 13º proporcional, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, *in verbis*:

Art. 18. O contrato firmado de acordo com esta lei extinguir-se-á, assegurando-se o pagamento das verbas rescisórias, em especial 13º salário proporcional, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional.

Contudo a Legislação Federal (Lei nº 8.745/93) não prevê o pagamento destes benefícios aos professores temporários, não sendo possível de verificar se há configuração da solidariedade do Estado, pois no caso da legislação federal o próprio Estado retira do trabalhador benefícios a ele inerentes quando da ocorrência da contratação temporária pelo regime especial.

CONCLUSÃO

Ainda que possível a contratação temporária, o autor Ivan Barbosa Rigolin⁷⁴ dispõe que o inciso IX do referido artigo é um “dispositivo que não cessa de gerar polêmicas, ódio e ranger de dentes de toda natureza e espécie, é ainda muito mal compreendido, heterogeneamente aplicado e nada uniforme em seus resultados e seus efeitos”.

Gustavo Alexandre Magalhães⁷⁵ também afirma que “a admissão de pessoal sem a realização do processo seletivo prévio consiste em prática corrente”, que não é excepcional e nem temporário, pois ocorre por longos períodos e de forma reiterada.

A urgência de contratações de servidores temporários não deveria decorrer da omissão Administração, mas sim provocada por uma situação imprevisível. Mas devido à necessidade de muitos professores na rede estadual de ensino, é notório que a Secretaria de Estado da Educação faz diversas contratações de professores temporários, e estas contratações acaba se tornando definitiva, visto que todos os anos há sucessivas renovações nos contratos de professores pelo Processo Seletivo Simplificado.

Na teoria, não há qualquer vício da legislação em permitir a contratação emergencial dos servidores, mas na prática, como amplamente divulgado pela mídia, há uma contratação excessiva de professores temporários, muitas vezes substituindo de professores efetivos que já passaram em concurso público e estão aguardando serem chamados. É preciso avaliar profundamente qual a necessidade das contratações por tempo determinado, sendo que existem professores já aprovados em concurso público apenas aguardando sua nomeação.

É preciso respeitar os princípios da excepcionalidade postos pelo art. 37, inciso IX da Constituição Federal, verificando se a contratação não está se tornando abusiva em face da situação concreta. É necessário averiguar na prática se o Processo Seletivo Simplificado respeita o referido artigo no momento da contratação de professores temporários, e se estes são contratados apenas em caso de excepcional interesse público.

⁷⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Servidores públicos. O art. 37 da Constituição.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 120, p. 46-63, fev. 2011. p. 55.

⁷⁵ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 111-118, jan/mar. 2005. p. 112.

Ainda que não exista expressamente a palavra solidariedade no texto da Constituição da República, conforme salienta o autor Paulo Sérgio Rosso⁷⁶, o Estado Social é considerado com princípio e objetivo central do nosso ordenamento jurídico. Assim, a Administração Pública deve estar a frente de uma situação excepcional de caráter temporário, para só então contratar os servidores temporários, sem descuidar da qualidade na execução e prestação dos seus serviços, assim como sua continuidade, caso contrário, deixará de ser solidário com os próprios contratados.

Observa-se que o Estado Solidário de Direito atua presente caso na regulamentação do artigo 37 da Constituição. Apesar de a regulamentação ser feita pela legislação estadual, não há como saber se o percentual permitido pela lei de 10% está sendo respeitado, assim como o limite temporal máximo de 2 (dois) anos. Como os números não são divulgados, não há como saber se o Estado está atuando na área da fiscalização.

REFERÊNCIAS

BRUNO NETO, Francisco. **Constituição Federal: academicamente explicada**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Doutrina, Coordenação James Tubenclak**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **O Empregado Público**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2009.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Estado social e princípio da solidariedade**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, p. 31-48, jul./dez. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁷⁶ ROSSO, Paulo Sérgio. **Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, p. 11-30, jul./dez. 2008. P. 17.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 111-118, jan/mar. 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26^a Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta**. 2^a Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4^a Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição. Qual a “norma” contida no “texto”? O caso das contratações temporárias no serviço público. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, p. 29-45, maio/jun. 2010.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 2^a Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Servidor público: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. 2^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direito administrativo**. Campinas: Millennium Editora, 2006.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Servidores públicos. O art. 37 da Constituição**. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 120, p. 46-63, fev. 2011.

ROSSO, Paulo Sérgio. **Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 3, p. 11-30, jul./dez. 2008.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE¹

Amanda Dambros Bianchi²

RESUMO

O trabalho procura analisar a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, levando em consideração o grande desenvolvimento do mundo (indústrias, cidades, tecnologia), que cresce de forma acelerada, e o “abuso” na utilização de recursos naturais que, em desfavor da coletividade e do meio ambiente, só tendem a aumentar, fato que torna necessária uma forma de responsabilização. O trabalho ainda apresenta a conceituação do que de fato é o meio ambiente, com a classificação e as características. Em concordância com a Constituição Federal, identifica os princípios ambientais. Explica de que forma se configura o dano e as maneiras de reparação. Aborda de modo geral a responsabilidade civil, e diferencia as duas formas de responsabilidade: subjetiva e objetiva. Na responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, demonstra-se sua natureza jurídica, bem como os princípios, as cláusulas excludentes de responsabilidade e, por fim, a identificação do responsável.

Palavras-chave: Meio ambiente. Danos. Responsabilidade civil. Responsabilidade objetiva.

ABSTRACT

The term paper aims to analyze the civil accountability for damages caused to the environment, regarding the great and fast development of the world (industries, cities, technology) and the use of natural resources in an abusive way over the collective framework and the environment. This abusive use tends to increase so much that some type of responsibility and accountability become necessary. It also presents the concepts of environment and what in fact it is, showing its classification and characteristics. The present term identifies some environmental principles according to Brazilian Federal Constitution and explains how the damage takes form and some ways to repair it. The civil responsibility and accountability is addressed in a general way and its two forms are presented: the objective and the subjective. It shows the legal nature of the responsibility and accountability for damages caused to

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito na Faculdade Opet, transformado em artigo para publicação na Revista Ânima. Prof^a. Orientadora: Maria Helena Abdnur Mendes dos Santos

² Graduanda do curso de Direito na Faculdade Opet em dezembro de 2012.

the environment, the principles, the exclusion clause and lastly the identification of the responsible head.

Keywords: Environment. Damage. Civil accountability. Objective accountability.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, de acordo com a Constituição Federal e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), apresentando o importantíssimo papel da sociedade e do Estado face ao assunto, bem como estudar princípios, conceitos e legislação que englobam a responsabilidade civil ambiental.

O fato é que o desenvolvimento do mundo, isso incluindo principalmente o Brasil, tem degradado cada dia mais o meio ambiente por conta de interesses econômicos, tornando todos culpados e ao mesmo tempo vítimas da destruição das riquezas ambientais, o que traz resultados negativos para nossa sobrevivência.

A escolha do tema, além de ser de interesse pessoal, é necessária pelo fato de que toda a sociedade precisa ser consciente ao utilizar os recursos da natureza, e proteger o meio ambiente é de grande importância para toda a coletividade. É preciso garantir um ambiente ecologicamente equilibrado para todas as gerações, tanto as do presente como as do futuro.

A responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente é objetiva e surge com o intuito de proteger o ambiente. O poluidor deve reparar o dano que causou, independentemente de comprovar sua culpa.

O desenvolvimento da presente monografia é dividido em três capítulos. O primeiro refere-se ao direito ambiental, bem como sua conceituação, e aborda os princípios ambientais previstos na Constituição Federal. O segundo capítulo aborda conceitos sobre o dano ambiental e suas formas de reparação por meio de responsabilidades administrativa, penal, e civil.

No terceiro e último capítulo apresenta-se o conceito de responsabilidade civil com relação a danos causados ao meio ambiente. Procura-se ainda especificar as formas de responsabilidade por poluição e atividades nucleares. Explica-se a teoria do risco, embasada na culpa para garantir ressarcimento de danos. Identificam-se também as cláusulas excludentes do direito ambiental, bem como identifica-se quem será responsabilizado.

2 DIREITO AMBIENTAL

2.1 CONCEITUAÇÃO DE MEIO AMBIENTE

Ao conceito de meio ambiente, vários doutrinadores atribuem o mesmo significado: conjunto natural, artificial e cultural, compreendendo tudo que envolve a vida da sociedade.³

³SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Medeiros, 2010, p. 17.

A expressão meio ambiente foi definida amplamente pela Lei nº 9.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) no artigo 3º, inciso I, estendendo o conceito de natureza como um todo indivisível.

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Ao conceito atribuído pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a Constituição Federal de 1988 acrescentou novos aspectos e elementos envolvidos no tema, não tutelando apenas o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho.

2.1.1 Meio ambiente natural ou físico

O Meio Ambiente natural ou físico consiste em elementos da biosfera, previstos no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal e no §1º, I, III, VII.⁴

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;

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;

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 à crueldade.

Portanto, fazem parte do ecossistema: ar, água, solo, flora e fauna. Esses elementos são necessários para a sobrevivência de todos os seres vivos.

2.1.2 Meio ambiente artificial

O meio ambiente artificial é formado pelo conjunto de edifícios, ruas, praças, espaços livres e verdes.⁵ Vários autores denominam o ambiente artificial como

⁴FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵SILVA, 2010, p. 19.

“equipamentos públicos”, também chamados de “logradouros públicos”, que correspondem às construções que podem ser em espaços abertos, semiabertos ou fechados, e são de uso comum do povo.

A forma artificial altera gradativamente o ambiente natural, pois todas as construções e os espaços urbanos criados pelo homem utilizam recursos naturais. Contudo, políticas ambientais devem regular e coibir isso, para que o ambiente artificial seja utilizado para proporcionar saúde e bem-estar a todos os seres vivos.⁶

O patrimônio ambiental artificial é formado por grandes centros, onde se concentra a espécie humana. É o seu ecossistema, mesmo de maneira artificial, tornando-se o local em que sobrevive e se desenvolve. Existem duas formas de patrimônio ambiental artificial: típico e atípico. O típico refere-se ao espaço urbano, o local onde a sociedade vive. Já o patrimônio atípico diz respeito às realizações físicas e materiais construídas pelos homens.⁷

De qualquer maneira, é importante deixar claro que o patrimônio ambiental, típico ou atípico, deve procurar ser saudável, tendo melhor aproveitamento de todos os recursos e espaços naturais, evitando toda e qualquer forma de degradação e desgaste ambiental.

2.1.3 Meio ambiente cultural

O meio ambiente cultural consiste no patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico. São construções que têm grande importância e significado criadas pelo homem⁸, e constitui-se tanto de bens de natureza material, quanto imaterial, conforme conceito previsto no art. 216 da Constituição Federal.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Deve ser protegido o ambiente cultural pelo fato de que se trata de um patrimônio, uma identidade, um fato histórico de determinada sociedade.

2.1.4 Meio ambiente do trabalho

O meio ambiente do trabalho refere-se a tudo o que o envolve, como ferramentas, máquinas, agentes químicos, biológicos e físicos, operações, processos. Trata-se da relação entre trabalhador e meio físico.⁹ Deste modo dispõe o art. 200,

⁶MILARÈ, Édis. **Direito do ambiente**. Doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007, p. 271.

⁷Ibid., p. 281.

⁸SILVA, 2010, p. 19.

⁹FIORILLO, 2012, p. 81.

VIII, da Constituição Federal: “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

Esse dispositivo procura proteger a qualidade de vida do trabalhador, ajustando-o à atividade exercida diariamente, com melhores condições de trabalho, além de meio ambiente saudável, limpo e seguro para o trabalhador.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Os princípios ambientais foram citados inicialmente em 1972, na Conferência de Estocolmo. Vinte anos depois foram reafirmados e ampliados no ECO-92, e com o passar do tempo foram adaptados à realidade cultural e social.¹⁰

A criação dos princípios ambientais trouxe como finalidade e expectativa à proteção dos seres vivos, tanto os do presente como as futuras gerações, pois o meio ambiente é de interesse e direito de todos. Por esse motivo, o artigo 225 da Constituição Federal trata esses princípios como direitos fundamentais, uma vez que todos têm direito de viver num ambiente ecologicamente equilibrado.

A doutrina destaca como princípios basilares: desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador, participação, prevenção, precaução e responsabilidade, todos previstos no artigo 225 da Constituição Federal.

2.2.1 Princípio do desenvolvimento sustentável

O princípio do desenvolvimento sustentável, previsto no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, prescreve as práticas de desenvolvimento que procuram atender às necessidades atuais e essenciais, sejam elas presentes ou futuras, a fim de melhorar a qualidade de vida e o bem-estar, proporcionar harmonia entre a natureza e a sociedade e procurar reduzir o impacto da atividade econômica no meio ambiente. Esse princípio ainda visa a proteger dois direitos fundamentais: vida saudável e desenvolvimento, conforme discorre Fiorillo.¹¹

Deve-se assegurar a existência por meio da qualidade de vida, com mínimos impactos ambientais e insignificante degradação de recursos naturais. O desenvolvimento sustentável satisfaz aos interesses de todas as gerações e mesmo assim diminui a desigualdade social.

Segundo Fiorillo¹², “o princípio do desenvolvimento sustentável tem conteúdo de manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem, garantindo igualmente relação satisfatória entre homens e destes com o seu ambiente”.

2.2.2 Princípio do poluidor-pagador

Esse princípio também está expresso nos artigos 225, parágrafos 1º e 3º, e 170, VI, da Constituição Federal. De origem econômica, seu objetivo é a preservação do meio ambiente. Impõe que o causador dos danos ambientais arque com despesas, prevenção e reparação.

O princípio do poluidor-pagador está diretamente ligado à solidariedade social e prevenção, com aumento de custos para quem produz e consome grande quantidade de recursos naturais. Isso não quer dizer que a degradação ambiental

¹⁰FIORILLO, 2012, p. 81.

¹¹Id., 2010, p. 85.

¹²FIORILLO, op. cit., p. 85.

tenha um preço, mas, sim, que todos devem preservar o meio ambiente e usar seus recursos de maneira consciente.¹³

Esse princípio também está contido no artigo 4º, VII, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Contudo, esse custo faz-se necessário para que todos reflitam sobre a degradação e escassez dos recursos naturais, e, ainda, que o utilizem de maneira moderada, para terem garantido o direito à qualidade do ambiente ecologicamente equilibrado.

2.2.3 Princípio da participação

O princípio da participação envolve o “agir em conjunto”. De acordo com Fiorillo¹⁴, o Poder Público deve promover informação e educação ambiental a toda sociedade. Conforme o artigo 225, §1º, VI, da CF, incumbe ao Poder Público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

Esse princípio permite que o Estado e a sociedade resolvam problemas relacionados ao meio ambiente juntos, pois ambos são responsáveis pela gestão de interesses da coletividade, e devem buscar maneiras de proteger e melhorar as condições ambientais.¹⁵

2.2.4 Princípio da prevenção

A Declaração do Rio-92 diz:

A fim de conseguir-se um desenvolvimento sustentado e uma qualidade de vida mais elevada para todos os povos, os Estados devem reduzir e eliminar os modos de produção e de consumo não viáveis e promover políticas demográficas apropriadas.¹⁶

A prevenção ambiental faz com que a sociedade e o Poder Público tenham como premissa defender e preservar o meio ambiente, a fim de que permaneça ecologicamente equilibrado para todas as gerações. Isso está previsto no artigo 225, §1º, VI, da Constituição Federal, que diz: “Art. 225 [...] 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”.

¹³MILARÈ, 2007, p. 773.

¹⁴FIORILLO, 2012, p. 87.

¹⁵MILARÈ, 2007, p. 777.

¹⁶Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

Esse princípio acontece quando se impede a degradação ou o dano ambiental. Para que isso ocorra é indispensável a educação ambiental preventiva como medida para se evitar ainda mais danos.¹⁷

2.2.5 Princípio da precaução

A Declaração do Rio deu impulso e destaque internacional a esse princípio:

Com o fim de proteger o meio ambiente, os estados devem aplicar amplamente o critério de precaução conforme as suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes em função do custo para impedir a degradação do Meio Ambiente.¹⁸

Conforme analisa Milarè¹⁹, o princípio da precaução é utilizado quando informações e pesquisas científicas não suprem as reais necessidades, ou melhor, ainda não existe conclusão relacionada à proteção ambiental e quanto aos efeitos que a degradação pode gerar no meio ambiente, bem como na saúde de pessoas e/ou animais.

Em casos nos quais há risco de dano ambiental, o causador do dano terá pena severa, conforme artigo 54, §3º, da Lei de Crimes Ambientais:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

§3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

As medidas de precaução devem ser utilizadas para evitar mudanças negativas ao meio ambiente. Ainda que existam estudos científicos não concluídos, *indubio pro natura*, a população deve agir com racionalidade e impedir o dano.²⁰

2.2.6 Princípio da responsabilidade

O princípio da responsabilidade está disposto no parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal: “§3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, e qualquer pessoa, mesmo que deixe de reparar danos, sofrerá sanções penais e administrativas por todos eles.

¹⁷MILARÈ, op. cit., p. 766.

¹⁸Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

¹⁹MILARÈ, 2007, p. 767.

²⁰Ibid., p. 768.

3 DANO AMBIENTAL

3.1 CONCEITUAÇÃO DE DANO AMBIENTAL

A palavra *dano* refere-se ao descumprimento de uma norma jurídica, uma lesão ao interesse jurídico. Trata-se da modificação do meio ambiente de forma indesejável²¹, ou incompatível com o que prevê o artigo 225 da Constituição Federal, originando consequências negativas ao próprio meio ambiente e à sociedade como um todo.

Morato Leite²² define dano como elemento importantíssimo para uma indenização, afirmando que só com a existência da caracterização do dano será possível uma reparação. Ainda diz a esse respeito: “assim, o dano deve ser visto como pressuposto necessário da obrigação de reparar e, por conseguinte, elemento imprescindível para estabelecer a responsabilidade civil”²³.

O dano ambiental não é expressamente conceituado, porém pode ser compreendido como degradação ambiental e poluição²⁴. Assim dispõe o artigo 3º, II e III, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente;

Para Morato Leite²⁵, por existir dificuldade em conceituar o meio ambiente, há uma classificação que considera a amplitude do bem jurídico, a reparação e o interesse jurídico (extensão e objetivo). O autor entende que o dano ambiental pode ser compreendido como lesão ocasionada por qualquer pessoa, de forma culposa ou não.

Desse modo, como o dano influencia rigorosamente sobre o ambiente e os elementos que o completam, favorece o prejuízo a toda sociedade, podendo ser material, moral e até mesmo à saúde.²⁶

José Afonso da Silva²⁷ leciona a respeito da interação do conceito com o art. 225, §3º, da Constituição Federal: “§3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O dano ambiental subdivide-se em individual e coletivo.²⁸ Porém, para Fiorillo²⁹, existem mais modalidades de dano – o material e o moral –, com fulcro no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, que estabelece:

²¹MORATO LEITE, José Rubens. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo, extrapatrimonial. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93-94.

²²Ibid., p. 94.

²³MORATO LEITE, loc. cit.

²⁴MILARÈ, 2007, p. 810.

²⁵MORATO LEITE, op. cit., p. 95.

²⁶MILARÈ, 2007, p. 812.

²⁷SILVA, 2010, p. 302.

²⁸MILARÈ, op. cit., p. 812.

²⁹FIORILLO, 2012, p. 111-120.

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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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;

A classificação do dano ambiental serve para que pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, independentemente de quem seja o poluidor, sejam responsabilizadas a reparar e indenizar o dano que causaram.

3.1.1 Dano ambiental individual

O dano ambiental individual também pode ser chamado de reflexo ou indireto. Trata-se do dano que afeta a qualidade de um ambiente ecologicamente equilibrado e de interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais de outrem, ou melhor, da coletividade.³⁰

Morato Leite³¹ diz a esse respeito:

Não há dúvidas de que esse dano individual pode ser elencado dentro do gênero dano ambiental, levando em consideração que a lesão patrimonial ou extrapatrimonial que sofre o proprietário, em seu bem, ou doença que contrai uma pessoa, inclusive a morte, podem ser oriundas da lesão ambiental.

3.1.2 Dano ambiental coletivo

O dano ambiental coletivo relaciona-se com as grandes catástrofes que ocorrem no mundo em função de alterações no meio ambiente, o que afeta interesses difusos de uma coletividade qualquer. Cabe ao Ministério Público utilizar medidas processuais como forma de reparação e prevenção ao dano ambiental.³²

3.1.3 Dano material ou patrimonial

O dano material ou patrimonial consiste no prejuízo imediato sobre bens patrimoniais de qualquer pessoa, sendo ela pessoa física ou jurídica, mesmo que seja um dano total ou parcial.³³

Segundo Venosa³⁴, “dano patrimonial é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”.

³⁰MORATO LEITE, 2003, p. 138-139.

³¹Ibid., p. 141.

³²MILARÊ, 2007, p. 813.

³³DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 24. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.

³⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 36.

3.1.4 Dano moral ou extrapatrimonial

Nesta modalidade o dano causado tem origens extrapatrimonial e patrimonial. Assim como o dano material pode ser de forma coletiva ou individual, ocorre no dano moral uma diminuição na qualidade de vida da população.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o dano moral no âmbito do direito ambiental pode ser indenizado:

DANO MORAL COLETIVO. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. LEUCOPENIA. DESTINAÇÃO DA IMPORTÂNCIA REFERENTE AO DANO MORAL COLETIVO – FAT E INSTITUIÇÃO DE SAÚDE (LEI Nº 7.347/85, ART. 13): O número de trabalhadores que adquiriu leucopenia no desenvolvimento de suas atividades na recorrida, em contato com benzeno, é assustador. FAT 7.34713. O local de trabalho envolve diretamente manipulação de produtos químicos contendo componente potencialmente tóxico como benzeno, que afetam precisamente a medula óssea e as células do sangue, e, por conseguinte, desenvolvem referida enfermidade (leucopenia), já reconhecida como doença profissional, incapacitando para o trabalho. Para levar a questão mais adiante, é consabido também que as empresas não aceitam mais empregados que carregam sequelas de doenças como a leucopenia. Na realidade, esses infaustos acontecimentos transcendem o direito individual e atingem em cheio uma série de interesses, cujos titulares não podemos identificar a todos desde logo. Contudo, inegavelmente, revela-se a preocupação que temos que ter com o bem-estar coletivo, e o dano no sentido mais abrangente que nele resulta chama imediatamente a atenção do Estado e dos setores organizados da sociedade de que o trabalhador tem direito a uma vida saudável e produtiva. Todas as irregularidades detectadas pela segura fiscalização federal do Ministério do Trabalho apontam flagrante desrespeito às leis de proteção ao trabalhador, colocando suas vidas e saúde em iminente risco, prejudicando seriamente o ambiente de trabalho. Partindo desse cuidado com a vida e a saúde dos trabalhadores, a multireferida Constituição Federal garantiu com solidez a proteção ao meio ambiente do trabalho, ao assegurar que (art. 200) “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”. Essa preocupação segue a tendência do ainda novo direito do trabalho fundado na moderna ética de Direito de que as questões concernentes ao seu meio ambiente ultrapassam a questão de saúde dos próprios trabalhadores, extrapolando para toda a sociedade. Assim, levando-se em conta a gravidade dos danos, pretéritos e atuais, causados ao meio ambiente do trabalho em toda a sua latitude, com suas repercussões negativas e já conhecidas à qualidade de vida e saúde dos trabalhadores e seus familiares, é de se reconhecer devida a indenização pleiteada pelo órgão ministerial, no importe de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), com correção monetária e juros de mora, ambos a partir da propositura da ação. Nem se alegue que referido valor representaria um risco ao bom e normal funcionamento da empresa, posto que corresponde apenas a 0,16% do lucro líquido havido em 2006, no importe de R\$ 2,5 bilhões e Ebitda de R\$ 4,4 bilhões, conforme informações extraídas do site oficial da própria Cosipa na internet. A atenção desta Justiça, indiscutivelmente, no presente caso, volta-se para o meio ambiente de trabalho, e referido valor arbitrado ao ofensor busca indenizar / reparar / restaurar e assegurar o meio ambiente sadio e equilibrado. Aliás, a Usiminas, após adquirir a Cosipa, passou por um processo de reestruturação e, no ano passado, o Grupo “Usiminas-

Cosipa” apresentou uma produção correspondente a 28,4% da produção total de aço bruto. Deve, por conseguinte, dada sua extrema importância no setor siderúrgico, assumir uma postura mais digna frente ao meio ambiente, bem como perante os trabalhadores que tornaram indigitado sucesso possível. Com efeito, deve haver a prioridade da pessoa humana sobre o capital, sob pena de se desestimular a promoção humana de todos os que trabalharam e colaboraram para a eficiência do sucesso empresarial. Considerando a condenação em dinheiro, bem como o disposto no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), que dispõe que “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados” [grifo nosso], torna-se necessário estabelecer a destinação da importância, tendo presente, primordialmente, que a finalidade social da indenização é a reconstituição dos bens lesados. Determino o envio da importância de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), 12,5%, ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), instituído pela Lei nº 7.998/90 e destinado ao custeio do programa de seguro-desemprego, ao pagamento do abono salarial (PIS) e ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico) e R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), 87,5%, à ‘Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Santos’, objetivamente para a aquisição de equipamentos e/ou medicamentos destinados ao tratamento de pessoas portadoras de leucopenia, e, tendo presente também aqueles trabalhadores da reclamada (Companhia Siderúrgica Paulista – Cosipa), portadores da doença e seus familiares. Constituição Federal 13 Lei da Ação Civil Pública FAT Fundo de Amparo ao Trabalhador 7.998 PIS (1042199925502005 SP 01042-1999-255-02-00-5, Relator: VALDIR FLORINDO, Data de Julgamento: 19/06/2007, 6ª TURMA, Data de Publicação: 06/07/2007).³⁵

Enfim, todas as formas de danos causados ao meio ambiente devem ser reparadas, e indenizadas. A população deve estar consciente quanto à preservação ambiental, para que não ocorra o dano, pois o meio ambiente é de uso comum.

3.2 FORMAS DE REPARAÇÃO

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 4º, inciso VII, dispõe sobre o dever de indenizar ou reparar os danos ao meio ambiente, e o artigo 14º, §1º, da mesma lei, completa e ressalta que “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Além dessa Lei, o artigo 225, §3º, da Constituição Federal também estabelece a obrigação de indenizar e reparar:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

³⁵Disponível em:
<<http://www.trt2.gov.br/>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

Édis Milarè³⁶, entre outros doutrinadores, destaca duas formas de reparar o dano ambiental. São elas: restauração natural ou retorno ao *status quo ante*, e indenização em dinheiro.

A restauração natural ou *in specie* é a recuperação, substituição ou recomposição do dano ambiental que nem sempre é satisfatória. Fica difícil retornar ao *status quo ante*. Milarè³⁷ fundamenta que deve ser utilizada uma forma de compensar o dano, reconstruindo todos os bens afetados.

A indenização em dinheiro tem forma pecuniária, e somente será aplicada quando forem esgotadas as chances de uma restauração natural, a fim de reparar o dano extrapatrimonial ambiental.³⁸ Para Morato Leite³⁹, é uma modalidade de indenização positiva, pois a sanção civil e a função de compensar são sempre eficazes.

Diante da decisão com condenação em dinheiro, por multa diária ou condenação final, essa indenização reverterá para um fundo administrado pelo Conselho Federal e pelos Conselhos Estaduais, que, com a participação do Ministério Público e de representantes da comunidade, a destinarão para reconstituição de bens lesados, conforme previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85.⁴⁰

A legislação deve ser rigorosa quanto às responsabilidades administrativa, penal e civil.

3.3 TIPOS DE RESPONSABILIDADE

A Constituição Federal, no artigo 225, §3º, admite três tipos de responsabilidade ambiental: administrativa, criminal e civil: “Art. 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O mesmo artigo dispõe também que essas modalidades de responsabilidade podem ser cumulativas, a fim de punir os poluidores que provocam danos ambientais.⁴¹

3.3.1 Responsabilidade administrativa

Para ocorrer uma infração administrativa, deve-se analisar o contido no *caput* do artigo 70 da Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções, condutas e atividades lesivas contra o meio ambiente: “Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

A responsabilidade administrativa impõe que os infratores causadores de dano ao meio ambiental estejam sujeitos a sanções administrativas que são exigidas por meio de órgãos vinculados aos entes estatais. União, Estados, Municípios, e Distrito Federal⁴² devem restringir, condicionar e sancionar, para que toda a coletividade

³⁶MILARÈ, 2007, p. 817.

³⁷MILARÈ, 2007, p. 817.

³⁸Ibid., p. 818.

³⁹MORATO LEITE, 2003, p. 212.

⁴⁰VENOSA, 2004, p. 188.

⁴¹FIORILLO, 2012, p. 138.

⁴²FIORILLO, 2012, p. 142-143.

usufrua da qualidade de vida e de seu direito de viver num ambiente ecologicamente equilibrado.⁴³

As sanções administrativas podem ser aplicadas por meio de multas, advertências, interdição de atividade, entre outras previstas no artigo 72 da Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais.⁴⁴

Para aplicar as sanções administrativas citadas no artigo 72, há que se iniciar um processo administrativo punitivo, com a observância do contraditório e do devido processo legal, sob pena de nulidade por não estar em conformidade com o artigo 5º, LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁴⁵

3.3.2 Responsabilidade penal

Será cabível a responsabilização penal quando o infrator pratica crime ou contravenção. Poderá ser punido em conformidade com o artigo 27 da Lei 6.905/98, tendo aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Segundo José Afonso da Silva⁴⁶, para diferenciar crime de contravenção basta que a lei defina a conduta como crime ou contravenção.

Há uma diferenciação no que diz respeito à pena de pessoa física e jurídica.⁴⁷ A pessoa física terá sua pena nos termos dos artigos 3º e 21 (Lei 9.609/98), na forma de multa, e restritiva de direitos, além da obrigação de prestação de serviços à comunidade nas formas aplicadas à pessoa jurídica. As penas de pessoas jurídicas estão previstas no artigo 22 da mesma Lei. São elas: i) suspensão parcial ou total das atividades; ii) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; iii) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

3.3.3 Responsabilidade civil

Essa forma de responsabilidade está devidamente expressa no artigo 225, §3º da Constituição Federal. O causador do dano, independente se for pessoa física ou jurídica, deve reparar todo o dano que causou.⁴⁸ Já no artigo 14 da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente está definido quem deverá ser responsabilizado civilmente.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE

4.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra responsabilidade vem do latim *respondere*. Maria Helena Diniz⁴⁹ afirma: “responsável será aquele que responde e responsabilidade é a obrigação do responsável, ou melhor, o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse

⁴³SILVA, 2010, p. 305.

⁴⁴Ibid., p. 304.

⁴⁵PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

⁴⁶SILVA, 2010, p. 308.

⁴⁷PINHEIRO, op. cit., p. 122.

⁴⁸SILVA, 2010, p. 315.

⁴⁹DINIZ, 2010, p. 33.

dever”. Consiste numa forma de reparação quanto à desordem moral ou patrimonial em desfavor de uma pessoa ou um patrimônio.

Tendo como base o Código Civil quanto à origem, a responsabilidade pode ocorrer de duas maneiras. A primeira, de forma contratual, é a violação de um dever previsto num contrato. A segunda, extracontratual, está fundamentada nos artigos 186 e 927 do CC, que narra sobre o ato ilícito e a obrigação de reparar.⁵⁰

Entre vários conceitos dados à responsabilidade, podemos chegar à conclusão de que nada mais é que a obrigação de reparar o dano causado a outrem, podendo ser subjetiva, por meio da culpa, ou objetiva, com a teoria do risco.⁵¹ A responsabilidade civil está expressa nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Classifica-se a responsabilidade como subjetiva ou objetiva. A subjetiva ocorre por intermédio de um ato ilícito (arts. 186 e 927 CC) que tem fundamento na culpa ou no dolo. O causador do dano terá o dever de reparar pelo fato de não ter evitado o dano.⁵² Maria Helena Diniz⁵³ define que culpa é “a violação de um dever jurídico, imputável a alguém em decorrência de um fato intencional ou de omissão”, e que dolo “é a violação do bem jurídico”.

O ato ilícito, que também possui relação com a culpa, é praticado culposamente e contra a norma jurídica. Deriva de uma conduta que o agente, por ação ou omissão, causa danos a outrem, lesando direitos pessoais ou reais, tendo como obrigação reparar e/ou indenizar o prejuízo.⁵⁴

Já na responsabilidade objetiva adota-se a teoria do risco, quando um ato ocorre de forma lícita, porém causando risco a outra pessoa. Está prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, e quem sofre o dano deve apenas demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação.⁵⁵

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE

Como forma de manter um ambiente ecologicamente equilibrado, origina-se a responsabilidade civil ambiental, para intimidar o causador do dano e fazer com que ele repare e/ou indenize. São inúmeras as ações que destroem a natureza, tais como crescimento de grandes cidades, avanços tecnológicos, que acabam com recursos naturais, destroem rios, lagos, mares, florestas etc.

⁵⁰MORATO LEITE, 2003, p. 118-119.

⁵¹DINIZ, op. cit., p. 34.

⁵²MORATO LEITE, op. cit., p. 118-124.

⁵³DINIZ, op. cit., p. 42.

⁵⁴DINIZ, 2010, p. 41.

⁵⁵Ibid., p. 55.

É dever de todos a responsabilidade pelo meio ambiente, sendo que o objetivo da indenização é a preservação da natureza, não devendo ser aplicada em favor de benefício particular, mas sim para restauração ambiental.⁵⁶

A responsabilidade civil ambiental tem fundamentação jurídica no artigo 225, §3º, da Constituição Federal, e também está expressa no artigo 14, §1º, da Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente):

Art. 225 [...]

§3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente 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.

Maria Helena Diniz⁵⁷ divide a responsabilidade por poluição e atividades nucleares.

4.2.1 Responsabilidade civil por poluição

A autora adota o conceito de Antonio Chaves quando esclarece que a poluição tem haver com a degradação do ar, da água, do solo, acarretando prejuízos à sociedade assim como danos à flora e à fauna.⁵⁸ Pode-se dividir em espécies a responsabilidade por poluição: aquática, sonora, atmosférica e luminosa.

Poluição aquática é a consequência de todo resíduo lançado ao mar ou em lagos, proveniente de qualquer atividade, alterando suas funções vitais, como a genética dos organismos aquáticos. Já a *poluição sonora* caracteriza-se pelo excesso de ruído. Na *poluição atmosférica*, o ar é prejudicado pela emissão de gases poluentes, por meio de indústrias, veículos, entre outros. *Poluição luminosa* é provocada pelo brilho intenso de luzes artificiais.⁵⁹

Com todas essas espécies de poluição, existem consequências graves que ocasionam diversas alterações físicas, químicas ou biológicas no meio ambiente. Esses efeitos serão prejudiciais à saúde, à segurança e ao bem-estar do homem, à flora, à fauna e a outros recursos naturais, e também às atividades sociais e econômicas.⁶⁰

4.2.2 Responsabilidade civil nas atividades nucleares

⁵⁶VENOSA, 2004, p. 182.

⁵⁷DINIZ, 2010, p. 609.

⁵⁸Ibid., p. 610.

⁵⁹Ibid., p. 612-613.

⁶⁰Ibid., p. 614.

Como a atividade nuclear apresenta riscos que muitas vezes são irreversíveis, foi incorporada a responsabilidade por atividades nucleares. O conceito de atividade nuclear está relacionado com os princípios e as normas, com a gravidade dessa atividade, tendo como base a Lei 6.453/77, que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares, e dão outras providências.

Maria Hena Diniz⁶¹ cita os princípios da responsabilidade nuclear:

4.2.2.1 Princípio da canalização da responsabilidade

O princípio da canalização da responsabilidade de reparação do dano é do operado, devidamente autorizado pelos arts. 1º, I, e 4º.

4.2.2.2 Princípio da limitação da responsabilidade

O princípio da limitação da responsabilidade, a limitação temporal, define cláusula exonerativa como valor de indenização, conforme arts. 8º, 9º e 12, parágrafo único.

4.2.2.3 Princípio da responsabilidade do exercício da atividade nuclear

A exploração da atividade nuclear já torna o explorador responsável civilmente. Apenas pelo fato de realizar a atividade ele responderá conforme art. 4º.

4.2.2.4 Princípio da fundamentação do risco

Esse princípio expõe que a responsabilidade é objetiva e não se admitem excludentes (força maior, caso fortuito), salvo conforme o artigo 8º da Lei 6.6453/77, “resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza”.

4.2.2.5 Princípio da obrigatoriedade de garantia prévia

Obriga que o explorador cubra todos os riscos, de acordo com o art. 13º: “O operador da instalação nuclear é obrigado a manter seguro ou outra garantia financeira que cubra a sua responsabilidade pelas indenizações por danos nucleares”.⁶²

4.2.2.6 Princípio da vinculação do Estado ao pagamento da indenização

Será o Estado que pagará a indenização, ou irá reparar o dano às vítimas quando houver acidente nuclear, segundo arts. 14 e 15.⁶³

Para que haja responsabilidade civil nuclear, conforme a Lei 6.453/77, é necessária a existência dos seguintes requisitos previstos nos artigos 1º, I, VIII, e 4º, que dizem respeito ao exercício ou à exploração autorizada da atividade produtora

⁶¹Ibid., p. 630-631.

⁶²DINIZ, 2010, p. 631.

⁶³DINIZ, 2010, p. 631.

do acidente nuclear, e o segundo requisito é sobre o dano nuclear, pessoal e material que está previsto no artigo 1º, VII.⁶⁴

Art. 1º [...]

I - "operador", a pessoa jurídica devidamente autorizada para operar instalação nuclear;

VII - "dano nuclear", o dano pessoal ou material produzido como resultado direto ou indireto das propriedades radioativas, da sua combinação com as propriedades tóxicas ou com outras características dos materiais nucleares, que se encontrem em instalação nuclear, ou dela procedentes ou a ela enviados;

VIII - "acidente nuclear", o fato ou sucessão de fatos da mesma origem, que cause dano nuclear;

Art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear:

I - ocorrido na instalação nuclear;

II - provocado por material nuclear procedente de instalação nuclear, quando o acidente ocorrer:

a) antes que o operador da instalação nuclear a que se destina tenha assumido, por contrato escrito, a responsabilidade por acidentes nucleares causados pelo material;

b) na falta de contrato, antes que o operador da outra instalação nuclear haja assumido efetivamente o encargo do material;

III - provocado por material nuclear enviado à instalação nuclear, quando o acidente ocorrer:

a) depois que a responsabilidade por acidente provocado pelo material lhe houver sido transferida, por contrato escrito, pelo operador da outra instalação nuclear;

b) na falta de contrato, depois que o operador da instalação nuclear houver assumido efetivamente o encargo do material a ele enviado.

Para que ocorra a responsabilidade nuclear, é necessária uma simples demonstração de que o dano ocorreu decorrente de uma atividade nuclear.⁶⁵

Conforme expõe Maria Helena Diniz⁶⁶, não há excludentes quando se fala em responsabilidade nuclear, nem em casos fortuitos e força maior. Porém, em sua legislação própria (Lei 6.453/77) admitem-se as seguintes causas excludentes (Lei 6.453/77):

Art. 6º - Uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar.

Art. 7º - O operador somente tem direito de regresso contra quem admitiu, por contrato escrito, o exercício desse direito, ou contra a pessoa física que, dolosamente, deu causa ao acidente.

Art. 8º - O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.

⁶⁴Ibid., p. 632.

⁶⁵DINIZ, loc. cit.

⁶⁶DINIZ, loc. cit.

Diante do exposto, a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente procura coibir e obrigar aquele que de forma abusiva teve uma conduta desfavorável e prejudicial ao meio ambiente. Essa conduta ocasionada pelo poluidor não é de forma individual, pois prejudica toda coletividade, e por tal fato deve ser reprimida.⁶⁷

4.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

A responsabilidade civil ambiental é objetiva, apoiada na teoria do risco, em que não há necessidade de comprovar a culpa do agente. É preciso apenas a existência do dano e do nexo de causalidade para que ocorra reparação ou indenização.⁶⁸ A teoria do risco ocorre quando alguém que causa uma situação de risco ou perigo para outrem deve, a partir do resultado da ação, ser responsabilizado.⁶⁹

Quanto à teoria do risco, Maria Helena Diniz⁷⁰ explica que é a obrigação de ressarcir o dano causado pelo interesse e controle do agente, com base na relação entre o dano e a conduta.

O dano é um dos fatores essenciais para que ocorra a responsabilidade. É preciso ter a existência de um dano para que ocorra uma reparação/ressarcimento.⁷¹ Já o nexo causal, por sua vez, ocorre com a existência de uma causa e um efeito da atividade que ocasionou o dano, ou seja, entre a ação e o fato danoso.⁷²

Morato Leite⁷³ leciona a respeito da teoria objetiva da responsabilidade ambiental: “Tem como base a socialização do lucro ou do dano, considerando que aquele que obtém lucros e causa dano com uma atividade deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante”.

Na área ambiental utiliza-se a responsabilidade objetiva pelo risco e pela reparação integral. O risco criado ocorre por meio de atividade e agentes que agravam o dano ambiental. Já a reparação integral consiste na reparação total do dano.⁷⁴

A fundamentação legal da responsabilidade objetiva ambiental está prevista no artigo 14, §1º, da Lei 6.938/81, bem como no artigo 225, §3º, da Constituição Federal, impondo a reparação e apontando a responsabilidade por danos ambientais a qualquer pessoa física ou jurídica.

Assim sendo, o causador, seja ele qual for, independentemente de culpa, que causar dano ecológico, deverá ser responsabilizado a reparar o que por atividade danosa resultou.

⁶⁷VENOSA, 2004, p. 179.

⁶⁸DINIZ, 2010, p. 605.

⁶⁹MILARÈ, 2007, p. 896.

⁷⁰DINIZ, op. cit., p. 53.

⁷¹Ibid., p. 52.

⁷²MILARÈ, 2007, p. 902-903.

⁷³MORATO LEITE, 2003, p. 126.

⁷⁴Ibid., p. 129.

4.4 CLÁUSULAS EXCLUDENTES

Há certa discussão entre o que a doutrina e a jurisprudência admitem como excludentes, segundo relata Morato Leite.⁷⁵ Porém, deve ser utilizada o que a doutrina admite.

A doutrina não admite as cláusulas de excludentes casuais da responsabilidade, como caso fortuito, força maior, proveito de terceiros, ilicitude da atividade e culpa da vítima. Além disso, nem a Constituição nem a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente dispõem sobre qualquer forma de excludentes de responsabilidade⁷⁶, pois em questão ambiental deve-se chegar o mais próximo do *status quo ante*, que é pela reparação e composição.

Edis Milare⁷⁷ confirma que será o poluidor responsabilizado pelo risco das suas atividades, mesmo que o faça de maneira involuntária. O autor ainda coloca duas formas de cláusulas excludentes: i) quando o dano não existir; ii) quando o dano não guardar relação de causalidade com a atividade da qual emergiu o risco.

4.5 IDENTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL

O artigo 3º, IV, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente considera como poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Tendo como base esse artigo, é o poluidor que se torna responsável por modificar e degradar o meio ambiente. Quando existe apenas um foco emissor, facilita-se a identificação.⁷⁸

O poluidor será obrigado a reparar a atividade danosa que casou ao meio ambiente por meio de condenação de ação civil pública. Com a existência de mais poluidores, será responsabilizado um ou todos os envolvidos, tendo como base a regra da solidariedade. Cabe ação de regresso ao que arcar com o dano, em desfavor dos outros responsáveis, pela responsabilidade subjetiva, em que se permite analisar a responsabilidade de cada corresponsável.⁷⁹

O artigo 942 do Código Civil regulamenta a obrigação solidária: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

O Estado também está vinculado à regra de responsabilização solidária, pois possui o dever de fiscalizar e impedir os danos.⁸⁰ Quando o dano é provocado pelo próprio Poder Público ou por meio de concessionária de serviço público, a responsabilidade do Estado será objetiva, conforme estabelecido pelo artigo 37, §6º, da Constituição Federal⁸¹:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios

⁷⁵Ibid., p. 199.

⁷⁶Ibid., p. 201.

⁷⁷MILARÊ, 2007, p. 907.

⁷⁸SILVA, 2010, p. 328.

⁷⁹MILARÊ, 2007, p. 908.

⁸⁰Ibid., p. 909.

⁸¹SILVA, op. cit., p. 318.

de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Dessa forma, cabe ao Estado responder pelos danos ambientais que por desleixo deixou de coibir os verdadeiros responsáveis. Pela regra da solidariedade, por danos causados por terceiros, a sociedade paga pela indenização, e o Estado somente será acionado quando ele for causador direto do dano ocorrido, pois deve ser responsável aquele que obtém lucro de uma atividade, conforme explica Édis Milare.⁸²

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente o meio ambiente é uma preocupação de todos os países, com o objetivo de proteger e conscientizar sobre a degradação e escassez dos recursos naturais. Proteger o ambiente garantirá a qualidade de vida das presentes e futuras gerações, por isso torna-se um direito difuso.

Quanto ao conceito de meio ambiente, vários doutrinadores atribuem diferentes significados, porém todos correspondem com o que está previsto no artigo 3º da Lei 9.939/81, que é conjunto natural, artificial e cultural, tendo o intuito de proteger a vida de todas as espécies.

Para a proteção de todos os seres vivos, surgiram os princípios ambientais do desenvolvimento sustentável, do poluidor-pagador, da participação, da prevenção, da precaução e, por fim, o princípio da responsabilidade. Todos apresentados pela Constituição Federal, mais precisamente no artigo 225, como um direito fundamental, pois todos possuem o direito de viver num ambiente ecologicamente equilibrado.

O Brasil, com a finalidade de proteger e preservar o meio ambiente, criou normas específicas para o direito ambiental, e teve grande evolução em relação à responsabilidade civil ambiental.

Antes a responsabilidade civil ambiental era subjetiva, e deveria ser comprovada a culpa do poluidor, mas, pelo fato de não haver ressarcimento dos danos ambientais e por falta de provas, a responsabilidade com base na culpa deixou de existir e agora a responsabilidade civil ambiental é objetiva, sendo necessários apenas o dano e o nexo de causal.

O dano ambiental é um dos fatores que traz cada vez mais prejuízos à sociedade – danos patrimoniais, morais e à saúde. Por esse motivo, responsabiliza-se qualquer pessoa, física ou jurídica, independentemente de culpa, a recuperar, retornando ao *statu quo ante*, e indenizar de forma pecuniária.

Nesse contexto, o Poder Público e toda a sociedade possuem o dever de preservar e recuperar o meio ambiente, de modo a garantir a qualidade de vida e evitar a extinção de todas as espécies.

⁸²MILARÊ, 2007, p. 910.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriel Gino; SERAFINIA, Leonardo Zagonel. **Direito, política e meio ambiente**. v. VII. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Direito constitucional e meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Advogados, 1992.

BRASIL. Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 out. 1977

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 set. 1981.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 fev. 1998.

_____. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil**. 24. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORATO LEITE, José Rubens. **Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÊ, Édís. **Direito do ambiente**. Doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Medeiros Edição, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>

<<http://www.trt2.gov.br/>>

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS CONSEQUÊNCIAS DA INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO ESTADO DE DIREITO

Roger Luis Lemes

RESUMO

A política criminal praticada atualmente na moderna sociedade, considerada por muitos como uma sociedade de risco, vem sofrendo uma enorme influência do direito penal do inimigo. Criado por Günther Jakobs, o direito penal do inimigo divide a sociedade em dois grandes grupos, as consideradas pessoas e as não pessoas, ou inimigos. De acordo com seu fundamento jus-filosófico as "pessoas" merecem todas as garantias, ao passo que os "inimigos" merecem ter suas garantias processuais-penais flexibilizadas, fundamentando sua aplicação na presunção de periculosidade do indivíduo. Especialmente influenciado pela mídia sensacionalista exploradora da violência, o direito penal do inimigo vem aos poucos sendo infiltrado na sociedade, pois a política criminal utilizada hodiernamente sofre uma pressão da população a qual exige uma resposta urgente do legislador, legitimando, destarte, a criação de leis repressivas as quais flexibilizam as garantias processuais e penais insculpidas na constituição pátria.

Palavras-chave: direito penal do inimigo. mídia sensacionalista. política criminal. flexibilização de garantias constitucionais.

RESUMEN

La política criminal practicada actualmente en la sociedad moderna, considerada por muchos como una sociedad de riesgo, ha sufrido una enorme influencia del derecho penal del enemigo. Creado por Günther Jakobs, el derecho penal del enemigo divide la sociedad en dos grupos principales, el de las consideradas personas y el de las no personas, o enemigos. De acuerdo a su fundamento iusfilosófico, las "personas" merecen todas las garantías, mientras que los "enemigos" merecen que sus garantías procesales penales sean flexibilizadas, basando su aplicación en la presunción de la peligrosidad del individuo. Especialmente influenciado por los medios de comunicación sensacionalistas explotadores de la violencia, el derecho penal del enemigo lentamente se ha infiltrado en la sociedad, pues la política criminal utilizada hoy en día sufre una presión de la población que requiere una respuesta urgente por parte del legislador, legitimando así la creación de leyes represivas que flexibilizan las garantías procesales y penales descritas en la constitución patria.

Palabras clave: el derecho penal del enemigo. medios de comunicación sensacionalistas. política criminal. flexibilización de las garantías constitucionales.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar que existe uma intenção do legislador em introduzir, ainda que inconscientemente, e especialmente pressionado pela população influenciada pela mídia de massa, a ideologia sectária do direito penal do inimigo nas leis penais e processuais penais, o que vai de encontro com as garantias constitucionais e o próprio Estado de Direito.

Inicialmente trata-se de um trabalho de cunho bibliográfico cujo objetivo é demonstrar a influência que mídia sensacionalista exerce na população a qual, farta da violência, que é o principal produto da mídia, força o legislador, no âmbito da política criminal, a criar leis imediatistas e cada vez mais repressivas para responder de forma urgente os anseios da população. Com isto denota-se que a ideologia do direito penal do inimigo vem sendo introduzida nas leis penais e processuais penais, a prova disto vemos na criação da lei dos crimes hediondos e da lei do regime disciplinar diferenciado.

Neste ínterim, a aplicação do direito penal do inimigo é um retrocesso histórico, pois nada mais é do que o retorno do direito penal do autor e do próprio estado absolutório.

Impende destacar que o trabalho traz um contexto histórico da evolução das penas e do próprio direito penal, passando inclusive pela evolução do direito penal brasileiro. Posteriormente, aborda-se a política criminal e a ideologia trazida pelo direito penal do inimigo, bem como a influência da mídia nas decisões políticas. Por fim versa-se sobre quem é o “inimigo” na legislação pátria e a flexibilização das garantias penais e processuais.

EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL E DA LEGISLAÇÃO PENAL

O direito penal e a legislação penal que nos orientam nos dias atuais advieram de séculos da evolução humana e dos limites e ideologias impostos com a evolução da estrutura social criada pelo próprio ser humano na busca de sua organização político-moral.

Este conceito evolutivo não surge num instante, sua gestação marcha em períodos de progresso e retrocesso, que vem desde o homem primitivo, quando este passou a conviver em sociedade e necessitou de leis para organizá-la.

EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI⁶⁵⁵ citando Ladislau Thot, afirma que:

Do estudo de todas essas instituições pretéritas se chega a conclusão de que a arqueologia criminal é uma parte complementar da política criminal,

⁶⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro– Parte geral**. V. 1. Ed. 9ª. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.p. 163.

especialmente daquela por nós chamada política criminal história, cujo conhecimento é indispensável para uma exata e cabal compreensão da política criminal propriamente dita.

Assim, temos que as sistematizações dos códigos legislativos penais estão diretamente vinculadas à evolução humanística, no período primitivo, a vingança privada era a pena imposta, com o nascimento do Estado, passou a existir a vingança pública e posteriormente, a partir do século XVIII a pena passou a ser humanitária.

1.1 Direito Penal antigo ou primitivo

O direito penal possui uma ligação direta e estreita com o direito punitivo. No direito penal punitivo não era levado em conta o direito subjetivo do apenado, a tanto que a responsabilidade era de certo modo coletiva, uma vez que a pena passava da pessoa punida, estendendo-se aos seus sucessores e amigos.

A pena de morte era a mais utilizada, tendo sido aplicada das formas mais degradantes como a forca, cruz, apedrejamento, fogo, esquartejamento, animais ferozes, afogamento, entre outras formas tão cruéis como as citadas.

Neste período histórico haviam rituais de culto aos *totens*, que ficou conhecida como totemismo. Também existiam *tabus* e o desrespeito a eles gerava alguma punição.⁶⁵⁶

No direito penal Babilônico, por meio do conhecido código do rei Hammurabi, as penas eram drásticas e aplicadas imediatamente. A lei do talião permeava esta legislação, era “olho por olho, dente por dente e sangue por sangue”⁶⁵⁷.

Para alguns povos antigos o crime tinha uma conotação religiosa e a pena visava uma reparação ao mal cometido, com o fito de diminuir a ira da entidade divina ofendida.

Merece destaque na evolução penal, o direito penal Grego. Sabe-se que na Grécia a pena havia perdido a crueldade, marcantes nas penas antigas.

EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI⁶⁵⁸, preleciona que:

Em Roma já podemos falar de uma verdadeira ciência penal e seguir o curso de uma legislação através de treze séculos que se estendem desde VIII a. C., com a monarquia, até o VI da Era Cristã, com o Digesto, e ainda que se nove séculos mais no Império do Oriente.

656 Conforme Adel El Tasse, “o tabu era outra instituição que demonstrava o domínio da magia e da crença em fenômenos extraordinários sobre o homem primitivo. A palavra tabu ou tabu é referida como tendo origem polinésia, com o sentido de sagrado, proibido, de sorte que o desrespeito aos tabus representava afronta ao sagrado.” TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. Ed. 1ª. Curitiba: Juruá, 2008. p. 23.

657 Preleciona René Ariel Dotti que “A pena do talião (do latim talis=tal, qal=qual) consistia em impor ao delincente um sofrimento igual ao que produzira com sua ação. Assim consta na Bíblia. “Pagará a vida com a vida; mão com mão, pé com pé, olho por olho, queimadura por queimadura.”. Aquela antiga modalidade de sanção penal caracterizou uma moderação relativamente ao exercício da vingança como reação à ofensa e consta no Código de Hamurabi, na legislação mosaica e na Lei das XII Tábuas.”. DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal – Parte geral**. Ed. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

658 ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.**, p. 168.

Com o advento do Império foram criados tribunais que atuavam de forma delegada pelo imperador. E neste ponto começa a intervenção do Estado.

1.2 Direito penal medieval

Este período histórico ficou conhecido como direito penal do terror e de martírio, pois as penas predominantes eram corporais e ficou marcado também pela grande influência da Igreja Católica, que considerava o crime um pecado e não um fato social negativo. Há que se destacar que neste período as práticas de tortura eram muito comuns e tinham um motivo duplice, segundo magistério de ADEL EL TASSE,⁶⁵⁹ “obtenção de confissão dos acusados ou aplicação de penalidades.”

As penas aplicadas ao criminoso possuíam um significado espiritual, de modo que a dor tinha o objetivo de fazer o delinquente refletir sobre sua culpa e arrepende-se.

O período medieval marcado pela crueldade e superstição perdurou até a introdução do pensamento de São Tomaz de Aquino e com a influência do pensamento iluminista no século XVIII.

1.3 Direito Penal Moderno

Esta fase do direito penal e das aplicações das penas iniciou-se com o direito romano, passando pelo direito germânico e canônico.

Posteriormente, influenciado pelo Iluminismo, passou-se pela fase humanitária, que também ficou conhecida como Escola Clássica, a qual, por sua vez, dividiu-se em três fases, as quais serão abordadas adiante.

1.3.1 Direito Penal Romano

Os romanos foram os primeiros a eliminar a responsabilidade coletiva da pena e como qualquer povo primitivo o direito penal tinha uma conotação sacra. Também foram os precursores da divisão entre direitos públicos – contra o Estado – e contra particulares. A pena no direito romano tinha caráter de recuperação do homem.

LUIZ RÉGIS PRADO⁶⁶⁰, sobre o direito romano, ressalta algumas características marcantes afirmando que a pena possuía a função *retributiva e intimidadora*.

1.3.2 Direito Penal Germânico

O direito penal germânico que se estendeu do século V ao século IX d. C., foi marcado pelo individualismo das penas e o delito significava sua ruptura, perda ou negação⁶⁶¹. ZAFFARONI⁶⁶² preleciona que “a pena mais grave conhecida pelo direito penal germânico foi a perda da paz (*Friedlosigkeit*), que

⁶⁵⁹ TASSE, 2008. **Ob. Cit.**, p. 28.

⁶⁶⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro. VI. 1: Parte Geral, arts. 1º a 120.** 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 69-70.

⁶⁶¹ PRADO, 2011. **Ob. Cit.** p. 71.

⁶⁶² ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.**, p. 172.

consistia em retirar-se a tutela social ao apenado, com o que qualquer um podia matá-lo impunemente.”

Outra característica do direito germânico é a objetividade, sendo relevante para o direito penal somente o resultado causado pelo delinquente, destarte, desprezava-se o aspecto subjetivo e, conseqüentemente, a tentativa não era punida. Prevalencia a máxima “o fato julga o homem”.

1.3.3 Direito Penal Canônico

A influência da igreja católica no ordenamento jurídico penal foi extensa e importante. O Direito canônico, que era o ordenamento da Igreja Católica Apostólica Romana, era formado pelo *Corpus Juris Canonici*. Segundo PRADO⁶⁶³:

O papel da lei penal da Igreja Católica foi se suma relevância, por duas razões: a primeira, porque fez com que as tradições jurídicas romanas penetrassem em definitivo na vida social do Ocidente; a segunda, porque contribuiu para civilizar as práticas brutais germânicas, adaptando-as à vida pública.

A principal virtude foi reivindicar o elemento subjetivo do delito, aspecto não relevante para o direito penal germânico. Para ZAFFARONI⁶⁶⁴, “a penitência via no delito e no pecado a escravidão, e na pena a liberação”. A intervenção da Igreja se fazia no âmbito das infrações praticadas contra as ordens morais e religiosas e a pena possuía um caráter sacral, na qual se utilizava a expressão *vingança divina*, para aplicação da pena ao criminoso.⁶⁶⁵

LUIZ RÉGIS PRADO⁶⁶⁶ destaca as seguintes características do direito penal canônico:

a. contribuiu para a humanização das penas (*eclesia non sitit sanguinem*) e para fortalecer o caráter público do direito penal. Neste sentido, merecem destaque duas instituições: a trégua de Deus e o direito de asilo. A vingança privada teve nesse direito um limite real e definitivo; **b.** afirmou o princípio da igualdade de todos os homens perante Deus; **c.** acentuou o aspecto subjetivo do delito, distinguindo o dolo (*animus/sciens*) e a culpa (*negligentia*), todavia não estabeleceu uma regra geral e sede de tentativa; **d.** valorizou e mitigou a pena pública; e **e.** inspirou a penitenciária – internação em monastério, em prisão celular.

1.4 Escolas penais

Com as ideias advindas do Iluminismo, inicia-se o século XVIII, conhecido como Século das Luzes. Este período histórico do direito penal ficou marcado pelas críticas à violência, à religião e aos privilégios. Com uma concepção filosófica calcada na razão humana, visava difundir tal forma de pensar em todas as áreas humanas.

⁶⁶³ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 72.

⁶⁶⁴ ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.** p. 173

⁶⁶⁵ DOTTI, 2004. **Ob. Cit.**, p. 135.

⁶⁶⁶ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 74.

O professor ADEL EL TASSE⁶⁶⁷, citando René Ariel Dotti, preleciona que:

As principais ideias iluministas podem ser, sinteticamente, assim fixadas: **a)** é indispensável a presença da razão para que possa ser atingida a sabedoria; **b)** o universo é governado por leis inflexíveis; **c)** existem leis naturais, inatas ao homem, e, portanto, de observância obrigatória, criadas por um Deus único, que rege todo o universo; **d)** liberdade econômica; **e)** todos devem ser, perante a lei, tratados em situação de igualdade; **f)** liberdade na expressão das ideias.

Segundo entendimento de LUIZ REGIS PRADO⁶⁶⁸, “é o produto de embate de duas linhas bem distintas: racionalismo cartesiano e o empirismo inglês”.

Com o fomento e o desenvolvimento dos ideais iluministas, o direito penal passou por um período conhecido como humanista. Fundado em ideias racionais e de liberdade, este período propunha uma benignidade nas penas, com fulcro nos direitos do homem diante do Estado, contrapondo-se ao direito penal do terror.

O direito penal moderno teve seu marco histórico com o lançamento da obra de Cesare Bonessana, marques de Baccaria, - ***Dei Delitti e Delle Pene*** – (Dos delitos e das penas), publicada pela primeira vez em 1764. Beccaria foi quem conseguiu melhor adaptar as ideias trazidas pelo iluminismo no campo do direito penal. O lançamento de sua obra provocou uma grande repercussão e com as ideias lá contidas, passou-se a estrita legalidade dos crimes e das penas, operando-se uma sistematização.⁶⁶⁹

Outra obra importante foi composta por John Howard, na Inglaterra, ***The State of Prisons in England*** (O Estado e as prisões na Inglaterra e em Gales), que lutava pela renovação do sistema penitenciário. Lutava pela humanização do tratamento aos apenados nos estabelecimentos prisionais ingleses.

A partir daí podemos citar outros autores que com suas obras e construções científicas, deveras contribuíram para o direito penal moderno, como i) Servan (Discurso sobre a administração da justiça criminal), ii) Giandomenico Romagnosi e Carlos David Augusto Roeder (Génesis Del derecho penal), iii) Paulo Anselmo von Feuerbach (Tratado de direito penal comum vigente na Alemanha), iv) Pascoal José Maria de Mello Freire dos Reis (Institutiones Juris criminalis lusitani), v) Manuel de Lardizábal y Uribe (Discurso sobre as penas), vi) Jeremy Bentham, entre outros.

Com a Revolução Francesa em 1789, os ideais iluministas, no que tange ao direito penal e processual penal, tiveram um grande desenvolvimento e por consequência, um maior alcance. RENÉ ARIEL DOTTI⁶⁷⁰, ensina que:

⁶⁶⁷ TASSE, 2008. **Ob. Cit.**, p. 32.

⁶⁶⁸ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 77.

⁶⁶⁹ LUIZ REGIS PRADO resumiu a obra assim: **a.** a afirmação do princípio fundamental da legalidade dos delitos e essa autoridade não pode residir senão no legislativo; **b.** a afirmação de que a finalidade da pena é a prevenção geral e a utilidade: a pena deve ser necessária, aplicada com presteza, determinada, suave e proporcional ao delito; **c.** a abolição da tortura e da pena de morte; **d.** a infalibilidade na execução das penas; **e.** a clareza das leis; **f.** a separação das funções estatais; **g.** a igualdade de todos perante a lei penal. PRADO, 2011. **Ob. Cit.** p. 78.

⁶⁷⁰ DOTTI, 2004. **Ob. Cit.**, p.146.

As virtudes do movimento filosófico do Iluminismo foram projetadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada definitivamente pela Assembleia Nacional em 26.8.1789. Os representantes do povo francês, “considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos”, resolveram expor em uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do ser humano.

Em relação à Escola Clássica, que está inserida no período humanista, sua forma de pensar não apresenta uma forma homogênea, vez que os doutrinadores possuíam opiniões divergentes. Segundo o doutrinador LUIZ REGIS PRADO⁶⁷¹, a escola clássica “se caracteriza por sua linha filosófica, de cunho liberal e humanitário.”

A obra inaugural do pensamento clássico foi lançada por Beccaria, no livro “Dos delitos e das penas”, já mencionado. Contudo, somente a partir da obra ***Programa Del Corso de Diritto Criminale***, escrita por Francesco Carrara, que se consolidaram as ideias iniciais de modo a sistematizar o entendimento existente, o que propiciou o desenvolvimento dos estudos.

Preleciona ADEL EL TASSE⁶⁷² que para os pensadores desta escola “o indivíduo cede parte de sua liberdade em prol do convívio coletivo, sendo necessária norma legal que se constitua em algo que convenha estritamente à sociedade.”

De acordo com RENÉ ARIAL DOTTI⁶⁷³, os postulares basilares desta escola são:

a) o método de estudo deveria ser lógico-abstrato; **b)** o crime e a pena são entes jurídicos, com abstração da realidade humana que envolve a conduta do delinquentes; **c)** o fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade morais, com base no livre arbítrio, distinguindo entre imputáveis e imputáveis; **d)** a pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível, i. e., o mal justo como contragolpe ao mal-injusto praticado pelo criminoso.

Merece destaque a observação de LUIS REGIS PRADO⁶⁷⁴:

As ideias clássicas encontraram eco no famoso Código Zanardelli de 1889, típica expressão de uma concepção liberal moderna que reconhecia a livre realização dos direitos individuais, mas sabia também tutelar a autoridade do Estado.

Fechando a forma do pensamento clássico, que entendia que o homem é livre, podendo deixar de sê-lo a qualquer momento de sua vida, dependendo de suas condições e do momento em que vive (saúde, meio social, instintos, impulsos), a responsabilidade penal é fundada no livre arbítrio, eis que o homem possuía a vontade de praticar o crime, neste ponto a sanção penal

⁶⁷¹ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 79

⁶⁷² TASSE, 2008. **Ob. Cit.**, p. 39.

⁶⁷³ DOTTI, 2004. **Ob. Cit.**, p. 153.

⁶⁷⁴ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 80.

exerce seu papel de maior importância e de maior utilidade, pois ela deveria ser aplicada quando merecida e na mesma intensidade, *não punir, senão quando justo*.⁶⁷⁵

No que tange a Escola Positiva, seu nascimento vem em contraponto das ideias trazidas pela escola clássica, buscando uma maior proteção da sociedade perante o indivíduo delinquente, prevalecia os direitos sociais em detrimento dos direitos individuais. Segundo EUGENIO RAÚL ZAFFARONI⁶⁷⁶ “já não era o “espírito” da humanidade que avançava triadicamente, e sim a “raça humana”, que passava de um estágio teocrático a outro metafísico, alcançando finalmente o estágio positivo ou científico.”

Destarte, teve início a distinção entre os “melhores” e mais evoluídos, que tinham um direito natural e os “piores”, que eram biologicamente deficientes, conseqüentemente menos evoluídos, que se submetiam ao direito positivo. O mestre ZAFFARONI preleciona que o poder econômico do capitalismo, que a esta altura já estava consolidado, controlava esta *classe social perigosa*, de uma forma vertical, eis que as ideias superiores dominantes dominavam as ideias inferiores.⁶⁷⁷

Podemos afirmar que a escola positiva deu origem as ciências criminais, vez que o criminoso era avaliado num contexto biológico-social-jurídico. Daí temos a divisão em três grandes fases, cada qual representado por um ícone (i) fase antropológica, representada por Cesar Lombroso, com a obra *L'uomo delinquente* (ii) fase sociológica, representada por Enrico Ferri, com a obra *Sociologia criminale*, e (iii) fase jurídica, representada por Rafael Garofalo, com a obra *Criminologia*.

Na primeira fase da escola positiva, a antropológica, Cesare Lombroso, médico psiquiatra, por meio de estudos em vários campos, principalmente na antropologia, descobriu entre os criminosos, alguns indivíduos que possuíam anomalias fisiológicas e psicológicas, assim, em seu entendimento, eles não estavam aptos a conviver em sociedade, estes foram denominados “criminosos natos”⁶⁷⁸, pois, de acordo com ZAFFARONI⁶⁷⁹, “delinquência era, pois, para Lombroso, um fenômeno atávico: o delinquente era uma specie generis humani diferente.”

A principal obra de Lombroso é o **Homem delinquente**, publicada em 1878.

A segunda fase foi inaugurada por Enrico Ferri com o positivismo penal sociológico (fase social). O mestre ZAFFARONI⁶⁸⁰ ensina que Ferri insistiu

⁶⁷⁵ id., p. 79.

⁶⁷⁶ ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.**, p. 261.

⁶⁷⁷ O homem era uma coisa entre outras coisas, e existíamos de melhor e de pior qualidade. Os de pior qualidade, os “degenerados” e biologicamente deficientes, caíam na escala social, por um processo de decantação “natural”, e deviam ser controlados pelos que mantinham no poder, pois se convertiam em uma “classe social perigosa”. O “crime” era a manifestação de uma inferioridade, que nem sempre podia ser corrigida (em tal caso impunha-se eliminar ou segregar definitivamente o portador). O grupo de poder era quase invulnerável a tais “sanções”, pois sua “superioridade genética” ou “biológica” o preservava. Somente por acidente, algum de seus integrantes poderia ser atingido. idem., p. 261.

⁶⁷⁸ LUIS REGIS PRADO assevera que Lombroso classifica os criminosos em: natos, por paixão, loucos e de ocasião. id., p. 80.

⁶⁷⁹ ibid., p. 262.

⁶⁸⁰ “Ferri insistiu no enfoque sociológico do delito, até fazer quase desaparecer o direito penal, absorvido pela sociologia, isto é, até reduzir sociologicamente o direito penal. Esta “redução sociológica” do direito conduziu Ferri a um equívoco: entendeu a sociologia como uma

muito no enfoque sociológico do delito de modo que o direito penal quase foi absorvido pela sociologia. Enrico Ferri classificou os delinquentes em natos, loucos, ocasionais, habituais e passionais.

Segundo ensina LUIZ REGIS PRADO⁶⁸¹:

Pela concepção positivista, não há vontade humana; o pensamento, o querer, não são mais que manifestações físicas de uma processo físico-psicológico que se desenvolve por meio de condutores no sistema nervoso (determinismo positivo), sendo, portanto, o homem um irresponsável. O homem, afirma Ferri, age como sente e não como pensa.

Para Ferri não havia importância se o delinquente era doente ou não, em seu entendimento, o homem era produto do meio em que vive, sendo ainda influenciado e determinado pela atmosfera fisiológica e psíquica em que nasceu. Cumpre ressaltar que Ferri não distinguia entre imputáveis e inimputáveis.

A obra mais importante de Enrico Ferri foi a **Sociologia criminal**, de 1892.

Por seu turno, a terceira fase representada por Rafael Garofalo, possuía o aspecto mais jurídico dentre as fases da escola positiva, e como bem definiu LUIZ REGIS PRADO⁶⁸²:

estabeleceu a periculosidade como base da responsabilidade; a prevenção especial como fim da pena; a noção de delito-obstáculo, de caráter preventivo; e a definição de delito natural como a “violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade.

Garofalo desenvolveu sua teoria na classificação “natural” dos delitos, pois para ele existiam dois sentimentos básicos, a piedade e a probidade e o delito é a lesão a um deles. Conforme ZAFFARONI⁶⁸³, “conclui que os homens dele carecedores devem ser expulsos da sociedade, o que, lembra um pouco a “perda da paz” dos germânicos.”

Rafael Garofalo destacou-se com a obra **Criminologia**.

1.4.1 Breve histórico da evolução penal brasileira

O Brasil, como colônia de Portugal, no âmbito penal, sofreu influência dos costumes e das leis trazidas pela sociedade de seu colonizador. O direito penal português, assim como os aplicados nas nações europeias, era extremamente severo e, abruptamente, interrompeu a ciclo evolutivo das tribos que aqui habitavam, impondo de maneira drástica seu modo de vida e seus costumes, desrespeitando as tribos selvagens habitantes, que se encontravam num grau

disciplina valorativa, pois por este caminho afirmava que a realidade social é aquela que nos indica o bem e o mal. Em síntese, trata-se de uma teoria que sustenta o objetivismo valorativo, só que Ferri defendia que seus juízos de valor eram empiricamente comprováveis.” *ibid.*, p. 261.

⁶⁸¹ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 81.

⁶⁸² *id.*, p. 81.

⁶⁸³ ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.**, p. 267.

primário de civilização, em comparação aos colonizadores portugueses. Resumidamente a evolução jurídica penal do Brasil pode ser dividida em três fases: período colonial, período imperial e período republicano.

A primeira fase foi denominada de Período Colonial, e perdurou entre os anos de 1.500 a 1822. Os sistemas penais vigentes à época da colonização eram as “Ordenações Afonsinas”, compostas por determinação do Rei D. Afonso V. Posteriormente, em 1521, foram substituídas pelas “Ordenações Manuelinas”, por determinação do Rei D. Manuel I, ainda neste período, precisamente no ano de 1603, com a posse de D. Felipe II, da Espanha, no trono português, as Ordenações Manuelinas” foram reformadas, por sua ordem, e foram editadas as “Ordenações Filipinas”. No entanto tais legislações não surtiram muitos efeitos nesta fase de colonização, em face da peculiar situação na colônia.

Segundo revela RENÉ ARIEL DOTTI⁶⁸⁴:

O Brasil-Colônia sofreu, desde a sua descoberta até que se completasse o período da dominação portuguesa, as consequências graves de regimes fantásticos de terror punitivo. Sobre o corpo e o espírito dos acusados e dos condenados se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da ira dos deuses. As Ordenações Filipinas, assim como as anteriores, desvendaram durante dois séculos a face negra do direito penal.

Como era prática comum neste período, as penas aplicadas eram severas e vigorava a intimidação pelo terror. Das punições empregadas, a pena de morte era frequentemente utilizada, sendo executada de várias maneiras, a saber: enforcamento, morte pelo fogo, esquartejamento, degolação, entre outras práticas. Neste caótico contexto fático e com base nas ordenações vigentes é que se encontra a origem do direito penal brasileiro.

Em 7 de setembro de 1822 o Brasil conquistou a independência de Portugal, sendo este o marco temporal para a inauguração da segunda fase, conhecida como Período Imperial, compreendida entre os anos de 1.822 a 1.889. No entanto, cumpre asseverar que a revogação das “Ordenações Filipinas” não foi imediata. Somente em 1830 é que D. Pedro I sancionou, após aprovação pela assembleia constituinte da época, o Código Criminal do Império do Brasil, baseado no projeto do código criminal, o qual apresentava uma parte de direito penal e outra de processo, apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, que por sua vez, segundo LUIZ REGIS PRADO⁶⁸⁵ “tinha seu texto fundado nas ideias de Bentham, Beccaria e Mello Freire”.

A codificação, baseada no modelo francês e nos ideais do iluminismo, com bases na justiça e na equidade e era composta por 313 artigos, distribuídos em quatro partes: I - dos crimes e das penas (parte geral); II – dos crimes públicos; III – dos crimes particulares; e IV – dos crimes policiais.⁶⁸⁶ Para DOTTI, o Código Imperial caracterizou-se pela redução das hipóteses da aplicação da pena de morte e eliminação da crueldade na execução, assim

⁶⁸⁴ DOTTI, 2004. **Ob. Cit.**, p. 182.

⁶⁸⁵ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 115.

⁶⁸⁶ Destaca RENÉ ARIEL DOTTI que “o Código Imperial previu onze classes de penas: a) morte (arts. 38 a 43); b) galés (arts. 44 e 45; §§ 1º e 2º); prisão com trabalho (art. 46); d) prisão simples (art. 47); e) banimento (art. 50); f) degredo (art. 51); g) desterro (art. 52); h) multa (art. 55); i) suspensão do emprego (art. 58); j) perda do emprego (art. 59); e k) açoites (art. 60). Esta última espécie de sanção foi abolida pela Lei de 15.10.1886.” DOTTI, 2004. **Ob. Cit.**, p. 189.

como suprimiu as penas infamantes, exceto o açoite, o qual posteriormente foi revogado.⁶⁸⁷

Com a proclamação da República Federativa do Brasil em 15 de novembro de 1889 e as transformações políticas e sociais pela qual passava o Brasil - v.g. a abolição da escravatura pela Lei de 13.5.1888 – sentiu-se a necessidade da elaboração de um novo código criminal, o que foi feito, e, em 11 de outubro de 1890 foi convertido em Lei, iniciando assim a terceira fase, denominada Período Republicano, compreendido entre 1.889 a 1.930.

Por muito tempo o primeiro Código Penal republicano sofreu alterações profundas acrescidas por inúmeras leis, até que Vicente Piragibe sistematizou a Consolidação das Leis Penais, promulgada em 14 de dezembro de 1932.

A partir desse momento histórico alguns projetos foram debatidos, contudo, sem muito sucesso. Em 1937, após estudos da área penal, Alcântara Machado, apresentou o Código Criminal Brasileiro, que após passar pela comissão revisadora foi sancionado pelo Decreto 2.848 de 7 de dezembro de 1940, como Código Penal, vigente até os dias atuais, embora parcialmente reformado.

1.5 A política criminal e política criminal nos dias atuais

Por política criminal entende-se a política voltada ao fenômeno criminológico, realizada com o fito de direcionar as decisões governamentais voltadas à área criminal. Pode-se dizer que a política criminal possui duplo sentido, o primeiro diz respeito à orientação dada ao legislador no combate a criminalidade e num segundo plano a política criminal realiza críticas ao ordenamento jurídico-penal buscando de forma racional promover alteração na norma penal em vigor.

Segundo preleciona ZAFFARONI⁶⁸⁸:

A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Há na atual sociedade a disseminação de um discurso pelo qual a criminalidade e a violência se encontram em limites incontrolláveis, difundido principalmente pela mídia sensacionalista. Com este discurso busca-se interiorizar a ideia na qual a legislação penal favorece o criminoso, pois com a legislação branda o delinquente não tem receio das sanções impostas. Assim, percebe-se que a tão difundida expressão “segurança pública”, fartamente explorada pela mídia de massa e pelos políticos eleitores, encontra-se num primeiro plano, enquanto que a pobreza, a ausência de investimentos sociais, a efetivação dos direitos sociais, o saneamento básico, a moradia, o trabalho, entre outras garantias sociais, encontram-se num segundo plano.

Neste contexto importante destacar a influência que a mídia de massa exerce sobre a sociedade, uma vez que, as informações por ela divulgadas, de um modo geral, são aceitas como verdadeiras pela maioria da população, que segue crente no que viu, ouviu ou leu, e na maioria das vezes a dúvida sobre o

⁶⁸⁷ *ibid.*, p. 190.

⁶⁸⁸ ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.**, p. 122.

cometimento de um delito e quem foi seu autor é transformada automaticamente em certeza pelos meios de comunicação, especialmente pela forma com que a notícia é veiculada.

A mídia, sempre atenta a todas as situações que envolvem especialmente a “desgraça alheia”, movida pelo combustível da curiosidade e da vingança, comuns a todo ser humano, em razão dos estardalhaços que faz acerca de um determinado fato criminoso, enaltece a violência e conseqüentemente desperta o sentimento de vingança no meio social que passa a exigir punição imediata.

Na ótica de ZAFFARONI⁶⁸⁹, na mídia,

Com frequência instrumentalizam-se vítimas ou seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabeçam campanhas de lei e ordem, nas quais a vingança é o principal objetivo. As vítimas assim manipuladas passam a opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal völkisch ao seu redor, diante dos quais os políticos amedrontados se rendem, num espetáculo vergonhoso para a democracia e a dignidade da representação popular.

Os efeitos da veiculação destas notícias sensacionalistas e dos discursos populistas são sentidos na sociedade de forma que se instaura um clima de guerra, entre os ditos “homens de bem” e os “homens maus” – inimigos da sociedade, assim vistos pela população em geral.

Neste sentido ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA MORAES⁶⁹⁰, citando Santoro Filho afirma que:

De um lado os criminosos, que cada vez mais atemorizam a sociedade e desrespeitam a lei impunemente; de outro os homens de bem, trabalhadores, cumpridores da lei e que prezam a ordem, mas que se encontram numa situação de “reféns” dos delinquentes, “presos em suas próprias casas” e constantemente em pânico. (...) O primeiro instrumento a ser utilizado nesta batalha, sem dúvida, é a sanção penal, que não deve ter uma preocupação preventivo-especial de reintegração social do criminoso, mas antes representar uma retribuição acentuada, exemplar. O mal deve ser pago com o mal, o que, se observado, implicará uma redução da criminalidade, pois o delinquente, diante da gravidade da sanção, terá o temor de incorrer na conduta ilícita.

Talvez o grande desafio do legislador nos dias atuais seja elaborar leis que atendam e acompanhem a crescente e acelerada transformação social, uma vez que as leis devem ser elaboradas e alteradas conforme se modificam os valores da sociedade. O fenômeno da globalização e desenvolvimento tecnológico de certa forma alteram as identidades culturais de determinada população em determinado momento histórico, vez que o contato com outras culturas de forma instantânea, o que era inimaginável há tempos atrás, fragmenta e cria outras formas culturais. Fenômeno este que podemos observar nas tantas alterações produzidas em nosso ordenamento jurídico penal (Código Penal brasileiro) que desde sua entrada em vigor em 1º de

⁶⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Ed. 2ª. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 75.

⁶⁹⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Ed. 1ª. Curitiba: Juruá, 2011. p. 212-213.

janeiro de 1942, sofreu e vem sofrendo ao longo dos anos inúmeras transformações, resultado de uma política criminal que busca refletir a formatação da sociedade.

Ainda nesta linha de raciocínio MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE⁶⁹¹, afirma que o legislador, sentindo a pressão da imprensa sensacionalista, deixa de lado o *ser* guinando o Direito Penal para a invertida ideia da periculosidade do indivíduo, especialmente por integrar determinados grupos de delinquentes que representam uma insegurança para o Estado, de modo a retroceder ao direito penal do autor.

Conforme ressalta ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES⁶⁹²:

A anunciada crise da modernidade, cujo exemplo pode ser sintetizado na busca de um “Direito Penal do Inimigo” como política criminal da última hora, nada mais representa senão a omissão do Estado, a crise de valores sociais, a crise das demais instâncias de controle social, enfim, um retrato da propria crise do homem.

Aderir ao direito penal do inimigo, como resposta rápida e fácil à criminalidade grave, organizada e ao terrorismo, de forma que se legitime a aplicação de uma política criminal diferente para o “inimigo”, é retroceder no tempo e negar os princípios conquistados ao longo da história do homem, é divorciar-se da realidade e impor sanções mais rigorosas a determinados tipos de pessoas, com fundamento na presunção de culpabilidade.

2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS E SEUS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

Günther Jakobs, em sua construção teórica, evidenciou o Direito penal do Inimigo, enfatizando que os indivíduos, os quais fazem parte da hodierna sociedade, são divididos em dois grupos, os cidadãos (pessoas) e os inimigos (não-pessoas), surgindo, destarte, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, respectivamente.

Com vistas à política criminal, para os integrantes do Direito Penal do Cidadão, considerados sujeitos de direito, o ordenamento jurídico é aplicado com todas as suas formalidades e garantias inerentes ao cidadão, enquanto que para os pertencentes à classe do Direito Penal do Inimigo, as garantias são flexibilizadas, tanto no âmbito material como no processual, uma vez que estas pessoas representam um risco à sociedade e não são dignas das garantias oferecidas aos cidadãos.

De acordo com GÜNTHER JAKOBS⁶⁹³:

⁶⁹¹ Manuel Monteiro Guedes Valente assevera que o legislador influenciado pela pressão da imprensa sensacionalista deixa de enveredar por uma lógica de integrar no plano do dever ser o que devia estar no plano do ser: v.g. fazer intervir o Direito Penal tendo em conta a perigosidade ou periculosidade do indivíduo em especial por pertencer a uma determinada raça, etnia, religião, ou por ter determinado odor. Fundamentar a intervenção penal na teoria do perigo abstrato que determinadas pessoas representam para a segurança do colectivo – Estado – alinhando-se na criminalização de todos os actos preparatórios é regressar ao Direito penal de autos e abandonar o Direito penal do facto. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**. Ed. 1ª. Coimbra: Almedina, 2010. p. 21-22.

⁶⁹² MORAES, 2011. **Ob. Cit.** p. 317.

o Estado pode proceder de dois modos com o s delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.

Segundo preleciona LUIZ REGIS PRADO⁶⁹⁴, o direito penal do inimigo se distancia do Estado democrático de Direito e se aproxima do estado absolutório, refutando os postulados do Direito Penal garantista e liberal. Com vistas a combater os perigos, as ações dos “inimigos” são interrompidas ainda em seu estado inicial, levando-se em conta as perigosidade que estes grupos de não-pessoas demonstram para a sociedade. Ocorre, na verdade, a antecipação da punibilidade, alcançando inclusive punição dos atos preparatórios, e as penas são totalmente desproporcionais, se comparadas com as penas aplicadas as “pessoas” que estão inclusas nas regras do Direito, de forma a privar o inimigo dos benefícios e garantias individuais, é o retorno do direito penal do autor.

Para JAKOBS⁶⁹⁵ “o direito penal do cidadão é o direito penal de todos, o direito penal do inimigo é daqueles que constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar a guerra.”

No entanto, JAKOBS⁶⁹⁶ se refere aos “inimigos” como sendo aquelas pessoas que atentam contra o Estado e suas instituições, contra a coletividade, por isto se refere aos terroristas, à criminalidade organizada e à criminalidade econômica. Para aquelas pessoas que cometem *deslizes reparáveis*⁶⁹⁷, consideradas como infrações à norma, estas merecem a aplicação de todas as garantias, uma vez que o ato não se dirige contra o Estado em si. Visando ilustrar, JAKOBS cita como exemplo o caso do sobrinho que mata o tio para antecipar o recebimento de uma herança que teria direito, neste caso há infração penal, existe um comportamento contrário à norma, merecendo o sobrinho a aplicação da norma penal vigente com a pena proporcional ao delito praticado, mas devendo ser tratado como cidadão e não como inimigo, vez que não atentou contra o Estado.⁶⁹⁸

Por outro lado, quando se trata de crimes econômicos, crimes sexuais, criminalidade organizada e terrorismo, os integrantes destes grupos de delinquentes, segundo o ilustre criminalista, não merecem o mesmo tratamento e a aplicação das mesmas garantias dispensadas ao criminoso comum, pois

⁶⁹³ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Ed. 4ª. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 40.

⁶⁹⁴ Luiz Regis Prado aposta algumas características do direito penal do inimigo: a) antecipação da punibilidade com o escopo de combater perigos, de forma a alcançar momentos anteriores à realização de fatos delituosos, até mesmo meros atos preparatórios, por seu autos integrar uma organização que atua à margem do Direito; b) notável incremento e desproporcionalidade das penas, mormente porque à punição de atos preparatórios não acompanharia nenhuma redução de pena; c) para Jakobs, é manifestação própria do Direito Penal do Inimigo o fato de diversas leis alemãs serem dominadas “leis de luta ou de combate”; d) supressão ou redução de direitos e garantias individuais nas esferas material e processual penal, bem como a inserção de alguns dispositivos de direito Penitenciário que extirpam ou dificultam alguns benefícios. PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 108-109.

⁶⁹⁵ JAKOBS, 2010. **Ob. Cit.** p. 28.

⁶⁹⁶ id., p. 34.

⁶⁹⁷ id., p. 31.

⁶⁹⁸ id., p. 31-32. passim.

seus atos são dirigidos ao Estado e suas instituições. Segundo a linha de pensamento de JAKOBS, “não se trata de uma compensação a um dano à vigência da norma, mas a eliminação de um perigo”.⁶⁹⁹

Citando Kant, JAKOBS faz um comparativo entre estado de cidadania e estado de natureza, desta última fazem parte os indivíduos que rechaçam a legitimidade do ordenamento jurídico⁷⁰⁰, que não aceitam participar do estado de cidadania, ou seja, que vivem num estado sem normas, com excessiva liberdade, e para estes “inimigos” da sociedade, a “punibilidade deve avançar para o âmbito da preparação e a pena deve se dirigir para a segurança frente a fatos futuro, não à sanção de fatos cometidos, trata-se de uma custódia de segurança antecipada que se denomina pena”.⁷⁰¹

Há muito tempo o direito penal afastou-se do terror e da vingança individual e coletiva, num caminhar visando a aplicação das penas de um modo humanitário, com precedentes no princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente após a declaração dos direitos do homem e do cidadão.

No entanto, Günther Jakobs, retrocede no tempo e com ideias calcadas na teoria penal de Protágoras passando especialmente por Kant, Fichte, Locke, Hobbes e Liszt ressurgem com o punitivismo, e em seu entendimento, como vivemos em uma sociedade de risco, ele pugna pelo endurecimento das penas, antecipação da punibilidade e supressão e flexibilização das garantias processuais.

Neste sentido conclui-se, também, que a linha jurídico-filosófica do pensamento de Jakobs amolda-se ao da escola funcionalista do Direito Penal, distanciando-se da escola finalista de Welzel, uma vez que a escola finalista ou teleológica-racional, segundo MORAES⁷⁰², “pretende orientar a dogmática penal segundo as Funções políticas-criminais exercidas pelo Direito Penal, tornando-a funcional ou funcionalizando-a.”

MORAES⁷⁰³ assevera ainda que o funcionalismo penal interpreta a realidade e de acordo com a política criminal viabiliza um sistema jurídico-penal “funcional”, destinado a garantir a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas. Outrossim, o funcionalismo de Jakobs, tido como “*funcionalismo radical ou sistêmico*”⁷⁰⁴, é utilizado como pano de fundo para buscar o direito de punir preventivamente a criminalidade organizada, fundada na prevenção geral.

Citando Rousseau e Fichte, JAKOBS⁷⁰⁵, afirma que:

o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rousseau que qualquer malfeitor que ataque a direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão. De modo similar, argumenta

⁶⁹⁹ id., p. 34.

⁷⁰⁰ ibid., p. 35-36.

⁷⁰¹ ibid., p. 34.

⁷⁰² MORAES, 2011. **Ob. Cit.** p. 125.

⁷⁰³ id., p. 126.

⁷⁰⁴ id., p. 126.

⁷⁰⁵ ibid., p. 26-27.

Fichte: quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS⁷⁰⁶, afirma que separando as pessoas de acordo com sua personalidade, dividindo-os em cidadãos e inimigos, ocorreria uma seletividade dos sujeitos com efeitos políticos perversos, uma vez que os detentores do poder econômico e político exerceriam uma pressão sobre a classe menos favorecida economicamente, ocorrendo a criminalização da pobreza (desocupados pedintes-sem-teto), classe esta rotulada como delinquentes, e de acordo com o discurso do direito penal do inimigo e a aplicação do discurso da *tolerância zero*, se proporia a neutralização dos “possíveis” criminosos.

De acordo com JESUS MARIA DA SILVA SÁNCHEZ⁷⁰⁷ “o direito penal do inimigo seria, sobretudo, o direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos.”

2.1 Sociedade de riscos e o discurso da insegurança

O ser humano vive hoje na sociedade dita “moderna” – pós-industrial - denominada como “sociedade de riscos”. Não se pode negar os avanços econômicos e tecnológicos apresentados nos dias atuais e toda esta evolução traz riscos para a convivência humana. Como já mencionado no item 1.5 alhures, o legislador evidencia, na atual conjectura social, dificuldades para aplicação de uma política criminal racional. Com a pressão a ele imprimida, especialmente realizada pela mídia sensacionalista, o legislador busca criar leis calcadas no clamor público, destarte, criam-se normas de cunho imediatista visando o endurecimento das penas e a aplicação de normas direcionadas a certos grupos de indivíduos, rotulados como delinquentes, os quais, de acordo com a teoria do direito penal do inimigo, merecem a flexibilização das garantias processuais e a antecipação de sua punibilidade, com aplicação de medidas de segurança fundadas na presunção de culpabilidade.

Conforme preleciona LUIZ FLÁVIO GOMES e ALICE BIANCHINI⁷⁰⁸, o direito penal não mais se preocupa “em evitar lesões ao bem jurídico: agora o que importa é a antecipação da tutela penal, para não deixar que se criem riscos.”

Portanto, com a pressão popular e a influência da mídia sensacionalista, estamos seguindo num caminho para o retorno do Estado absolutista retrocedendo, assim, para a aplicação do direito penal do autor e do punitivismo, rotulando-se certos grupos de pessoas como “inimigos”, baseado no perigo abstrato que este grupo representa para a sociedade e conseqüentemente, aplicar-se-iam leis penais mais severas e

⁷⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.

⁷⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do direito Penal: aspectos da política nas sociedades pós-industriais**. Ed. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 195.

⁷⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. Direito penal do inimigo e os inimigos no direito penal. p. 11.

desproporcionais, bem como os atos preparatórios mereceriam punição e a tutela jurisdicional penal seria antecipada com o emprego de medidas de segurança contra os ditos “inimigos” da sociedade.

Desta forma, partindo-se do ponto de vista da existência de um círculo vicioso que se estabelece com a inflação dos problemas de segurança; do conseqüente descrédito nas instituições do Estado; da insegurança da população e da disseminação da dita “crescente violência” cumulando-se com a questão de o limite para o sistema penal ser o limite da própria sociedade, é que surge a maior preocupação quanto a inserção do direito penal do inimigo no atual sistema penal, diante desse enaltecimento da violência e a suposta necessidade de punição emergencial, pois, o que chama mais a atenção nessa relação que se estabelece entre mídia, poder e sociedade, é que enquanto grande parcela de indivíduos fica em polvorosa, sedenta por informações sobre a prisão do suspeito, bem como do espetáculo produzido, e reivindica a aplicação de justiça imediata, sumária, digna de um tribunal de exceção; outra parcela considerável, queda inerte e, como que se estivesse anestesiada, não reage aos acontecimentos, fica simplesmente alheia à realidade.

Há que se salientar também a forma inadequada com que se legisla em nosso país, permitindo uma infiltração do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico-criminal, de forma a flexibilizar garantias, *in thesi*, sedimentadas, posto que o poder político vem legislando de maneira “populista”, pois cria leis conforme o clamor público, exemplo disto foi a alteração realizada da Lei dos Crimes Hediondos, sancionada após a assassinato da atriz Daniela Perez e a pressão pública que foi gerada em torno do caso, podemos citar também as cenas de tortura praticadas por policiais em Diadema, na favela Naval, que após serem transmitidas pela mídia, culminou na criminalização da tortura sobrevinda pela Lei 9.455/97.⁷⁰⁹

MORAES⁷¹⁰, sobre o tema, assevera que:

O caráter expansivo do chamado direito penal do risco vem acolhendo novas demandas e interesses penais e antecipando a tutela penal (com tipificações abertas e amplas, mediante o uso de tipos de perigo abstrato, mera conduta, omissos impróprios, etc.). Tanto na legislação pátria quanto na estrangeira, o direito penal do risco vem permitindo a adoção de uma política criminal pautada pela preocupação incessante de criminalizar e prevenir a criminalidade organizada, a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes, a criminalidade econômica, o terrorismo e os crimes contra a humanidade, primeiros sinais da tendência de perenizar um direito penal de terceira velocidade – o direito penal do inimigo.

⁷⁰⁹ ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES ensina que “A complexidade e contingência da atualidade e a forma inadequada com que se vem legislando, máxime diante das novas demandas da sociedade pós-industrial (interesses difusos, criminalidade organizada, lavagem de dinheiro, etc.), tem permitido que uma legislação com sinais de “Direito Penal do Inimigo” se infiltre, de forma contumaz, no direito pátrio e estrangeiro, sem clara delimitação com o Direito Penal clássico, pautado por garantias e prerrogativas típicas de um Direito Penal do Cidadão”. MORAES, 2011. **Ob. Cit.**, p. 45.

⁷¹⁰ *id.*, p. 49-50.

2.2 O inimigo no direito penal brasileiro

O Direito Penal do Inimigo é muito seletivo, elege alguns grupos da sociedade como potenciais criminosos, visando, cautelarmente e de modo discriminatório, incidir uma coação em resposta à sua periculosidade, de forma intensa e desproporcional, antecipando a tutela penal.

Para JAKOBS⁷¹¹ os inimigos são os criminosos econômicos, os terroristas, os delinquentes organizados, os autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas.

Preleciona ZAFFARONI⁷¹² que o conceito de inimigo advém do estado romano que distinguia entre o *inimicus* e o *hostis*, o primeiro se referia ao inimigo pessoal e o segundo seria o inimigo político – declarado pelo Senado romano como *inimigo público* - ao qual se declarava guerra e se limitavam os direitos. Eram considerados inimigos públicos os que atentavam contra a segurança da República, uma vez que “incomodavam” os detentores do poder, assim, os insubordinados, indisciplinados ou estrangeiros que inspirassem algum tipo de desconfiança, tornavam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos.

Durante a existência da humanidade muitos grupos foram apontados como inimigos, dentre eles podemos citar os hereges, as bruxas, os astrônomos, os judeus, entre outros. No caso do Brasil, há uma tendência muito forte no sentido de adotar os delinquentes comuns como “bodes expiatórios” estigmatizando-os como inimigos do direito penal e, por conseguinte, da sociedade.

Sempre buscando a interiorização do discurso, estes grupos eram estigmatizados e no caso dos delinquentes comuns, como no Brasil, a mídia, especialmente a sensacionalista, exerce um papel de enorme importância para a efetivação desta “qualificação” de inimigos da sociedade, destarte, tais programas estigmatizam o delincente comum visando criar uma sensação de insegurança, que culmina num clamor populacional, passando a exigir-se um maior rigorismo do poder legislativo, quando da elaboração de Leis penais e do Poder Judiciário, no que tange à aplicação do direito penal, que deveria ser sempre a *ultima ratio*.

Diante deste quadro não é difícil observar que se de um lado a mídia promove o pânico na população e instiga os clamores por uma justiça emergencial e cruel, de outro, porém ao mesmo tempo, provoca insensibilidade, indiferença, e certo alheamento em muitos indivíduos, ou seja, provoca uma banalização da violência, pois esta passa a ser considerada normal. O que preocupa é que isto já ocorreu na Alemanha nazista durante o Terceiro Reich e foi a base que deu início a um processo, que aliado a outros fatores, propiciou a maior perversidade do ser humano que o mundo já viu: o holocausto.

Assevera ZAFFARONI⁷¹³ que o conceito de inimigo é infiltrado no Estado de Direito como uma exceção à regra, mas que intencionalmente ou não, este caminho nos levaria ao Estado absoluto, uma vez que a periculosidade e o dano do autor somente podem ser medidos após o cometimento de seus atos e a partir daí ele pode ser julgado, no entanto, pune-se o *inimigo* somente em

⁷¹¹ JAKOBS, 2010. **Ob. Cit.**, p. 33-34.

⁷¹² ZAFFARONI, 2011. **Ob.Cit.**, p. 21.22.

⁷¹³ ZAFFARONI, 2011. **Ob.Cit.**, p. 25.

razão de sua condição de ente perigoso para a sociedade e um retrocesso ao absolutismo.

Portanto, ainda que de modo inconsciente, há tempos pretende-se infiltrar no âmago da sociedade brasileira o rótulo de inimigos da sociedade a classe dos delinquentes comuns (assaltantes, traficantes, estupradores) e, em desfavor deles o que se busca é diminuir as garantias constitucionais e processuais-penais, fundadas no discurso da periculosidade abstrata que o “inimigo” representa para sociedade – controle de riscos.

3. AS TRÊS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL. DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL.

Segundo JESUS MARIA SILVA SÁNCHEZ existem três velocidades do direito penal: primeira velocidade, segunda velocidade e terceira velocidade.

A primeira velocidade do direito penal está fundada no direito penal liberal clássico, a qual se utiliza da pena privativa de liberdade como sua principal modalidade de punição, sem, entretanto, se afastar das garantias individuais. Assim, de acordo com SILVA SÁNCHEZ⁷¹⁴, “trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão.”

Em relação à segunda velocidade, há uma flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais, unidas pela aplicação da pena privativa de liberdade que, dependendo do caso concreto, podem ser substituídas por medidas alternativas à prisão, visando a prevenção. Explica SILVA SÁNCHEZ⁷¹⁵ que:

uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção.

No que tange à terceira velocidade do direito penal, SILVA SÁNCHEZ aduz que “o direito penal da pena de prisão concorre com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.⁷¹⁶ Em verdade trata-se de uma mescla das duas primeiras velocidades, no entanto, permite-se uma maior flexibilização das garantias penais e processuais.

Assevera ainda o ilustre jurista espanhol que a característica do inimigo “é o abandono do direito e ausência da mínima segurança cognitiva de sua conduta, e o meio para combatê-lo seria o asseguramento cognitivo desprovidos da natureza das penas”. No entanto, ocorreria uma “transição” de cidadão para inimigo mediante a “reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional, e a integração em organizações delitivas estruturadas”. Contudo, segundo o entendimento do nobre jurista o direito penal de terceira velocidade

⁷¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, 2011. **Ob. Cit.** p. 190.

⁷¹⁵ Id., p. 193.

⁷¹⁶ Id., p. 193.

deveria ser utilizado como “emergência”, diante da gravidade da situação excepcionalmente perpetrada, sob *condições de absoluta necessidade*.⁷¹⁷

No Brasil podemos citar como exemplo da infiltração desta terceira velocidade a Lei dos Crimes Hediondos, a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, a Prisão Provisória, entre outras.

4. DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DE DIREITO. FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.

A teoria criada por Jakobs do direito penal do inimigo contrapõe-se ao Estado de Direito, uma vez que afronta e viola garantias materiais e processuais conquistadas. Diante da norma constitucional brasileira, não se permite que alguém seja tratado como objeto de coação considerando sua periculosidade abstrata, de forma a desconstitui-lo de seus direitos.

Ademais, aos dissidentes, ainda que em contraposição ao Estado de Direito e a própria Constituição, tem-se buscado sanções penais mais severas, aplicando-se penas desproporcionais e medidas cautelares fundadas na presunção de periculosidade. Para ZAFFARONI⁷¹⁸, esta periculosidade é própria do direito penal cautelar introduzido pelo direito penal do inimigo, pois não é *pré-delitual*, nem *pós-delitual*, trata-se de uma terceira categoria, chamada de *periculosidade da suspeita*.

Impende destacar a linha tênue onde se encontra a classificação de quem será considerado “inimigo” ou não, depende da posição no poder em que se encontra a pessoa e de seus interesses pessoais e políticos, para que se considere outra pessoa como “indesejável”. Segundo ZAFFARONI *Inimigo é quem é Inimigo*.⁷¹⁹ Como exemplo disto pode-se citar a segunda guerra mundial, pois os nazistas consideravam inimigos os Judeus e contra eles tudo era possível, em razão de sua posição hierárquica política.

Na sociedade pós-moderna de riscos temos uma expansão do direito penal e conseqüentemente um aumento nos tipos penais, especialmente os abstratos. Com a adoção, pelos sistemas legislativos penais, da teoria do direito penal do inimigo, inevitavelmente as garantias penais e processuais são flexibilizadas, uma vez que se punirá pela periculosidade abstrata do autor e não pelo fato, é o retorno do direito penal do autor.

Deste modo o direito penal se afasta das tradições liberais com o fito de atender o sentimento de insegurança social e a sensação de impunidade gerada pelo bombardeio midiático dos programas sensacionalistas de massa.

Sendo assim, com o enaltecimento da violência explorada pela mídia enquanto mercadoria possibilita em larga escala a visualização daqueles que se desviam dos padrões estabelecidos como seres anormais que ameaçam a sociedade, essa ameaça, muitas vezes imaginária agregada a um discurso político eleitoral, exerce pressão sobre a população que passa a exigir providências repressivas urgentes e legitima a adoção pelos poderes públicos de políticas de segurança pública equivocadas, como o uso indiscriminado de medidas processuais penais, com objetivo de suprir as falhas do próprio Estado, que muito se beneficia com essa visão utilitarista, mas na verdade

⁷¹⁷ *ibid.*, p. 193-197. *passim*.

⁷¹⁸ ZAFFARONI, 2011. **Ob.Cit.**, p. 110

⁷¹⁹ *ibid.*, p. 104.

também sucumbe ao poder da mídia, uma vez que seus representantes se submetem a esse poder numa relação funesta que se estabelece e em muitas situações não se sabe ao certo, quem ou o quê, assume o papel de dominador e de dominado.

A preocupação do direito penal do inimigo é travar uma guerra com os delinquentes, com o fito de extirpá-los da convivência social, uma vez que estas “não-pessoas” atentam contra a norma.

Pelas alterações trazidas com o advento da Lei 10.792 de 01.12.2003, que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil, percebemos que notadamente estamos combatendo o inimigo a *contrario sensu* do Estado Democrático de Direito que vivemos, posto que este Estado de Direito reconhece da dignidade da pessoa humana como seu fundamento, elevando tal valor acima de qualquer outro, vez que, impôs o seu resguardo mediante o estabelecimento dos direitos subjetivos individuais. Neste ponto cumpre ressaltar que a Constituição da República por meio de seus princípios, norteia o direito penal e processual penal, principalmente por serem direitos e garantias individuais, portanto não são passíveis de redução ou supressão pelo legislador, nem mesmo por emenda constitucional, aliás, neste sentido não podem ser sequer objeto de deliberação, uma vez que são cláusulas pétreas.

Nesta linha de pensamento observa-se que o Estado que regula a sociedade por meio do direito penal e processual penal vai de encontro com os princípios constitucionalmente estabelecidos pelo legislador originário, pois permitindo a infiltração do direito penal do inimigo em sua legislação repressiva admite, por meio de medidas cautelares, a prisão do indivíduo tido como inimigo da sociedade fundada somente na periculosidade abstrata.

Em contrapartida este mesmo Estado que regula a sociedade por meio de políticas criminais imediatistas e populistas vira as costas para parcela significativa da sociedade que vem sofrendo há tempos com a falta de políticas públicas que visem acabar com a pobreza, que melhorem as condições da educação pública e de saneamento básico.

Ademais, cumpre asseverar que o sujeito hoje, principalmente àquele que se encontra excluído da sociedade dita “do bem”, esta vivendo num processo de nulidade pessoal, influenciado especialmente pela mídia de massa que está, de modo subliminar, treinando, conduzindo e adestrando a população a consumir o que por ela é imposta. Porém, o problema é que por trás disso existem propósitos nada nobres: não pensar, não raciocinar, não questionar as notícias vinculadas pelos meios de comunicação de massa e tal se dá através da manipulação de informações feita por uma mídia, que ou detém o poder político, ou é controlada por quem tem laços estreitos com ele, que de qualquer forma utiliza-se indiscriminadamente para desviar a atenção da sociedade sobre algum outro assunto que naquele momento quer que seja esquecido, de acordo com os interesses de uma minoria, mediante a oferta de um novo bode expiatório, os “inimigos” no mercado da informação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os tempos mais remotos o direito penal faz parte da sociedade e visa exercer um controle social, especialmente pela aplicação das penas, as quais foram criadas pela mente humana e aplicadas das mais variadas formas,

inclusive algumas com requintes de crueldade, chegando-se a pena máxima, qual seja, a pena de morte, esta última ainda utilizada de forma legal em alguns países.

Neste contexto histórico, com a evolução da sociedade e seus valores morais, o direito penal evoluiu igualmente e com o advento das escolas penais e dos estudos dos criminalistas posteriores, a política criminal realizada pelo legislador buscou racionalizar as penas, que foram executadas de forma proporcional e de acordo com o crime praticado.

Contudo, devido a evolução tecnológica e a facilidade de contato com outras culturas, a sociedade moderna, considerada como sociedade de riscos, passa por muitas transformações e o direito penal do inimigo sem vindo aos poucos infiltrado e utilizado pelo legislador que sofre uma pressão da população, pois esta, influenciada pela mídia sensacionalista exploradora da violência e pelos discursos populistas de políticos eleitores, forçam o legislador criminal a criar leis de tipos abstratos e leis que endurecem as penas, bem como criam-se normas processuais que visam antecipar a punição, com base na periculosidade abstrata do dito inimigo da sociedade.

Este círculo vicioso que contempla o discurso da mídia e a venda da violência como produto, aliado aos interesses de políticos eleitores que se utilizam deste discurso para ludibriar a população em épocas de eleição, afirmando que irão “acabar com a violência”, coligada, sobretudo, pela perda do indivíduo de raciocinar e definir entre o certo e o errado que culmina no “emburrecimento” e anulação deste como cidadão, é que a infiltração do direito penal do inimigo na legislação se torna muito perigosa, pois qualquer pessoa pode ser considerada como inimigo, basta ser contrário aos propósitos daqueles que detém o poder, e como grande parcela da população aceita como certo tudo o que a mídia veicula, os “inimigos” certamente seriam anulados ou aniquilados com muita facilidade.

Considerado como terceira velocidade, o direito penal do inimigo autoriza a flexibilização das garantias políticos-criminais descritas na Constituição Federal, colidindo frontalmente com princípios históricos, em tese, já sedimentados – dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, intervenção mínima - ou seja, aplicando-se a teoria filosófica do direito penal do inimigo em nossa legislação, estaríamos retrocedendo no tempo e aceitando aplicação do direito penal do autor e a volta do estado absolutório, num claro retrocesso político criminal.

Portando, a tese do direito penal do inimigo que aos poucos vem sendo implantada em nossa legislação, aliada ao fato da anulação do indivíduo e a influência da mídia na sociedade, torna-se perigosa e temerária, pois um dos maiores dramas que o homem já viveu, cujos efeitos nefastos ainda são sentidos até hoje, o holocausto, teve início da mesma forma, interiorização do discurso, anulação do indivíduo para que este não pensasse, somente aceitasse o fato imposto e a mídia sensacionalista aliada, no caso, ao Estado, de modo a impor seus dogmas quaisquer que sejam. Assim, a aceitação direito penal do inimigo como sendo certa, retroagirá aos tempos do absolutismo, no qual o Estado de Direito sucumbirá pela força imposta pela própria sociedade, a qual influenciada pelo controle social subliminar sofrerá os efeitos do retrocesso penal e processual.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Ed. 6ª. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. 16ª. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – Parte Geral**. V. 1. Ed. 9ª. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal – Parte geral**. Ed. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. **Direito penal do inimigo e os inimigos no direito penal**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/74638321/DIREITO-PENAL-DO-INIMIGO-segunda-edicion>. Acesso em 07.07.2012.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Ed. 4ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Ed. 1ª. Curitiba: Juruá, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. VI. 1: Parte Geral, arts. 1º a 120. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e direito penal do inimigo: visão crítica**. Ed. 1ª. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – Parte geral**. Ed. 21ª. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do direito Penal: aspectos da política nas sociedades pós-industriais*. Ed. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. Ed. 1ª. Curitiba: Juruá, 2008.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**. Ed. 1ª. Coimbra: Almedina, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Ed. 2ª. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. V. 1. Ed. 9ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.