

COORDENAÇÃO

Ilton Garcia da Costa

ORGANIZAÇÃO

Andréa Grandini José Tessaro

Andréa Arruda Vaz

DIREITO, JUSTIÇA E CONTEMPORANEIDADE

VOL. II



COORDENAÇÃO

Ilton Garcia da Costa

ORGANIZAÇÃO

Andréa Grandini José Tessaro

Andréa Arruda Vaz

DIREITO, JUSTIÇA E CONTEMPORANEIDADE

VOL. II

AUTORES PARTICIPANTES

Aicha de Andrade Quintero Eroud	Genilma Pereira de Moura
Alcelyr Valle da Costa Neto	Jéssica Caroline Ramos
Andréa Arruda Vaz	Josiane Pacheco da Cruz Surdi
Andréa Grandini José Tessaro	Luiz Fernando Perez Pinto Tonholi
Ane Elise Brandalise Gonçalves	Miriam Olivia Knopik Ferraz
Ariane Fernandes de Oliveira	Pedro Câmara Barbosa
Ariê Scherreier Ferneda	Rodrigo N. Riquelme Macedo
Beatriz Cobbo de Lara	Rogério Silva Bernardi
Caroline Lais da Silva Stelmach	Thierry Gihachilzuta
Ericson de Castro Ivankio	Vanessa Lunkmoss
Foed Saliba Smaka Jr.	

1ª Edição - Curitiba - 2018

Instituto Memória Editora

CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE

© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais
Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 305, Juvevê
CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.
Central de atendimento: (41) 3016-9042
www.institutomemoria.com.br



Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

Revisão final realizada pelos próprios autores

ISBN: 978-85-5523-289-3

COSTA, I. G. da
TESSARO, A. G. J.
VAZ, A. A.

Direito, Justiça e Contemporaneidade Vol. II.
AUTOR. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da
Contemporaneidade, 2018.
226 p.

1. Direito Civil. 2. Direito Penal. 3. Direito
Constitucional. 4. Direito Internacional. I. Título.

CDD: 340

SUMÁRIO

DIREITO INTERNACIONAL SOCIAL: A CONCILIAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS DO TRABALHO DECENTE E AS NANOECONOMIAS E AS MICROCADEIAS DE PRODUÇÃO 07

Ariê Scherreier Ferneda

Miriam Olivia Knopik Ferraz

A RESPONSABILIDADE CORPORATIVA PARA O CUMPRIMENTO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E DO TRABALHO DECENTE 23

Beatriz Cobbo de Lara

Thierry Gihachilzuta

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A MITIGAÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL 43

Andréa Grandini José Tessaro

Ariane Fernandes de Oliveira

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO EMPREGADO NA PRÁTICA DOS TRIBUNAIS E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA INTRODUZIDA PELA LEI 13.467/2017 71

Andréa Arruda Vaz

Ericson de Castro Ivankio

Genilma Pereira de Moura

A INTERVENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS RESERVAS EXTRATIVISTAS POR MEIO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO COMO PROTETOR DO MEIO AMBIENTE E DA CULTURA EXTRATIVISTA 94

Jéssica Caroline Ramos

Rogério Silva Bernardi

A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NÃO COMO REGRA 118

Ane Elise Brandalise Gonçalves

Caroline Lais da Silva Stelmach

AUSÊNCIA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO – DO EXCESSO E DO DESVIO NA EXECUÇÃO PENAL 140

Rodrigo N. Riquelme Macedo

Pedro Câmara Barbosa

OS CRIMES DE FURTO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO SOB A ÓTICA ANALÍTICA DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO FACE À (DES)PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO 160

Alcelyr Valle da Costa Neto

Aicha de Andrade Quintero Eroud

Luiz Fernando Perez Pinto Tonholi

A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO EM FACE A REGULAMENTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS 180

Josiane Pacheco da Cruz Surdi

AS DIFICULDADES NA FORMAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO E A EFICÁCIA DO DEPOIMENTO ESPECIAL NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL 202

Foed Saliba Smaka Jr

Vanessa Lunkmoss

DIREITO INTERNACIONAL SOCIAL: A CONCILIAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS DO TRABALHO DECENTE E AS NANOECONOMIAS E AS MICROCADEIAS DE PRODUÇÃO¹

Ariê Scherreier Ferneda²

Miriam Olivia Knopik Ferraz³

1 INTRODUÇÃO

Diante de um mundo globalizado e marcado por desigualdades e inseguranças, os desafios para assegurar a dignidade humana e um trabalho digno são muitos. É neste cenário que a necessidade de afirmação da justiça social se mostra cada vez mais urgente. Com base nisso, o presente artigo teve como objetivo principal analisar a possibilidade de conciliação do trabalho decente e

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista de Iniciação Científica – CNPq. E-mail: ariefernedaxx@gmail.com.

³ Doutoranda em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito pela PUCPR (Bolsista CAPES) e Graduada em Direito pela PUCPR. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Secretária Executiva da Revista de Direito Econômico e Socioambiental da PUCPR. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, Núcleo de Estudos de Pesquisas em Tributação, Complexidade e Desenvolvimento, do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico. Membro da Comissão de Igualdade Racial, da Verdade da Escravidão Negra e da Comissão de Advogados Iniciantes da OAB/PR. Advogada. m.okf@hotmail.com.

seus objetivos frente às nanoeconomias e micro cadeias de produção, uma vez que o trabalho informal representa 61,2% (OIT, 2018, p. 13) de toda a força de trabalho no mundo.

No primeiro tópico, analisou-se as origens da proteção do trabalho, bem como da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual surgiu com fim na Primeira Guerra Mundial como reflexo da luta da classe trabalhadora por melhores condições de trabalho e pela inclusão de normas referente à proteção do trabalho junto aos tratados de paz celebrados à época. Ainda, verificou-se a existência de um Direito Internacional Social, cuja expressão e sentido são raramente utilizados, porém, remete a um ramo do Direito Internacional Público com o fim de se alcançar uma vida social digna para todos. Ao fim do tópico identificaram-se as características e os objetivos do trabalho decente, o qual sintetiza a missão da OIT desde sua criação.

Em relação ao segundo tópico, abordaram-se alguns dos desafios e obstáculos para a efetivação do trabalho decente, em especial a precariedade das relações de trabalho e a informalidade. Contatou-se que o trabalho precário é o oposto do trabalho decente, além de que a insegurança e ausência de proteção relacionada ao trabalho são incompatíveis com os objetivos do trabalho decente, vistos junto ao tópico anterior. Com base nisso, questionou-se a possibilidade de conciliação entre o trabalho decente e o trabalho precário diante da informalidade. A OIT, por sua vez, entende que é possível criar uma atitude construtiva quanto à economia informal. Entretanto, não é o que a realidade vem revelando, conforme se verá ao longo do artigo.

Partindo-se dessa atitude construtiva em relação à economia informal, no terceiro tópico a nanoeconomia e as micro cadeias de produção foram analisadas como novas formas de inserções econômicas que carecem de reconhecimento e proteção. Trata-se da criação de atividades econômicas como forma de subsistência, como os empreendimentos caseiros. Ocorre que a nanoeconomia é extremamente desvalorizada, ignorada e sequer aparece nos números oficiais das economias nacionais.

Assim, o presente artigo busca, ainda que de forma não exauriente, estabelecer uma conciliação entre o trabalho decente, as nanoeconomias e as micro cadeias produtivas. Procurou-se fortalecer o diálogo quanto ao necessário reconhecimento da informalidade,

com o fim de torná-la visível aos olhos daqueles que sonham com um modelo utópico da vida suburbana.

2 PROTEÇÃO DO TRABALHO: TRABALHO DECENTE E O DIREITO INTERNACIONAL SOCIAL

As reações em face da exploração dos trabalhadores pelos empregadores deu origem às primeiras preocupações quanto às relações de trabalho e sua respectiva legislação (MARTINS, 2012, p. 8). É a partir da Revolução Industrial, iniciada no século XVII, que se intensificam as desigualdades sociais e surge uma nova cultura a respeito do trabalho como decorrência da efetiva separação entre os meios de produção e os trabalhadores.

Com o intuito de promover maior bem-estar social e melhorar as condições de trabalho, o Estado adotou uma postura intervencionista. É neste cenário que as primeiras normas relacionadas à proteção do trabalhador foram editadas. A Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 1891 (PAPA LEÃO XIII, 1981), por exemplo, representou a fase de transição para a justiça social e proteção do trabalho (MARTINS, 2012, p. 8).

Por sua vez, somente após o fim da Primeira Guerra Mundial as normas de interesse social foram inseridas nas constituições, como na do México (1917) e na de Weimar (1919). Como expressão máxima da proteção dos direitos sociais, em especial, do trabalho, foi criada a OIT, em 1919, como decorrência do Tratado de Versalhes, o qual “instituiu a paz” entre os países após o fim da Primeira Guerra. (REIS, 2010, p. 49)

A OIT, portanto, nasce com o objetivo de universalizar e normatizar as atividades laborativas em nível internacional (GUNTHER, 2011, p. 32). Ademais, as ações sindicais e lutas operárias realizadas no século XX foram marcadas pela expressão “um trabalho decente por um salário decente” (OIT, 2009, p. iii), a qual representou a busca por um mundo galgado no emprego, salário e proteção (SPINK, 2009, p. 227).

Essas ações e lutas, por sua vez, tiveram como objetivo incluir ao Tratado de Paz um capítulo atinente às normas de proteção do trabalhador (GUNTHER, 2011, p. 29). Foi por meio dessa inclusão oriunda da pressão social e operária que reivindicava melhores

condições de trabalho, portanto, que surgiu o Direito Internacional do Trabalho.

Ocorre que o Direito Internacional do Trabalho não se esgota na mera disciplina do Direito do Trabalho ou, de modo amplo, do Direito Social, mas abrange todo um contexto político, econômico e social (VALTICOS, 1970, p. 207). Com base nesta concepção acerca da extensão da competência da OIT e do Direito Internacional do Trabalho, pode-se afirmar que as ligações existentes entre política, economia e sociedade podem ser fundamentais para a concreção de direitos e para a conquista de uma vida adequada para aqueles que trabalham (SEN, 2013, p. 90).

O Direito do Trabalho, por outro lado, relaciona-se intimamente com os Direitos Sociais, os quais surgem como reflexo da aplicação prática da teoria da solidariedade (DONZELOT, 1994, p. 124). Não obstante essa teoria permita uma crença comum no progresso, Paulo Augusto Gravatá Nicoli (2016, p. 134) explica que a sua aplicação envolve diversas proteções ao trabalhador, bem como na proteção da família, mulheres e crianças, além de promover garantias de saúde e educação aos membros da sociedade como um todo.

O Direito Internacional Social, assim, decorre dos avanços em matéria de proteção social (CESARINO JR., 1940, p. 89). Ainda, a criação da OIT dá corpo ao Direito Social (NICOLI, 2016, p. 139). Exemplo disso é a Convenção n. 107 da OIT, de 1957, a qual trata da proteção e integração das populações indígenas, tribais e semitribais, indo além da matéria trabalhista.

Entretanto, a expressão “Direito Internacional Social” raramente é evocada para designar um universo próprio. Autores como Gérard Lyon-Caen e Antonio Ferreira Cesarino Júnior, ao se referirem à existência de um direito social internacional, se apoiam no ideal francês de que o Direito Social se refere à soma da proteção trabalhista e previdenciária (NICOLI, 2016, p. 139).

Por outro lado, Jean-Marc Thouvenin e Anne Trebilcock afirmam a inclusão de direitos econômicos, sociais e culturais ao Direito Social, com base no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual foi adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1966 (NICOLI, 2016, p. 139).

Ou seja, não há, ainda, uma definição própria e concreta a respeito de um Direito Internacional Social. Entretanto, atualmente, ele é entendido como um ramo do Direito Internacional Público voltado à consecução de uma vida social digna para todos, de modo a garantir o direito ao trabalho, proteção trabalhista individual ou coletiva, acesso à seguridade social, educação, saúde, cultura e ao que mais se revelar necessário à promoção da justiça social (NICOLI, 2016, p. 141).

Ademais, com a extensão do Direito Internacional do Trabalho, ao final do século XX, criou-se o conceito de trabalho decente, o qual representou o ápice da evolução a que se dedica a OIT desde a sua criação em relação ao trabalho humano (GUNTHER, 2017, p. 11). Há a necessidade de se garantir o diálogo e a inter-relação entre o Direito Internacional do Trabalho e a sua amplitude ao Direito Internacional Social.

Trata-se, dessa forma, de um meio através do qual se pode alcançar um trabalho digno. Igualmente, o trabalho decente caracteriza-se por respeitar a dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, bem como pelos seguintes componentes: a) trabalho produtivo; b) proteção de direitos; c) ingresso adequado; d) proteção social, e; d) tripartismo e diálogo social (CINTERFOR, 2001, p. 13).

O trabalho decente sintetiza a missão histórica da OIT e espelha as suas principais metas quanto ao desenvolvimento social na medida em que representa o primeiro passo para sair da pobreza e para uma maior integração social (OIT, 2000, p. 12). Tendo isto em vista, o trabalho, que preza pela dignidade humana, deve estar entre as metas centrais das agendas globais, nacionais e locais que possuem como escopo o progresso econômico e social (OIT, 2010).

Além disso, a comunidade internacional reconhece o trabalho decente como meio capaz de mediar os desafios que surgem da gradativa globalização que se enfrenta ao redor do mundo e da maior possibilidade de flexibilização das relações de trabalho (GARCIA, 2017, p. 55). Percebe-se, portanto, que o trabalho decente sempre esteve envolto por questões sobre salário, condições de trabalho, seguridade social, entre outras.

Todavia, embora seja considerado como um instrumento capaz de gerir os desafios decorrentes da globalização e flexibilização das relações de trabalho, o trabalho decente encontra

alguns obstáculos e incompatibilidades quanto à sua efetivação. É o caso, por exemplo, da crescente taxa de trabalhadores informais, bem como da precariedade do trabalho que se faz presente em toda parte.

Há a necessidade do reconhecimento da vocação expansionista do direito do trabalho (NICOLI, 2016, p. 123)⁴, a qual irá transpassar pela amplitude da proteção voltada essencialmente ao emprego, e a necessária atuação de todos os agentes e poderes, a integração dos sistemas regionais ao internacional, a ampliação da noção de trabalhadores⁵, parâmetros que conversam entre si para a construção da expansão do direito laboral.

Dessa forma, será possível a conciliação entre o trabalho decente e outras modalidades de trabalho que não o trabalho formal? Ainda, como garantir um trabalho digno em situação de informalidade? A reflexão e resolução dessas questões poderá contribuir para uma reavaliação do trabalho decente, considerando a vocação expansionista do Direito Internacional do Trabalho.

3 TRABALHO DECENTE E INCOMPATIBILIDADES: PRECARIEDADE E INFORMALIDADE

O oposto do trabalho decente se denomina trabalho precário (MOCELIN, 2009). Ou seja, situações de insegurança e ausência de proteção são incompatíveis com o ideal do trabalho digno. Ocorre que a precariedade no trabalho se encontra hoje por toda a parte (BOURDIEU, 1998, p. 72).

Por seu turno, o trabalho precário se caracteriza pela ausência de garantia de mercado de trabalho, de vínculo empregatício, de segurança no emprego, de segurança do trabalho, de garantia de reprodução de habilidade, de segurança de renda e, por fim, de garantia de representação (STANDING, 2013, p. 28). Trata-se, portanto, de um conceito constituído com base na inexistência de materialização de proteção social para aqueles que trabalham sob condições precárias (NICOLI, 2016, p. 68).

⁴ Terminologia utilizada por Pedro Augusto Gravatá Nicoli.

⁵ Pedro Augusto Gravatá Nicoli expande o objeto de análise até a composição e defesa de um Direito Internacional Social. Para o aprofundamento do tema consulte: NICOLI, 2016.

Assim, questiona-se: como conciliar os objetivos do trabalho decente com a realidade precária e cada vez mais crescente do trabalho? Com base nisto, a OIT argumenta no sentido de, a partir desta conciliação, buscar-se uma atitude construtiva quanto à economia informal (SPINK, 2009, p. 228). Destaca-se, ainda, a importância dos pequenos empreendimentos, bem como a presença, cada vez mais expressiva, do trabalho informal, os quais, no entanto, se encontram fora do alcance das normas de proteção laboral e social (OIT, 2000, p. 12).

Todavia, essa tentativa de conciliação e reconhecimento não vem obtendo os resultados esperados. De acordo com o relatório emitido pela OIT em 2018, estima-se que cerca de 2 bilhões de pessoas se encontram no trabalho informal (OIT, 2018, p. 13). Na América Latina 40% de toda a força de trabalho estão no mercado informal, somando 183 milhões de pessoas (OIT, 2018, p. 33).

Embora haja uma preocupação e tentativas de conciliação progressivas em relação ao trabalho regularizado e o precarizado, a transição das formas informais e precárias de trabalho para a formalidade não vem alcançar os resultados esperados (OIT, 2001, p. 45-47). Consolida-se, portanto, duas realidades: empregos formas e protegidos e aqueles considerados como sobras e caracterizados pela informalidade (NICOLI, 2016, p. 120).

A grande questão orbita sobre qual a relação entre os objetivos do trabalho decente e as informalidades? Não é admissível a compreensão de que somente a formalização seja o caminho para a ampliação da proteção. O diálogo com as realidades precisa observar primeiramente as necessidades das vivências e partir desse pressuposto para a efetivação de garantias e proteções.

Depara-se, assim, com um cenário que impacta diretamente o estudo do Direito do Trabalho, o qual não deve mais ser formulado e baseado em teorias e políticas de forma isolada (FOLLONI, 2013, p. 311-326). Deve-se adotar uma postura mais integrativa, de modo a inserir como objeto de proteção a própria informalidade, em especial as microcadeias produtivas e as nanoeconomias. Assim, considerando a existência de 2 bilhões de pessoas no mundo em situação de informalidade, a OIT e os objetivos do Trabalho Decente não podem ignorá-la.

Por outro lado, ao longo do desenvolvimento do Direito do Trabalho, a subordinação jurídica tornou-se o objeto pacífico, e ao

mesmo tempo controvertido, do “eixo da regulação trabalhista” (VILHERNA, 2005, p. 510). A subordinação, então, passou a ser o pressuposto da relação de emprego e consolidou um entendimento a seu respeito, sendo considerado como um “trabalho livre, mas juridicamente subordinado” (ANDRADE, 2012, p. 40).

No entanto, foi o direito que surgiu para regulamentar e proteger as relações de trabalho já existentes, e não o contrário (FONSECA, 2001, p. 138). O questionamento que surge acerca desta constatação óbvia é o seguinte: considerando que o direito surge com o fim de regulamentar as relações de trabalho, não seria correta a ampliação da proteção jurídica e social para todas as formas de trabalho criadas? A paz social esperada pelas organizações internacionais será mesmo alcançada ao se considerar um contrato de trabalho o centro da relação laboral?

Nesse sentido, é notório que o contrato de trabalho, do qual deriva a proteção jurídica e social, não é capaz de refletir todas as complexidades e realidades laborais existentes. É incompatível com a realidade ignorar a existência de formas de trabalho que, ainda que não detentoras de proteção e de formalidade, contribuem diariamente com a economia.

Ocorre que os trabalhadores em situação de informalidade são invisíveis aos olhos dos formuladores de políticas referentes ao trabalho, pois, ainda acreditam no alcance do inalcançável modelo utópico da realidade econômica e trabalhista da vida suburbana.

Como exemplo dessa invisibilidade, constata-se que a grande maioria dos estudos relacionados à psicologia do trabalho e do trabalho de modo geral não consideram a existência de vendedores ambulantes ou da proprietária da loja de doces que abriu seu próprio empreendimento como forma alternativa de subsistência devido à ausência de oportunidades para conquistar sua vaga no mercado formal.

A realidade vivida, por sua vez, demonstra diversas rupturas quanto à prática do emprego e renda, considerando as fragmentações do mercado e a busca por maneiras alternativas de “se virar” (SPINK, 2009, p. 229). Igualmente, ao que parece, o Direito do Trabalho e a proteção social exclui 2 bilhões de pessoas ao redor do mundo apenas pelo fato de não possuírem um trabalho regularizado. Ainda, considerando o fato de a precariedade ser o

oposto do Trabalho Decente, é aceitável que o trabalho precário não mereça proteção?

Fato é que essa realidade “suburbana” de informalidade se revela desconcertantemente enorme que passa a ser a própria corporificação do mundo real do trabalho (NICOLI, 2015, p. 9). Ou seja, a partir da constatação dessa realidade, o Direito do Trabalho deveria lembrar-se de suas origens, como analisado acima, uma vez que ele foi criado com base em reivindicações de melhores condições de trabalho e proteção social. Portanto, é incompatível e inaceitável que o próprio Direito do Trabalho, bem como as matérias de direito social, fechem os olhos diante de uma situação complexa e ampla da informalidade.

4 REPENSANDO O TRABALHO DECENTE: AS NANOECONOMIAS E AS MICROCADEIAS DE PRODUÇÃO

A nanoeconomia e as microcadeias de produção podem ser representadas pela seguinte situação hipotética: a partir da necessidade financeira diante do desemprego, o indivíduo passa a produzir e vender produtos dos mais variados gêneros para sua própria subsistência. (FERRAZ, 2018, p. 1665-1681) A partir dessa situação narrada, conclui-se, ainda que de modo breve, que as nanoeconomias e as microcadeias de produção consistem na “batalha cotidiana para criar possibilidades, o dia a dia dos microeventos da economia popular, a solidariedade que vem do reconhecimento da situação do outro” (SPINK, 2009, p. 231).

Atualmente, é possível observar uma corrente de pesquisa tanto no Direito do Trabalho e na Psicologia do Trabalho para a formulação de teorias de remuneração, renda, trabalho, emprego, e atividade para as pessoas e atividades “invisibilizadas”. (SPINK, 2009, p. 227-241; NICOLI, 2016, p. 120)

O foco desse trabalho serão as situações que retratam o cotidiano das micro cadeias produtivas e das práticas informais na nanoeconomia. (SPINK, 2007, p. 33-36) Essas realidades representam a luta para a sobrevivência nas relações econômicas, e nas “tentativas solidárias de criar outras inserções econômicas”. (SPINK, 2009, p. 227-241)

Antes de qualquer proposta de repensar os conceitos, teorias e práticas, é preciso observar, como ressaltado anteriormente, como

essas realidades se materializam. (SPINK, 2009, p. 227-241) A composição do conhecimento deve ser realizada a partir dos casos reais.

Para a compreensão primária do que é nanoeconomia, adentra-se estudo-realidade de campo de Neiza Batista. (BATISTA, 2005, p.42) A autora narra as realidades vivenciadas nos centros de emprego de São Paulo, e em uma ocasião encontrou uma jovem que revelou as dificuldades que havia enfrentado. A referida residia em local distante do centro de emprego, e não possuía dinheiro suficiente para pagar a passagem de ônibus para o centro de emprego e também no caso de conseguir um local para trabalhar. Pediu emprestado um pouco dos ingredientes para amigos e vizinhos, e fez bolos, vendendo em pontos de ônibus e outros locais, e assim, conseguiu dinheiro para as passagens e para devolver o emprestado. (BATISTA, 2005, p.42)

Principalmente, a nanoeconomia não advém de noções abstratas, e sim da produção social, expressa e materializada na “intersecção sociotécnica em constante negociação”. (SPINK, 2009, p. 227-241; LATOUR, 2005; LAW, MOL, 1995, p. 274-294; SPINK, 2003, p. 117-129)

Assim, a primeira vertente dessa nanoeconomia pode ser exemplificados de diversas formas, como a utilização do lar para gerar e vender produtos, uma pequena loja que vende produtos de dia-a-dia para pessoas que não tem onde guardar estes itens, loja de “garagem” que vende produtos de segunda mão e etc. (SPINK, 2009, p. 227-241) Observa-se que constantemente estes empreendimentos não possuem nenhum registro, mas constroem “possibilidades econômicas de sobrevivência a partir de sua utilidade no micro lugar”.(SPINK, 2009, p. 227-241)

Cabe a ressalva dos estudos de Tipple, Coulson e Kellet sobre os empreendimentos caseiros (*home based enterprises*– HBEs) realizados na Bolívia, na Índia, na Indonésia e na África do Sul. Os autores observaram que estes empreendimentos não são valorizados, e não aparecem nas estatísticas econômicas, são completamente invisibilizados. (TIPPLE; COULSON; KELLET, 2002, p. 62-76). Ainda, sobre a valorização dessas realidades, é possível vislumbrar diversos entraves, inclusive para a melhora da condição econômica, como com relação aos estudos sobre microcrédito, mas no Brasil somente 2% da demanda é atendida, enquanto na Bolívia alcança-se 110% e no Chile 40%. (MONZONI NETO, 2006, p.45)

Somente após a compreensão desses processos que envolvem a nanoeconomia é possível realizar políticas públicas voltadas ao “desenvolvimento local e de construção de alternativas” (SPINK, 2009, p. 227-241), e rever, inclusive, o ideal de trabalho decente e como ele se materializa nessas situações.

Em uma primeira vertente, os empreendimentos caseiros podem ser considerados como parte da nanoeconomia, a qual advém da produção social. No mesmo sentido, Peter Kevin Spink (2009, p. 232) adverte que não há como haver o estabelecimento de políticas públicas eficientes e que ofereçam possibilidades reais de desenvolvimento local e de criação de alternativas diversas de ascensão econômica sem compreender os processos sociais presentes na nanoeconomia. Igualmente, o autor questiona, *in verbis*:

Uma atividade comercial de porta de casa parece algo simples até ser analisada construtivamente. Como ela foi produzida? Do que depende? Dentro de qual micro cadeia de atividades está inserida? Quais as materialidades e socialidades presentes? Quais são as transações psicossociais do cotidiano que a formam e a sustentam? (SPINK, 2009, p. 232).

Ou seja, qual é a extensão dos efeitos da nanoeconomia perante a sociedade? Entretanto, como compreender melhor a nanoeconomia e seus processos sociais se os indivíduos integrantes dessa modalidade econômica são considerados invisíveis diante dos números e estatísticas das economias nacionais?

Essas realidades informais e invisíveis se encontram em constante luta para sua sobrevivência nas relações econômicas, bem como nas “tentativas solidárias de criar outras inserções econômicas” (SPINK, 2009, p. 227). Para tanto, deve-se empreender esforços para promover e proteger os meios de subsistência, encorajar condições de trabalho decentes e permitir que todos os trabalhadores possam se organizar, com o fim de ter meios através dos quais possam ser representados (KABEER, 2008, p. xvi).

Nesse sentido, os objetivos do trabalho decente preconizado pela OIT e pela Organização das Nações Unidas a respeito do Desenvolvimento Sustentável devem ser repensados e reaplicados de forma a dialogar com todas as realidades sociais e as múltiplas formas de trabalho. (ONU, [s.d])

Tal disposição é plenamente possível pela análise expansionista do Direito Internacional do Trabalho como agora, Direito Internacional Social. Quando a Organização Internacional do Trabalho propõe a melhora “da cobertura e a eficácia da proteção social para todos” (OIT, 2001), ela não está tratando somente da formalização e valorização do emprego. Este objetivo possibilita que políticas públicas, pesquisas, teorias e ações de todos os agentes possam redirecionar-se a visualizar as microcadeias e nanoeconomias, não necessariamente como um “mal da informalidade a ser combatido” e sim, como vivências reais carentes de uma proteção efetiva.

Neste diapasão, o objetivo nº 8 da Organização das Nações Unidas a respeito do Desenvolvimento Sustentável (ONU, [s.d]), trata sobre a valorização o trabalho decente e do crescimento econômico. Neste dispositivo há a necessidade latente da conciliação entre o capital e o trabalho, situação que somente ocorrerá quando houver o reconhecimento das mais diversas formas sociais de subsistência pelo trabalho, e assim, focalizar as ações nessa valorização e proteção.

Dessa forma, propõe-se que trabalho decente seja compreendido, interpretado e aplicado no sentido de abranger as realidades de margem que efetivamente fazem parte da vida das pessoas, e que representam um considerável fator para as econômicas (que apesar disso, não é estudado). Nenhum país deve construir e formalizar políticas públicas espelhadas nas intenções do Direito Internacional somente observando o instituto do emprego e a sua valorização. Há a necessidade de que tais políticas e intenções sejam fundamentadas na realidade social, esta que possui múltiplas faces.

Somente assim, será possível a efetivação de um Direito Internacional Social como a materialização das realidades, intenções e como um reflexo direto da necessidade de proteção de todas as formas de trabalho, sobrevivência e subsistência, para após esse momento o Direito ser efetivamente um mecanismo de transformação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Trabalho Decente é um tema que tangencia os estudos laborais há muito tempo. A discussão, o conceito e a defesa de um trabalho decente são, com razão, constantemente renovados com o objetivo de abranger as novas configurações laborais que surgem diariamente.

Considerando essas novas realidades, o presente artigo buscou enaltecer a relevância das vivências laborais invisíveis e pautadas na informalidade, tidas como uma forma de trabalho desqualificado, inferior e sem qualquer organização. Apesar dessa visão pejorativa a respeito da informalidade, é inegável que essas novas vivências, as quais representam formas alternativas de subsistência, contribuem diariamente com a economia.

A Maria que desistiu do sonho de abrir um empreendimento próprio devido a um obstáculo financeiro, mas que decidiu vender pães no semáforo, bem como o José que teve de submeter ao comércio ambulante, merecem proteção. O fato de não possuírem um contrato de trabalho ou um emprego fixo não deveria torná-los invisíveis.

Desse modo, concluiu-se que o Trabalho Decente não deve excluir de sua proteção aqueles que são ignorados por uma legislação trabalhista exclusiva. É incompatível com a realidade laboral de 2 bilhões de pessoas negar proteção e amparo social e jurídico. Como organização nascida em um momento crítico, em que se assinou um tratado de paz entre os países participantes da primeira guerra mundial, a OIT deve incluir entre os objetivos do trabalho decente a conciliação destes com o mundo real do trabalho, em que informalidade e precariedade tendem a aumentar.

As microcadeias de produção e as nanoeconomias são presentes na sociedade globalizada. Entretanto, as estatísticas, as políticas públicas e as legislações protetoras do trabalhador, muitas vezes, não as alcançam. Assim, com o intuito de se obter um Direito do Trabalho mais inclusivo e representativo de todos os trabalhadores, deve haver maior integração da coletividade, deixando de lado o pensamento individual e isolado.

Para isso, o Direito do Trabalho deve ser compreendido como aquele capaz de abarcar as políticas e proteções sociais, e não se ater somente à formalidade do emprego. O Direito é do Trabalho, de modo amplo, e não se restringe apenas à regulamentação do

emprego. A partir dessa necessidade de integração entre o social e o trabalho é que se destaca o Direito Internacional Social. Busca-se, através deste ramo do Direito Internacional Público, uma vida digna para todos, de modo a garantir o direito ao trabalho, proteção e seguridade social, como forma de, efetivamente, tornar a paz social uma realidade para a Maria e o José e todos os demais ignorados e invisíveis indivíduos que compõem as microcadeias produtivas e as nanoeconomias.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. O Direito do Trabalho na filosofia e na teoria social crítica: os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v.78, n.3, p. 37-63, jul./set. 2012.

BAPTISTA, Neize. C. S. **Pegando Fila... contando um pouco da cotidianidade do trabalhador desempregado na cidade de São Paulo**. Dissertação de Mestrado, Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 42.

BOURDIEU, Pierre. A precariedade está hoje por toda parte. In: BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CESARINO JR., Antonio Ferreira. **Direito social brasileiro**. São Paulo: Martins, 1940.

CINTERFOR. **Formación para el trabajo decente**. Montevideo, Cinterfor, 2001. Disponível em:
<https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/trabdec.pdf>. Acesso em 18/09/2018.

DONZELOT, Jacques. **L'invention du social: essaisur ledéclindespensions politiques**. Paris, Seuil, 1994.

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. Trabajo Decente en el Contexto de las Micro Cadenas de Producción y Nanoeconomía Bajo Derecho del Trabajo. **Anais do Congresso el futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: desafíos para el trabajo decente**. Granada 2018. ISBN: 9788494918964.

FOLLONI, André Parmo. Complexity as a metatheory on relations between Law and sustainable development. **XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy**. 2013, p. 311 -326.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2001.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Trabalho decente e direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.); p. 51-56. **Direito internacional do trabalho e a organização internacional do trabalho – trabalho decente**. São Paulo: LTr, 2017.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A ética do desenvolvimento e a responsabilidade social empresarial. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.); p. 9-17. **Direito internacional do trabalho e a organização internacional do trabalho – trabalho decente**. São Paulo: LTr, 2017.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

INTERNATIONAL Labour Office. **Women and men in the informal economy: a statistical Picture** (third edition). Geneva: ILO, 2018.

KABEER, Naila. **Mainstreaming gender in social protection for the informal economy**. London: Commonwealth Secretariat, 2008.

LATOUR, Bruno. **Reassembling the social: an introduction to actor network theory**. Oxford: Oxford, 2005

LAW, John; MOL, Annemarie. Notes on materiality and sociality. **The Sociological Review**, vol. 43, nº2, 1995, pp. 274-294

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOCELIN, Daniel Gustavo. Do trabalho precário ao trabalho decente? A qualidade do emprego como perspectiva analítica. In: **Congresso Da Associação De Estudos Latino-Americanos**. LASA, 28. Rio de Janeiro, 2009. Anais.

MONZONI NETO, Mario Prestes. **Impacto em renda do micro crédito: uma investigação empírica sobre geração de renda do Crédito Popular Solidário (São Paulo Confia) no município de São Paulo**. Tese de Doutorado, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2006, p. 45.

MOURA, Enilson Simões de; MARINHO, Danilo Nolasco. **As políticas de trabalho no Brasil: uma perspectiva do trabalhador**. Mercado de trabalho: conjuntura e análise – Artigos. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2002, Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/mt_20e.pdf> Acesso em 10 de set. de 2018.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **O sujeito trabalhador e o direito internacional social a aplicação ampliada das normas da organização internacional do trabalho**. 2015. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais. 2015.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de direito internacional social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável**. Agenda 2030. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso em: 10 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Decent work and poverty reduction in the global economy**. Second Session of the Preparatory Committee for the Special Session of the General Assembly on the Implementation of the Outcome of the World Summit for Social Development and Further Initiatives, 2000.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Labour Overview**. Geneva: International Labour Organisation, 2001.

PAPA LEÃO XIII, **Carta encíclica Rerum Novarum: sobre a condição dos operários**. 1891. Vaticano. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em 9 de agosto de 2018.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 49.

SEN, Amartya. **Work and rights**: international labour review. Geneva, vol. 152, n. s 1, pp. 82-92, 2013.

SPINK, Peter Kevin. A perda, redescoberta e transformação de uma tradição de trabalho: a teoria sociotécnica nos dias de hoje. **Organizações e Sociedade**, vol. 10 nº 28, 2003, p. 117-129.

SPINK, Peter Kevin. Equity and public action: facing the challenge of Brazil's inequality. **Harvard Review of Latin America**, vol. 6, nº 3, 2007, p. 33-36.

SPINK, Peter Kevin. Micro cadeias de produtivas e a nanoeconomia: repensando o trabalho decente. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**. 2009, vol. 12, n. 2, pp. 227-241.

STANDING, Guy. **O precariado**: a nova classe perigosa. Trad. Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

TIPPLE, Graham; COULSON, Justine; KELLET, Peter. **The effects of home-based enterprises on the residential environment in developing countries**. In S. Romaya & C. Rakodi (Eds.), Building sustainable urban settlements: approaches and case studies in the developing world, London: ITDG Publishing, 2002, pp. 62-76.

VALTICOS, Nicolas. **Droit international du travail**. Paris: Dalloz, 1970.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

A RESPONSABILIDADE CORPORATIVA PARA O CUMPRIMENTO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E DO TRABALHO DECENTE

Beatriz Cobbo de Lara¹

Thierry Gihachilzuta²

1 INTRODUÇÃO

A ideia central do artigo, visa demonstrar a necessidade de criar uma responsabilização das corporações transnacionais a nível global em casos de violações dos tratados de direitos humanos e descumprimento do trabalho decente.

Em decorrência da globalização da economia e a internacionalização do capital, é necessário o Estado atuar como um mediador das relações, utilizando o Direito para regulamentar essa relação. Contudo, com a globalização, as empresas sempre visam criar mecanismos para obter uma maior eficiência na sua produção e,

¹ Graduada em Direito pela Universidade Positivo (2013). Especialista em Direito Tributário (UP). Especialista em Relações Internacionais e Diplomacia (UNICURITIBA). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Especialista em Direito Civil (LFG). Especialista em Direito Público (ESMAFE). Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia (UNIBRASIL).

² Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL (2018). Advogado. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário UniDOM em Curitiba (PR) (2015). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2016-2017). Membro do Grupo de Pesquisa do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES) da PUCPR (2017). Membro do Grupo de Pesquisa do NUPECONST - Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil (2018)

com a constante busca na redução dos custos, fazendo com que as empresas busquem lugares onde os custos de produção sejam os mais baixos possíveis e consequentemente, obter maior lucratividade.

Atualmente, as corporações transnacionais detêm um alto poder econômico, buscam se instalar em países, onde não há uma legislação/fiscalização rígida de proteção dos direitos trabalhistas, pois, esses Estados dependem daquele capital para desenvolver sua economia, se tornando refém deste capital, precarizando as condições e os direitos dos cidadãos.

Uma forma de se evitar as infrações das corporações transnacionais sobre os direitos humanos e do trabalho decente, seria a efetivação de um documento elaborado por uma organização sem fins lucrativos, a Shift, junto com o professor John Ruggie.

O documento é os princípios orientadores sobre empresas e Direitos Humanos, que é um conjunto de medidas, onde os Estados se comprometem a responsabilizar a nível internacional também as corporações controladoras das empresas que desrespeitam os Direitos Humanos, sendo uma forma de privatização dos Direitos Humanos.

Dessa forma, será possível aumentar a efetividade de proteção, pois não será o Estado que promoverá uma sanção para corporação infratora e sim, um organismo internacional, que possui mais poder de coerção do que somente um Estado.

Portanto, a presente pesquisa está sendo feita por meio da pesquisa hipotético-dedutivo e composta por três tópicos, no primeiro tópico o tema abordado é a evolução histórica das empresas a partir das Revoluções Industriais até chegar as corporações transnacionais, pois será possível estabelecer a relação das fabricas com o Direito do Trabalho; no segundo tópico o tema abordado é a questão dos tratados internacionais de direitos humanos e a questão do trabalho decente e sua importância no mundo globalizado; no terceiro tópico o tema abordado é a responsabilização das corporações transnacionais nos casos de violações de direitos humanos e do trabalho decente, bem como, a necessidade aprimorar os sistemas de proteção destes direitos.

2 A GLOBALIZAÇÃO DAS EMPRESAS E A TRANSFORMAÇÃO PARA AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Antes das empresas serem globais ou transnacionais como nos dias atuais, a produção das fábricas das empresas e comércio dos seus produtos produzidos nas fábricas eram regionais, que se iniciou com a Revolução Industrial.

Silva (2013, p.181-192) destaca que, após a Revolução Francesa surgiu a Revolução Industrial que, no final do séc. XVIII e início do séc. XIX tenha produzido na história, um avanço nos procedimentos e nos modelos produção, também produziu outra versão da história, que inclui o aumento intensivo e extensivo da jornada de trabalho, a incorporação das mulheres e crianças à força de trabalho industrial, precarizando as condições de trabalho.

Sendo que a produção das empresas antes da Revolução Industrial, era executada de forma artesanal no seu país sede da fábrica e a comercialização do seu produto era limitada na região onde a empresa estava sediada. Mas com a Primeira Revolução Industrial, possibilitou um aumento de produtividade nas fábricas, com a mecanização da produção industrial, mas formato estrutural da empresa estava sediada no país onde estava instalada e exportava o seu produto para um outro país, uma empresa nacional internacionalizando a marca em outro país, com intuito de aumentar a sua lucratividade, entrando em um mercado estrangeiro e concorrer com o produto da região.

Ocorre que, somente com a Segunda Revolução Industrial, houve a necessidade de aprimorar a eficiência e lucratividade, houve a migração de filiais das empresas para determinados países, a fim de melhorar a logística e reduzir custos para empresa do país sede, fazendo com que as empresas da nação de origem, tivesse contato se estabelecesse em outros países para atender a demanda local, tornando-se empresas multinacionais.

Com os efeitos da Crise do Petróleo na década de 1970, ergue-se um novo modelo de produção industrial, modelo implementado na fábrica de veículos Toyota, o toyotismo conforme conceitua Miraglia (2008, p. 65) “O modelo toyotista de produção impõe às empresas uma concentração maior na sua atividade fim e torna a estrutura mais enxuta, com a desconcentração dos serviços não essenciais”.

Surge os empreendimentos terceirizados, com a finalidade de suprir esta demanda e assim, gravitando como satélite destas empresas que necessitam descentralizar suas atividades, esses empreendimentos terceirizados poderiam estar situados em países com baixa regulamentação trabalhista e baixo custo de produção, como por exemplo, produção de peças em diversos países e montado no país em que será vendido o produto.

Neste sentido, os autores Stolz, Souza e Opuszka (2016, p.100) destacam os reflexos que esta Revolução trouxe para as empresas, fazendo com elas se mantenham conectadas em forma de rede, entre elas:

A revolução tecnológica e a convergência digital facilitaram a produção a nível global, convertendo em paradigma da unidade produtiva a chamada empresa em rede – aquela que tem como principal característica a organização a partir da conexão de suas competências essenciais e um alto nível de interfaces com outras empresas também componentes da rede. Tais características implicam, ademais, um aumento do volume de transações, quando comparado com uma organização verticalmente integrada.

O toyotismo caracterizou a Terceira Revolução Industrial ou Revolução Tecnológica, onde houve uma informatizando as comunicações das empresas e que permitiu a automação da produção dos seus produtos, com a informatização (computadores pessoais e a internet) entram na fábrica para automatizar tarefas mecânicas e repetitivas, possibilitando a globalização das economias e das empresas. Possibilitando flexibilizar a produção, utilizando mão de obra mais barata possível, conforme a demanda, com a finalidade de aumentar a produtividade e reduzir custos operacionais, para ter maior competitividade no mercado global.

Bomfim (2010, p.5) destaca os efeitos que a globalização das empresas e da comunicação trouxe, para as econômicas e principalmente para o mercado de trabalho:

A globalização é o processo mundial de integração de sistemas, de culturas, de produção, de economias, do mercado de trabalho, conectando comunidades e interligando o mundo através de redes de comunicação e demais instrumentos tecnológicos, quebrando fronteiras e barreiras. Acarreta transformações na ordem econômica e política e

econômica mundial, abalando principalmente países de economia mais frágil.

A referida autora (2010, p.39) destaca os pontos sobre a revolução tecnológica foi feita em decorrência da necessidade de se superar uma crise econômica, fazendo que fosse necessário a redução de custos, visando melhores preços e mantendo a qualidade, para que as empresas se mantivessem competitivas no mercado global:

A revolução tecnológica, a globalização da economia e a crise econômica enfrentada por alguns países, acirraram as disputas entre os mercados internacionais, aumentando a competitividade, demandando inovações constantes e revisão da legislação interna, obrigando a redução de custos, na busca de melhores preços e qualidade de produto. Por outro lado, a união entre as telecomunicações e a informática permitiu acelerar o acesso às informações, aumentar as negociações financeiras, que podem até ser simultâneas e quebrar barreiras internacionais para facilitar a compra e venda de qualquer produto, mesmo que oferecido em outro país. Todos esses processos favorecem a integração dos mercados.

Desta maneira, conclui-se que um dos filhos da globalização das economias ou de mercado global, foi a flexibilização dos direitos trabalhistas, com intuito de reduzir os custos operacionais da empresa, precarizando e desregulamentando as relações de trabalho, conforme o autor Nascimento (2011, p.54) destaca:

Os principais fatos que o motivaram são conhecidos: as modificações dos processos de produção, a nova tecnologia, a robotização industrial, o desemprego e o subemprego, o desenvolvimento do setor de serviços, a economia de mercado e a evidência do desgaste da legislação operária ou industrial para uma sociedade nova.

A precarização e desregulamentação realizada pelos Estados, evidenciam as desigualdades sociais dos países e a ineficiência do poder estatal, neste sentido, os autores Izuta e Knih (2018, p. 333) destacam a realidade brasileira:

As desigualdades sociais, desde do século XXI é considerado um fator de retrocesso ao desenvolvimento econômico de um país, pois a desigualdade social consiste em alguns tipos de desigualdades como: de gênero, racial, etária, de classes, por exemplo. Sendo que, no Brasil a desigualdade social ainda é notória, tendo como principais causas a falta de ensino de qualidade, baixos salários e dificuldade a acesso de serviços básicos; por consequência gera uma favelização, pobreza, desempregos ou sub-empregos, violência, entre outros problemas.

É neste cenário da busca incessante do lucro e do controle do poder econômico das empresas, que o Direito entra em um papel central, como um mecanismo para regulamentar e reduzir as desigualdades sociais, um dos exemplos de equilíbrio que o Estado traz para o privado é o Direito do Trabalho. Pois, ele visa compensar a inferioridade jurídica do trabalhador, lhe conferindo direitos mínimos, impostos por uma legislação rígida, ou seja, o Estado passa a proteger este hipossuficiente sobre o capital das empresas.

Os autores Stolz, Souza e Opuszka(2016, p.101) constataam que há um debilitamento do Estado de acompanhar as evoluções tecnológicas e que só ordenamento jurídico nacional, já demonstra sinais não é suficiente que para proteger o trabalhador, necessitando recorrer aos órgãos de proteção internacional de direitos humanos e do trabalho:

Na contramão da remodelação empresarial, com vistas a se fortificar, constata-se o debilitamento do Estado acirrado, sobretudo, pela globalização da economia e pela perda dos espaços nacionais desbordados por unidades econômicas que transcendem suas fronteiras – circunstancia que acaba provocando a perda de controle sobre elas.

(...)

Nesse cenário em que os paradigmas do mundo do trabalho se transformaram substancialmente, necessita-se de uma regulamentação ampla e que não pode advir somente dos ordenamentos nacionais, mas também do Direito Internacional e, em particular, do Direito Internacional do Trabalho.

Neste sentido, o professor Ruggie (2014, p.26) o problema atual, quando se fala em corporações transnacionais e direitos humanos, sendo que é o problema central do presente artigo:

Corporações multinacionais se tornaram o foco central das preocupações sobre empresas e direitos humanos porque seu âmbito e poder se expandiram além do alcance de sistemas eficientes de governança pública, criando ambientes permissivos para atos abusivos por parte das companhias, sem sanções ou reparações adequadas.

Atualmente as empresas estão passando por uma nova transformação, a chamada Indústria 4.0, que é uma evolução do modelo de produção do toyotismo, caracterizada por um conjunto de tecnologias que permitem a fusão do mundo físico, digital e biológico. E, até o presente momento, os organismos internacionais de direitos humanos e de proteção ao trabalhador não estão conseguindo acompanhar os avanços tecnológicos, necessitando de um aprimoramento no sistema de proteção, principalmente que as violações decorrem de atos de corporações transnacionais e que impõe por meio de seu poder econômico, barreiras para impedir que os Estados nacionais tomem alguma medida para responsabilizar estas corporações sobre os seus atos.

3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O TRABALHO DECENTE

Conforme já destacado anteriormente, a globalização da economia dos Estados nasceu em decorrência da migração/expansão das empresas para outros países. Permitindo as empresas aumentar sua lucratividade com acesso a diversos mercados em outros países, mas para isso, muitas vezes as empresas precisam se instalar em determinados países estratégicos, para atender uma região, vez que a produção de seu produto no país de origem para exportação não compensaria se fosse produzido localmente.

Ocorre que, desde da Revolução Industrial, intensificou-se a abundante e barata produção, precarizando o trabalho, os riscos à saúde e à integridade física do trabalhador. Objetivando o lucro, provocando a exploração dos trabalhadores e seu estado de miséria, pois era tempo de desproteção da atividade laboral e o homem era mero instrumento (mercadoria) de produção como cita Mascaro do Nascimento (2014, p.1003)

A professora Waldruff (2004, p.48) cita que, com mecanização de setores produtivos na Europa no século XVIII, a

partir da Revolução Industrial, trouxe mudanças na relação de trabalho na época, entretanto, agravou inúmeros problemas sociais ao invés de ter “tornado o trabalho menos penoso e humano.”.

A necessidade de uma regulamentação por parte do Estado, após luta dos trabalhadores por melhores condições, é dessa premissa que o Direito do trabalho surgiu, visando compensar a inferioridade jurídica do trabalhador, lhe conferindo direitos mínimos, impostos por uma legislação rígida, ou seja, o Estado passa a proteger este hipossuficiente. Corroborando neste entendimento, o autor Romita (2012, p.405) destaca a importância do Direito do Trabalho no tocante da matéria dos direitos humanos:

O Direito do Trabalho da sociedade pós-industrial gira em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com a finalidade de implantar o império da dignidade do trabalhador como pessoa humana, como ser que produz em benefício da sociedade. No desempenho dessa tarefa, os direitos fundamentais exercem dupla função: limitam o exercício do poder do empregador no curso da relação de emprego e representam barreira oposta à flexibilização das condições de trabalho mediante negociação coletiva.

Porém, somente em decorrência das consequências da Segunda Guerra Mundial, do nazismo e fascismo, que cometiam atos contrários aos direitos humanos, mesmo amparados por norma constitucional, percebeu-se que não era suficiente cercear atos contra a dignidade da pessoa humana. Com isso, a necessidade de uma universalização de direitos, ocorreu através da Declaração dos Direitos do Homem em 1948, positivando os princípios norteadores da: liberdade, igualdade e fraternidade, que foram os objetivos da Revolução Francesa na época.

Consonante a este entendimento, o autor Comparato (2015, p.238) também faz alusão a Declaração dos Direitos do Homem com a Revolução Francesa:

Seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano

nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.

Ainda, no âmbito internacional, mas focado no continente americano, temos a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San Jose da Costa Rica, que é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos – OEA, que tem por objetivo efetivar os direitos humanos, bem como o direito ao trabalho, o Pacto foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 678, de 06.11.1992. Neste sentido, os países do continente americano se comprometem a respeitar os direitos e liberdades do ser humano para o desenvolvimento da sociedade, conforme destaca o preâmbulo da referida convenção:

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; (BRASIL, 1992a)

Desta maneira, Pacto de San José da Costa Rica visa sempre a progressividade dos direitos, por meio da cooperação internacional:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Ademais, no âmbito de proteção do direito ao trabalho a nível internacional, temos o Protocolo de San Salvador, que foi internalizado por meio do Decreto nº 3.321 de 30 de dezembro de 1999, ressaltando importância do direito ao trabalho e que, este trabalho tenha condições mínimas dos trabalhadores no continente americano:

Artigo 6

Direito ao trabalho

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.
2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

Bem como, em seu artigo 7, prevê o reconhecimento da proteção do trabalhador, estabelecendo limites para que os Estados membros tomem políticas públicas para efetivar direitos mínimos para os trabalhadores, impedindo eventuais abusos e busca a todo custo no lucro das empresas.

Atualmente, nas relações de trabalho a nível proteção internacional, temos como objetivo o trabalho decente, o termo surgiu na Organização Internacional do Trabalho com a Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e sua implantação adotada em 1998, diante de uma preocupação por parte da OIT aos problemas relacionados às pessoas com “necessidades sociais especiais”, tendo como objetivo o equilíbrio e o vínculo entre crescimento econômico e progresso social.

Essa declaração, foi importante para reafirmar a importância do trabalho na sociedade, bem como, destacar os objetivos que os Estados devem atingir, na promoção e conquista do progresso e da justiça social em um ambiente em constante evolução.

Os alicerces do trabalho decente segundo a OIT, decorrem da:

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e
- d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Lembrando que, a única que ainda não foi ratificada no Brasil, foi a Convenção nº 87, que versa sobre a liberdade sindical, pois entrara em colisão com o art. 8º da CF/88, que prevê a unicidade sindical. Infelizmente, o Brasil não cumpre plenamente a Constituição da OIT e as Convenções fundamentais, para atingir o trabalho decente.

Sendo que, o trabalho decente é um meio de ascensão social das pessoas, pois é importante instrumento para redução das desigualdades sociais e efetivação de outros direitos fundamentais, bem como erradicar a pobreza e a exclusão social. Para isso, o Estado deve criar um equilíbrio para que haja um desenvolvimento sustentável da economia, pautada na valorização do trabalho e também na livre iniciativa, conforme preconiza o mandamento constitucional.

Cabe destacar que a ONU, estabeleceu um Marco de Parceria, busca traçar objetivos comuns para atender as necessidades de desenvolvimento do país, ou seja, o documento orienta a atuação com o sistema da ONU que o governo brasileiro para superar as múltiplas desigualdades ainda presentes na sociedade e no Estado brasileiro, principalmente para que o país cumpra com a Agenda 2030, uma agenda de desenvolvimento global proposto pelas Nações Unidas.

A Agenda 2030 estabelece objetivos para que todos os países membros para que busquem o desenvolvimento sustentável, são 17 novos objetivos de desenvolvimento sustentável, sendo que o Objetivo 8 é especificadamente referente ao trabalho decente.

Contudo, em caso de descumprimento de alguma norma internacional, a sanção internacional vai para o Estado membro que se comprometeu com os tratados e a Agenda 2030, mas as empresas que cometem as violações de direitos humanos não sofrem nenhuma sanção internacional. Sendo necessário, uma reformulação na vinculação dos tratados de direitos humanos, para as empresas, conforme o tópico a seguir a ser abordado.

Principalmente, que atualmente as corporações transnacionais detêm capital suficiente para terem mais poder econômico que a maioria dos Estados que fazem parte da ONU e, não há uma responsabilização para as empresas controladoras das empresas que cometem desrespeitos aos tratados de direitos humanos e normas internacionais do trabalho, neste sentido Ruggie (2014, p.36) destaca a dificuldade de enquadrar essas empresas transnacionais em alguma jurisdição, necessitando de regulamentação para obter alguma reparação destas empresas:

Multinacionais funcionam como órgãos mundialmente integrados ou “grupos”. Mas, legalmente, a companhia controladora e todas as subsidiárias são interpretadas como “uma personalidade jurídica separada”, sujeita às jurisdições individuais nas quais elas estão constituídas. Portanto, a companhia controladora geralmente não é responsabilizada pelos erros cometidos por uma subsidiária, de maneira que ela possa ser vista como um mero agente. Por isso é extremamente difícil a qualquer jurisdição regulamentar as atividades gerais das multinacionais, o que distancia as vítimas de abusos cometidos pelas corporações de obter a reparação adequada.

Sendo que, não há uma legislação internacional específica, para a responsabilização das empresas, nos casos de desrespeito a tratados de direitos humanos e convenções da OIT, necessitando uma mudança/atualização no Direito Internacional, conforme o próximo tópico a ser abordado.

4 A NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CORPORATIVA PARA O CUMPRIMENTO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Conforme já abordado nos tópicos anteriores, com a globalização o dumping social causa muitos problemas, entre os Estados e que os interesses das empresas se sobrepõe ao interesse da sociedade e do trabalhador.

A globalização do capital fez com que as empresas se tornassem transnacionais, não havendo barreiras no comércio dos produtos, sendo que o capital é o que move o mundo globalizando, tornando essas empresas com grande poder econômico perante os Estados que não possui forças o suficiente para impor medidas que

impeça que as corporações desrespeitem os tratados de direitos humanos e respeitem o trabalho decente.

Neste sentido, cabe destacar o entendimento de Ruggie (2014, p.28):

Ao mesmo tempo, inovações nos campos do transporte e da tecnologia de comunicações tornaram essas operações globais economicamente viáveis e quase perfeitas. Mas normas de proteção das pessoas e do meio ambiente dos efeitos negativos desses avanços não mantiveram o mesmo ritmo. Industrias no mundo desenvolvido adotaram novos modelos de negócio, abastecendo-se em países no exterior com baixos custos de produção e regulamentação fraca.

Desta forma, a globalização do capital das corporações, permitiram o rompimento de barreiras, como as fronteiras comerciais e a internacionalização da mão de obra. Corroborando com este entendimento, os autores Alkimin e Nascimento (2016, p.241) destacam essa relação sobre a globalização do capital:

Outro efeito da globalização foi a internacionalização do capital e redução de barreiras do comércio, com abertura das fronteiras comerciais para livre exportação e importação, além da internacionalização da mão de obra com livre circulação de trabalhadores nacionais e estrangeiros.

Neste ponto, cabe destacar que as maiores empresas transnacionais, possuem mais capital do que muitos PIB's de Estados e que, de acordo com uma organização³ britânica sem fins lucrativos, analisou que as 10 maiores empresas do mundo somadas, possuem o equivalente ao PIB de 180 países mais pobres somados⁴.

Neste sentido, a autora Bomfim (2010, p.39) destaca as consequências que o capital das corporações pode fazer com os

³ Disponível em: <https://www.globaljustice.org.uk/news/2016/sep/12/10-biggest-corporations-make-more-money-most-countries-world-combined>
Acesso em 02/09/2018.

⁴ Disponível em: <https://www.jn.pt/economia/interior/dez-multinacionais-mais-ricas-do-que-180-paises-5418142.html> Acesso em 02/09/2018.

Estados dependem do seu capital para se desenvolver economicamente:

Como resultado do cenário atual decorrente da globalização da economia as instituições estão passando por uma redefinição política, afetando a função do Estado, sua competência, liberdade e capacidade de decisão.

(...)

As forças do mercado colaboram para aumentar as diferenças sociais entre os países e diminuir as forças dos Estados menos favorecidos.

Neste sentido, os autores Kaway e Vidal (2016, p. 270) alertam esses riscos que podem acarretar na sociedade e principalmente, no trabalhador que tem seu trabalho precarizado por causa da falta de poder que o Estado tem sobre as corporações transnacionais:

Considerando esses aspectos, podemos afirmar que as empresas multinacionais podem interferir diretamente nas legislações trabalhistas nacionais, já que possuem um poder de barganha muito grande, principalmente nos países em desenvolvimento e carentes de investimento externo. Estas empresas pressionam os Estados a não acordarem entre si sobre uma legislação trabalhista internacional, pois com ela o “mercado de legislações trabalhistas” desapareceria, e todo investimento feito em países com base nesse dado de legislação vantajosa às empresas perderia.

Ocorre que, para que esses países em desenvolvimento recebam estas corporações transnacionais, os Estados utilizam mecanismos para atrair este capital estrangeiro, para que haja uma redução no custo operacional da empresa transnacionais perante a concorrência, melhorando a competitividade perante ao mercado global.

Neste sentido, cabe destacar Maliska (2006, p.65) sobre os efeitos do capital exerce sobre os Estados:

A globalização econômica, dessa forma, é um fator que participa do processo de alteração das características do Estado Moderno. Ela intensifica o enfraquecimento das decisões políticas nacionais, através da pressão econômica que exerce o Capital sobre os governos, em

especial, mas não exclusivamente, dos chamados países em desenvolvimento. É necessário anotar que o processo é contraditório, pois, quanto mais os Estados se adaptam aquilo que o chamado “Mercado” exige, mais eles retiram poder de suas competências. Quanto mais desregulação, menos poder aos Estados. Nos momentos de crise, os Estados percebem muito bem o quanto diminuiu o campo de atuação estatal.

Portanto, a maioria dos Estados do mundo, não tem poder suficiente para combater e forçar as corporações transnacionais a respeitar e promover os tratados de direitos humanos e o trabalho decente, sozinho. Pois, cabe destacar que, de nada adianta ter um sistema de proteção nacional de direitos humanos e ao trabalhador, com respeito aos tratados e convenções internacionais, se um outro Estado oferece condições melhores para que o capital desta corporação transnacional possa reduzir o seu custo operacional e aumentar o lucro, com uma legislação trabalhista mais flexível ou que os sindicatos são poucos representativos.

Neste sentido, os autores Casagrande e Antunes (2014, p.379) pontifica os danos causados pela esta prática:

A redução dos custos da mão de obra pode ser obtida tanto pela violação direta dos direitos dos trabalhadores de determinada empresa, como pela prática cada vez mais frequente de transferência de unidades produtivas para países ou regiões nos quais não são respeitados padrões laborais mínimos.

Os autores Dutra e Santos (2017, p. 193) destacam os problemas que causam ao trabalhador que sofre da empresa pratica abusa da mão de obra do trabalhador, sem um Estado forte o suficiente para impedir esses abusos:

À medida que um empregador negligencia os direitos trabalhistas (que são uma medida de equalização frente ao seu poder de barganha contra a fragilidade do trabalhador que necessita prover sua subsistência), ele atinge toda a ordem econômica de um segmento social, interferindo até mesmo em aspectos comportamentais que impedem que o trabalhador desenvolva-se enquanto ser pensante, já que muitas vezes passa a não obter o mínimo para sua subsistência e de seus familiares, sacrificando assim o acesso a informação e cultura.

Para os autores Souto Maior, Moreira e Severo (2014, p.20) entendem que esta pratica deve sofrer alguma sanção:

Não estamos, pois, tratando de mera delinquência patrimonial, de um ato que tenha repercussão apenas nas esferas individuais do agressor e o ofendido, ainda que receba repúdio social. Trata-se de uma prática organizada, deliberada, que atinge, reflexivamente, o sistema econômico, com prejuízo difuso para toda a sociedade

Contudo, é possível haver uma sanção para as corporações transnacionais a nível nacional, mas sua eficácia pode ser contestada, vez que um Estado promova uma sanção a esta corporação, pode refletir em demissões de trabalhadores ou aumento de preço do produto, neste Estado que fez a sanção, o que politicamente não é favorável, tampouco, para a sociedade, pois ela que terá de arcar com os reflexos e de forma indireta, pagar a sanção com a perda de emprego ou pagar mais sobre o produto da empresa.

O professor John Ruggie, durante o seu trabalho na ONU entre 2005 e 2011, em conjunto com uma organização não governamental a Shift⁵, desenvolveram princípios orientadores que estabelecem um padrão global de autoridade sobre os respectivos papéis das empresas e dos governos, com a finalidade de ajudar a garantir o respeito aos direitos humanos pelas empresas em suas operações e relações de negócios.

Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos⁶ são pautados em três pilares:

1. O dever do Estado e proteger contra abusos cometidos contra os direitos humanos por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas, regulamentação e julgamento apropriados;
2. A responsabilidade independente das empresas de respeitar os direitos humanos, o que significa realizar processos de auditoria (*duediligence*) para evitar a violação dos direitos de outros e abordar os impactos negativos com os quais as empresas estão envolvidas;
3. A necessidade de maior acesso das vítimas à reparação efetiva, por meio de ações judiciais e extrajudiciais.

⁵ Disponível em: <https://www.shiftproject.org/> Acesso em 20/11/2018

⁶ Disponível em Inglês:
https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf
Acesso em 20/11/2018

O professor Ruggie (2014, p. 19) destaca a importância da efetividade destes princípios orientadores sobre as empresas a nível internacional:

As normas teriam imposto às companhias, dentro de sua “esfera de influência”, os mesmos deveres referentes aos direitos humanos que os governos aceitaram para si próprios, mediante tratados ratificados por eles: “Para promover, garantir o cumprimento de, respeitar, garantir o respeito a e proteger os direitos humanos”.

O referido professor (2014, p.23) conclui que as empresas e os Estados devem sempre “Proteger, respeitar e remediar” os direitos humanos, ou seja, “os Estados devem proteger, as companhias devem respeitar, e aqueles que foram prejudicados devem ser indenizados”.

Cabe ressaltar, que não existe até o presente momento, alguma lei ou tratado internacional que vinculem a responsabilidade e a possibilidade de condenação das empresas em casos de desrespeito aos tratados de direitos humanos e do trabalho decente.

Desta forma, somente com a efetivação dos princípios orientadores sobre empresas e Direitos Humanos, por meio de tratado ou convenção internacional, onde os Estados se comprometem a responsabilizar a nível internacional também as corporações controladoras das empresas que desrespeitam os Direitos Humanos, será possível aumentar a efetividade de proteção, pois não será o Estado que promoverá uma sanção para a corporação infratora e sim, um organismo internacional, que possui mais poder de coerção do que somente um Estado.

Veja que muitas corporações transnacionais têm poder econômico maior que muitos Estados e que, não há uma responsabilização para as empresas que cometem infrações de direitos humanos, necessitando que haja entre os Estados uma integração para combater esse mal.

5 CONCLUSÃO

Neste breve ensaio, foram analisados importantes temas ligados à responsabilização das corporações transnacionais em caso de violações de tratados de direitos humanos e do trabalho decente.

Com isso, foi possível verificar que as empresas estão em constata evolução, tornando-se em conglomerados/corporações transnacionais, o capital se tornou global, entretanto, o véu protetivo do Estado ainda se encontra limitado as suas fronteiras, criando um desequilíbrio entre o poder econômico e sistema de proteção dos direitos humanos e do trabalho decente.

Esse fato decorre, principalmente com globalização das economias ou mercado está globalizado, fazendo com que as corporações alcancem um poder econômico até superior a de um Estado. Sendo que, as maiores empresas do mundo, tem o equivalente a 80% do PIB dos Estados que fazem parte da ONU, conforme já abordado na presente obra.

Tendo em vista que, os Estados que estão em desenvolvimento, dependem desse capital para efetivar outros direitos para sociedade, como direito ao trabalho, à saúde, à educação, etc. Vez que o capital destas corporações gera empregos, impostos, por exemplo, mas em contrapartida exige algo em troca para que seja vantajoso a manutenção do seu capital neste Estado em desenvolvimento. Para tanto, influência nas políticas públicas destes Estados, exigindo um alto grau de flexibilização nas leis trabalhistas, redução do poder dos sindicatos.

De nada adianta um Estado aplicar alguma sanção a uma corporação transnacional, se quem vai pagar vai ser a população deste Estado, com o desemprego e aumento de preços dos produtos, para aumentar a margem de lucro e amortizar essa sanção imposta. O fato é que a maioria dos Estados que fazem parte da ONU, não possuem força suficiente para poder combater a força do capital das empresas transnacionais, ficando refém deste poder econômico, gerando retrocessos sociais com violações aos direitos humanos e o trabalho decente.

Cabe ressaltar, que não há uma legislação internacional especifica, para a responsabilização das empresas, nos casos de desrespeito a tratados de direitos humanos e convenções da OIT, necessitando uma mudança/atualização no sistema de proteção dos direitos humanos e do trabalho.

Uma forma de responsabilizar as corporações transnacionais, seria a efetivação dos princípios orientadores sobre empresas e Direitos Humanos, por meio de tratado ou convenção internacional, onde os Estados se comprometem a responsabilizar a nível

internacional também as corporações controladoras das empresas que desrespeitam os Direitos Humanos, será possível aumentar a efetividade de proteção, pois não será o Estado que promoverá uma sanção para corporação infratora e sim, um organismo internacional, que possui mais poder de coerção do que somente um Estado.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, M. A. ; NASCIMENTO, G. A. F. . **Dumping social: análise à luz da eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores e das medidas antidumping**. In: Lincoln Zub Dutra. (Org.). *Dumping Social no Direito do Trabalho e no Direito Econômico*. 1ed. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 227-256.

BOMFIM, Vólia. **Princípios Trabalhistas, novas profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2010

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 jul. 2018. Sem paginação.

_____. Ministério da Indústria e Comércio. **Agenda brasileira para Indústria 4.0**. Disponível em: <http://www.industria40.gov.br/> Acesso em 20/08/2018

CASAGRANDE, Lilian Patrícia; ANTUNES, T. C. M. . **O dumping social e a proteção aos direitos sociais dos trabalhadores**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, v. 9, p. 1, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. São Paulo Saraiva 2015 1 recurso online ISBN 9788502627383 .

DUTRA, L. Z.; SANTOS, Samuel Lima dos . **A prática do dumping social como ofensa à dimensão objetiva do direito fundamental ao trabalho**. In: Lincoln Zub Dutra. (Org.). *Direito Fundamental ao Trabalho: O Valor Social do Trabalho*. 1ed. CURITIBA: Juruá, 2016, v. 1, p. 177-202.

IZUTA, Thierry G; KNIHS, K. K. . **Trabalho Decente como escopo para reduzir as desigualdades sociais no Brasil**. In: Camila Salgueiro da Purificação Marques (Cord.); Maria Augusta Oliveira de Souza (Org.); Bibiana Fontana (Org.); Olga Maria Queiroz Krieger (Org.). *Questões Sociais e Jurídicas na Efetivação da Democracia no Brasil*. 1ed. Florianópolis: Habitus, 2018, v. 1, p. 325-344.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Renovar.2006 (213 p.)

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo Saraiva 2011

OEA - Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.**

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em 20/08/2018

_____. **Protocolo de San Salvador.** Disponível em:

http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm Acesso em 20/08/2018

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho.** Genebra, 1998. Disponível em http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf. Acesso em 08/07/2018

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 4. ed., rev. e aum. São Paulo: LTr, 2012 451 p. ISBN 978-85-361-2144-4 (broch.)

RUGGIE, John Gerard. **Quando Negócios não são apenas Negócios: As Corporações Multinacionais e os Direitos Humanos.** Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

STOLZ, Sheila.; SOUZA, D. G. ; OPUSZKA, Paulo Ricardo . **Os direitos sociais fundamentais à saúde e ao meio ambiente de trabalho equilibrado: o Direito do Trabalho frente aos desafios do século XXI.** In: Eduardo Bicchí Gomes; Paulo Ricardo Schier. (Org.). Direitos Fundamentais e Sociais: a pessoa humana em um mundo em crise. 1ed. Curitiba: Instituto Memória Editora. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016, v. 1, p. 99-144.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Antônio R. de Oliveira. **A flexibilização da jornada de trabalho e seus reflexos na saúde do trabalhador.** Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 77, n. 2, ex. 1, p. 181-192, fev. 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2014. 157 p. ISBN 978-85-361-2809-2.

VIDAL, P. W. G. T.; KAWAY, Mina (Mina Kaway) .**Dumping Social: relação dos sujeitos de direito público interno e externo com as normas de trabalho.** In: Lincoln Zub Dutra. (Org.). Dumping Social no Direito do Trabalho e no Direito Econômico. 1ed.: , 2016, v. , p. 257

WALDRAFF, Cristiane Budel. **Princípio protetivo versus flexibilização.** In: WALDRAFF, Celio Horst, 1964 - (coord.). Temas de Direito do Trabalho. Curitiba: Genesis, 2004.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A MITIGAÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Andréa Grandini José Tessaro¹

Ariane Fernandes de Oliveira²

1 INTRODUÇÃO

Não se pode olvidar que é dever do Estado oferecer a tutela jurisdicional a todos que dele se socorrem, não podendo admitir-se que os direitos pereçam por falta de acesso à justiça. Foi justamente a preocupação com o acesso à justiça que demandou esforços para a implantação dos Juizados Especiais, tribunais especiais destinados à solução de causas de menor complexidade e valor. A Lei 9.099/95 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e substituiu os antigos Juizados de Pequenas Causas, cujos objetivos e princípios norteadores eram basicamente os mesmos. É possível dizer que, de certa forma, os atuais Juizados Especiais se serviram da prática implantada e em funcionamento naqueles antigos Juizados de Pequenas Causas.

Essa onda de acesso à justiça foi inicialmente sentida no Rio Grande do Sul e São Paulo, por meio dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem e juizados informais de conciliação, respectivamente.

¹ Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade pela Univille/SC. Bacharel em Direito pela Associação Catarinense de Ensino- ACE e Licenciada em Pedagogia pela Universidade do Estado de Santa Catarina – UNISUL. Especialista em Direito Processual Civil (Universidade do Contestado) e em Gestão da Modernização d Poder Judiciário (UNISUL). Oficial da Infância e Juventude lotada na Comarca de Garuva/SC). Professora das disciplinas de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direitos da Criança e Do Adolescente e Núcleo de Prática Jurídica da Unisoesc. Professora do Grupo Anima Educação.

² Advogada. Bacharel em Direito Pela Faculdade do Litoral Paranaense – ISEPE/Guaratuba.

Posteriormente foram criados os juizados especiais de pequenas causas (Lei nº 7.244/84), conforme lição de Dinamarco (2009).

O Estado do Rio Grande do Sul foi o estado pioneiro na implantação deste sistema, que foi criado com o propósito de propiciar o acesso à justiça ao povo mais humilde, desprovido de capacidade econômica, ou seja, resolver gratuitamente causas consideradas simples.(POLETO, 2010).

Tourinho Neto (2010, p. 67) esclarece que a Lei 9.099/1995 é fruto do Projeto de Lei 1.489-B, com substitutivo do Senado por meio do Projeto 1.480-C e, por último, do 1.480-D, todos editados em 1989, que termina por colocar uma pá de cal na discutível questão da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, nos termos do que dispõe o art. 98, I, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Antecedida pela Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984, que instituiu os Juizados Especiais de Pequenas Causas, a Lei 9.099/95 objetiva processar e julgar as causas de menor complexidade e de reduzido valor econômico, orientado pelos critérios da oralidade simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes.

Em face da vigência da nova Lei, o texto normativo acima mencionado foi completamente revogado, para dar mais eficiência e eficácia no processamento das demandas consideradas de baixa complexidade, bem como das causas cujo valor não ultrapassasse o limite de quarenta salários mínimos vigentes no país. O microsistema visa, portanto, solucionar pequenos conflitos que não compensavam a movimentação da máquina da justiça tradicional, de modo a tornar mais simples, rápido e eficiente a prestação jurisdicional

Essa nova forma de prestar jurisdição significa, antes de tudo, um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente os da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de leva à liberação da indesejável litigiosidade contida. (FIGUEIRA JUNIOR, 2001, p. 42).

Marinoni e Arenhart (2004) ensinam que o Juizado Especial é o órgão da jurisdição estatal, que constitui a estrutura vinculada ao Poder Judiciário, por expressa determinação constitucional, sendo que os agentes que nele atuam exercem jurisdição e são dotados de atribuição jurisdicional.

Para Nery Junior (2004), os Juizados Especiais situam-se dentro de um microsistema normativo, com preceitos e princípios próprios e, na falta de uma norma própria, e, desde que não afrontados seus princípios, é possível a utilização de outros diplomas, como o Código de Processo Civil.

Os Juizados Especiais Cíveis, incumbidos de conciliar, julgar e executar as causas de menor complexidade, cumprem a missão de abrir as portas do Poder Judiciário às pessoas mais carentes, buscando primordialmente a conciliação.

. Tourinho Neto (2010, p. 69) aclara que:

Tratar a Lei 9.099/95 como uma simples norma procedimental é o maior e mais sério engano que um intérprete pode cometer, pois estará colocando essa norma, de natureza eminentemente processual e de origem constitucional, em vala comum, quando seu escopo precípua encontra norteamentos absolutamente opostos, voltados à criação de uma nova justiça, diferenciada de todas as demais, simples, ágil, segura e efetiva.

O autor defende que essa Lei não pode ser vista com os mesmos olhos que enxergam o processo tradicional; ela exige a fixação de um ponto imaginário em nossa visão, capaz de transpassar o texto em primeiro plano para atingir, então, com profundidade de campo, seus verdadeiros fins sociais.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O *due process of law* é muito mais antigo do que as próprias instituições inglesas, a quem normalmente é atribuída a maternidade do princípio. O ministro Adhemar Ferreira Maciel (1980) afirma que “remonta a mais de cinco séculos antes da era cristã”.

Pamplona (2008) por seu turno, acrescenta que esta seria a origem mais remota daquilo que se pode caracterizar como um Direito invocável por todos, não-escrito. Para a autora, a idéia do justo, a maneira correta de agir, a adequação do ato de Antígona com os valores da época, é o que pode ser chamado de *due process of law*.

O princípio do *due process of law* teve origem na Inglaterra, com reflexos importantes na história constitucional americana. Adotado também pelo Brasil, que sofre a forte influência dos institutos americanos quando da proclamação da República.

Para desenvolver um histórico e definir a situação política e social em que nasceu o princípio do *due process of law*, necessário compreender como ocorreu o processo de colonização da Inglaterra.

No ano de 1066, os normandos, comandados pelo Duque William da Normandia, invadiram a Inglaterra com tropas de cinco mil cavaleiros e seis mil soldados, instalando-se, destarte, o sistema feudal, reservando-se ao soberano a propriedade do solo conquistado, e distribuindo-se aos barões normandos o respectivo uso. (LIMA, 1999 apud MESQUITA, 2003).

A partir de então, William e seus sucessores Henrique I e Henrique II passaram a reinar despoticamente e, para evitar rebeliões, concediam, constantemente, cartas de franquia. (SILVEIRA, 1997).

Ricardo Coração de Leão assumiu o trono inglês após a morte de seu pai, Henrique II, tendo seu reinado perdurado de 1189 a 1199. Durante esse período, confiou ao irmão João sem Terra o governo da Irlanda e alguns condados. (Lima, 1983 apud MESQUITA, 2003).

John Lackland era o quarto filho de Henrique II e foi chamado Sem terra porque não foi contemplado pela herança paterna, dividida entre seus irmãos mais velhos. Ocorre que o rei Ricardo, ambicioso e

valente, participou de cruzadas, combatendo os mouros na Palestina, e foi preso na Áustria, sendo libertado somente após o pagamento de resgate, de elevado valor. Nesse ínterim, João Sem Terra difundiu a notícia de que seu irmão não mais retornaria. Entretanto, Ricardo conseguiu retornar à Inglaterra e reiniciar seu governo, porém, morreu logo após um ferimento de flecha sofrido ao tentar tomar o castelo de Limousin. Ainda agonizando, Ricardo Coração de Leão designou João Sem Terra seu sucessor no trono da Inglaterra. (Lima, 1983 apud MESQUITA, 2003).

Durante seu reinado, João Sem Terra externou sua tirania e demonstrou inaptidão para reinar, passando a exigir elevados tributos com o fito de manter seus projetos bélicos, opôs-se ao Clero, tendo sido excomungado em 1209, além de obrigar o cumprimento de obrigações e arrendamentos, além do confisco arbitrário de propriedade para uso próprio. (MOURA, 2000, p.40).

Tanto despotismo fez com que os ingleses se insurgissem contra o soberano, eis que

os desastres, cincas, arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência, então, de toda a Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e humildes, ameaçava desnervar a energia nacional, que se revoltou. (ALTAVILA, 1989, p.47).

Se “de um lado, havia núcleos de saxões insatisfeitos com a submissão aos normandos, que deles retiraram as terras; de outro os próprios nobres normandos que nutriam ferrenha inveja em relação ao poder dos reis”, aponta Pamplona (2008, p.37). Nesse sentido, “a situação era [...] propícia para que as reivindicações dos menos poderosos fossem atendidas”. (PAMPLONA, 2008, 37)

Para os saxões, os nobres normandos e os reis formavam uma hegemonia, restando-lhes somente a submissão ao sistema feudal. Entretanto, entre os nobres e os reis, as duas classes mais poderosas, havia certas diferenças em relação ao poder. Ambas as partes queriam agradar aos saxões, que se aproveitaram da situação para conquistar algumas de suas reivindicações. O rei precisava dos saxões para montar um exército, e para tanto se obrigou a fazer-lhes certas concessões. O feudalismo, preservado pelos nobres, era uma forma de oposição à centralização do rei. Os nobres acabavam diminuindo as obrigações dos saxões - vassalos – para conquistar sua simpatia. Os saxões, querendo restaurar a liberdade de que desfrutavam, aproveitaram a exigência dos nobres por uma norma que limitasse o poder do rei [...]. (PAMPLONA, 2008, p.37-38).

Em 15 de junho de 1215 ocorreu em Runnymede o encontro definitivo entre o rei e os Barões, tendo eles apresentado a João Sem terra um documento denominado Articles of Barons, que serviria de embrião para a redação da Carta Magna. (MESQUITA, 2003).

Escrita em latim, idioma oficial na época,

não estava ao alcance das inteligências comuns e não fossem cópias preventivamente tiradas pelos altos prelados, ter-se-ia perdido, porquanto João Sem Terra não a quis registrar, premeditando sua destruição. (ALTAVILA, 1989, p.148).

A língua utilizada para a redação da Magna Charta espelha uma sociedade hierarquizada, em especial pela linguagem. Daí a afirmação de que a Magna Carta não servia aos interesses da maioria da população. Não havia nenhum problema nas idéias que o texto trazia, mas no idioma. (CASTRO, 1989).

A função primordial deste documento foi limitar o poder real, inibindo as tirânicas manobras de João Sem Terra, e conseqüentemente, garantia aos Barões certos direitos e prerrogativas. A Carta Magna, embora tivesse a forma de promessa unilateral, constitui, na verdade, uma convenção havida entre o rei e os barões, pela qual foram reconhecidos certos privilégios especiais. (COMPARATO, 1999).

Mesquita (2003, p.15) revela que

dentre as disposições trazidas no documento, algumas apresentavam interesse apenas local e conjuntural, enquanto outras ainda podem ser consideradas como o embrião de vários princípios hoje adotados pelos diversos ordenamentos jurídicos [...] Podemos destacar: a liberdade eclesiástica, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, previsão do devido processo legal, livre acesso à justiça, liberdade de locomoção e o direito à propriedade privada.

O referido autor aclara que é preponderante o interesse acerca da Cláusula 39 da Magna Carta, eis que considerado o embrião para a atual garantia do *due process of law*, que dispunha:

nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer modo destruído, nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra eles nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.

E continua:

É de se notar que, em sua forma embrionária, a garantia do devido processo legal estava consubstanciada nas locuções *per legale iudicium parium suorum e per legem terrae*. Tais disposições garantiam aos destinatários da Magna Carta a inviolabilidade de seus direitos – vida, liberdade e propriedade – que poderiam ser atingidos somente na existência de lei anterior e por julgamento legal de seus pares, desvinculando da pessoa do monarca tanto a responsabilidade pela edição de leis quanto o exercício da jurisdição. (MESQUITA, 2003, p.16).

Hodiernamente, a garantia do devido processo legal é conhecida por meio da expressão *due process of law*.

Ao tratar do tema, Castro (1989, p.10 apud MESQUITA 2003 p.17) aduz que

[...] tal locução não foi contemplada pela Carta Magna, somente vindo a substituir a concepção primitiva no ano de 1354, através da edição de uma lei pelo Parlamento Inglês: *Statute of Westminster of the Liberties of London*, em que a novel expressão é curiosamente atribuída a um legislador desconhecido.

Mesquita (2003, p.17) destaca que, “daí em diante, as garantias outorgadas a contragosto por João Sem Terra [...] firmaram-se como um símbolo da liberdade e do desenvolvimento do povo inglês, influenciando o resto do mundo [...]”.

Esta é a gênese do princípio do devido processo legal, até onde é possível identificá-lo.

2.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para compreender o desenvolvimento do devido processo legal, deve-se atentar para o momento histórico em que surgiu o referido princípio no ordenamento jurídico pátrio, bem como sua utilização na história brasileira. No Brasil, a inclusão definitiva e expressa da garantia do *due process of law* veio somente com a Constituição Federal de 1988, que em seu art.5º, LIV, prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo essa ordem complementada pelo inciso LV do mesmo artigo: “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”.

Com grande atraso, e somente na oitava Constituição, trouxe a seu ordenamento jurídico este princípio conquistado pelos barões inglese em 1215, do qual derivam para o processo civil, penal e administrativo uma série de outras garantias. As Constituições anteriores trouxeram garantias

2.2 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES A 1988

Importante determinar em quais momentos o princípio do devido processo legal foi previsto nas Constituições brasileiras e se referida previsão ocorreu de forma expressa ou não. A análise inicia-se com a Constituição Imperial e finda na Constituição Federal de 1988.

Pamplona (2008 apud Bastos) observa que o liberalismo político influenciou a Constituição do Império. Permitia-se a ingerência do governo somente em caráter excepcional, dando-se muita liberdade à atuação da sociedade, não tendo sido

completamente implementada em razão das dificuldades de transporte e comunicações diante de uma imensa faixa territorial.

A Constituição de 1824 não fazia menção ao princípio do devido processo legal. O número “XI” dispunha: “Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta”.

Hodiernamente, esta disposição pode ser identificada como um dos corolários do devido processo legal, tendo em vista que veda o juízo de exceção ou tribunais *ad hoc*, prevendo que não há crime sem lei anterior que o defina, ou pena sem lei que a prescreva.

Percebe-se que, embora não havendo na referida Constituição a previsão expressa do devido processo legal, existe a menção referente a seus princípios densificadores.

A Constituição de 1891 destacou a Declaração de Direitos, contida na Seção II do Título IV, que tratava dos cidadãos brasileiros. Pamplona (2008, p. 70) observa que

em seu artigo 72, protege-se a liberdade, a segurança individual e a propriedade. A própria dedicação de uma secção ao rol de direitos dos cidadãos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País ocorre por influência de Ruy Barbosa.

A admiração que Ruy Barbosa nutria pelo sistema americano fez com que alguns institutos adotados pelo ordenamento jurídico fossem cópias dos institutos americanos. A consequência disto é que nossa primeira Constituição republicana importou a essência da Constituição dos Estados Unidos.

A Constituição de 1934 previu, pela primeira vez, a garantia da ampla defesa. O número 24 do art. 113 dispõe, in verbis “A lei assegurará aos accusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciaes a esta”.

Tal previsão era essencial para que se observasse o princípio do devido processo legal em seu aspecto processual, fazendo com que o processo e o procedimento transcorressem com a devida adequação ao direito, como regras eleitas em determinado período no tempo, como princípios básicos a serem seguidos. (PAMPLONA, 2008, p.70).

A Constituição de 1937 surgiu em meio a um regime autoritário, que impunha restrições aos direitos e garantias individuais. Não percebe-se, neste texto constitucional o princípio da legalidade ou da irretroatividade da lei.

Várias brechas foram deixadas no texto constitucional, através das quais os direitos dos cidadãos poderiam ser ignorados, dificultando, destarte, o atendimento ao princípio do devido processo legal que, embora não previsto expressamente, poderia ser identificado em alguns de seus corolários em outras Constituições brasileiras, segundo Pamplona (2008).

A Carta de 1946 retoma o rol de direitos da Constituição de 1934 e prevê a inafastabilidade da jurisdição, erguendo, assim, mais um dos alicerces do devido processo legal, no entanto, sem fazer menção ao referido princípio. Essa Constituição foi a primeira a mencionar os direitos e garantias individuais, o trinômio vida-liberdade-propriedade, defendido pelo *due process of law* no ordenamento jurídico americano.

A Constituição de 1967, segundo Pamplona (2008) permitiu a suspensão dos direitos e garantias constitucionais, no entanto, conservou um rol de direitos individuais e previu a ampla defesa e, especificamente para os casos criminais, a necessária observância do contraditório.

A Constituição de 1969, por sua vez, referia-se somente aos princípios da ampla defesa e do contraditório, mas delineava de certa forma, alguma garantia e segurança para o cidadão. À época, não utilizou-se o termo devido processo legal, que passou na atual Constituição a ser direito protegido pelo manto da cláusula pétreia.

2.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após sair de um período ditatorial, os constituintes arrolaram no texto constitucional vários reforços ao princípio do devido processo legal, com vistas a assegurar a sua observância.

Acredita-se que a repetição tenha sido intencional, visando a estabelecer uma teia bastante fechada, pela qual não seria fácil passar, na tentativa de burlar os direitos concedidos ao povo brasileiro. (PAMPLONA, 2008, p.72)

E continua:

[...] a importância dada ao princípio do devido processo legal é evidente, o que se infere de sua posição no texto constitucional. Está entre os direitos individuais e coletivos, no rol do art. 5º, mais precisamente no seu inciso LIV. A preocupação do constituinte não foi somente de cercar o ordenamento jurídico por todos os lados com o princípio do devido processo legal e seus corolários mas também cuidou para que não pudesse ser abolido do ordenamento jurídico. (PAMPLONA, 2008, p. 73).

A Constituição de 1988 é bastante conhecido por seu extenso rol de direitos e garantias individuais, o que a leva a ser considerada como uma das melhores Constituições da atualidade. A Carta Magna de 1988 prevê, expressamente, pela primeira vez na história brasileira, o princípio do devido processo legal.

2.4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O ART. 5º, INCISO LIV DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Após analisar a origem histórica do princípio do devido processo legal, necessário tecer algumas observações acerca do significado no ordenamento pátrio.

“O princípio do devido processo legal é colocado no patamar dos princípios constitucionais gerais, podendo ser densificado por outros princípios”, é o que ensina Pamplona (2008, p. 75).

O princípio do devido processo legal está em nossa Constituição de forma expressa no inciso LIV do art. 5º, refletindo uma regra que traz ínsita um princípio constitucional do Estado Democrático de Direito. A regra constitucional dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Tal regra, segundo Pamplona (2008) protege dois elementos: a liberdade e a propriedade, opondo-se à sua provação o princípio do devido processo legal. Tal princípio deve ser observado em um Estado Democrático de Direito, pelas três funções governamentais: Judiciário, Executivo e Legislativo.

A regra constitucional disposta no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988 que prevê a obediência ao princípio do devido processo legal é essencial ao nosso ordenamento político e jurídico. A

inserção do aludido princípio no rol dos direitos fundamentais teve aplicação imediata, sendo que no dia 6 de outubro do ano de 1988 era cogente a sua observação. (PAMPLONA, 2006).

É o *caput* do art. 5º que nos indica de quem são os direitos a ser protegidos, quando afirma: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país [...]”.

Pela análise de sua posição no texto constitucional, e pelo que representa como princípio, a autora afirma que ele deve ser observado ainda por todas as funções do Governo, em suas funções típicas e atípicas.

2.5 DUPLO ASPECTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Há duas facetas sobre as quais incide o devido processo legal: o *procedural due process* e o *substantive due process*.

Em seu nascedouro, o devido processo legal foi concebido como uma garantia de feições apenas processuais, como princípio que viria a assegurar que a privação de liberdade e da propriedade somente seriam possíveis através de um processo regular. Com esse aspecto foi que o *due process of law* manteve-se vivo na Inglaterra, nas Constituições das Colônias Inglesas na América e, posteriormente, nas Emendas 5 e 14 da Constituição dos Estados Unidos.

Nas palavras de Nery Júnior (2004, o devido processo legal é caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, ou seja, àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico tem direito à tutela e tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade e propriedade está sob a proteção da *due process clause*.

Impende destacar a lição de Mesquita (2003), que explica o entendimento da Corte Americana, no sentido de que faz parte do conceito de liberdade: a liberdade de imprensa, de opinião, de religião e- mais profundamente – a privacidade.

Nesse passo, aludido autor revela que a concepção da garantia em exame não pode ser formada em termos exclusivamente processuais, como pode parecer à primeira vista. Ao contrário, possui sentido genérico e biparte-se em *substantive due process* e em *procedural due process*.

O *procedural due process*, também chamado de devido processo adjetivo, é considerado mais restrito que o devido processo material e caracteriza-se pelo respeito ao procedimento previamente regulado. Essa faceta do devido processo legal é mais empregada pela doutrina e pelos usuários do Direito, talvez exatamente por conta do vocábulo "processo" do princípio estudado, foi ele apenas subutilizado nesta acepção, explica Jansen (2004).

Resumindo o que foi dito sobre este importante princípio, verifica-se que a cláusula do *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de *ter his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. (ARAÚJO CINTRA & GRINOVER, & DINAMARCO, 1998. p. 56).

De forma concisa, Mesquita (2003) esclarece que a Constituição Federal de 1988 foi responsável pela inauguração de uma nova etapa para o desenvolvimento do devido processo legal em nosso direito, principalmente pelo ineditismo de sua consagração expressa e pela extensão da garantia aos litigantes em processo civil e trabalhista, aos acusados em processo penal e interessados em processo administrativo. Consequentemente, deve-se reconhecer a existência de uma base principiológica derivada do *due process of law*, a determinar seus limites e alcance na esfera processual.

O devido processo legal em sentido material -*substantive due process* é a manifestação do devido processo legal na esfera material. Considera-se o seu alcance mais amplo que o seu lado procedimental, pois se manifesta em todos os campos do Direito.

No direito brasileiro a aplicação do devido processo legal em seu aspecto substancial é tendência que caminha a passos lentos, em ritmo incomparável com aquele que podemos identificar ao longo da história constitucional norte-americana, até porque naquela nação podemos identificar em bases bem nítidas a evolução do conceito substantivo da garantia, enquanto no Brasil a utilização dessa concepção dá-se em casos isolados. Porém, não é difícil perceber em algumas decisões – a se destacar o pioneirismo do Supremo Tribunal Federal – a utilização de critérios de razoabilidade e proporcionalidade no controle da produção legislativa. (MESQUITA, 2003, P. 55).

O *substantive due process* tutela o direito material do cidadão, inibindo que lei em sentido genérico ou ato administrativo ofendam os direitos do cidadão, como a vida, a liberdade e a propriedade, outros destes derivados ou inseridos na Constituição.

“Baseada no espírito que norteou a Magna Carta de 1215, diz a doutrina: uma lei não pode ser considerada uma *law of the land*, nos termos desejados pelo *due process of law* se incorrer na falta de razoabilidade, ou seja, quando for arbitrária”, conclui Castro (1989, p.9).

A Suprema Corte Americana entende que tem direito a examinar qualquer lei e determinar se ela constitui um legítimo, não-absusivo, exercício do poder estatal.

Nery Junior (2004, p. 40) revela que o ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, prolatou acórdão que traz a essência do aspecto material do devido processo legal:

due process of law, com conteúdo substantivo - *substantive due process* - constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*racinality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real substancial nexos com o objetivo que se quer atingir

Nas palavras de Mesquita (2003), indiscutível a presença ideológica para aplicação do devido processo legal em seu aspecto substancial. No entanto, em todos os casos até agora apresentados, os tribunais não mantêm uma base principiológica uniforme. Significa dizer que ora o fundamento utilizado para a concessão de medidas em respeito ao *substantive due process* dá-se pelo critério da razoabilidade, ora pelo critério da proporcionalidade.

Necessário então, identificar na doutrina a distinção entre os dois conceitos, muito embora a própria doutrina às vezes utiliza-se dos dois conteúdos como se fossem sinônimos.

Lima (1999, p. 287) assevera, concluindo o tema em estudo, que embora distintos, o conteúdo de tais princípios os faz indissolúveis, com o princípio da proporcionalidade carregando em si a noção de razoabilidade, o que justifica a presença alternada de ambos princípios na jurisprudência brasileira. Num ângulo mais

amplo, uma afirmação torna-se inafastável: os princípios concretizadores (da proporcionalidade e da razoabilidade) são subprincípios responsáveis pela concretização do substantivo devido processo legal.

2.6 A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL À LUZ DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A Lei n. 9.099/95, que rege os Juizados Especiais Cíveis, apresenta, em alguns de seus dispositivos aspectos polêmicos, por constituírem ofensa às garantias emanadas do devido processo legal e previstas na Constituição Federal de 1988. O legislador intencionou, com a Lei 9.099/95, simplificar o processo, na tentativa de acelerar a prestação jurisdicional, no entanto, algumas omissões e restrições legais repercutem em toda a estrutura processual, mormente por ser este microsistema utilizado por uma população que desconhece tais aspectos e, eventualmente, os prejuízos que poderá vir a sofrer no curso do processo.

Indiscutível a importância da criação dos Juizados Especiais Cíveis, mormente na persecução de uma prestação jurisdicional mais efetiva e que propicie ao cidadão um instrumental célere na busca pelo seu direito.

No entanto, no afã de regulamentar e implementar a matéria prevista no art. 98, I, da Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário acabou por atropelar princípios constitucionais, criando ainda inúmeros problemas de ordem processual [...]. (BITTENCOURT, 2001, p.2)

Nesse panorama, há algumas situações em que o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis apresenta aspectos polêmicos e atropela o princípio constitucional do devido processo legal.

2.6.1 Indispensabilidade de Advogado Nas Causas Até 20 Salários Mínimos

Os princípios do contraditório e da ampla defesa derivam do devido processo legal e inseridos no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Rodrigues (2006) entende que a ampla defesa somente seria efetivada mediante patrocínio de advogado, para atuar em nome da parte, vez que o operador do direito conta com aptidão técnica e com ela lida com diversas situações que surgem durante o curso do processo.

Constitui, pois, um direito do indivíduo, sendo que em casos de carência financeira a própria Constituição de 1988 garante a assistência judiciária, concedendo à população defensores públicos para atuar nas mais variadas ações. Entretanto, infelizmente, o número de defensores qualificados é insignificante perto da demanda popular. (RODRIGUES, 2006).

Ronaldo Brêtas (2004) critica o termo administração da justiça por ser destituído de sentido técnico, no entanto, a própria Constituição Federal de 1988 se utiliza deste termo, prescrevendo em seu art. 133 que o advogado é indispensável à administração da justiça. O doutrinador salienta que o texto constitucional prescreve a presença obrigatória do advogado ou a indispensabilidade da presença e atuação do advogado, representante as partes e defendendo-lhes os direitos, em qualquer processo no qual o Estado esteja desempenhando a atividade-dever jurisdicional.

Nos processos, qualquer um do povo (parte) tem de estar representado por advogados perante o Estado, representando que traduz direito de cidadania das pessoas, direito a uma defesa técnica, sendo esta a recomendação constitucional, que o misonéismo dos juizes e tribunais brasileiros, infelizmente na sua esmagadora maioria, faz com que seja ignorada. A presença do advogado, no ato estatal de julgar, somente possível no processo, não é superfluidade, mas necessidade da parte, em razão de cada vez mais acentuado tecnicismo jurídico que disciplina as relações do Estado com os indivíduos, daí a recomendação constitucional em exame. Por estas razões são manifestamente conflitantes com o texto constitucional as seguintes regras da legislação ordinária brasileira, que dispensam a presença do advogado no processo: a) artigos 791 e 839 da Consolidação das Leis do trabalho; b) artigo 623 do Código de Processo Penal, na revisão criminal; c) artigo 2º da Lei nº 7.244, de 23.07.68, nas ações de alimentos; d) artigo 9º da Lei 9.099/95, de 26.09.95, nos juizados Especiais Cíveis. (BRÊTAS, 2004, p. 84).

Para Souza (2002), a possibilidade de poder pleitear sem o auxílio de advogado é falaciosa e de propósitos unicamente demagógicos por aqueles que mistificam o verdadeiro valor dos Juizados Especiais.

Para o referido autor, o princípio da ampla defesa, como instituto constitucional expresso e derivado do devido processo legal somente efetiva-se pela indispensável participação dos advogados ou interessados na estruturação dos procedimentos jurisdicionais, sejam ordinários, sumários, especiais ou extravagantes.

Rosemiro Pereira Leal *apud* Souza (2002) revela que “qualquer ato jurisdicional sem a vinculação do advogado é ato ilegítimo pela falta de suporte constitucional à sua validade, consoante estabelecido no artigo 133 da Constituição Federal de 1988.

Corroborando esse entendimento, Rodrigues (2006) afirma:

[...] além de ferir emanção do devido processo legal (indispensabilidade de advogado), o dispositivo da Lei 9.099/95 ora analisado, ofende de morte o princípio da isonomia. Isso porque o dispositivo coloca como facultativo o patrocínio por um advogado, sendo que, no caso concreto, apenas umas das partes poderá contar com o auxílio do advogado. Ora, a isonomia pede seu total sentido caso um advogado seja parte adversa de uma pessoa leiga. O processo teria o seu equilíbrio ceifado por ser uma das partes demasiadamente beneficiada em detrimento da outra.

Outro aspecto importante a ser observado é a discriminação em razão do valor da causa. O *caput* do art. 9º da Lei 9.099/95 dispõe que “nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.”

Como se vê, há evidente discriminação, visto que a lei estabelece uma diferenciação, fazendo crer que as causas que envolvem valores maiores são mais importantes e, portanto, necessitariam do auxílio técnico do advogado.

Outro ponto a ser verificado é a presença obrigatória do advogado quando da interposição do recurso inominado. Claro está o conflito de objetivos presentes no microssistema dos Juizados Especiais, vez que ao facultar o patrocínio de um advogado para ingressar com a ação, pretende-se facilitar o acesso à justiça, porém,

a lei, ao proibir essa facultatividade em sede recursal, estaria contrariando o objetivo proposto, porque o indivíduo desprovido de recursos não teria como se insurgir contra a decisão judicial.

2.6.2 Ausência do Duplo Grau de Jurisdição

O conceito de recurso é relevante ao estudo proposto, vez que por meio dele é possível a revisão da matéria decidida pelo juiz monocrático.

De forma concisa, Leal (1999) explica que “o duplo grau de jurisdição consiste em oferecer ao povo oportunidade de conhecimento e decisão de suas causas por, pelo menos, dois órgãos jurisdicionais hierárquicos, sucessivos e autônomos.”

Para Antonio Carlos, Grinover e Dinamarco (2008, p. 81):

Esse princípio indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior. Garante. Assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da “jurisdição superior”, ou de segundo grau (também denominada segunda instância).

Os doutrinadores ensinam que o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau de jurisdição é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. [...] É preciso que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. (Antonio Carlos, Grinover e Dinamarco, 2008).

Segundo Leal (1999), o duplo grau de jurisdição pressupõe decisões em dois níveis: em sede monocrática e em sede de tribunal. E a previsão constitucional do art. 98, I, não suprimiu a garantia do duplo grau de jurisdição prevista no art. 5º, XXXV.

O aludido doutrinador explica que a expressão Poder Judiciário prevista no artigo 92, I a VII é constituído por juízes monocráticos em primeira instância e por órgão colegiado em segunda instância. Destarte, inconcebível falar em esgotamento dos graus recursais somente no primeiro grau de jurisdição.

É de se mencionar também a explicação de Brumano (2004), que a turma recursal não é um órgão hierárquico superior, mas

formada por juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição. Ora, há evidente supressão do duplo grau de jurisdição vez que se verifica o esgotamento recursal na primeira instância.

Leal explica que os artigos 41, §1º e 46 dispõem sobre a existência de dupla instância no mesmo grau de jurisdição, embora não há como se falar em órgão de segundo grau inserido no primeiro grau de jurisdição. Isso representa para o autor uma teratologia afrontosa à própria gênese do Poder Judiciário, vez que as chamadas turmas recursais realizam julgamento em primeiro grau de jurisdição e não em segundo.

Percebe-se, pelo exposto, que a sistemática dos Juizados Especiais não atendem, neste aspecto, a garantia do duplo grau de jurisdição.

2.6.3 Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias

A decisão interlocutória é ato do juiz, no curso do processo, que resolve questões antecedentes ou incidentes. As decisões interlocutórias não têm o escopo de por fim ao processo, mas resolver uma questão que se opõe à marcha processual normal. Possui carga decisória, podendo causar prejuízo jurídico às partes, conforme leciona Rodrigues (2006).

E afirma que para garantir que o devido processo legal seja plenamente exercido, o Código de Processo Civil elenca os recursos correspondentes a cada ato judicial, e que serão utilizados pelos litigantes no intuito de salvaguardar eventuais direitos ameaçados ou cerceados.

Entretanto, nos Juizados Especiais Cíveis, em razão da celeridade e praticidade dos atos, inadmissível o cabimento de agravo contra decisões interlocutórias.

Para Rodrigues (2006), não se pode ceifar direitos das partes, pois assim, o único destino que se verifica não é uma jurisdição útil conforme o objetivo precípua desta lei, mas sim uma jurisdição falha, entregue aos arbítrios dos juízes, na qual o indivíduo não consegue efetivar a ampla defesa que lhe é garantida constitucionalmente, e que emana do devido processo legal.

2.6.4 Mandado de Segurança

Em sede de Juizados Especiais Cíveis, como visto anteriormente, inadmissível agravo contra decisões interlocutórias. Por tal razão, o mandado de segurança vem sendo usado como sucedâneo do agravo de instrumento.

O mandado de segurança é remédio constitucional para proteger direito certo e líquido, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrer por parte de autoridade, podendo ser impetrado contra decisão judicial para a qual não haja previsão de recurso próprio e perante os órgãos do poder judiciário que estão previstos no art. 92, da CF. Destarte,

Na qualidade de remédio constitucional, o mandado de segurança jamais poderá ser excluído de qualquer microsistema, desde que se verifique no caso concreto um abuso ou violação de norma por parte do Estado-Juiz, não estando o ato judicial ou jurisdicional imune a esse meio extremo de impugnação. (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2002, p. 378).

Justifica-se a utilização do mandado de segurança contra os atos dos juízes dos Juizados Especiais Cíveis pela presença dos seguintes requisitos: a) a existência de direito líquido e certo do impetrante; b) o ato judicial ilegal ou abusivo praticado pelo juiz; c) a inexistência de expressa vedação à utilização de recurso contra a decisão impugnada, d) ou a existência de recurso sem efeito suspensivo.

Dessa forma, o mandado de segurança pode ser impetrado contra ato judicial do magistrado vinculado ao Juizado Especial Cível, porém o seu manejo deverá ser feito em casos excepcionais, quando não existir ou faltar eficácia na medida processual que possa evitar a consumação de uma lesão aos interesses das partes.

Nesse diapasão, Bittencourt (2001, p. 4) argumenta:

Tal posicionamento reflete um retrocesso, já que um dos objetivos do anteprojeto modificativo do agravo de instrumento, elaborado pela comissão de juristas coordenada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo, foi restringir as hipóteses de cabimento do mandado de segurança como substituto recursal

Souza (2002) critica a proibição de recurso para decisão interlocutória corrobora o entendimento anterior, afirmando que aceitando-se a impetração do *writ* tem-se um grave retrocesso à celeridade almejada pelo legislador e aos demais princípios e critérios utilizados na Lei 9.099/95.

2.6.5 Momento Probatório Restrito

O Código de Processo Civil dispõe que

o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Sobre o assunto, Morelli (2005) se pronuncia, definindo a prova como o meio pelo qual se procura demonstrar que certos fatos expostos no processo ocorreram conforme o descrito. O objeto das provas seriam os fatos relevantes sobre os quais paira a controvérsia.

Para o autor, somente seria possível ao juiz interpretar o direito diante de uma situação fática trazida a ele, pelas partes, sendo estas as responsáveis por comprovar as alegações feitas nos autos.

O sistema de apreciação das provas adotado pelo Código de Processo Civil é o da persuasão racional do juiz. “Tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção”, afirma Antonio Carlos, Grinover e Dinamarco (2008, p. 73).

O juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a *priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais. (ANTONIO CARLOS, GRINOVER E DINAMARCO, 2008, p. 74).

A prova deve ser instrumento de convencimento do juiz e submetida ao contraditório, garantindo às partes a isonomia, sob

pena de inobservância das garantias emanadas do devido processo legal.

Em razão da celeridade objetivada pelo legislador, a Lei 9.099/95 oferece às partes um momento probatório restrito. Neste ponto também encontra-se a distorção trazida pelo microsistema.

O artigo 33 da Lei 9.099/95 contrapõe-se às garantias do devido processo legal, mormente em relação ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Tal dispositivo acarreta prejuízo à defesa das partes.

É da redação do seu art. 33:

Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias

Importante observar que tal dispositivo prevê a possibilidade de a parte apresentar documento por ocasião da audiência. Tal prerrogativa pode causar sérios prejuízos à parte, – trata de elemento surpresa – por impossibilitar a impugnação elaborada a respeito da prova apresentada.

Como propiciar a ampla defesa ao réu quando, só na audiência de instrução e julgamento, toma conhecimento da prova documental, tendo de se manifestar de plano, sem poder analisá-la detalhadamente, em virtude da exiguidade de prazo que lhe é concedido?

Igualmente, como pode o demandado munir-se de provas para contraditar uma testemunha do autor, se não possui conhecimento de quem e quantas são, já que é dispensada a apresentação de rol?

Bittencourt (2001) explica que a defesa do réu resta severamente prejudicada por não poder arguir a falsidade da prova documental, bem como contraditar as testemunhas, já que nenhuma destas exigências se fazem presentes na Lei 9.099/95.

Enquanto que no CPC o réu, em decorrência dos dispositivos legais ali contidos, tem a possibilidade de elaborar sua defesa, rebatendo todos os argumentos do autor, podendo arguir a falsidade

da prova documental através de incidente próprio e contraditar testemunhas, tal faculdade lhe é ceifada no Juizado Especial Cível, já que nenhuma das exigências previstas no diploma processual se faz presente na Lei n.º 9.099/95.

Como propiciar a ampla defesa ao réu quando, só na audiência de instrução e julgamento, toma conhecimento da prova documental, tendo de se manifestar de plano, sem poder analisá-la detalhadamente, em virtude da exiguidade de prazo que lhe é concedido? Igualmente, como pode o demandado munir-se de provas para contraditar uma testemunha do autor, se não possui conhecimento de quem e quantas são, já que é dispensada a apresentação de rol? Certamente, neste aspecto, a ampla defesa e o contraditório sofrem severas restrições.

Ademais disto, o artigo 33 da Lei 9.099/95 confere poder demasiado ao juiz, quando permite que ele exclua as provas que entender excessivas, impertinentes ou protelatórias. Nesse sentido é que se entende que foi dado ao magistrado uma margem muito grande de discricionariedade, mormente porque não existe meio de impugnação para decisões interlocutórias.

2.6.6 Proibição de Ação Rescisória

Ação rescisória consiste em uma ação autônoma, que tem como objetivo desfazer os efeitos de sentença já transitada em julgado, ou seja, da qual já não caiba mais nenhum recurso. Para Bueno (2008, p. 319):

A chamada ação rescisória tem como principal finalidade a desconstituição da coisa julgada (material) que recai sobre decisão que tenha apreciado o mérito quando presentes pelo menos um dos pressupostos exigidos pelo art. 485 do CPC.

Podemos destacar dois requisitos genéricos para a ação rescisória, o primeiro seria de que a decisão a ser rescindida seja de mérito, e o segundo é que ela tenha transitado em julgado.

Theodoro Junior (2004) aponta que a sentença não está imune a vícios ou nulidades, e de forma a garantir ao interessado a

possibilidade de se esquivar do prejuízo trazido diante de uma sentença viciada ou nula é que a lei estabeleceu a ação rescisória.

Referido autor salienta que se a sentença tiver vícios ou nulidades que a maculem haverá o instituto da ação rescisória para salvaguardar o direito do prejudicado, caso contrário, a segurança jurídica seria deixada em segundo plano, por serem tão graves os vícios contidos na sentença que ensejam a desconsideração da coisa julgada. (THEODORO JUNIOR, 2004).

As hipóteses de cabimento da ação rescisória estão elencadas no Código de Processo Civil, em seu artigo 966:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

O artigo 59 da Lei 9.099/95 veda expressamente a interposição de ação rescisória nos Juizados Especiais, no entanto, referida vedação não encontra respaldo na Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, não há razões concretas para excluir a ação rescisória do elenco dos meios de impugnação contra as decisões proferidas nos Juizados e transitadas em julgado, ademais disto, evidente a contrariedade à ampla defesa e às garantias constitucionais emanadas do devido processo legal.

É como se o legislador garantisse aos litigantes que as sentenças no microsistema dos Juizados Especiais Cíveis estão imunes a qualquer irregularidade ou injustiça. Isso quer dizer que se a parte demandar no Juizado Especial a sentença do juiz monocrático prevalecerá, mesmo que ocorram vícios, não havendo outro meio de sanar as irregularidades.

Bittencourt (2001) assevera que, embora Ada Pellegrini Grinover, Seabra Fagundes, Calmon de Passos, Lúcia Valle Figueiredo, entre outros, admitem a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato judicial, objetivando sua anulação, tal posicionamento encontra obstáculo ante a súmula nº 268 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

Referido autor, criticando o microsistema, afirmando que “indubitavelmente, mazela pior do que a lesão a direito entre cidadãos é a lesão causada por quem deveria inibi-la ou contê-la, ou seja, pelo próprio Poder Judiciário.”

Após a análise dos aspectos polêmicos da Lei 9.099/95, percebe-se que o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis geram, na população, a crença de que o alto custo do processo e a demora excessiva na tramitação do mesmo estão superados. Apesar de seu indubitável valor, principalmente social, inegável as distorções existentes e clara está a ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal. Não se trata de defender o fim dos juizados especiais, pelo contrário, pretende-se um reexame, à luz das garantias constitucionais do processo, dessa via alternativa para a resolução dos conflitos e, conseqüentemente, a pacificação social.

3 CONCLUSÃO

A implantação dos Juizados Especiais foi um grande avanço na conquista pelo acesso à justiça, vez que buscava solucionar pequenos conflitos que não compensavam a movimentação da máquina da justiça tradicional. É indiscutível a importância da criação

dos juizados especiais cíveis, mormente pela prestação jurisdicional mais efetiva e por propiciar ao cidadão um instrumental célere na busca pelo seu direito.

De outra banda, o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, apresenta, em alguns de seus dispositivos, aspectos polêmicos, por constituírem ofensa às garantias emanadas do devido processo legal e previstas na Constituição Federal de 1988. Ao simplificar o processo, na tentativa de acelerar a prestação jurisdicional, o legislador deixou na referida lei muitas restrições legais e algumas omissões que repercutem em toda a estrutura dos Juizados Especiais Cíveis, podendo trazer prejuízos, no curso do processo, aos cidadãos que desconhecem tais aspectos da lei.

Fica evidente, na pesquisa realizada, a restrita possibilidade recursal do microsistema, que ao limitar a quantidade de recursos, no afã de garantir o rápido acesso à justiça, feriu de morte o princípio da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio do devido processo legal.

O sistema recursal previsto na Lei nº. 9.099/95 funciona quando ocorre a conciliação ou a transação, nesse caso, os Juizados desempenham o papel para o qual foi idealizado. O problema ocorre quando não há acordo entre os litigantes. Nesse caso, ocorre a limitação de oportunidade de defesa e a supressão de provas.

O tema escolhido é, certamente, tema que exige detida análise, eis que não é possível, em nenhuma hipótese e sob o pretexto da celeridade e da economia processual, aceitar as distorções existentes no microsistema. Não se trata de defender o fim dos Juizados Especiais Cíveis, pelo contrário, sugere-se um reexame dessa via alternativa para a resolução de conflitos, que sob o pálio das garantias constitucionais, mormente do devido processo legal, deve atender aos objetivos do Direito, que é a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 7ª ed., São Paulo: Ícone, 1989.

BASTOS, Celso R. Curso de Direito Constitucional São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 05 ago. 2018.

_____. Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FIGUEIRA JUNIOR, J. D. Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

FIGUEIRA JUNIOR, J. D.; MAURÍCIO, A. R. Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Comentários à Lei 9.099/95 e Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. O devido processo legal. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 202, 24 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4749>. Acesso em: 30 maio 2012.

LIMA, João Batista de Souza. As mais antigas normas de direito. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

LOURENÇO, Luiza Andréa Gaspar. Juizados especiais cíveis: legislação, doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Iglu, 1998.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

MESQUITA, Gil Ferreira de. Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, H. W. Acesso à Justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 2006.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

THEODORO JÚNIOR, H. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Universitária Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: procedimentos especiais. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.LF

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/95. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO EMPREGADO NA PRÁTICA DOS TRIBUNAIS E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA INTRODUZIDA PELA LEI 13.467/2017

Andréa Arruda Vaz¹

Ericson de Castro Ivankio²

Genilma Pereira de Moura³

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Brasil - UniBrasil, turma 2013. Professora de direito e processo do trabalho, Prática Real e simulada III e professora tutora no Núcleo de Práticas Jurídicas no Centro Universitário UNIFACEAR. Diretora da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/PR - subseção Araucária; Professora convidada na pós-graduação, nos cursos de Gestão Administrativa e financeira e Gestão de Recursos Humanos na UNINTER. Professora convidada na pós-graduação em Direitos Humanos na PUC/PR. Professora no curso de Direito e na disciplina de História do Direito na Faesp. Advogada atuante nas áreas de direito e processo do trabalho, direito coletivo do trabalho, direito civil e direito administrativo. Autora de diversos artigos (em revistas nacionais e internacionais), capítulos de livros e do livro: Direito Fundamental a Liberdade sindical no Brasil e os Tratados de Direitos Humanos. Pesquisadora nas Áreas de Direitos Fundamentais, Direito Internacional do Trabalho, Direito Constitucional e Direitos Humanos. E-mail: andrea@andreavaz.adv.br.

² Bacharel em Direito pela UniDbosco. E-mail: ericsonys@gmail.com.

³ Pós-graduação em Gestão da Educação e Políticas Públicas Educacionais pelo Centro Universitário UNIFACEAR. Pós-graduação em andamento em Direito e Processo do Trabalho pela AbdConst. Professora de direito e processo do trabalho no Centro Universitário UNIFACEAR. Coordenadora do curso de Direito no Centro Universitário UNIFACEAR (campus Curitiba). Coordenadora adjunta do curso de Direito no Centro Universitário UNIFACEAR(campus Araucária). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica no Centro Universitário UNIFACEAR. Advogada atuante nas áreas de direito e processo do trabalho e direito civil. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (2011), onde realizou atividades de monitoria e por dois anos foi aluna de Iniciação Científica (PET), além

1 INTRODUÇÃO

A proteção ao empregado se constitui como um princípio basilar do Direito do Trabalho, sendo um aspecto elementar de toda a composição estrutural trabalhista. A proteção ao trabalhador possui como fundamento fornecer garantias ao empregado, que é hipossuficiente quando comparado ao empregador, além de tentar equilibrar as partes em sua relação jurídica. Neste sentido, surge o mecanismo da distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no atual Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que pode trazer dinamicidade quanto à apresentação de provas no processo trabalhista e compensar a hipossuficiência do trabalhador.

Diante da doutrina, da jurisprudência e da legislação, em especial o Código de Processo Civil de 2015, o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova é tema amplamente debatido na área trabalhista, antes mesmo da sua previsão no atual CPC. Portanto, buscou-se reunir informações para responder ao seguinte problema de pesquisa: é possível a aplicação do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho?

2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO EMPREGADO E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA INTRODUZIDA PELA LEI 13.467/2017

Após a análise dos princípios do Direito Laboral, se faz necessária a análise dos impactos causados pelos princípios no processo do trabalho, ou seja, a maneira com esses princípios afeta a praticidade do sistema trabalhista e como se desenvolvem nesse aspecto prático.

Importante ter em mente o conceito de princípio, que pode ser compreendido como uma linha de diretrizes que norteiam todo um ordenamento jurídico, servindo até mesmo como base para a criação de novas leis, justificativa para a solução de casos concretos ou até mesmo orientar a interpretação de normas já existentes. (RODRIGUEZ, 2000, p. 13)

Importante também delimitar o que vem a ser processo. Processo pode ser definido como uma atividade jurisdicional que

possui como finalidade a eficácia do Direito, sendo método de fazer as normas serem aplicadas na realidade, tendo como objeto os atos de natureza humana que resultam no caso concreto posto em juízo. (SOARES, 2015, p. 3-4)

Em linhas gerais, o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho possuem o mesmo objeto e a mesma finalidade. O objeto pode ser definido como a busca por regularizar as relações e conflitos trabalhistas, enquanto a finalidade pode ser entendida como a busca pelo equilíbrio social entre as partes. (SAMPAIO, 1985, p.1)

O Direito Processual do Trabalho, assim, surge como um ramo do Direito que possui caráter instrumental, que visa à aplicação das normas trabalhistas em um caso concreto. Sendo assim, o direito a proteção do trabalhador existe nos direitos trabalhistas, refletindo-se no direito processual trabalhista, sendo, também, uma base de sustentação e interpretação para o processo. Este princípio, no processo, equivale ao que pode ser chamado de *Princípio do Protecionismo Temperado ao Trabalhador*.(SCHIAVI, 2016, p. 124-125)

Contudo, para uma análise da proteção ao trabalhador no processo, é importante ter em mente o entendimento de Américo Plá Rodriguez:

Isso não significa, necessariamente, que todos os princípios sejam diferentes daqueles que inspiram os outros ramos jurídicos. Pode haver algum repetido ou similar que se aplique de igual modo, ou com ligeiras variantes, em mais de um ramo do direito, em outras palavras, não têm de ser absolutamente exclusivos, mas, como conjunto, devem configurar um elenco que não se reproduz, da mesma forma, nas demais disciplinas jurídicas. (2000, p. 14)

Segundo o entendimento de Rodriguez, pode haver princípios que sejam repetidos, similares ou possuam aplicação semelhante em mais de um ramo do direito, não sendo completamente exclusivos. Ressalta, porém, que em conjunto os princípios de determinado ramo jurídico podem se configurar de forma diferente.

Acerca da proteção ao trabalhador no Direito Processual do Trabalho, explica Carlos Henrique Bezerra Leite que:

O princípio da proteção processual, portanto, deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para efetivar o direito do trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar ou reduzir a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral. (2016, p. 116)

Segundo o autor, o princípio da proteção no Direito Processual do Trabalho deriva do próprio processo, que surgiu para efetivar na prática as regras trabalhistas existentes, buscando compensar o desequilíbrio que há entre empregado e empregador, enquanto figuras centrais do litígio trabalhista.

Cabe comentar neste momento que, devido as normas do Direito do Trabalho e sua aplicação refletida no processo trabalhista, se percebe que o princípio da proteção temperada ao trabalhador também possui as mesmas três subdivisões do princípio da proteção: norma mais favorável, condição mais benéfica e *in dubio pro operario*. (OLIVEIRA, 2015, p. 2)

Mauro Schiavi expõe que um dos motivos pelo qual o princípio da proteção está inserido no processo do trabalho é porque o trabalhador é parte mais frágil no conflito, sabendo que dificilmente conseguirá pagar um bom advogado. Também, o trabalhador possui geralmente um alto grau de desconhecimento das normas processuais, além de maior dificuldade para apresentar provas no processo trabalhista, em que os documentos, em geral, ficam sob a posse do empregador. (2016, p. 124-125)

Quando se procura dizer que o empregado é parte hipossuficiente do processo, Marlos Augusto Melek explica que a hipossuficiência, ou fraqueza do empregado surge a partir de um caráter processual, de acordo com a dificuldade do trabalhador em produzir provas, pois, conforme exemplo fornecido pelo autor, os cartões ponto, que são documentos muito importante enquanto elemento de prova referente às jornada de trabalho, somente ficam sob a posse da empresa, não restando, na maioria das vezes, ao empregado cópias ou acesso. (2016, p. 53)

Também, sobre o princípio da proteção ao trabalhador e sua aplicação processual, afirma o autor Mauro Schiavi:

A correção do desequilíbrio é eminentemente processual e deve ser efetivada pelo julgador, considerando não só as regras do procedimento, mas também os princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo do trabalho, as circunstâncias do caso concreto e o devido processo legal justo e efetivo. (2016, p. 125)

Na visão de Schiavi, este princípio tenta equilibrar as partes no processo trabalhista, visto a desvantagem vivenciada pelo empregado, devendo o juiz sempre analisar o presente caso concreto e aplicar todas as regras do Direito Processual do Trabalho, bem como os princípios que sejam concernentes ao processo.

Embora deva existir uma proteção ao trabalhador no processo do trabalho, deve-se sempre priorizar a imparcialidade e a justiça no caso concreto, sendo que o julgador não pode se deixar levar pelo protecionismo exacerbado ao trabalhador, visto que a imparcialidade e a razoabilidade são princípios basilares de qualquer ramo jurídico. (SCHIAVI, 2016, p. 125)

Renato Saraiva frisa que a diferenciação muitas vezes visualizada no caso concreto decorre do próprio posicionamento da Lei, pois:

Frise-se que não se trata de o juiz do trabalho instituir privilégios processuais ao trabalhador, conferindo tratamento não isonômico entre as partes, mas sim de o magistrado respeitar o ordenamento jurídico vigente, uma vez que a própria lei processual trabalhista é permeada de dispositivos que visam proteger o obreiro hipossuficiente, conforme acima exemplificado. (2016, p. 53.)

Conforme menciona o autor, o magistrado, no caso concreto, apenas estará seguindo a própria Lei Processual Trabalhista, na qual já estão inseridas diversas normas protetivas ao trabalhador, não se confundindo com tratamento diferenciado ao empregado.

Complementa Marlos Augusto Melek que:

Já que a lei protege a parte mais fraca (assim como vimos em relação também à Lei de Defesa do Consumidor), o juiz não pode ter postura protetiva a ninguém; deve em verdade manter a equidistância das partes e tratá-las da forma mais imparcial possível. (2016, p. 54).

Conforme menciona, embora a proteção ao trabalhador seja amplamente fornecida pela Lei, o aplicador da lei no processo trabalhista, não pode se deixar levar pelo lado frágil do conflito, devendo evitar tratar uma parte diferente da outra e ser imparcial quanto aos fatos e demais acontecimentos do processo.

O protecionismo ao trabalhador pode ser facilmente encontrado nos dispositivos legais que regulam a situação processual. Por exemplo, no artigo 844 da CLT há previsão de que “o não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato”. (BRASIL. CLT. Artigo 844)

Acerca do artigo, se pode entender que, caso o reclamante, ou seja, o trabalhador, não compareça à audiência inicial ou una, o processo será arquivado, porém, na hipótese do reclamado, ou empregador, não comparecer, este será considerado revel, sendo aplicada a chamada *confissão ficta*, quanto à matéria de fato alegada pelo autor.

Outra hipótese em que se percebe certa proteção ao empregado no processo do trabalho é visualizada quando o trabalhador é beneficiário da justiça gratuita, que corresponde à isenção de pagamento de custas e despesas processuais, em que são fornecidas somente ao empregado e não aos empregadores. (SARAIVA, 2016, p. 53)

Legalmente, o benefício da justiça gratuita é encontrado no artigo 790, parágrafo 3º da CLT:

Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

§ 3o É facultado aos juizes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (BRASIL. CLT. Artigo 790, § 3º)

Com base no artigo, os julgadores do processo podem conceder a justiça gratuita ao trabalhador em qualquer instância do processo, de ofício ou a requerimento do empregado, desde que declarado que não possui condições suficientes para arcar com as despesas do processo.

Também há certa preocupação evidenciada no artigo 651 da CLT, determinando a competência para julgar o conflito a própria localidade onde os serviços foram prestados. É possível compreender que o legislador pretendeu facilitar o acesso do trabalhador à justiça, visto que as provas, em especial a testemunhal, são encontradas no local de prestação de serviço. Além disso, cabe destacar que os meios de transportes no momento legislação eram bastante precários para o deslocamento dos trabalhadores. (LEITE, 2016, p. 385)

Importante ressaltar que, na CLT, o artigo 818 diz que “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer” (BRASIL. CLT. Artigo 818), ou seja, incumbe a parte que alegou provar os fatos. Porém, conforme visto no princípio do protecionismo temperado ao trabalhador, este possui maior dificuldade em provar os fatos, visto que os documentos concernentes à relação trabalhista geralmente estão sob a posse do empregador. (SCHIAVI, 2016, p. 124) A nova redação dada ao artigo 818 da CLT, pela Reforma trabalhista (Lei 13.467) autoriza no parágrafo primeiro a possibilidade de alteração do ônus da prova, pelo magistrado, desde que haja fundamentação e de acordo com o caso concreto, de modo a equilibrar a relação jurídica.

Assim, percebe-se que o texto da CLT se encontra incompleto em algumas de suas premissas, e não realmente expressa a atual situação do conflito trabalhista, para tanto se utiliza o Código de Processo Civil (CPC) como lei subsidiária, a fim de esclarecer e complementar alguns dizeres, estando essa subsidiariedade prevista no artigo 769 da CLT. Assim, aparece o aspecto da aplicação subsidiária do CPC nos conflitos trabalhistas, decorrente de diversas omissões da CLT como também pela compatibilidade entre o processo comum e o processo trabalhista. (NASCIMENTO, 2014, p. 127-128)

Conforme visto neste capítulo, a realidade presenciada no processo do trabalho decorre do sistema em que há duas partes contrapostas, sendo elas o empregado e o empregador. Buscando solucionar esse desequilíbrio vivenciado, o Direito Processual do Trabalho traz à luz da prática o princípio da proteção ao trabalhador.

Embora o Direito Laboral e o processo do trabalho tragam diversas normas, há certas lacunas e incompletudes, se fazendo necessária a aplicação subsidiária do CPC no processo do trabalho, o que vem a trazer diversas complexidades, em especial com as alterações sofridas nesta Lei em 2015. Não obstante, a Reforma, neste aspecto possibilitou a aplicação da distribuição do ônus da prova, de modo a equilibrar a relação processual.

3 VALORAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NAS DECISÕES A PARTIR DA LEI 13.015/14 E A PRÁTICA PROCESSUAL LABORAL

As normas trabalhistas estão em constante aplicação prática, visto que o processo do trabalho vem a tentar solucionar e regular as relações e conflitos trabalhistas. Para entender a maneira como o processo trabalhista se desenvolve na prática, é necessário compreender como os conflitos são solucionados e a força do resultado obtido no tempo.

Inicialmente, cabe entender a definição do que é jurisprudência. Jurisprudência pode ser entendida como o conjunto de sentenças com um mesmo direcionamento. Não há que se confundir jurisprudência com sentença, sendo a sentença uma decisão individualizada, enquanto a jurisprudência se constitui como regra geral aplicável a todos os casos semelhantes. (LAZZARINI, 1996, p. 1)

Com relação às decisões proferidas pelos juízes, vale citar as palavras de Ronald Dworkin:

Num sentido trivial, é inquestionável que os juízes "criam novo direito" toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição [...] nunca antes oficialmente declarados. Em geral, porém, apresentam essas "novas" formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido. Alegam, em outras palavras, que a nova formulação se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou tenha sido, inclusive, negado. (1999, p. 9)

Conforme o caso em tela o autor entende que entende que decisões proferidas pelos juízes "criam novo direito", sendo geralmente uma nova interpretação acerca de formulações jurídicas

já existentes. Essa nova interpretação é justificada no sentido de compreender efetivamente o sentido de um preceito jurídico em função da sua correta percepção e adequação ao caso concreto e suas particularidades. Tal perspectiva é a noção de que o direito posto não é uma forma em que os casos da vida real em que aconteçam possíveis violações a direito, se enquadram exatamente na norma escrita, mas se deve criar um molde que atenda àquele caso concreto, esse molde é elaborado pelo magistrado quando da sentença.

Independente do sistema jurídico, não há que se negar a relevante importância das decisões e da jurisprudência em si. Com o passar dos anos, essa relevância adquiriu cada vez mais força, fundado no argumento de que a lei não é a única manifestação de justiça. A Jurisprudência, neste sentido, se manifesta como forma viva do direito e expressão deste, estando intimamente ligada com a eficácia conferida às decisões. (FERRO, 2011, p. 1)

Com o advento da Lei 13.015, publicada em 21 de julho de 2014, que alterou a CLT, houve um notável fortalecimento do papel da jurisprudência. Em sua essência, esta lei buscou obter maior celeridade no processo e uniformizar a jurisprudência no Brasil. (GARCIA, 2014, p. 1,18). Ressalte-se, tal lei sofreu expressivas e drásticas alterações quando da lei 13.467/2017, denominada reforma trabalhista.

Dentre as alterações trazidas à CLT, vale destacar a redação dada pela Lei 13.015 nos artigos 894, §3º, inciso I, e 896, alínea “a”, da CLT. No primeiro caso, tornou-se entendível que o Ministro deve afastar os embargos quando a decisão for compatível com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) ou do Supremo Tribunal Federal (STF), e no segundo caso passou a entender cabível recurso de revista de decisão proferida em recurso ordinário pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) que contrariem súmulas do TST ou do STF. (GARCIA, 2014, p. 2-3)

Dentro desta linha de raciocínio, o principal propósito da Lei 13.015/14 foi evoluir o âmbito do processo do trabalho, buscando maior celeridade processual e uniformizar a jurisprudência neste país de vasta extensão territorial, com a finalidade de efetivamente reconhecer os direitos pleiteados pelas partes de um conflito trabalhista. (XAVIER, 2016, *on-line*)

Dentro deste contexto, cabe explicar o que significa a uniformização da jurisprudência. Este instituto visa resguardar a inteligência do Colendo TST com relação a matérias ainda divergentes, sejam referentes ao Direito do Trabalho ou ao próprio Direito Processual do Trabalho, servindo de orientação aos TRT's. Importante dizer que a jurisprudência dominante do Colendo TST pode vir a se converter em súmula, servindo de diretriz extremamente segura. (XAVIER, 2016)

A conceituação de súmula pode ser entendida como nada menos do que a própria jurisprudência em uma estruturação assentada. Revela-se como a uniformização das soluções semelhantes de casos análogos, fundadas em interpretações constantes e de mesmo sentido por um Tribunal. (LINS NETO, 1989, p. 1)

Existe também as chamadas súmulas vinculantes, que são súmulas editadas pelo STF, mediante procedimento disciplinado por Lei. As súmulas vinculantes possuem previsão legal encontrada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 103-A. As súmulas vinculantes, quando forem de competência trabalhista, devem ter sua matéria respeitada pelos órgãos da justiça do trabalho, como os TRT e o TST, por exemplo. (SCHAVI, 2016, p. 142)

No que cabe às súmulas, estas são fontes do Direito Processual do Trabalho e possuem um elemento norteador da atuação dos magistrados, desembargadores e Ministros de Tribunais laborais no Brasil. Ao longo do tempo, diversas foram as decisões proferidas acerca dos mais variados temas, constituindo o que se chama de jurisprudência. O conjunto dessas decisões pacificou entendimento nos Tribunais resultando nas chamadas súmulas, que constituem uma espécie de critério para as futuras decisões. (SCHIAVI, 2016,p. 141-142)

O texto da CLT, em seu artigo 8º, traz previsão acerca das fontes subsidiárias que compõem o processo do trabalho:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (BRASIL. CLT. Artigo 8º)

O artigo em questão prevê que a jurisprudência pode ser utilizada pelo magistrado no caso concreto como fonte subsidiária quando houver falta de legislação. Neste sentido, as súmulas, como sendo a jurisprudência uniformizada, também são compreendidas como fonte subsidiária do processo do trabalho.

Acerca da jurisprudência, afirma o autor Carlos Henrique Bezerra Leite:

No que concerne às fontes formais indiretas, não há negar que a doutrina e a jurisprudência cumprem importante papel na interpretação do direito processual do trabalho. A doutrina fornece o substrato teórico para a boa hermenêutica, o que exige do intérprete do direito uma formação educativa continuada, sendo de extrema importância para o profissional e o estudioso da área trabalhista conhecer os verbetes jurisprudenciais (Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes) do TST, que têm a finalidade de uniformizar a jurisprudência sobre a interpretação e aplicação de normas de direito processual do trabalho. (2016,p. 74)

Pode-se perceber que a jurisprudência constitui fonte indireta utilizada no processo trabalhista, sendo apenas necessária à sua aplicação quando não houver dispositivo legal que forneça entendimento acerca de determinado assunto. Afirma o autor, inclusive, que as doutrinas são de extrema importância para o processo trabalhista, visto que complementam e auxiliam na interpretação dos aplicadores do direito quando da aplicação da jurisprudência e suas consequentes súmulas.

No caso concreto, quando a lei for omissa, ao juiz incumbe se utilizar de técnicas para suprir essas lacunas. Sendo assim, surge a jurisprudência, e também as súmulas, que podem ser utilizadas para preencher estas lacunas. Porém, é importante ter em mente de que são apenas fontes subsidiárias do Direito Processual Trabalhista, possuindo um papel de relevo no processo. (CAIRO JUNIOR, 2013,p. 81)

Neste sentido, as súmulas, que correspondem ao espelho da jurisprudência dominante, só vêm a prevalecer quando não houver disposição legal contrária. De modo algum as súmulas podem vir a se sobrepor à legislação. Destarte, sua finalidade seria se adaptar às condições da sociedade, reduzindo ao mínimo as incertezas inconvenientes do Direito. (LINS NETO, 1989, p. 2)

A partir deste momento, após a compreensão do instituto das súmulas e da jurisprudência em si, se faz necessária uma análise do seguimento que as decisões têm se manifestado acerca do princípio da proteção ao trabalhador, afinal, conforme visto anteriormente, esse princípio serve de base tanto para o Direito do Trabalho quando para o Processo do Trabalho.

Um entendimento jurisprudencial voltado à proteção do trabalhador pode ser visualizado Súmula nº 212 do TST diz:

DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 212)

Nesta súmula se encontra evidente a proteção ao empregado, tendo o entendimento de que o empregador deve comprovar o fim do vínculo empregatício, pois há presumida a continuidade da relação de emprego de forma favorável ao empregado.

Há também certa declinação para o princípio da proteção na súmula nº 51 do TST:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1). - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973).

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999).

(BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 51)

Essa súmula trouxe o entendimento de que o empregador, quando se utiliza do seu poder regulamentar, pode programar normas genéricas e abstratas para regular determinado contrato de trabalho.

Porém, sendo o regulamento incorporado de forma permanente ao contrato, este não pode sofrer alterações que piorem a situação dos trabalhadores, não afetando aqueles vigentes no tempo da alteração, e sim somente os novos empregados. Ainda, o empregado não pode ser regido por dois ou mais regulamentos, devendo ele optar por um deles. (ROCHA; ALVES NETO, 2011, p. 72-73)

Ao que se pode compreender com o estudo deste tópico, a justiça do trabalho desenvolveu o mecanismo de utilizar a jurisprudência a fim de controlar com mais rigor as situações inerentes ao processo do trabalho, evitando deixar de lado assuntos que possam trazer prejuízo para o andamento do processo, bem como prejuízos para o trabalhador.

As súmulas, então, são fontes do Direito Processual Trabalhista, e, embora não obrigatórias, como a Lei, são necessárias e utilizadas para suprir lacunas. Com o advento da Lei 13.015, as súmulas foram unificadas pelos Tribunais Regionais e também pelo Tribunal Superior do Trabalho, devendo as súmulas do primeiro não ser conflitantes com as súmulas do segundo, respectivamente, respeitando a hierarquização dos Tribunais.

Neste aspecto, importante a compreensão de que a jurisprudência, assim como a lei 13.015/2014 e sua valoração ao entendimento proferido pelos tribunais, propiciaram e muito um revolver do olhar para o instituto da valoração da prova e elementos que equilibrem a relação processual laboral. Ademais, há que se pensar em um processo em que as partes estejam em iguais condições, assim como de posse de instrumentos capazes de produzir uma justa e adequada prestação jurisdicional.

4 O ÔNUS DA PROVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO E A PREMISSE DE PROTEÇÃO AO EMPREGADO

O processo do trabalho possui como base a premissa de proteção ao empregado. Para tanto, é importante entender como funciona o ônus da prova na justiça do trabalho e qual a sua relação com o consagrado e fundamentado princípio da proteção temperada ao trabalhador.

Inicialmente, para uma análise do ônus da prova no processo trabalhista, é importante entender o conceito de prova e também o de

ônus da prova, a fim de se situar dentro do contexto que será abordado neste tópico.

A palavra prova tem origem no latim, provinda da palavra *proba*, possuindo o sentido de demonstrar que determinada alegação ou proposta são reais e verídicas. No direito processual, prova se refere a tudo aquilo que é demonstrado para formar o convencimento do magistrado sobre os fatos discutidos e controversos. (SARAIVA, 2016, p. 338)

A produção de provas no processo trabalhista deve respeitar alguns determinados princípios, sendo um dos principais o princípio do contraditório ou da ampla defesa, que possui previsão na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV. Esse princípio esclarece que as partes devem ter iguais oportunidades para que possam apresentar suas provas, respeitando os momentos processuais determinados, fornecendo, ainda, garantia às partes em apreciar e se manifestar acerca de toda prova apresentada ao processo. (LEITE, 2016, p. 819)

Outro importante princípio é o da necessidade da prova, em que partes possuem o dever de comprovar suas alegações em juízo. Neste sentido, somente as alegações da parte não são suficientes para demonstrar a realidade, sendo necessária a apresentação de prova. (SCHIAVI, 2016, p. 669)

Há também o chamado princípio da busca da verdade real. Atualmente, as provas não são vinculadas à busca da realidade, mas se apresentam mais como argumentos das partes, e, sendo assim, o artigo 765 da CLT indica que o juiz possui liberdade para buscar as provas que sejam necessárias para o seu convencimento, possuindo liberdade para conduzir o processo em busca da verdade real, independente se houve alegação pelas partes. (LEITE, 2016, p. 821, 836-837)

As provas também devem ser produzidas respeitando a ética e a lealdade, não sendo admissíveis as provas que tenham cunho ilícito. Este preceito está previsto na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LVI, que diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Importante dizer que a simples presença de provas ilícitas no processo não o torna inválido, podendo ainda permanecer como provas outras que apresentadas independentes da ilícita. (SARAIVA, 2016, p. 339-340)

A partir da análise do contexto de prova, necessário entender o contexto do ônus da prova. Na seguinte passagem, Carlos Augusto Lima Vaz, citando Goldschmidt, procura conceituar o instituto do ônus da prova:

Ônus, segundo Goldschmidt, são imperativos do próprio interesse [...]. Sua aplicação no campo jurídico, notadamente, na seara processual, teve sua precisa definição nas palavras de Cândido Dinamarco para o qual “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”. (2012, p. 122)

O ônus da prova se traduz como um dever ou encargo que é atribuído à determinada parte no âmbito processual, a fim de comprovar a veracidade dos fatos, relacionados ao seu próprio interesse fundado na decisão que virá a ser proferida no processo.

Destarte, o ônus da prova pode ser definido como uma responsabilidade que é atribuída para uma das partes para provar determinado fato, ou seja, refere-se a uma incumbência de produzir determinada prova no processo. (NASCIMENTO, 2011, p. 180)

Desse modo, após a abordagem inicial dos conceitos pertinentes a este tópico, cumpre analisar o instituto do ônus da prova na justiça do trabalho. O artigo 818 da CLT traz uma previsão acerca do tema: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Inicialmente, se entende que as próprias partes que alegam um fato necessitam demonstrar a autenticidade do que fora alegado, respeitando as provas admitidas pela Constituição Federal de 1988. Porém, é necessário compreender que muitas vezes uma parte não possui condições de provar determinado fato, podendo vir a sofrer graves desvantagens no processo. (ROMAR, 2008, p. 133)

Na prática, a tendência seguida pelo processo do trabalho é que ocorra a chamada inversão do ônus da prova nas mais diversas situações, pois, conforme a proteção do trabalhador existente, o empregado não possui as mesmas condições nem facilidades do empregador de provar os fatos, o que muitas vezes ensejaria um sobrecarga no empregado. Assim, a distribuição do ônus da prova não segue uma linha de igualdade, sendo o empregador considerado como possuidor de melhores condições de provar os fatos. (NASCIMENTO, 2011, p. 181)

Embora a inversão do ônus da prova não esteja prevista na CLT, o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a inversão do ônus da prova em seu artigo 6º, inciso VIII. Esse artigo demonstra que devido às peculiaridades de uma relação de consumo, onde o consumidor for evidentemente desigual ou hipossuficiente, tal como o trabalhador, é possível que o magistrado recorra à inversão do ônus da prova. (MARECO, 2010, p. 5)

Assim, neste momento, suficiente a compreensão de que o instituto da inversão tem sido uma tendência na área trabalhista no contexto do ônus da prova. Para Carlos Henrique Bezerra Leite apresenta o chamado problema do ônus da prova dos fatos negativos. Afirma que durante muito tempo o entendimento era de que devia provar aquele que alegava, e, sendo assim, a negativa de uma parte afastava de si o ônus de provar determinado fato. Porém, afirma o autor, que atualmente se entende que toda negação é, indiretamente, uma afirmação, prevalecendo a regra de que, quando a negação enseja afirmar algo diverso, incumbe o ônus da prova à aquela que negativou. (2016, p. 849)

A incumbência de provar um fato negativo ocorre, por exemplo, quando a justiça determina que ônus de provar a existência do vínculo empregatício é do trabalhador, porém, se o empregador nega o vínculo ao dizer que o serviço ocorreu de outra maneira, como a prestação de um serviço autônomo, o ônus da prova passa a ser do empregador. (NASCIMENTO, 2011, p. 182)

Ainda, para Mauro Schiavi, no processo do trabalho há o chamado princípio da aptidão para a prova, que altera a distribuição do ônus da prova. Esse princípio traz a ideia de que deve provar aquele que possui melhores condições para produzir a prova, e não aquele em que ônus da prova incide. Em outras palavras, independente de quem alega, deve provar aquele que detém melhores condições para produzir a prova. (2016, p. 674)

Assim sendo, cabe destacar que somente o artigo 818 não soluciona hipóteses de inexistência de provas. Decorrente do artigo 5º da Constituição, em seu inciso XXXV, que traz a inafastabilidade da jurisdição, o juiz do caso concreto não pode realizar julgamento alegando falta de provas no processo do trabalho, ou até mesmo a impossibilidade de saber qual a melhor prova produzida. Para tanto, na atualidade a inversão do ônus da prova se torna fundamento de decisão para que o juiz possa proferir um julgamento no caso

concreto em que há insuficiência ou falta de provas. (SCHIAVI, 2016, p. 685)

São diversas as súmulas que ressaltam uma proteção ao empregado quando da distribuição do ônus da prova, além da inversão do ônus de provar no processo do trabalho, em especial as súmulas nº 6 e nº 212 do C. TST. (NASCIMENTO, 2011, p. 181)

A Súmula nº 6 do TST diz “EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT. VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 6). Conforme entendimento da súmula se percebe que embora o artigo 818 diga que “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, o ônus da prova, no caso em que seja exposto pelo empregado o direito à equiparação salarial, é incumbido ao empregador acerca de fato impeditivo, modificativo ou extintivo.

Fato impeditivo seria aquele fato que obste o direito de constituir a existência de outro fato, sendo, no caso da Súmula nº6 do C. TST, fato que vem a impedir que o direito da equiparação salarial se constitua. Modificativo se refere a um fato que venha a modificar o direito, ao contrário do anterior, não interferindo na constituição do fato alegado pelo trabalhador. Já o fato extintivo vem por extinguir o direito existente, sendo, no caso dessa súmula, um demonstrativo de quitação das diferenças salariais decorrentes da equiparação, que viria por extinguir o direito pretendido pelo autor. (ROCHA; ALVES NETO, 2011, p. 23-24)

Seguindo o raciocínio, a súmula 212 traz regra de distribuição do ônus da prova. Na situação em que o empregador negue a prestação de serviços, mas negue também a despedida do trabalhador, o TST entende que o empregador assume o ônus da prova. Isso ocorre, pois, a presunção da veracidade recai para o empregado, devido o *princípio da continuidade da relação de emprego*, que faz entender que normalmente o rompimento do vínculo empregatício ocorre por iniciativa do empregador. (MIESSA; CORREIA, 2016, p. 1967)

Acerca do *princípio da continuidade da relação de emprego*, afirma Mauricio Godinho Delgado que:

Nessa linha, faz presumida a ruptura contratual mais onerosa ao empregador (dispensa injusta), caso evidenciado o rompimento do

vínculo; coloca, em consequência, sob ônus da defesa, a prova de modalidade menos onerosa de extinção do contrato (pedido de demissão ou dispensa por justa causa, por exemplo). Faz presumida também a própria continuidade do contrato, lançando ao ônus da defesa a prova de ruptura do vínculo empregatício, em contextos processuais de controvérsia sobre a questão. (2015, p. 213)

Segundo o entendimento do autor, o empregador é quem deve comprovar o término do contrato de trabalho, devendo ainda comprovar se ocorreu modalidade menos onerosa da extinção do contrato, demonstrando o respectivo pedido de demissão ou a dispensa por justa causa.

Assim, nas possibilidades em que o empregador não possa comprovar, se faz presumida a extinção do contrato de trabalho da maneira mais onerosa, sendo a demissão sem justa causa pelo empregador, ou até mesmo podendo ser declarada a continuidade do vínculo empregatício entre o empregado e a empresa.

A súmula nº 338 do C. TST, em seu inciso I, também traz previsão acerca da distribuição do ônus da prova:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 338)

A súmula 338 indica que quando o empregador, que possui mais de 10 empregados, deixar de apresentar os registros da jornada de trabalho do trabalhador sem justificativa, será presumida relativamente verdadeira a jornada de trabalho alegada pelo autor, podendo os fatos ser esclarecidos se houver prova em contrário.

Ainda, a Súmula nº 12 do TST, com a ideia de que as anotações que um empregador faz na carteira de trabalho do empregado geram a presunção *juris tantum*⁴ e não presunção *juris et de jure*⁵. (NASCIMENTO, 2011, p. 181)

⁴ O que decorre do próprio direito. (COSTA; MALTA, 2004, p. 80)

⁵ De direito e por direito. (COSTA; MALTA, 2004, p. 80)

Neste sentido, enquanto parte doutrinária entendia que as anotações na carteira de trabalho geravam presunção absoluta, o TST, com a súmula nº 12, entendeu presunção relativa. Não obstante, é evidente que o peso das anotações recai principalmente sobre o empregador, embora nada o impeça de alegar rasuras ou equívocos no preenchimento da carteira. Nessa linha, o ônus da prova recai para o empregador. (MIESSA; CORREIA, 2016, p. 308-309)

Importante ressaltar que, devido à escassez normativa fornecida pela CLT, em seu modesto e lacônico artigo 818, se faz necessário importar normas do Direito Processual Civil para completar o entendimento acerca do ônus da prova. (ROCHA; ALVES NETO, 2011, p. 262).

Com base no exposto sobre o ônus da prova, seguindo apenas o previsto na CLT, se entende que a prova deve ser produzida por aquele que alegou o fato. Na prática, porém, o ônus da prova sofre diversas variações no caso concreto, em especial devido ao previsto nas súmulas do C. TST.

Neste sentido, as súmulas do C. TST norteiam a aplicação do ônus da prova no caso concreto, sendo apenas uma espécie de reflexo da jurisprudência majoritária que ao longo do tempo já se utilizava de aplicação diversa à prevista na CLT sobre ônus probatório.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise da maneira com que o conceito de hipossuficiência do trabalhador se desenvolveu dentro do aspecto histórico dos direitos trabalhistas. Dentro deste raciocínio, permitiu também analisar a construção da proteção do trabalhador como base estrutural do Direito do Trabalho, além da sua relação com a aplicabilidade prática dos direitos laborais no processo.

A partir da análise prática do princípio da proteção do trabalhador, foi possível constatar a existência de diversos dispositivos legais que visam assegurar os direitos laborais, previstos tanto na CLT quanto na própria Constituição de 1988, a fim de compensar a hipossuficiência evidenciada do trabalhador em face ao empregador.

No sentido prático da área trabalhista, o princípio da proteção, de certa forma, norteia o desenvolvimento do processo trabalhista, de modo que se construíram mecanismos que visam o equilíbrio processual das partes e a segurança jurídica, como ocorre com a inversão do ônus da prova, em casos específicos, e com a distribuição dinâmica do ônus da prova, que se estabelece como regra geral de disposição do ônus probatório.

Fluindo neste raciocínio, o presente estudo teve como foco a distribuição dinâmica do ônus da prova, que se apresentou compatível com os dispositivos que regem o processo do trabalho, de maneira que apenas ressalta a hipossuficiência apresentada pelo trabalhador em comparação ao empregador, além de propiciar uma nova visão sobre o tema no processo, viabilizando diversas maneiras do juiz trabalhar o ônus da prova e a possibilidade da sua inversão de acordo com as necessidades do caso concreto. Tanto é viável e necessário, que foi introduzida, tanto pelo CPC de 2015, quanto pela Reforma Trabalhista em 2017, quando da alteração do artigo 818, parágrafo 1º da CLT.

Cabe ressaltar ainda que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório no processo trabalhista se mostrou fortemente influenciada pelo princípio basilar do Direito do Trabalho, o princípio da proteção ao trabalhador. Sua finalidade pôde ser entendida no sentido de não sobrecarregar o trabalhador e protegê-lo quanto à impossibilidade de produzir provas, visto que o empregador geralmente é aquele que detém melhores condições de produzi-las.

Assim sendo, embora o reconhecimento legislativo da distribuição dinâmica do ônus da prova seja recente, se mostrou evidente que a doutrina já vinha desenvolvendo estudos sobre o tema, em especial a partir da previsão da inversão do ônus da prova no CDC. Inclusive, a partir do estudo das súmulas do TST, como a súmula 338, foi possível constatar uma forte tendência dos Tribunais em viabilizarem a aplicação deste instituto no processo do trabalho.

Contudo, mesmo que o entendimento da doutrina utilizada nesse estudo seja em sua maioria favorável à aplicação da distribuição dinâmica, no sentido de ser compatível com as normas e princípios que regem a CLT e a Constituição, ainda existem doutrinadores que entendem sua aplicação inviável ou incompatível no processo do trabalho.

Deste modo, se pode concluir que a distribuição dinâmica do ônus da prova é aplicável ao processo do trabalho e compatível com os dispositivos que o regem, inclusive por força da atual legislação, qual seja, a Lei 13.467/2017. Porém, embora exista a necessidade de equilibrar as partes na relação processual, é preciso que isso ocorra de maneira cautelosa, a fim de não violar preceitos basilares e elementares do Direito do Trabalho. Logo, a aplicação e utilização do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho, se constitui importante elemento de sedimentação da democracia, assim como para uma justa e adequada prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 21 de maio de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 de maio de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.hth. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região**. Órgão judiciário competente. RO: 0000931-73.2015.5.06.0005. Redator: Fabio Andre de Farias. 14 de junho de 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmulas. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

CAIRO JUNIOR, Jose. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

COSTA, Wagner Veneziani; MALTA, Luiz Roberto. **LATIM – Minidicionário de Expressões Jurídicas**. 3ª Ed. São Paulo: Ícone, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRO, Marcelo Roberto. **A jurisprudência como forma de expressão do direito**. 2011. 23 f. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 1, p. 237 – 259, Jun / 2011, DTR\2012\1937.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Mudanças no processo do trabalho: Lei 13.015/2014 e novo Código de Processo Civil**. 2014. 19 f. Revista de Direito do Trabalho, vol. 160/2014, p. 203 – 226, Nov - Dez / 2014, DTR\2014\20487.

LAZZARINI, Alexandre Alves. **A indução generalizadora na elaboração da jurisprudência**. 1996. 9 f. Revista de Processo, vol. 83/1996, p. 246 – 254, Jul - Set / 1996, DTR\1996\310.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LINS NETO, Edmundo. **Súmula**. 1989. 3 f. Revista de Processo, vol. 53/1989, p. 222 – 224, Jan - Mar / 1989, DTR\1989\9.

MARECO, Gabriella Dinelly Rabelo. **O ônus da prova no direito do trabalho: distribuição dinâmica e inversão**. 2010. 16 f. Revista de Direito do Trabalho, vol. 140/2010, p. 45 – 60, Out - Dez / 2010, DTR\2010\834

MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista! E agora? Onde as empresas mais erram**. 2ª ed. Curitiba: Editora Estudo Imediato, 2016.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Súmulas e OJs do TST - comentadas e organizadas por assunto**. 6ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao processo do trabalho**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Luciana Salgado de. **O princípio da proteção ao trabalhador no processo do trabalho e sua aplicação na jurisprudência atual**. 2015.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37274/o-principio-da-protECAo-ao-trabalhador-no-processo-do-trabalho-e-sua-aplicacao-na-jurisprudencia-atual>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

ROCHA, Andréa Presas; ALVES NETO, João (organizadores). **Súmulas do TST comentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2000.

- ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito Processual do Trabalho**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.
- SAMPAIO, Aluysio. **O processo do trabalho: objeto e princípios básicos**. 1985. 5 f. Revista de Direito do Trabalho, vol. 55/1985, p. 5 – 9, Maio - Jun/1985, DTR\1985\122.
- SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 13. ed. Salvador: Editora. JusPodivm, 2016.
- SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016.
- SOARES, Marcos José Porto. **Distinção entre processo e procedimento**. 2015. 19 f. Revista de Processo, vol. 246/2015, p. 199 – 217, Ago / 2015, DTR\2015\13216.
- VAZ, Carlos Augusto Lima. **O Princípio da Igualdade e a nova distribuição do ônus da prova no direito brasileiro**. Nº 15/ Vol. 2. Revista Ética e Filosofia Política, 2012.
- WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história de direito**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- XAVIER, Matheus Daniel. **A Lei 13.015/2014 e o novo no Recurso de Revista do Processo do Trabalho**. Santo André: JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://matheusdxavier.jusbrasil.com.br/artigos/268099666/a-lei-13015-2014-e-o-novo-no-recurso-de-revista-do-processo-do-trabalho>. Acesso em: 08 de junho de 2017.

A INTERVENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS RESERVAS EXTRATIVISTAS POR MEIO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO COMO PROTETOR DO MEIO AMBIENTE E DA CULTURA EXTRATIVISTA

Jéssica Caroline Ramos¹

Rogério Silva Bernardi²

1 INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos de concessão de bens públicos são muitas vezes utilizados como forma de regulamentar e proteger áreas ambientais voltadas ao extrativismo, mais precisamente, o contrato de concessão de direito real de uso, tendo que ser feito um apanhado do que são contratos administrativos e reservas extrativistas, para que possa determinar se a intervenção e participação do Poder Público dentro das reservas extrativistas em espécie é benéfica.

Concessão de Direito Real de Uso (CDRU) é conceituada por Meirelles (2012, p. 599) como “o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, para que dele se utilize em fins específicos de regularização”, por

¹ Graduada em Direito pela Faculdade do Litoral Paranaense- ISEPE/Guaratuba.

² Mestrando em Direitos Humanos e Políticas Públicas na PUC/PR. Analista Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Graduado em direito pela Faculdade Metropolitana Londrinense. Especialista pela UNOPAR (Universidade Norte do Paraná de Ensino) com convênio com a FEMPAR (Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Professor universitário na Faculdade do Litoral Paranaense- ISEPE/Guaratuba.

tempo certo ou por prazo indeterminado. Ocorrendo da concessão substituir a maioria das alienações de terrenos públicos, devendo sempre ser preferida, principalmente nos casos de venda ou adoção. E assim, como ocorre com a concessão comum, depende de autorização legal e de licitação, na modalidade concorrência.

A relação entre os contratos administrativos e a preservação do meio ambiente ocorre por meio do uso de bem público por particular cuja finalidade é contribuir com populações específicas e com a manutenção e fortalecimento do meio ambiente, devendo ser observado às unidades de conservação com enfoque nas reservas extrativistas e seu desenvolvimento sustentável, a sua regulamentação, identificando as suas finalidades e se estão sendo atendidas conforme os propósitos para que foram criadas.

Há determinadas áreas e ecossistemas no Brasil, cuja riqueza ambiental é indiscutivelmente marcante e relevante para a manutenção da diversidade genética, para a preservação da fauna e da flora e para o manejo ecológico de espécies e recursos naturais, exigindo que esses espaços segundo Romeu Thomé (2016, p. 383) tenham proteção especial em benefício da perpetuidade de suas espécies, e com o advento da Constituição Federal em 1988, a criação de espaços ambientalmente protegidos ganhou *status* constitucional, passando a constituir um dos principais instrumentos, tanto da Política Nacional do Meio Ambiente, quanto da implementação do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado.

As Reservas Extrativistas têm seu uso concedido às populações extrativistas tradicionais, por meio de contrato administrativo, sendo por tanto de domínio público (MILARÉ, 2011, p. 923). A evolução do extrativismo é o que melhor o caracteriza, tendo conforme Rueda (1995, p. 03) declarado que sua evolução teve seu início na Região Norte, a partir da luta de Chico Mendes na defesa dos seringueiros na extração da borracha.

A Lei nº 9.985 de 2000 que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, em seu art. 18 declara que Reserva Extrativista é uma área utilizada por população tradicional extrativista, que baseia sua subsistência no extrativismo, podendo complementarmente basear-se na agricultura e na criação de animais de pequeno porte, tendo como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, assegurando o uso sustentável dos recursos naturais da RESEX – Reserva Extrativista.

O Acre foi o cenário para o Movimento Seringueiro, tendo sido o estado pioneiro na criação das RESEX, transformando a colonização dos seringueiros em um modelo de ocupação produtiva que atendia os ideais de sustentabilidade mundialmente recomendado, mas mesmo após 27 anos da criação das duas primeiras RESEX, a Alto Juruá e a Chico Mendes, a expectativa de sustentabilidade em torno dessas parece não ter se concretizado (RODRIGUES, PEREIRA, 2010, p. 04).

Com base na reportagem do Globo Rural exibida em 31 de janeiro de 2016, as RESEX do Acre são marcadas pelos contrastes, uma vez que uma sofre com o “desmatamento, avanço na pecuária, venda ilegal de terras públicas” e a outra está lutando para “manter viva a chama da preservação” são os acontecimentos que acabam por diferenciar duas das maiores RESEX do Brasil, que são objeto de pesquisa documental deste trabalho.

Busca-se entender o que resultou em tal diferença entre as reservas, visto as igualdades existentes quanto ao tempo de existência, região em que estão implantadas e a partir de análise compreender qual o catalisador do afastamento dos objetivos das RESEX por um lado, e o crescimento sustentável do outro.

2 CONTRATO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

2.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O conceito de contrato administrativo trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 632) é de um tipo de acordo travado entre a Administração e terceiros, cuja lei, as cláusulas pactuadas e as condições preestabelecidas submetem a cambiáveis imposições de interesse público, salvaguardando os interesses patrimoniais do contratante privado.

Quanto às características do contrato administrativo, Di Pietro (2014, p. 273) expõe que, não no sentido amplo que é empregado pela Lei nº 8.666/93, mas no sentido próprio e restrito, podem-se perceber oito características, sendo elas a presença da Administração Pública como Poder Público; a finalidade pública; obediência à forma prescrita em lei; procedimento legal; natureza de contrato de adesão; natureza *intuitu personae*; presença de cláusulas exorbitantes; mutabilidade.

2.2 PRINCÍPIOS

Os dois princípios fundamentais que decorrem da bipolaridade do Direito Administrativo, são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular, que mesmo não sendo específicos do Direito Administrativo, são essenciais, porque é a partir deles que se constroem os demais. (DI PIETRO, 2014, p. 64).

O Princípio da Legalidade, com base nos ensinamentos de Carvalho Filho (2017, p. 48) é a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração, significando que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, se não for, a atividade é ilícita. O Princípio da Supremacia do Interesse Público com base nos ensinamentos de Mello (2013, p. 69) proclama a superioridade do interesse da coletividade, sobre a do particular, sendo um pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam se sentir garantido e resguardado.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, reportou de modo expresso à Administração Pública apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. (MELLO, 2013, p. 98). A Lei do Processo Administrativo Federal (lei nº 9.784/99) faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, além disso, outras leis esparsas fazem referências a princípios específicos de determinados processos (DI PIETRO, 2014, p. 64).

2.3 CDRU

O CDRU está expresso no art. 7º do Decreto-lei 271 de 28/02/1967, com redação dada pela Lei nº 11.481 de 2007, refere-se que:

É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

Com base nos ensinamentos de Carvalho (2017, p. 676), a natureza jurídica da CDRU é de direito real, que originalmente não constava nas relações de direito real elencadas no Código Civil; a alteração ocorre decorrente da lei nº 11.481 de 2007 que introduziu o inciso XII, do art. 1225, e o inciso IX, do art. 143 que inclui como direito suscetível da incidência de hipoteca.

As características da CDRU, segundo Mello (2013, p. 948) são “inerentes a sua imediata adequação à coisa e o chamado direito de sequela, que enseja a persecução do bem”, e o autor ainda ressalta que “sobre o bem em que recai não incidirá outro direito da mesma espécie, e é protegido por ação real, graças ao que prevalece contra qualquer que detenha a coisa”, sendo oponível *erga omnes*, ou seja, contra todos, pois confere ao titular “a prerrogativa de vê-lo respeitado por qualquer sujeito, os quais ficam impedidos de opor-lhe qualquer embaraço”, independente da colaboração de terceiro, se fazendo por si, diretamente na relação entre sujeito e a coisa, ao contrário dos direitos pessoais.

3 RESERVAS EXTRATIVISTAS

3.1 UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Com a implementação do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado, a Carta Magna em seu art. 225, traz as formas do Poder Público efetivar o direito ao meio ambiente equilibrado, tendo acarretado a regulamentação do diploma legal de 2000, a Lei nº 9.985, que trata do SNUC, que acabou por ser o que sistematizou e compilou as normas de proteção de espaços ambientalmente protegidos, que eram fragmentadas e esparsas (THOMÉ, 2016, p. 384).

Sobre a criação, extinção, redução e desafetação, Frederico Amado (2014, p. 294), traz que as UCs poderão ser criadas por ato do Poder Público, lei ou decreto, mas a extinção ou redução só podem ocorrer por lei, nos termos do art. 225, §1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, assim como a desafetação que também depende de lei, mesmo que ela tenha sido instituída por decreto, o autor explica que tendo como lógica constitucional dificultar ao máximo a redução dos limites de um espaço ambiental especialmente protegido.

O art. 2º do Decreto 4.340/2002 estabelece critérios a serem aplicados para a criação das Unidades de Conservação, tendo o ato que indicar a denominação, a categoria de manejo, os objetivos, os limites, a área da unidade e o órgão responsável por sua administração; a população tradicional beneficiária, no caso das Reservas Extrativistas e das Reservas de Desenvolvimento Sustentável; a população tradicional residente.

Específica Amado (2014, p. 296), que a criação deverá ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, sendo dispensável este último requisito para as estações ecológicas e reservas biológicas, pois foi presumido legalmente o interesse público. Mesmo sem previsão legal, a consulta pública não poderá ser dispensada, sob pena de invalidade do ato de criação, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF).

Após a criação das unidades de conservação, implantá-las significa torná-las realidade concreta, plantando-as de maneira estável para que funcionem, Milaré (2011, p. 933) esclarece que apesar da importância da implantação, a mesma é deixada de lado por parte do Poder Público. Segundo o autor, são inúmeros os casos das chamadas *unidades de conservação no papel*, as quais mesmo depois da criação, permanecem na espera, por um longo tempo, por alguma ação do Poder Público para a sua efetiva implantação. Com relação à implantação, o autor elenca as três figuras principais da implantação, que são a zona de amortecimento, o mosaico de unidades de conservação e o plano de manejo.

Sobre o Plano de Manejo, Thomé (2016, p. 410) conceitua como sendo o “documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade”, constituindo lei interna da UC, devendo ser elaborado no prazo de cinco anos a partir da data da sua criação, sendo tratado mais a fundo este dispositivo adiante.

3.2 CATEGORIAS DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO

Segundo Thomé (2016, p. 385) a Lei 9.985/2002 divide em dois grandes grupos as Unidades de Conservação, utilizando-se

como critério a intensidade de proteção, sendo as Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável.

As unidades de Proteção Integral segundo Milaré (2011, p. 914) “são aquelas que têm por objetivo básico preservar a natureza, livrando-a, quanto possível, da interferência humana”. Conforme art. 8º da Lei do SNUC a Estação Ecológica, a Reserva Biológica, o Parque Nacional, o Monumento Natural, e o Refúgio de Vida Silvestre, sendo explicada brevemente cada uma destas unidades.

As unidades de Uso Sustentável, conforme ensinamentos de Milaré (2011, p. 919), são aquelas “cujo objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais”. Conforme art. 14 da Lei do SNUC a Área de Proteção Ambiental, a Área de Relevante Interesse Ecológico, a Floresta Nacional, a Reserva Extrativista, a Reserva de Fauna, a Reserva de Desenvolvimento Sustentável, e a Reserva Particular do Patrimônio Natural.

3.3 RESERVAS EXTRATIVISTAS

Historicamente o termo extrativismo é utilizado, em geral, para definir toda atividade de coleta de produtos naturais, seja qual for a origem mineral, animal ou vegetal, tendo diversas outras definições e adições a este conceito. Para o tema em questão, entende-se o extrativismo “como a utilização sustentável proposta para as reservas, ou seja, como a coleta racional na biota, de recursos renováveis destinados ao mercado”. O extrativismo tem sido uma constante da história econômica do país, vindo desde a colonização em que se praticou o extrativismo da madeira, de minerais e de ouro. (RUEDA, 1995, p. 03).

A partir do Ano de 1960 os governos dos estados da Região Norte com o intuito de atrair empresários do Centro Sul, desenvolveram ações para implantação de empreendimentos na área rural, tendo alguns municípios do Acre transformado muitos dos seringais em pastos para gado ou foram abandonados. Por outro lado, muitas glebas de terra onde moravam seringueiros acabaram sendo adquiridas pelo Governo Federal para loteamentos de Reforma Agrária. E para que fosse concretizado essas transformações, muitos seringueiros foram expulsos das suas moradias e tiveram que procurar novas áreas (RUEDA, 1995, p. 06).

Em busca de novas áreas, os seringueiros acabaram ocupando seringais abandonados ou glebas do governo, surgindo assim o seringueiro autônomo, por não ter um patrão fixo ao qual fosse obrigado a entregar a produção, por ser o dono da terra. E foram esses seringueiros autônomos de Rio Branco, Xapuri e Brasília os primeiros a saírem em defesa do extrativismo, pois a partir de 1976 organizaram-se para impedir novos desmatamentos de áreas extrativistas, este movimento se estendeu à outras regiões do Acre e mesmo a outros estados (RUEDA, 1995, p. 07).

Sobre esse movimento que veio a ser conhecido como “empates” Oliveira Filho (2012, p. 04) relata que seu início foi motivado devido ao surgimento dos primeiros sindicatos em 1975, que foram implementados pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), sendo o primeiro sindicato criado no início de 1975 na cidade de Sena Madureira, o segundo no final do ano em Rio Branco e o terceiro na cidade de Brasília que foi onde a luta dos seringueiros fermentaria e ganhariam destaque dois de seus principais líderes: Wilson Pinheiro e Chico Mendes.

Os conflitos entre fazendeiros e seringueiros passaram a chamar a atenção da opinião pública, depois da morte do presidente do sindicato dos trabalhadores rurais de Brasília, Wilson de Souza Pinheiro em 1978 (RUEDA, 1995, p. 07). Oliveira Filho (2012, p. 05) relata que posteriormente a morte de Pinheiro a luta passou a se concentrar na cidade de Xapuri, sob a liderança de Chico Mendes, que a partir de 1985 começou a buscar apoio e aliados externos, e com o apoio da antropóloga Mary Helena Allegretti e de financiadores, seringueiros de distintas partes da Amazônia foram até Brasília para participar do 1º Encontro Nacional dos Seringueiros.

Este Encontro de Seringueiros se tornou de acordo com Rueda (1995, p. 08) o marco histórico para a oficialização do pedido da criação de “Reservas Extrativistas”, pois foi nesta ocasião que os seringueiros solicitaram que “se acabasse com a colonização dos seringais e que estes lhes fossem dados em concessão, para que assim pudessem ser mantidos o extrativismo”, tendo sido debatido amplamente a ideia pelos participantes do encontro que provinham de diferentes regiões. O autor ainda salienta que o Brasil em 1985 estava lançando o Plano Nacional de Reforma Agrária, o que acabou transformando a proposta de criação das Reservas Extrativistas em a “Reforma Agrária para os extrativistas”.

Deste encontro foi possível historicamente definir dois objetivos das Reservas Extrativistas, sendo o primeiro de que a proposta, no espírito da Reforma Agrária, tinha a finalidade de que se cumprisse a função social da terra, e o segundo que estava ligado implicitamente no primeiro, que era uma vez a conquista da terra objetivava manter o extrativismo, a sua manutenção exigia o respeito à floresta e aos seus recursos (RUEDA, 1995, p. 08).

Em dezembro de 1988, Chico Mendes é assassinado por fazendeiros, tendo o movimento dos seringueiros a partir daí adquirido um novo perfil de organização, que era a combinação de sindicatos com uma organização, um conselho que contava com aliados ambientalistas e que tinham recursos próprios, tendo algumas lideranças surgidos, como é o caso de Raimundo Mendes de Barros que é primo de Chico Mendes, Osmarino Amâncio Rodrigues e Antônio Macedo (OLIVEIRA FILHO, 2012, p. 06).

Como resultado de muita luta, o Brasil institucionalizou em 1989, o extrativismo sustentado como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente por meio da Lei n 7.804/1989, passando a tutelar as reservas extrativistas como unidades de conservação ambiental (GOMES & FELIPPE, 1993, p. 01). Em 1990, três dias antes de deixar o governo, o então Presidente José Sarney assinou um decreto que regulamentou a criação das reservas extrativistas beneficiando os castanheiros, babaqueiros, seringueiros e outros trabalhadores que vivem das florestas dando-lhes como garantia o direito real de uso da terra demarcada, e o Presidente Sarney ainda afirmou em seu discurso que “em lugar de sermos considerados os vilões, temos que mostrar o que fazemos pela natureza” e destacou que “se a Amazônia é hoje objeto de discussão mundial foi porque acordamos para a sua preservação”, conforme jornal do acervo do Instituto Sócio Ambiental de 24/01/90.

A Lei 7.804/1989 que alterou alguns artigos da Política Nacional do Meio Ambiente, mais precisamente o inciso VI do art. 9º que prevê a possibilidade de criação pelo Poder Público, de Reservas Extrativistas, tendo este instituto ganhado legislação que a definisse com o advento do decreto nº 98.987 de 1990, que dispõe que elas “são espaços territoriais destinados à exploração autossustentável e conservação dos recursos naturais renováveis, por população extrativista”, tratando-se segundo Milaré (2011, p. 922) de “uma figura curiosa sob o ponto de vista jurídico e científico, porém de significado socioeconômico”.

Do recebimento da solicitação o ICMBio passará pelas etapas de vistoria na área, reuniões com a população tradicional envolvida, deverá emitir parecer técnico sobre a viabilidade, indicar formalmente um responsável para coordenar o processo de criação, devendo ser elaborado um plano de trabalho.

Para que a Diretoria de Unidades de Conservação de Uso Sustentável e Populações Tradicionais do ICMBio possa analisar e emitir parecer, é necessário um estudo socioambiental e fundiário, devendo conter no primeiro um levantamento e compilação dos dados disponíveis sobre a área e a região, análise das informações feita em conjunto com a população tradicional e quando necessário a indicação dos levantamentos complementares necessários; já no segundo estudo, deve incluir a consulta aos órgãos fundiários que tenham envolvimento ou jurisdição sobre a área e identificar e caracterizar a dominialidade da área proposta para criação, tendo como base o levantamento de campo e cartoriais (ICMBio nº 3/2007).

Depois de emitido parecer sobre os estudos, se inicia o processo de consulta pública que respeitará quatro etapas, sendo a disponibilização dos estudos e mapas, oitiva junto à população tradicional envolvida, uma ou mais reuniões públicas abertas, e a consulta formal por meio de ofício aos órgãos envolvidos com situação fundiária da área. Após esta etapa a Diretoria de Unidades de Conservação deverá elaborar parecer técnico conclusivo e Minuta de Decreto de Criação, Aviso e Exposição de Motivos, que será encaminhado para a Procuradoria Federal Especializada que emitirá parecer jurídico e posteriormente será enviado à Presidência do Instituto Chico Mendes para que faça remessa ao Ministério do Meio Ambiente (ICMBio nº 3/2007).

Após a publicação do Decreto de criação, deve se consolidado o cadastro da população tradicional, dar início à formação do Conselho Deliberativo, bem como iniciar a construção da primeira fase do Plano de Manejo, assim como a implementação de ações de proteção, identificação de limites, sinalização e regularização fundiária da RESEX. Com base no cadastro da população tradicional e no Plano de Utilização deverá ser firmado um Termo de Compromisso entre as famílias que receberão a CDRU e o ICMBio, servindo como base para a comprovação da relação e dos direitos da população tradicional com a unidade enquanto não é outorgada a CDRU (ICMBio nº 3/2007).

O Contrato de CDRU será o regulador da posse e o do uso das áreas ocupadas, pelas populações tradicionais nas Reservas Extrativistas, estando expresso em várias legislações que tratam do assunto, sendo o Contrato de CDRU concedido a título gratuito, devendo ser incluso no mesmo o plano de utilização aprovado, contendo ainda cláusula de rescisão quando houver quaisquer danos ao meio ambiente ou a transferência da concessão inter vivos, cabendo ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA), supervisionar as áreas extrativistas, acompanhando o cumprimento das condições estipuladas no contrato.

Atualmente no Brasil existem 90 reservas extrativistas, segundo consulta no CNUC, sendo em sua grande maioria localizada na região norte e nordeste do país. Na seara federal, segundo painel dinâmico do ICMBio, são 62 RESEX Federais que totalizam uma área de 12.767,44 km² ocupada, ocorrendo de 42 estarem localizadas no bioma Amazônia, 07 no Marinho-Costeiro, 06 no Cerrado, 06 na Mata Atlântica e 01 na Caatinga. As 28 RESEX Estaduais, ocupam uma área de 19.867 km², sendo 25 no bioma Amazônia, 02 na Mata Atlântica e 01 no Marinho.

4 A INTERVENÇÃO E PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO NAS RESERVAS EXTRATIVISTAS EM ESPÉCIE

4.1 RESERVAS EXTRATIVISTAS NO ACRE

A distribuição das RESEX pelo estado do Acre segundo Rodrigues e Pereira (2010, p. 09) foi feito sem planejamento prévio, seja para atender reivindicações do Movimento Seringueiro ou para aplacar os conflitos fundiários. Existem cinco RESEX existentes no estado, sendo elas a do Alto Tarauacá, a Chico Mendes, a Alto Juruá, a do Cazumbá-Iracema e a Riozinho da Liberdade, ocupando atualmente do terreno do estado 27.003, 09 km² conforme painel dinâmico do ICMBio.

Referente as RESEX do Acre, duas delas foram criadas em 1990, a do Alto Juruá e a Chico Mendes; em 2000, foi criada a do Alto Tarauacá; em 2002, a do Cazumbá-Iracema; e em 2005, a Riozinho da Liberdade, sendo as três últimas tratadas sucintamente neste estudo (RODRIGUES, PEREIRA, 2010, p. 12).

4.1.1 Reserva Extrativista Alto Juruá

A RESEX Alto Juruá é conhecida pela sua região de elevada biodiversidade, pertencente aos municípios de Marechal Thaumaturgo, Jordão, Porto Walter e Tarauacá, localizada no extremo oeste do estado do Acre, com área de 5.379,49 km², sendo de difícil acesso, com distância média de 150 km em linha reta do município de Cruzeiro do Sul, fazendo fronteira ao Sul com o Peru e na mesma bacia hidrográfica com áreas indígenas. A área da RESEX pode ser acessada de duas maneiras, por via aérea ou de barco, sendo que no último, a viagem pode durar de três a quatro dias de barco comum, ou em um dia de barco do tipo “voadeira” (FEITOSA, 1995, p. 57).

A RESEX foi a primeira a ser reconhecida legalmente, tendo sido criada por meio do Decreto nº 98.863 de 1990, tendo até o ano de 2007, conforme o ISA, uma população de 13.061 habitantes, que em sua maioria nasceram nos seringais, tendo um pequeno grupo nascido na cidade, majoritariamente nordestinos ou descendentes de migrantes nordestinos que chegaram na região durante o ciclo da borracha ou durante a Segunda Guerra Mundial (FEITOSA, 1995, p. 59).

Segundo relatório do MMA os objetivos da reserva extrativista é a mesma declarada na lei do SNUC, visando proteger os meios de vida e cultura das populações extrativistas tradicionais, assegurando o uso sustentável dos recursos naturais, e conforme Pantoja, Costa e Postigo (2009, p. 120), a RESEX Alto Juruá ao longo de todo o século XX, teve como principal produção a borracha nativa, mas a partir dos anos 90 isso começou a mudar devido a baixa da economia da borracha na região, o que deu causa para as transformações que se seguiram, em especial o aumento da agricultura e da pecuária.

A impossibilidade de continuar vivendo da borracha fez com que muitos seringueiros abandonassem as áreas centrais da reserva e fossem para as áreas de mais fácil acesso, como as margens, e nestas passaram a trabalhar com produção agrícola e de criação animal, mudando aos poucos o perfil profissional da população, assim como a principal atividade econômica da área, devendo se atentar, que mesmo aqueles que permaneceram no centro da RESEX aumentaram seus pastos para gado e para a agricultura, transformando as áreas de floresta (PANTOJA, COSTA, POSTIGO, 2009, p.120).

Os dados que de cadastramento e suas atualizações no decorrer dos anos comprovaram a queda do extrativismo da borracha, e o aumento da produção do gado e da agricultura, tendo em 1998, se atingido um percentual de 50% das famílias da RESEX que detinham a posse de um rebanho de gado, e segundo Pantoja, Costa e Postigo (2009, p. 121) esse acontecimento se originou antes mesmo da criação da RESEX. Com o advento da Cooperativa de Seringueiros, houve a desobrigação por parte dos seringueiros de entregar a sua produção de borracha no barracão, além de terem ganhado créditos para que pudessem adquirir mercadorias, ou seja, a partir do momento que os seringueiros tiveram mais liberdade econômica, puderam aumentar sua renda, conseguindo a sua estabilidade, e com criação da RESEX se proporcionou um contexto político e econômico bem mais favorável aos moradores da região, sendo que muitos puderam investir seu capital em gado.

Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, em meados de 1998 foi criado o Programa Fundef, seguido de outros programas semelhantes, que disseminaram pequenas escolas primárias em toda a região, gerando assim, “uma grande quantidade de empregos para professores, zeladores, cozinheiras, pilotos de barco de transporte de crianças, e criando uma motivação nova de concentração de moradores em torno das escolas”. Em seguida outros programas governamentais foram criados, os quais acabaram por distribuir de forma direta a renda, transformando assim a economia local, o que pode ser observado devido ao ano de 1995 que somente 8% dos moradores que foram entrevistados tinham uma canoa com motor, já no início de 2000 era difícil alguém que não possuísse embarcação própria (PANTOJA, COSTA, POSTIGO, 2009, p.122).

Com base em tudo isso, notou-se que a agricultura, a pecuária, os benefícios sociais e serviços se tornaram as principais fontes de renda monetária na Reserva, juntamente ao extrativismo para consumo doméstico, como a caça, pesca, cipós, madeira, frutos, tendo a borracha se tornado algo produzido por poucas famílias e em zonas bastante limitadas. Portanto é necessário se atentar que em todas essas novas atividades e rendimentos, é possível observar a presença do poder público, ou como é o caso, na sua ausência nas políticas de apoio à produção e ao produtor extrativista (PANTOJA, COSTA, POSTIGO, 2009, p.123).

Já referente à atualidade, dados indicam o aumento da população nas reservas, mas a sua distribuição geográfica se mantém como no século passado, em que há grande concentração de famílias residindo nas margens, enquanto que as áreas centrais vão sendo progressivamente despovoadas, sendo a motivação destes deslocamentos a implantação por parte do Poder Público de escolas, postos de saúde e de telefonia e geradores de energia em locais em que já há grande concentração populacional, estimulando ainda mais esse aumento (PANTOJA, COSTA, POSTIGO, 2009, p. 124).

Um fato que não pode ser deixado de lado é que a floresta se tornou um objeto de apreciação estética, pois é possível perceber na reportagem e conforme artigo de Pantoja, Costa e Postigo (2009, p. 125) que em torno das residências há campo aberto, sendo uma paisagem avaliada como bonita e desejável, diferente de uma casa cercada pela mata. Ocorrendo conforme autores acima citados, a domesticação da natureza, do ambiente florestal, num contexto de agropecuarização, que tende a aumentar e alterar e reconfigurar ainda mais a paisagem florestal.

Dentro da reportagem do Globo Rural (2015), em observação feita pelo repórter, é possível notar que o “cenário é muito diferente” da época da criação da reserva, sendo as ameaças muito conhecidas, “derrubadas da mata para vender madeira e formar pastos”.

A RESEX Alto Juruá por fazer fronteira com o Peru tem uma constante preocupação, mais precisamente a Vila Foz do Breu, que tem nas terras vizinhas peruanas um posto de fiscalização peruano com objetivo de combate ao tráfico de drogas, sendo esta a única barreira que os traficantes encontram. Com a pressão do tráfico, a falência econômica da borracha e o abandono da vida dentro da floresta, depois de 25 anos de sua criação, a RESEX Alto Juruá atingiu seus objetivos?

O extrativismo ainda tem lugar dentro da reserva, e é possível ver dois exemplos na reportagem do Globo Rural, o primeiro é da ONG SOS Amazônia que percorre as colocações para ensinar técnicas de reflorestamento aos assentados, com árvores nativas que possam contribuir com alguma renda. O segundo exemplo é do Sr. Antonio Costa que replantou a floresta e encontrou seu sonho no extrativismo, possuindo um pomar com uma variedade de frutas as quais ele vende no mercado de Marechal, e o mesmo relata que as

vezes estraga por não ter pra quem vender, e que uma solução seria um investimento para que fosse possível vender o produto do extrativismo para fora seria muito melhor (Globo Rural, 2015, 07:25 a 08:29).

4.1.2 Reserva Extrativista Chico Mendes

A Reserva Extrativista Chico Mendes, está localizada nos municípios acrínicos Assis Brasil, Brasiléia, Capixaba, Epitaciolândia, Rio Branco, Sena Madureira e Xapuri, tem área de 931.315,43 km², sendo possível acessar a RESEX pela estrada BR-317, exceto no período chuvoso; tendo essa rodovia, praticamente contornado a área da Reserva, possuindo regular trafegabilidade durante todos os meses do ano até Brasiléia. Outra forma de adentrar na Reserva é pelo Rio Xapuri e afluentes, exceto no período de seca, quando é quase impossível a navegação devido a baixa dos níveis de água e a formação de bancos de areia. Já pela via aérea é possível chegar em qualquer cidade em torno da Reserva que possua campo de pouso (FEITOSA, 1995, p. 69).

A RESEX em sua predominância tem como produto do extrativismo das seringueiras, com exceções em algumas áreas em que há a extração das castanheiras. A participação na renda média líquida do extrativismo é de 44,7% da borracha, 24,6% da castanha, 21,0% os alimentos, 8,5% a criação de pequenos animais e 1,2% os demais produtos extrativos como frutas, óleos, resinas e palmitos (FEITOSA, 1995, p.69). Costa (2000, p. 29) complementa que a agricultura compõe 29% da renda familiar, já a criação de gado é visto como uma reserva de recursos, uma poupança para necessidades emergenciais, contribuindo com 9% da renda, tendo o extrativismo papel principal.

A RESEX foi a segunda a ser reconhecida legalmente, tendo sido criada por meio do Decreto nº 99.144 de 1990, tendo até o ano de 2007, conforme o ISA, uma população de 385.479 habitantes, que se dividem nos sete municípios abarcados pela reserva, sendo a cidade de Rio Branco a que tem o maior número de habitantes, com 290.639. Costa (2000, p. 28) aduz que a população em sua maioria é de jovens com famílias numerosas, tendo até 1995 sendo a população em sua maioria constituída de analfabetos.

O plano de manejo da RESEX é de 2006, que foi elaborado para atender as exigências do SNUC, bem como servir de documento

orientador e balizador na gestão da RESEX Chico Mendes, no desenvolvimento de ações e programas que visem garantir a qualidade de vida, a valorização da cultura e de sua população e o uso sustentável dos recursos naturais disponíveis na área.

Um ponto importante trazido pelo Plano de Manejo é do processo de desapropriação da RESEX que foi muito difícil, pois os conflitos com relação à posse e propriedade da terra se concentrava nessa região, caracterizado pelo confronto de seringueiros e castanheiros com os pecuaristas e fazendeiros. Assim como as peculiaridades dos títulos de propriedade, que muitas vezes eram emitidos mais de uma vez para proprietários distintos, além de outras falhas nos registros imobiliários.

Foi em 1995 que o IBAMA aprovou o Plano de Utilização da Reserva, que juntamente com a concessão da imissão na posse dos imóveis, abriu a oportunidade para que o IBAMA iniciasse os procedimentos para a Concessão de Direito Real de Uso, sendo este firmado em novembro de 2002 na presença de inúmeras autoridades governamentais e não governamentais em solenidade no Seringal Floresta, no Município de Xapuri – AC (PLANO DE MANEJO, 2006, p. 17).

Formas de associativismo, como o cooperativismo tem gerado resultados positivos no sentido de resolver problemas da comercialização, tendo atualmente na reserva 15 associações, 05 cooperativas e 54 núcleos de base. Tendo muitas das associações os mesmos objetivos da reserva, o de apoiar as atividades sociais e produtivas desenvolvidas no local, tendo papel participativo no auxílio do extrativismo. As cooperativas são administradas conforme a vontade de seus associados, sendo formadas muitas vezes por assentados extrativistas, transformam as cooperativas em contribuintes do desenvolvimento das comunidades, através da geração de empregos, produção, serviços e preservação do meio ambiente. Já os núcleos de base representam a presença da associação na comunidade, fortalecendo assim, a atuação de forma mais eficiente e próxima às comunidades que representa (PLANO DE MANEJO, 2006, p. 33)

Atualmente o Poder Público, por meio do INCRA tem programas de crédito como o Crédito de Instalação para compra de equipamentos e o Crédito Moradia, tendo o Pronaf outro programa com impactos sociais e econômicos, proporcionando condições de incrementar a escala de produção, gerando renda e mantendo as

peessoas ocupadas e possibilitando que as famílias permaneçam em suas moradias (PLANO DE MANEJO, 2006, p. 39).

A Lei Estadual nº 1.277 de 1999, conhecida como Lei “Chico Mendes”, prevê subsídios estaduais para a borracha, que somados como o subsídio federal, acabam incentivando o extrativismo e gerando novas perspectivas aos seringueiros, estimulando o retorno das famílias à floresta. O Plano de Manejo (2006, p. 45) ainda traz os produtos que são oriundos da borracha e que tem parcerias externas, sendo eles o couro vegetal, que são lâminas de tecido emborrachado com látex de seringueira; o soldado de borracha e a folha defumada líquida, que seria a fabricação de folha de látex com uso de ácido pirolenhoso em forma líquida, dispensando a defumação.

Sobre as atividades econômicas e de subsistência já faladas anteriormente, o plano de manejo trouxe alguns produtos que só recentemente foram vistos como potenciais produtos de extrativismos passíveis de exploração dentro da RESEX Chico Mendes, sendo eles o açaí, andiroba, unha de gato, murumuru, jarina e a taboca (PLANO DE MANEJO, 2006, p. 44).

Mesmo os produtos não-madeireiros já terem apresentado resultados econômicos positivos para a RESEX, é necessário um aprofundamento sobre o mercado e o processamento desses produtos, assim como, fazer um inventário dos potenciais produtos de extrativismo, implementando o manejo dos mesmos, devendo ser feito isso para que se evite o aumento do desmatamento e o avanço da pecuária (PLANO DE MANEJO, 2006, p. 47).

O Plano de Utilização em sua redação trata da finalidade e objetivos do mesmo, bem como a responsabilidade pela execução do plano, sobre as intervenções extrativistas e agro-pastoris, determinando o que são as colocações, suas proibições, suas responsabilidades, assim como os limites de intervenção na floresta, na fauna e nas áreas de uso comum, outro tópico do plano de utilização é sobre a fiscalização da reserva, que é de responsabilidade do IBAMA, com o apoio das Associações de Moradores e Produtores, bem como de cada morador, e por fim é tratado das penalidades pelo não cumprimento do presente Plano de Utilização, assim como as disposições gerais do mesmo (PLANO DE MANEJO, 2006, p. 57).

O Contrato de Concessão de Direito Real de Uso foi assinado no final de 2002, entre o IBAMA e a associações que são

denominadas concessionárias, tendo na cláusula segunda em seu parágrafo segundo se definido que as “Concessionárias, por meio dos moradores que representam, se obrigam a conservar e fiscalizar a Reserva concedida, permitindo o desenvolvimento de atividades econômicas sustentáveis com vistas à melhoria da qualidade de vida dos sócios e suas famílias, na extensão máxima da Reserva”, tendo vigência de 30 anos a concessão, a partir da data de assinatura do contrato, podendo ser prorrogado por igual período (PLANO DE MANEJO, 2006, p. 58).

Em entrevista para o Globo Rural de 2016 (10:00 a 12:32, grifo nosso) Raimundo Mendes de Barros, primo de Chico Mendes, residente da RESEX, vive somente do extrativismo, e garante que é possível sobreviver com o extrativismo.

5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Como é possível notar, as RESEX do Acre mesmo com todas as conquistas desses 27 anos ainda têm um longo caminho em direção à sustentabilidade, devendo ser executado um conjunto de ações variadas, para que então, seja possível, atender a razão que ensejou a criação dessas unidades de conservação, tendo como quesitos que demandam urgência a elaboração do plano de manejo e os posteriores planos para licenciamento das atividades produtivas, sendo improvável consolidar uma produção sustentável de produtos e serviços florestais sem essas demandas (RODRIGUES; PEREIRA, 2010, p. 13).

Embora a RESEX Chico Mendes tenha grandes possibilidades de se consolidar ainda mais, é preciso uma estruturação quanto às alternativas produtivas como aponta o seu plano de manejo, já quando se fala da Alto Juruá, primeiramente é necessário a concretização do plano de manejo da RESEX, que atualmente tem como delimitador e regulamentador a Lei de Uso, para que então possa demandar esforços que ajudem na estruturação da RESEX (RODRIGUES; PEREIRA, 2010, p. 14).

A combinação do manejo florestal ligado ao padrão de uso tradicional mostra-se, em algum momento, como um ajuste desigual entre o que população local necessita e o que lhes é ofertado, devendo ser questionado se depois de tanto tempo, com o progresso, se a população não tem outras prioridades que não sejam o extrativismo, como é o caso do Alto Juruá, em que a população está

disposta a acessar os ganhos e as promessas da civilização, gerando a dúvida do que deve ser feito (PANTOJA, COSTA, POSTIGO, 2009, p.125).

Por outro lado na RESEX Chico Mendes é possível obter um quadro de ajuste adequado entre o que a população necessita e a conservação do ecossistema, tendo esta prática privilegiado a combinação de manejo com a prestação de serviços ambientais, tais como a fiscalização, a precaução e preservação da biodiversidade (ANDRADE, 200?, p. 14), o que diferentemente da RESEX Alto Juruá.

Para que no presente possa se estruturar e futuramente se concretizar, não somente nas RESEX do Acre, mas em todas do país, algumas condições são cruciais: como o direito real de uso do território florestal e de seus recursos que promovam o envolvimento direto da população a longo prazo; um bom suprimento de recursos naturais, tanto qualitativo, quanto quantitativo, que constituam um amplo leque de opções de produtos para o manejo; uma demanda de mercado que se satisfaça com o uso sustentável de florestas naturais, garantindo uma demanda de suprimentos a longo prazo; e políticas econômicas e legislação que reforcem o manejo sustentável, o beneficiamento e a comercialização de produtos florestais não-madeireiros (ANDRADE, 200?, p. 14)

Nesse sentido, acaba aumentando o valor agregado dos produtos extraídos nas reservas e a existência de mercados que demandem tais produtos, viabilizando o aumento da renda doméstica, ao mesmo tempo em que se conserva a floresta (ANDRADE, 200?, p. 14).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos administrativos e a preservação do meio ambiente, por meio do uso de bem público por particular com a finalidade de contribuir com populações específicas e com a manutenção e fortalecimento do meio ambiente. Estudou-se o procedimento para a concessão de direito real de uso para as reservas extrativistas e seu desenvolvimento sustentável; discutiu-se a sua regulamentação e tentou-se identificar se as finalidades das reservas extrativistas estão sendo atendidas conforme os propósitos para que foram criados.

Essa análise é pertinente, visto que afeta as reservas extrativistas de forma diversa, tendo em alguns casos afastado o objetivo pelo qual ela foi criada, fazendo assim, com que a finalidade tanto dos contratos, quanto das próprias reservas extrativistas se percam e se criem uma forma de subsistir para a população que não seja o extrativismo de fato.

Conforme se verificou, os contratos de concessão de direito real de uso quando voltados para regulamentar e proteger as reservas extrativistas têm os mesmos objetivos, mas conforme se verificou no plano prático, essa proteção está defasada ou correndo o certo risco de extinguir o extrativismo, e o que mais ameaça é o avanço desenfreado da pecuária.

Nas duas reservas extrativistas estudadas foi possível constatar os contrastes existentes, mas o que se viu foi a pecuária já com força total como é o caso da RESEX Alto Juruá, ou querendo se desenvolver com mais presença como é o caso da RESEX Chico Mendes, mas o que difere essas duas nessa situação, é como é tratado o assunto, pois na primeira a intervenção do Poder Público vem com a finalidade de “ajudar” o assentado, enquanto morador de uma comunidade, e não como assentado extrativista, pois as “ajudas”, se voltam para aumentar a renda dos mesmos sem que eles desenvolvam o extrativismo, já na Chico Mendes as intervenções são voltadas para apoiar o extrativismo e fazer com que a população se utilize de outros meios como a pecuária somente como uma maneira de aumentar a renda, não sendo a totalização da renda, só uma pequena parcela.

Mas o que precisa se notar e delimitar são as diferenças gritantes entre as duas RESEX, sendo as duas criadas no mesmo ano, tendo um tempo de existência quase que o mesmo, os mesmos governos estaduais e federais, tendo a diferença nas oportunidades dadas as duas RESEX, pois na Alto Juruá se vê uma dificuldade desde a desapropriação das terras, que ainda não foram totalmente terminadas, até a venda dos produtos que foram extraídos, pois os mesmos quando conseguiam vender, demoravam pra receber. Já na RESEX Chico Mendes, o que mais cresceu com os anos foi a estruturação da reserva, a partir do melhoramento da educação, a saúde, da moradia, do acesso ao crédito, tudo isso, sempre foi voltado para fortalecer a cultura extrativista.

Quanto mais forte se torna a RESEX, quanto mais se preserva o meio ambiente e mais se educa e dá oportunidade para a

população preservar e conservar a sua cultura, menos irá se ver da extração ilegal ou a falta do plano de manejo, de invasões que acabam em desmatamento, da degradação ambiental, mas isso tem que ser feito juntamente com o Poder Público que tem que proporcionar condições de sadia qualidade de vida, tanto para a população, quanto para o meio ambiente, já que um não conseguiria se manter sem o outro por muito tempo, afinal, as famílias precisam da natureza para subsistir, e a natureza precisa dessa população para que a vigie e proteja-a.

Depois deste estudo é possível perceber que ainda falta muito para as RESEX atingirem o ápice dos seus objetivos, pois as duas que foram objeto de estudo, em 27 anos de sua criação, mostram que os passos do desenvolvimento ocorreram aos poucos, e mesmo assim, surgiram muitos problemas na jornada, uma bem mais que a outra, afinal, uma se voltou totalmente para a tentativa de sobreviver, mesmo deixando de lado o modo de vida do extrativismo, devido a dificuldade, e a outra se apoiou no extrativismo, na sua cultura, para tentar sobreviver a partir disso, buscando sempre se manter economicamente de forma digna, mas também buscando a preservação da natureza.

As soluções encontradas ao longo dos anos pela RESEX Chico Mendes, foi uma luta conjunta da população com o Poder Público, que visou uma intervenção, mas a comunidade também quis crescer, e o que mais chama atenção nas duas reservas é a fiscalização, que na Alto Juruá, pelo que pode-se perceber é feita mais exclusivamente pelos órgãos competentes, enquanto que na Chico Mendes, a fiscalização é feita por todos, a população, as associações, os órgãos competentes, fazendo assim com que se consiga de forma geral um melhor funcionamento de acordo com a finalidade da reserva.

Diante de tudo que foi visto e analisado o que fica é que a responsabilidade pelas RESEX e seu desenvolvimento positivo e negativo, não é exclusivo de ninguém, é um dever coletivo, todos tendo a responsabilidade de fiscalizar, proteger, educar, e de manejar a natureza de forma que ela se perpetue para as presentes e futuras gerações, conforme a Constituição determina.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquemático**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- ANDRADE, Alexandre A. L. Goulart de. **Reservas Extrativistas e Desenvolvimento Florestal Sustentável**. Mestrado no Instituto de Economia – UNICAMP. Campinas – SP [200?]
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13 ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRASIL. **Lei nº 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acessado em: 21/09/2017.
- BRASIL. **Lei nº 9.985/2000 – Lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm>. Acessado em: 21/09/2017.
- BRASIL. **Decreto nº 98.897/1990 – Reservas Extrativistas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d98897.htm>. Acessado em: 15/10/2017.
- BRASIL. **Decreto nº 4.340/2002 – Regulamenta artigos da Lei do SNUC**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4340.htm>. Acessado em: 21/09/2017.
- BRASIL. **Instrução Normativa do ICMBio nº 03 de 2007**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/240/_arquivos/in_icmbio_03_criao_resex_e_rds_pdf_240.pdf>. Acessado em: 16/10/2017.
- BRASIL. **Plano de Manejo Reserva Extrativista Chico Mendes**. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/imgs-unidades-coservacao/resex_chico_mendes.pdf>. Acessado em: 26/10/2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- COSTA, Suely de Souza Melo. **Caracterização Ambiental da Reserva Extrativista Chico Mendes (Acre-Brasil): Subsídios ao Plano de Manejo**. Tese de Doutorado da Universidade Federal de São Carlos. São Carlos – SP: 2000
- CUNHA, Lúcia Helena de Oliveira. **Reservas Extrativistas: Uma alternativa de produção e conservação da biodiversidade**. NUPAUB/USP, 2001. Artigo disponível em: <<http://nupaub.fflch.usp.br/sites/nupaub.fflch.usp.br/files/color/resex.pdf>>. Acessado em: 16/10/2017.
- D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. O regime jurídico da reserva de desenvolvimento sustentável – RDS. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme; MILARÉ, Édis. **Doutrinas Essenciais do Direito Ambiental**. ed 01. São Paulo: RT- Revista dos Tribunais, 2014. vol. 02, cap. 29, p. 625-666.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FEITOSA, Manoel Lima. **Reserva Extrativista do Alto Juruá**. In: MURRIETA, Julio Ruiz; RUEDA, Rafael Pinzón. **Reservas Extrativistas**. Cambridge: UICN; Brasília: CNPT/Ibama, 1995. p. 57 – 68

_____. **Reserva Extrativista Chico Mendes**. In: MURRIETA, Julio Ruiz; RUEDA, Rafael Pinzón. **Reservas Extrativistas**. Cambridge: UICN; Brasília: CNPT/Ibama, 1995. p. 69 – 76.

GLOBO RURAL *on-line*. **Reserva Alto Juruá esta sendo invadida por gado e pastagens**. [S.l]: Rede Globo, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/agronegocios/globo-rural/videos/t/edicoes/v/reserva-alto-juruá-esta-sendo-invadida-por-gado-e-pastagens/4102592/>>. Acessado em: 26/10/2017.

_____. **Reservas extrativistas permitem exploração sustentável da natureza**. [S.l]: Rede Globo, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/agronegocios/globo-rural/videos/t/edicoes/v/reservas-extrativistas-permitem-exploracao-sustentavel-da-natureza/4102591/>>. Acessado em: 26/10/2017.

_____. **Reservas extrativistas no Acre são marcadas pelos contrastes**. [S.l]: Rede Globo, 2016. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/4774716/>>. Acessado em: 26/10/2017.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo; FELIPPE, Luiz Daniel. Tutela Jurídica sobre as Reservas Extrativistas. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 30, n. 118, p. 175-190, abr./jun., 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176131>>. Acessado em: 15/10/2017.

ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade *on-line*. **Unidades de Conservação – Grupos: Proteção Integral e Uso Sustentável**. Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/portal/unidadesdeconservacao/grupos>>. Acessado em: 21/09/2017.

_____. **Resex do Alto Juruá**. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rpcsoc/article/view/60/41>>. Acessado em 26/10/2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39º ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30º ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito Ambiental: A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7 ed. rev., atual e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MMA - MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE *on-line*. **Relatório CNUC – RESEX Alto Juruá**. Disponível em:

<<http://sistemas.mma.gov.br/cnuc/index.php?ido=relatorioparametrizado.exibeRelatorio>>. Acessado em: 22/10/2017.

_____. **Relatório CNUC – RESEX Chico Mendes**. Disponível em: <<http://sistemas.mma.gov.br/cnuc/index.php?ido=relatorioparametrizado.exibeRelatorio>>. Acessado em: 26/10/2017.

OLIVEIRA FILHO, Marco Aurélio Maia Barbosa. **A luta dos seringueiros e a criação das reservas extrativistas: os trabalhadores da borracha numa perspectiva histórica**. Revista Eletrônica do CEMOP. n. 01, março, 2012. Disponível em: <<http://www.memoriaoperaria.org.br/revistaeletronica/a-luta-dos-seringueiros.pdf>>. Acessado em: 15/10/2017.

PANTOJA, Mariana Ciavatta; COSTA, Eliza Lozano; POSTIGO, Augusto. **A presença do gado em reservas extrativistas: algumas reflexões**. Revista Pós Ciências Sociais. Brasília, v. 06, n.12, p. 115-130, 2009. Disponível em: <<http://www.periodicos eletronicos.ufma.br/index.php/rpcsoc/article/view/60/41>>. Acessado em 26/10/2017.

PORTAL BRASIL *on-line*. **Unidades de Conservação devem ser ampliadas em 2017**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2017/01/unidades-de-conservacao-devem-ser-ampliadas-em-2017>>. Acessado em: 21/09/2017.

REZENDE, Roberto Sanches. **Problemas de Urbanização e Gestão Territorial na Reserva Extrativista do Alto Juruá, Acre**. V Encontro Nacional da Anppas. Florianópolis, outubro de 2010.

RODRIGUES, Ecio; PEREIRA, Luciana Rodrigues. **Propensão à sustentabilidade em reservas extrativistas do Acre**. II Encontro da Sociedade Brasileira de Sociologia da Região Norte. Belém – PA: 2010. Disponível em: <<http://sbsnorte2010.ufpa.br/site/anais/ARQUIVOS/GT3-23-11-20100815192218.pdf>>. Acessado em: 22/10/2017.

RUEDA, Rafael Pinzón. **Evolução Histórica do Extrativismo**. In: MURRIETA, Julio Ruiz; RUEDA, Rafael Pinzón. **Reservas Extrativistas**. Cambridge: UICN; Brasília: CNPT/Ibama, 1995. p. 03 – 12.

SOUZA, Mara Freire Rodrigues de. **Política Pública para Unidades de Conservação no Brasil – Diagnóstico e propostas para uma revisão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

THOMÉ SILVA, Romeu Faria. **Manual de Direito Ambiental**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NO BRASIL – ISA *on-line*. **RESEX Chico Mendes**. Disponível em: <<https://uc.socioambiental.org/uc/2024>>. Acessado em: 26/10/2017.

_____. **RESEX Alto Juruá**. Disponível em: <<https://uc.socioambiental.org/uc/177>>. Acessado em: 26/10/2017.

A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NÃO COMO REGRA

Ane Elise Brandalise Gonçalves¹

Caroline Lais da Silva Stelmach²

1 INTRODUÇÃO

O propósito central deste trabalho é demonstrar que a guarda compartilhada surge com o advento da Lei 11.698 promulgada em 13 de junho de 2008, trazendo um novo modelo de guarda, que visa à igualdade familiar e a valorização de todos os membros da família.

Para uma melhor compreensão o trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo aborda a filiação em seu aspecto geral de modo a avaliar e explicar de maneira histórica a desigualdade que existia em relação aos filhos advindos ou não da relação familiar. Embora essa desigualdade não tenha mais vigência no ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância exemplificar as espécies de filiação para a melhor compreensão do assunto.

O segundo capítulo é reservado ao poder familiar que disciplina a convivência entre os genitores, inclusive no caso de

¹ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR (2012) e graduação em Relações Internacionais pela UNINTER (2012-2015). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia no Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL (2015-2017) e pesquisadora do Grupo PATRIAS, cadastrado no CNPQ. Professora de Direito Internacional UNINTER EAD (2016) e professora da PUCPR (2018) e UniBrasil (2018). Contato: anebrand@gmail.com.

² Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Direito Empresarial e Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Bolsista CAPES. Membro da equipe editorial da Revista Direitos Fundamentais e Democracia (RDFD). Advogada. Professora de Direito Civil. Contato: carola-1000@hotmail.com_

separação ou divórcio as relações entre os pais e filhos não devem ser afetadas, devendo o juiz decidir conforme o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

No terceiro capítulo é abordada a guarda compartilhada, sendo imprescindível sua observação sob a ótica do exercício do poder familiar e sobre as perspectivas do sistema de guarda elencado no Código Civil de 2002 demonstrando que embora haja o rompimento do vínculo familiar entre o pai e a mãe, a relação com os filhos deverá permanecer.

O objetivo específico do trabalho, é demonstrar a importância da convivência do pai e da mãe para o melhor interesse dos filhos. Quando essa convivência é consensual existe a possibilidade da aplicação da guarda compartilhada entre os pais, para tanto se a convivência entre os pais está ou é de conflito muitas vezes a guarda compartilhada não é aconselhada, contudo ressalta-se que cabe ao magistrado decidir conforme o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

A fim de demonstrar todas as vertentes sobre o tema, o método de pesquisa desenvolvido é direcionado ao estudo a partir de diversas bibliografias como livros e artigos.

A guarda compartilhada é matéria que vem sendo, atualmente, debatida no direito de família. Com este trabalho se busca a reflexão e a apreciação, do que representa ser mais necessário e significativo ao interesse da criança e do adolescente.

2 O CONCEITO DE FILIAÇÃO

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos, vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida.³

Nesse sentido Carlos Roberto Gonçalves ensina:

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquelas que geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado. Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação,

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 452.

pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos.⁴

Diz-se filiação o vínculo que liga o filho a seus pais: paternidade o vínculo que liga o pai ao filho, e, maternidade o vínculo que liga a mãe ao filho.⁵

No ensinar de José Luiz Gavião de Almeida, é “o vínculo que une alguém ao fruto de sua reprodução. É, então, o liame entre pais e filhos visto sob o ângulo destes últimos”.⁶

Por notório que as filiações acima relatadas têm como vínculo originário a ligação consanguínea, mas por óbvio que não se pode deixar de ressaltar que a filiação está relacionada também aos filhos adotados e os concebidos através de uma reprodução artificial, fazendo com que não vincule qualquer tipo de diferença para a vida civil dos filhos e dos pais.

Em suma, a filiação é considerada tanto a relação de parentesco de filho natural, isto é, a concepção tradicional, como a relação entre filhos adotivos ou advindo de uma inseminação artificial com seus pais.

Em consonância ao que foi relatado, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 6º, descreve que não haverá qualquer discriminação entre os filhos havidos ou não em uma relação de casamento.

Artigo 227 (...) 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.⁷

No mesmo sentido foi incorporado o texto no Código Civil de 2002, no artigo 1.596 que:

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 272.

⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Direito de Família**, São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 160.

⁶ BARBOSA, Águida Arruda. **Direito de Família**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 191.

⁷ CONSTITUIÇÃO, Federal de 1988, Artigo 227, parágrafo 6º.

Artigo 1596 (...) 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.⁸

Hoje todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações.⁹

De qualquer modo, no campo do Direito, por maior que seja a possibilidade da verdade técnica, nem sempre o fato natural da procriação correspondente à filiação como fato jurídico. O legislador procura o possível no sentido de fazer coincidir a verdade biológica, levando em conta as implicações de ordem sociológica e afetiva que envolvem essa problemática.¹⁰

Com a recepção adotada no artigo 1596 do Código Civil de 2002, demonstra claramente o princípio da igualdade da filiação, fazendo com que não haja distinção entre filhos naturais ou adotivos.

Atualmente pode-se dizer que: “No Brasil, a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações. Desde a Constituição de 1988 não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva, ou filiação adúltera”¹¹.

Portanto não há o que se falar em discriminação de qualquer tipo ou de distinção entre os filhos, sendo a filiação considerada em um único conceito.

2.1 BREVE HISTORICO DE FILIAÇÃO:

A história da filiação teve o seu início com a diferença entre os filhos havidos no casamento e os de adultério e também os de incesto, conceituando-se uma discriminação plena em sua terminologia.

Antes do advento do Código Civil de 1916, as Ordenações Portuguesas, que disciplinavam a solução dos conflitos familiares,

⁸ CÓDIGO, Civil de 2002, artigo 1596.

⁹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. **Direito de Família**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 160.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 212.

¹¹ LÓBO, Paulo. **Direito Civil. Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 192.

vislumbravam a filiação como uma espécie de “favor concedido aos filhos e um meio, oferecido aos pais, de exonerar a sua consciência e de melhorar a sorte dos inocentes frutos de seus erros”.¹²

O Código Civil de 1916, em seu texto original tinha como preceito somente a relação de filhos legítimos, isto é, aquele que se derivava do casamento, de justas núpcias, ignorando totalmente os direitos dos filhos não concebidos de uma relação matrimonial, fazendo com que existisse uma classificação vexatória.

Essa classificação era assim determinada como: filhos legítimos, legitimados e ilegítimos.

Sobre a infelicitosa redação dada ao Código Civil de 1916, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, em sua obra em conjunta relatam que:

Outra sorte não teve a matéria no Código Civil de 1916. Muito embora o projeto primitivo, da autoria do professor cearense Clóvis Beviláquia, não trouxesse disposições tão discriminatórias, no Congresso Nacional foi acrescida a proibição de reconhecimento de filhos espúrios-adulterinos ou incestos- com base em motivos morais e na manutenção do matrimônio. O grande mestre Beviláquia, muito pelo contrário, não se conformou com a injustiça cometida com os filhos, que em nada concorreram para ela. E disparou: “o direito moderno ainda mantém resquícios dessas ideias de injusto desconceito, com que se estigmatizam os bastardos”.¹³

O nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai, fazendo prevalecer os interesses da instituição matrimônio.¹⁴

Sabendo desde logo que o pai era o causador de tal situação, mesmo assim, a lei da época tinha como princípio preservar a família, fazendo com que o filho fosse o grande derrotado, isto é, a lei considerava-o como inexistente.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. e Rosenvald, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009, p. 478.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de. e Rosenvald, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009, p. 478.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 318.

Entretanto essa separação de terminologia tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, a prole proceder ou não de genitores entre si.¹⁵

Maria Helena Diniz, em relação a esta sistemática, demonstra seu saber no sentido que:

A filiação não matrimonial é a decorrente de relações extramatrimoniais, sendo que os filhos durante elas gerados classificam-se didaticamente em: 1) Naturais, se descenderem de pais entre os quais não havia nenhum impedimento matrimonial no momento em que foram concebidos. 2) Espúrios, se oriundos da união de homem e mulher entre os quais havia, por ocasião da concepção, impedimento matrimonial. Assim são espúrios: a) os adúlteros, que nascem de casal impedido de casar em virtude de casamento anterior, resultando de um adultério. O filho adúlterino pode resultar de duplo adultério, ou seja, de adúlterinidade bilateral, se descender de homem casado e mulher casada; ou, ainda, de adúlterinidade unilateral, se gerado por homem casado e mulher livre ou solteira, caso em que é adúlterino a patre, ou por homem casado e mulher livre ou solteira, caso em que é adúlterino a patre, ou por homem livre ou solteiro e mulher casada, sendo então, adúlterino a matre; os provenientes de genitor separado não adúlterinos, mas simplesmente naturais; b) os incestuosos, nascidos de homem e de mulher que, ante parentesco natural, civil ou afim, não podiam convolar núpcias à época de sua concepção.¹⁶

No Brasil, a igualdade, no que tange a filiação, somente foi conquistada, no final do século XX, a partir da Constituição Federal de 1988.¹⁷

O Código Civil de 1916 centrava suas normas e dava proeminência à família legítima, isto é, aquela derivada do casamento, de justas núpcias, em paradoxo com a sociedade brasileira, formada em sua maioria por uniões informais. Elaborado em época histórica de valores essencialmente patriarcais e individualistas, o legislador do início do século passado marginalizou a família não provinda do casamento e simplesmente ignorou direitos dos filhos que proviessem de relações não matrimoniais, fechando os olhos a uma situação social que sempre

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 318.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 478/479.

¹⁷ MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 46.

existiu, especialmente em nosso país de miscigenação natural e incentivada.

A partir de meados do século XX, porém, nossa legislação, embarcando em tendência universal, foi sendo alterada para, timidamente a princípio, serem introduzidos os direitos familiares e sucessórios aos filhos provindos de relações extramatrimoniais. A constituição de 1988 culminou por vedar qualquer qualificação relativa à filiação. Desse modo, a terminologia do Código de 1916, filiação legítima, ilegítima e adotiva, de vital importância para o conhecimento do fenômeno, passa a ter conotação e compreensão didática textual e não mais essencialmente jurídica.¹⁸

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que é democrática, social e cidadã ficou terminantemente proibida no Brasil qualquer forma de discriminação no que tange a filiação.¹⁹

O preconceito que se tinha formado em relação aos filhos não naturais e os naturais foram totalmente afastados, trazendo à tona a dignidade e o respeito aos filhos que eram os mais prejudicados, para não dizer os únicos, em virtude desta discriminação arcaica e ultrapassada.

3 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Por notório que ao se falar em qualquer tipo de filiação e apresentar em seguida o tema sobre guarda compartilhada é necessário apresentar alguns dos princípios relativos ao tema.

Os princípios como em todo ordenamento jurídico são a base primária para que o direito seja regulado e respeitado em sua forma integral.

O primeiro princípio fundamental a ser destacado é o ***princípio da dignidade da pessoa humana***, qual está positivada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III;

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 212.

¹⁹ MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 48.

Democrático de Direito e tem como Fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana;²⁰

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.²¹

Ainda sobre o tema, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, informa que:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, não apenas no que tange aos atos e às situações envolvendo a esfera pública dos atos estatais, mas também todo o conjunto das relações privadas que se verificam no âmbito da sociedade. No âmbito do planejamento familiar, o princípio em tela deve não somente ser aplicado de garantir o exercício desse direito pelo casal, como também na proteção daquele que poderá vir a nascer, e o conflito entre essas duas perspectivas deve ser solucionado, em regra, e, favor desse último.²²

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.²³

Um princípio de grande destaque quando o assunto é a família é o ***princípio da igualdade***.

Como não poderia ser diferente, tal princípio está positivado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, destacando o inciso I que salienta:

²⁰ CONSTITUIÇÃO Federal do Brasil de 1988. Artigo 1º inciso III.

²¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 37.

²² GAMA da Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo Editora: Atlas, p. 70.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 06.

Art.5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;²⁴

Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares.²⁵

A relação de igualdade nas relações familiares deve ser pautada não pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros, caracterizada da mesma forma pelo afeto e amor.²⁶

Quando o assunto refere-se ao princípio da igualdade no que diz respeito à família, isto é, no âmbito familiar, a Constituição Federal e o Código Civil Brasileiro resguardam o direito de proteger não só o casal como os interesses dos filhos.

Assegurando a proteção familiar a Constituição Federal e o Código Civil descrevem que:

Constituição Federal - Art. 226 - parágrafo; 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher;

Código Civil Brasileiro – Art. 1.567 – A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

A organização e a própria direção da família repousam no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (CC 1.511), tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em mutua colaboração conforme o artigo 1.567 do Código Civil (acima citado).²⁷

²⁴ CONSTITUIÇÃO Federal do Brasil de 1988.

²⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil. **Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 42.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63,

²⁷ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

O **princípio do melhor interesse da criança e do adolescente** representa importante correlação com a proteção familiar em âmbito de planejamento familiar, que está elencado no artigo 3º do ECA:

Artigo 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A criança e o adolescente têm o direito de conviver em uma família, com ambiente agradável e saudável, onde possa ter qualidade de vida tanto física e emocional e possa ter acesso à saúde, escola, lazer e poder desfrutar da companhia de ambos os genitores e seus respectivos familiares. Diante dessas condições fundamentais pressupõe-se maiores oportunidades de êxito para o exercício de proporcionar o maior interesse dos filhos.

Conforme o artigo 227 caput da Constituição Federal destaca a prioridade da supremacia do interesse do menor em sua condição de desenvolvimento:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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, violência, crueldade e opressão.

Tal princípio não se trata de mera recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações mantidas entre as crianças e os adolescentes com seus pais, parentes, a sociedade civil e o Estado.²⁸

²⁸ GAMA da Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 70.

O princípio do melhor interesse significa que a criança, incluindo o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, deve ter seus interesses tratados como prioridade, pelo Estado, pela Sociedade e pela Família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais.²⁹

Já o artigo 1.586 do Código Civil abrange a importância do interesse da criança e do adolescente, demonstrando que o juiz pode na eminência de motivos graves, regular a guarda de maneira diversa, sempre levando como principal o interesse a ser zelado.

Nos processos judiciais que têm por objeto a guarda dos filhos, deverão sempre observar o melhor interesse do filho, o que significa dizer que os interesses pessoais dos pais são colocados em plano secundário.³⁰

Os genitores, tutores e pessoas responsáveis pela guarda da criança e do adolescente perante a lei, devem conduzir a educação e a vida da criança sempre visando o melhor interesse dela, sobretudo prevenindo o distanciamento do cônjuge que não possui a guarda mantendo assim os laços afetivos.

Outro princípio que decorre da convivência familiar é o **princípio da afetividade** que insere no campo do direito de família a importância da estabilidade nas relações.

Tal princípio também é considerado como o da prevalência do elemento anímico da *affectio* nas relações familiares, pode ser extraído da interpretação sistemática e teleológica dos artigos 226 §§ 3º e 6º; 227, caput e § 1º, ambos da Constituição Federal.³¹

O princípio da afetividade pormenoriza no âmbito familiar alguns princípios constitucionais fundamentais como o da dignidade humana (artigo 1º III), da solidariedade (artigo 3º I), da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos.

²⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 53.

³⁰ MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 40.

³¹ GAMA da Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 82.

A doutrina considera que o princípio da afetividade é aquele que insere no Direito de Família a noção de estabilidade das relações socioafetivas e de comunhão de vida, com primazia do elemento anímico sobre os aspectos de ordem patrimonial ou biológica.³²

Nesse mesmo sentido Paulo Lôbo leciona que “o princípio da afetividade é o que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida, com primazia nas relações de caráter patrimonial ou biológico”.³³

Este princípio faz com que, no âmbito familiar, a afetividade se sobreponha às questões patrimoniais.³⁴ A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto.³⁵

A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto, é valor supremo, necessidade ingente.³⁶

Conforme o entendimento de Giselle Câmara Groeninga “O amor é a condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável, e certamente nunca será inteiramente saudável aquele que não pode merecer o afeto dos seus pais, ou de sua família”.³⁷

Sendo também um princípio fundamental para o do Direito de Família o **princípio da convivência familiar**, está fundamentado no artigo 227 caput da Constituição Federal.

A noção de convivência familiar diz respeito à relação diuturna e duradora entre os integrantes da família, seja por força de vínculos de parentesco, seja em razão de liames de conjugalidade.³⁸

³² GAMA da Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 83.

³³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 47.

³⁴ MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 39.

³⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 67.

³⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 67.

³⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. **O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade**. Belo Horizonte: Editora IBDFAM, 2006, p. 448.

³⁸ GAMA da Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 83.

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente crianças.³⁹

A convivência familiar é protegida pelo princípio e por regras jurídicas específicas, trazendo um conceito dirigido não só a família propriamente dita, mas a todos que participam diretamente ou indiretamente dela.

4 DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1. CONCEITO DE GUARDA

O Conceito de guarda está relacionado ao ato de guardar e resguardar o filho menor lhe trazendo proteção e priorizando o seu desenvolvimento, com a assistência material e moral.

O conceito de guarda surge de um valor maior protegido, que é o bem-estar, a preservação do menor enquanto ser em potencial, que deve ser educado e sustentado para atingir a maioridade com completa saúde física e mental, capacitação educacional e entendimento social, de forma a atender o princípio fundamental de ser sujeito de uma vida digna, fundamento do próprio Estado de Direito insculpido em nossa Carta (CF, art. 1º, III).⁴⁰

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho.⁴¹

A guarda dos filhos é tratada na legislação brasileira como dever comum dos pais unidos em casamento, em companheirismo,

³⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 52.

⁴⁰ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Revista de Direito de Família**. São Paulo: Editora IOB, nº 70, 2012, p. 91, ref. 91-105.

⁴¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p. 169.

em razão da convivência daqueles e principalmente por força da autoridade parental, com objetivo de atender os interesses da criança e do adolescente.⁴²

A guarda está regulamentada no artigo 33 do ECA:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

No entender de Wilson Donizeti Liberati pode-se afirmar que a guarda é aquela situação complementar do poder familiar, decidida no âmbito jurídico, por sentença judicial em procedimento regular perante a autoridade judiciária competente. A guarda define os poderes do guardião e previne a interferência maléfica de terceiros, em relação à criança e ao adolescente, inclusive aos pais.⁴³

Sua principal finalidade é regularizar a posse de fato de criança ou adolescente.⁴⁴

⁴² GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. Editora Atlas. 2008. p. 201.

⁴³ LIBERATI. Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª ed. São Paulo: Editora Rideel. 2009. p. 29.

⁴⁴ ROCHA. Silvio Luis Ferreira da Rocha. **Direito de Família**. São Paulo: Malheiros Editores. 2011. p. 197.

Nos casos de dissolução da sociedade conjugal, legítima ou natural, pela via consensual, o destino dos filhos é regulado por acordo dos pais, sujeito à homologação do juiz, recusável, porém, se não preservar suficientemente os interesses dos filhos, conforme lhe autoriza o parágrafo único do artigo 1.574 do CC, verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, o que reafirma a orientação do direito moderno no sentido de, efetivamente, resguardar o bem estar dos filhos.⁴⁵

Nas decisões sobre a guarda que remete a criança ou ao adolescente, deve ser preservado o seu interesse, e sua manutenção em ambiente capaz de assegurar o seu bem-estar físico e moral, sob a guarda dos pais ou de terceiros.⁴⁶

4.2 DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada confere aos pais ou responsáveis a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.⁴⁷

De fato a guarda compartilhada tem que ser entendida como aquilo que se “compartilha”, não como quem detém a posse dos filhos. É algo além deste pensamento, é a direção dos interesses imediatos dos filhos e responsabilidade pela sua educação, saúde, formação, bem estar, etc., tudo discutido e aprovado conjuntamente pelos genitores.⁴⁸

A noção de guarda compartilhada está ligada a prática do poder familiar exercida por ambos os cônjuges, com a repartição de tarefas entre os pais.

⁴⁵ FILHO. Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 73

⁴⁶ FILHO. Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 75.

⁴⁷ LIBERATI. Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. Editora Rideel. 2009. p. 33.

⁴⁸ OLIVEIRA. Simone Costa Saletti. **Revista Brasileira de Direito de Família**. 9ª Volume. Porto Alegre: Editora IOB, nº 49, 2008. p. 20, ref. pp. 07 -31.

A guarda assegura a convivência e o acesso livre a ambos os pais separados, que exercem em plenitude o poder familiar, tornando desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita; nela é definida a residência de um dos pais, onde viverá ou permanecerá o filho, para garantir-lhe uma referência de lar, para suas relações de vida, ainda que tenha a liberdade de freqüentar a do outro, ou mesmo viver alternadamente em uma e outra; a guarda é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais; assim, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudo, de esporte e de lazer do filho, que deve se sentir “em casa” mantendo-se quartos e objetos pessoais do descendente em ambas as residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias. A guarda compartilhada significa um respeito ao tempo da criança, na medida em que possibilita o convívio permanente dos pais com os filhos, evitando traumas na criança pela ausência de um deles durante o período de seu crescimento e formação; a autoridade parental não é retirada do genitor não guardião, que continua podendo, juntamente com o guardião, tomar decisões sobre o futuro do menor; a separação ou o divórcio separam marido e mulher, não anulando os laços jurídicos de filiação que se mantêm imutáveis.⁴⁹

A guarda compartilhada atribui a ambos genitores a guarda jurídica: ambos exercem igualitária e simultaneamente a todos os direitos e deveres em relação aos filhos.⁵⁰

É um modelo de guarda que confere a possibilidade de ambos os genitores, embora separados, continuarem a estreita ligação mantida com os filhos antes da dissolução do vínculo conjugal, com autoridades legais equivalentes para tomarem decisões importantes na vida destes.⁵¹

O instituto da guarda compartilhada tem por objetivos principais o superior interesse do menor e o cooperativismo familiar visando sempre uma relação familiar saudável.

⁴⁹ GIORGIS. José Carlos Teixeira. **Revista Brasileira de Direito de Família**. São Paulo: Editora IOB, nº 61, 2010. p. 78/79, ref. pp. 64-85.

⁵⁰ FILHO. Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**. Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 217.

⁵¹ OLIVEIRA. Simone Costa Saletti. **Revista Brasileira de Direito de Família**. 9ª Volume. Porto Alegre: Editora IOB, nº 49, 2008. p. 20, ref. pp. 07 -31.

4.2.1 Vantagens da Guarda Compartilhada

Vislumbra-se nesse modelo de guarda uma maior convivência dos pais em relação aos filhos em todos os aspectos inclusive em todas as decisões que devem ser tomadas conjuntamente. O filho permanece convivendo com os pais, sem sentir o trauma da separação, e sem precisar optar pelo pai ou pela mãe tendo os dois sempre presentes.

A guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles.⁵²

A presença do pai e da mãe em igualdade de condições contribui para um melhor desenvolvimento físico e mental dos filhos, não causando celeumas diversos com a brusca ruptura daquele modelo de família que antes a criança ou o adolescente vivia.⁵³

De outro lado, a guarda compartilhada também possui o importante efeito de impedir a ocorrência do Fenômeno da alienação parental e a conseqüente síndrome da alienação parental já quem em sendo o poder familiar exercido conjuntamente, não há o que se falar em utilização do menor por um dos genitores como instrumento de chantagem e vingança contra o genitor que não convive com o mesmo, situação típica da guarda unilateral ou exclusiva.⁵⁴

Enfim, essa modalidade de guarda só é possível quando os pais revelam maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar as rotinas dos filhos de maneira harmônica, respeitados os seus horários e as suas atividades escolares e extracurriculares.⁵⁵

⁵² FILHO. Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**. Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 219.

⁵³ OLIVEIRA. Simone Costa Saletti. **Revista Brasileira de Direito de Família**. 9º Volume. Porto Alegre: Editora IOB, nº 49, 2008. p. 24, ref. pp. 07 -31.

⁵⁴ ALVES. Leonardo Barreto Moreira. **Revista Direito de Família**. São Paulo: Editora IOB, nº 51, 2009. p. 104 ref. pp. 95-116.

⁵⁵ GIORGIS. José Carlos Teixeira. **Revista Brasileira de Direito de Família**. São Paulo: Editora IOB, nº 61, 2010. p. 81, ref. pp. 64-85.

4.1.2 Desvantagens da Guarda Compartilhada

O modelo da guarda compartilhada não é recomendado quando a separação está em conflito familiar e os pais não conseguem conviver mais.

Muitas vezes a separação de um casal ocasiona se por distúrbios, vícios, problemas de desequilíbrio emocional ou outros, e neste caso também não tem como conviver conjuntamente, dividindo decisões sobre os filhos.⁵⁶

Nesse sentido Waldyr Grisard Filho leciona que:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem dialogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferir-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.⁵⁷

Dessa forma, a medida é desaconselhável quando há profunda magoa e litígio entre as partes envolvidas; a guarda compartilhada descabe quando os litigantes apresentam elevado grau de animosidade e divergências.⁵⁸

Conforme demonstra o entendimento do TJ de Minas Gerais:

Acórdão: Apelação Cível n. 1.0775.05.0046785/001, de Coração de Jesus.

Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira. Data da decisão: 07.08.2008. Número do processo: 1.0775.05.004678-5/001(1)Relator: DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA. Relator do Acórdão: DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA. **EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL - AÇÃO DE GUARDA DE MENOR - GUARDA COMPARTILHADA - RELAÇÃO CONFLITUOSA ENTRE OS GENITORES - IMPOSSIBILIDADE - RISCO DE OFENSA AO PRINCÍPIO QUE TUTELA O MELHOR INTERESSE DO INFANTE - PROCEDÊNCIA**

⁵⁶ OLIVEIRA. Simone Costa Saletti. **Revista Brasileira de Direito de Família.** 9ª Volume. Porto Alegre: Editora IOB, nº 49, 2008, p. 25, ref. pp. 07 -31.

⁵⁷ FILHO. Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada.** 4ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 225.

⁵⁸ GIORGIS. José Carlos Teixeira. **Revista Brasileira de Direito de Família.** São Paulo: Editora IOB, nº 61, 2010. p. 81, ref. pp. 64-85.

DO PEDIDO - PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ARTS. 1.583 E 1.584 DO CÓDIGO CIVIL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.698/2008. A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os guardiões possuem uma relação conflituosa, sob o risco de se comprometer o bem-estar dos menores e perpetuar o litígio parental. Na definição de guarda de filhos menores, é preciso atender, antes de tudo, aos interesses deles, retratado pelos elementos informativos constantes dos autos.⁵⁹

No mesmo posicionamento o Relator José Ataídes Siqueira Trindade:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. IMPROCEDÊNCIA. A guarda compartilhada será deferida sempre que possível (art. 1.584, § 2.º, CC/02). Se o relacionamento dos genitores/litigantes é conflituoso, sendo que eles sequer se comunicam, ela não se mostra cabível. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70032636698, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 20/10/2009).⁶⁰

Cabe ao juiz aplicar o melhor para o bem-estar dos filhos menores, analisando caso a caso, apesar dos aspectos negativos da guarda compartilhada, prevalecem os aspectos positivos, e diante do caso concreto a melhor solução será dada por aquele quem de direito.⁶¹

Por fim, mesmo com a aplicação da guarda compartilhada ser considerada como regra geral com a demonstração de vontade de um dos genitores, deve-se também observar fundamentalmente o melhor interesse da criança e do adolescente a partir de cada caso concreto.

⁵⁹ **Acórdão: Apelação Cível n. 1.0775.05.0046785/001, Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira. Data da decisão: 07.08.2008.** Número do processo: 1.0775.05.004678-5/001

⁶⁰ Apelação Cível Nº 70032636698, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 20/10/2009).

⁶¹ OLIVEIRA. Simone Costa Saletti. **Revista Brasileira de Direito de Família.** 9ª Volume. Porto Alegre: Editora IOB, nº 49, 2008, p. 25, ref. pp. 07 -31.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o intuito de indicar que a guarda compartilhada quando bem realizada, seguindo todos os conceitos e princípios abordados, gera efeitos benéficos para a criança ou adolescente.

Pelo estudo abordado, pode se afirmar, como objetivo geral, a demonstração da importância da presença de ambos os genitores tem na vida do filho, mesmo diante do rompimento do vínculo familiar a figura do pai e da mãe devem ser preservadas.

A criança percebe a sua relação com os pais como uma referência em que se orienta por toda a sua vida. Diante disso, o vínculo com os pais, transforma-se num sentimento de afetividade e aprendizado que proporciona, de maneira segura e equilibrada, percepções para o seu contato com a realidade e a sua vida.

Foram utilizados como pilares de fundamentação legal a Constituição Federal, o Código Civil e principalmente o ECA, que afirmam o direito da criança e do adolescente como fundamental, onde foram objeto de utilização no todo do presente trabalho.

Nessa concepção, o tema proposto apresenta relevância de ordem nacional, para a formação de novos arranjos familiares. Por esse motivo a guarda compartilhada disseminou-se no mundo todo, adquando-se a nova reorganização familiar e devendo ser aplicada como regra nas relações de guarda, contudo, sempre analisando o caso concreto e a efetiva aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

ALVES. Leonardo Barreto Moreira. **Revista Direito de Família**. São Paulo: Editora IOB, nº 51, 2009, ref. pp. 95-116.

BARBOSA, Águida Arruda. **Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 7ª Volume, 2008.

BELLO. Roberta Alves. Disponível em:
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11387. Acesso em 14 de novembro de 2012.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. São Paulo: Editora Leud. Edição 4ª, 1987.

BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Editora Saraiva; 2012.

_____. **Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 4ª edição revista ampliada e atualizada, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva. 24ª Edição, 2009.

_____. **Lei nº 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva; 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; Rosenvald, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª Tiragem, 2009.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 4ª Edição, 2009.

FUIZA, César. **Direito Civil**. 12ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

GIORGIS. José Carlos Teixeira. **Revista Brasileira de Direito de Família**. São Paulo: Editora IOB, nº 61, 2010, ref. pp. 64-85.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª Edição, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara. **O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade**. Editora: IBDFAM, Belo Horizonte, 2006, p. 448.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Revista de Direito de Família**. São Paulo: Editora IOB, nº 70, 2012, ref. 91-105.

LEITE Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado. Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva. 5ª Volume, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª ed. São Paulo: Editora Rideel. 2009.

LISBOA, Senise Lisboa. **Manual de Direito Civil. Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 7ª Edição, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva; 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito de Família**. 5ª vol. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

OLIVEIRA, Simone Costa Saletti. **Revista Brasileira de Direito de Família**. 9ª Volume. Porto Alegre: Editora IOB, nº 49, 2008, ref. pp. 07 -31

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil Direito de Família**. 5º vol. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

RABELO, Sofia Miranda. Disponível em <http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>. Acesso em 14 de novembro de 2012.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas. 8ª Edição, 2008.

WALD, Arnold. **Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva. 17º Edição 2ª, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

AUSÊNCIA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO – DO EXCESSO E DO DESVIO NA EXECUÇÃO PENAL

Rodrigo N. Riquelme Macedo¹

Pedro Câmara Barbosa²

1 INTRODUÇÃO

Atualmente adota-se a pena de prisão como modelo central de punição. No Brasil, a reclusão possui um caráter multifacetado, tendo por finalidade não só a punição, mas também a prevenção e a ressocialização, sendo certo que o ramo do Direito que cuida do cumprimento das sanções é execução penal.

Foi nessa perspectiva que o legislador previu a variedade de regimes no cumprimento da reclusão, quais sejam fechado, semiaberto e aberto, com vistas a proporcionar um reintegração social harmônica do condenado, que mais dia menos dia, voltará ao convívio social.

Ocorre que, não obstante a intenção do legislador, o Estado, enquanto Administração Pública, não tem dado a devida atenção à execução penal. Basta notar a deficiência estrutural do sistema

¹ Professor e Mestre em Direito Processual, Direitos Fundamentais e Cidadania, Membro do corpo de advogados da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná e do corpo jurídico da Procuradoria Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. E-mail: rdr.macedo@bol.com.br

² Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade do Litoral Paranaense – ISEPE Guaratuba, Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – Gabinete da Vara Cível e anexos da Comarca de Guaratuba. E-mail: pedrocâmara105@hotmail.com

penitenciário e verificar que o se o número de unidades destinadas ao cumprimento do regime fechado é escasso, o de estabelecimentos voltados ao regime semiaberto e aberto é quase inexistente.

Nesse descompasso surge um problema: a ausência de vagas no regime adequado ao cumprimento de pena, notadamente ao regime semiaberto, seja ao apenado que foi diretamente condenado a tal regime, ou que a ele progrediu, ou foi regredido.

Tal situação faz com o sentenciado amargue no estabelecimento destinado ao regime mais grave (penitenciárias), ou, ainda, em cadeias públicas, estas últimas destinadas à presos provisórios, no aguardo da famigerada vaga.

Há aí um fenômeno aberrante, admitido pelo próprio legislador quando da exposição de motivos da Lei de Execuções Penais, ao qual genericamente denomina-se desvio ou excesso na execução.

Não obstante indistinção legislativa, é inegável que o excesso e o desvio constituem institutos distintos, haja vista que o primeiro diz respeito à aspectos quantitativos da pena, ao passo que o segundo volta-se aos seus aspectos qualitativos.

O ponto nevrálgico da presente pesquisa é, assim, o desvio na execução penal decorrente da manutenção do apenado em regime mais gravoso do que o previsto no seu título executivo, o que subverte não a quantidade de pena, mas sua qualidade, ou seja, sua finalidade ressocializadora.

Para tanto, tomou-se por objeto de análise o regime semiaberto do Estado do Paraná, quer pelo estreitamento com a matéria, em virtude da vivência prática, quer pela ausência de intenção no esgotamento do tema.

2 PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Antes de discorrer sobre a ausência de vagas e sobre institutos do excesso e do desvio propriamente, cabe analisar os princípios da legalidade e da individualização da pena, a começar pelo primeiro.

Mais do que uma condição de legitimidade ao poder de punir, o princípio da legalidade, em sede de execução penal, é uma garantia

ao cidadão contra os desmandos e arbítrio que podem ocorrer no curso do processo executório. Nesse aspecto, Silva Franco, citado por Santos (2005, p. 33) afirma que:

A execução penal à margem do princípio da legalidade constitui, portanto, um verdadeiro contra-senso, na medida em que o nítido quadro de tutela à liberdade pessoal do cidadão é abruptamente interrompido e o preso, sem nenhum tipo de proteção, é entregue ao arbítrio da administração penitenciária. O princípio da legalidade envolve, deste modo, uma garantia executiva.

No mesmo sentido, Goulart (1994, p.75) ressalta que permeada a execução penal pela legalidade: “desaparecem os desvios que sempre ensombreceram a via executória, dela afastando o arbítrio e no lugar dele estabelecendo-se o primado da Lei e do Direito”.

Atualmente, o princípio da legalidade na execução penal encontra-se insculpido no artigo 2º da Lei de Execução Penal, além de estar implícito em diversos outros artigos.

Ainda quanto ao princípio da legalidade, de extrema importância ressaltar a sua função como vetor à ocorrência de excessos desvios no curso do processo executório.

Nesse sentido, tem-se o item 19 da exposição de motivos da Lei de Execução Penal, segundo o qual: “O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.”

Na mesma linha, Santos (2005, p. 35) afirma que: “É, pois, corolário do princípio da legalidade, que a execução penal não pode realizar-se além da literalidade do título executório penal, sob pena de configurar excesso de execução.”

Assim, ao iniciar a execução da sentença penal condenatória, o Estado, quer administração, quer jurisdição, não deve suplantiar os limites fixados em lei decorrentes do princípio da legalidade, devendo toda sua atuação estar por ela iluminada, sob pena de excessos e desvios no curso do processo executório.

De vital importância analisar, ainda, o princípio da individualização da pena, o qual significa, conforme Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 92), que:

[...] a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos.

Essa individualização da pena se processa em três etapas distintas, e, segundo Brito (2013, p. 46): “atinge os três poderes da República.”

A primeira etapa é dirigida ao legislador, ao fixar o preceito secundário de cada tipo penal, cominando a pena em abstrato, de acordo com a importância do bem jurídico tutelado pela norma, e determinando um critério mínimo e máximo, limitando a atuação do magistrado.

Na segunda fase, tem-se a individualização judicial, ou seja, voltada ao magistrado, que fixará a pena concreta dentro dos limites fixados prévia e abstratamente pelo legislador, bem como definirá o regime inicial de cumprimento, utilizando-se, para tanto, de critérios orientativos presentes nos artigos 33 e 59 do Código Penal.

O regime de cumprimento de pena possui, assim, a função de concretizar, no plano infraconstitucional, o princípio da individualização da pena, atuando na expectativa do apenado que, após cumprir fração da pena com bom comportamento, almeja o retorno gradativo ao convívio social (MENDES, 2016 *in* RE 641320/RS,p.16).

Por fim, há a terceira etapa, chamada de individualização executória, que se desenvolve no estágio da execução penal, através dos méritos, deméritos e circunstâncias pessoais do apenado. Segundo ressalta Nucci (2011, p.997): “A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável.”

Destarte, verifica-se que a execução penal deve respeitar o princípio da individualização da pena, aí compreendido o *quantum* de pena e o regime de cumprimento aplicados pelo juiz, que tomou por base limites traçados pelo legislativo, além das circunstâncias

peçoais do apenado que se revelarão no curso do processo executório.

Somente com apego à individualização da pena e ao princípio da legalidade é que a execução penal cumprirá seus objetivos, os quais serão investigados a seguir.

3 OBJETIVOS DA EXECUÇÃO PENAL

Para investigar os objetivos da execução penal deve-se, impreterivelmente, analisar as finalidades da pena ao longo da história, as quais podem ser divididas em três grandes correntes ou teorias, a saber:

3.1 TEORIAS ABSOLUTAS:

Essas teorias concebem a pena com um fim eminentemente retributivo, ou seja, de retribuição ao mal do crime com o mal da pena, como se esta fosse um imperativo categórico, isto é, uma consequência natural do delito, que proporciona a justificação ética e moral do condenado e restabelece a ordem jurídica, conforme ensina Stefam (2010, p. 293):

Para Kant, adepto dessa teoria, mesmo se uma sociedade voluntariamente se dissolvesse, ainda assim, o último assassino deveria ser punido, a fim de que cada um recebesse a retribuição que exige sua conduta. Assim é que tal teoria baseava-se no passado, pouco importando a figura do delinquente.

Além de Immanuel Kant, Friedrich Hegel também foi professante dessa teoria, mas percebia a pena como retribuição jurídica equivalente ao injusto causado, e não apenas ética, como afirmava o primeiro.

De qualquer forma, essa ideia de retribuição, com base ética e metafísica, era considerada despida de racionalidade, já que desprezava totalmente a figura do delinquente, o que tornou tal corrente alvo de críticas das teorias que seguem.

3.2 TEORIAS RELATIVAS:

Essa corrente prega a sanção não como fator de retribuição, mas sim de prevenção, de maneira que a pena encontra justificativa no futuro, a fim de se evitar a prática de novos crimes, tanto num viés individual, ao que se chama de prevenção especial, quanto coletivo, de intimidação, denominada prevenção geral, conforme explica Mirabete (2012, p. 231):

A pena é intimidação para todos ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto [...] O fim da pena é a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e de prevenção particular, ao impedir que o delinquente pratique novos crimes, intimando-o e corrigindo-o

Dessa corrente desponta-se, assim, um caráter prático e utilitarista da pena, qual seja de prevenção, evitando-se futuras ações puníveis.

3.3 TEORIAS MISTAS:

Partindo-se da premissa de que as teorias retributivas e preventivas não são inconciliáveis, surgem as teorias mistas, ou unificadoras, segundo as quais a pena possui uma finalidade repressiva, inegável de todas as sanções e decorrente de sua própria natureza, mas que a ela não se limita, possuindo também um viés preventivo.

Conforme se infere do artigo 59 do Código Penal, é certo que o legislador brasileiro consagrou a finalidade repressiva e a prevenção negativa da pena, senão vejamos:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

Contudo, atualmente esse viés preventivo não se esgota numa perspectiva negativa, isto é, de dissuasão de práticas

criminosas, possuindo, também, um cunho positivo, integrador, que no âmbito geral volta-se à demonstrar a vigência da lei penal e sua infalibilidade, reforçando a confiança normativa, e no âmbito especial, individual, destina-se à ressocialização do condenado, a fim de que este, após o cumprimento de sua reprimenda, retorne ao convívio social preparado para respeitar as regras impostas.

Assim é que a lei de execução penal proclama a finalidade preventiva da pena, não só em seu aspecto negativo, de afastamento do crime, mas também numa vertente positiva, conforme se vislumbra do artigo 1º, o qual encabeça seus objetivos: “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Nesse sentido, também, pode-se citar, a título de exemplo, o artigo 10 da Lei de Execução Penal, o qual dispõe: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”

Dessa forma, resta inegável que o legislador brasileiro adotou, como finalidade da pena, a teoria eclética, conforme nos ensina Marcão (2009, p.1):

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Assim, além de efetivar as disposições contidas na sentença, a execução penal guarda inegável objetivo humanitário, e quanto a este Brito (2013, p. 38) ensina que:

O segundo objetivo, indissociável do primeiro, é garantir que esta execução se pautar pelo devido processo legal e respeito à dignidade humana, para que qualquer “recuperação” ou “formação” do condenado tenha legitimidade. O que justifica a potestade estatal para a aplicação e execução da pena é a ilusória ideia de que a sanção pelo ilícito praticado será auferida com imparcialidade, proporcionalidade e razoabilidade, atributos que o ofendido pelo delito presumidamente não possui. Então, qualquer pena, para manter-se com este escopo, não poderá se afastar do estado de direito, democrático e com foco na dignidade humana.

Dessa forma, a execução penal brasileira objetiva efetivar a condenação, consagrando a natureza retributiva da pena, mas a esta não se limita, sendo também um misto de educação, e prevenção, ou seja, um conjunto de meios e fins que não se esgotam em si mesmos. E, para cumprir todas as suas finalidades, dando efetividade ao que previu o legislador, a execução da pena deve se dar com apego aos princípios da legalidade e da individualização, alhures investigados.

Traçados tais limites teóricos, passemos a investigar, e diferenciar, os institutos do excesso e do desvio na execução penal.

4 DO EXCESSO E DO DESVIO NA EXECUÇÃO PENAL

Como se viu, a execução penal é norteada pelo princípio da legalidade, o qual determina, em suma, que durante seu curso devem ser observados os limites previstos na lei e na sentença penal condenatória.

Contudo, e de modo preliminar, o legislador previu a possibilidade de ocorrência de desvios ou excessos no decorrer da execução penal, salientando, no item 168 da exposição de motivos da Lei de Execução Penal, que todo procedimento está sujeito a desvios de rota.

E continua o legislador, no item 169, ressaltando que:

O excesso ou desvio na execução caracterizam fenômenos aberrantes não apenas sob a perspectiva individualista do status jurídico do destinatário das penas e das medidas de segurança. Para muito além dos direitos, a normalidade do processo de execução é uma das exigências da defesa social (BRASIL, 1983).

Assim, o excesso e o desvio na execução são fenômenos que decorrem da inobservância do princípio da legalidade, o qual norteia a via executória, conforme ressalta Haroldo Caetano da Silva (2002, p. 315):

A execução penal e todos os institutos que a norteiam estão submetidos ao princípio da legalidade, vinculando-se às disposições da sentença ou decisão judicial e ao ordenamento jurídico, à lei. Caso não

haja a devida observância a esses limites, ocorrerá excesso ou desvio de execução.

Assim, segundo o artigo 185 da Lei de Execução Penal: “Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.”

Não obstante a previsão como incidentes, a legislação não diferencia os institutos do excesso e do desvio e, embora muitos julgados os tratem como termos correlatos, sua distinção é inegável, a começar pela própria gramática.

No sentido literal excesso significa diferença para mais, grau elevado, falta de moderação. Já o termo desvio quer dizer mudança de direção, perda de caminho, destino ou aplicação errada, indevida.

Sem filiar a presente pesquisa à corrente doutrinária e jurisprudencial que limita-se a distinguir o desvio e o excesso por critério de polaridade, tratando do primeiro quando ocorre uma adversidade favorável ao condenado e do segundo quando está lhe é desfavorável, adotou-se aqui a distinção por critério de natureza dos institutos propriamente, tal qual no sentido literal citado.

Assim, a presente pesquisa distingue os institutos por critérios qualitativos e quantitativos, de modo que o excesso se verifica quando os prazos legais ou estabelecidos na sentença são extrapolados, ou seja, diz respeito ao aspecto temporal, sendo, portanto, sempre prejudicial ao condenado.

Nesse sentido, Nucci (2011, p. 1049) exemplifica: “haveria excesso de execução se o condenado, sancionado administrativamente, pela direção do presídio, ficasse mais de trinta dias em isolamento.”

Já o desvio diz respeito à alteração qualitativa da pena, estando antes atrelado à sua finalidade, dando à esta destinação diversa, afastando-se dos objetivos anteriormente investigados, e nesse caso poderá ser positivo, isto é benéfico ao condenado, ou negativo quando lhe for prejudicial.

Britto (2013, p.373) exemplifica, respectivamente, hipóteses de desvio negativo e positivo: “O desvio pode ser caracterizado pela manutenção em regime mais gravoso quando possível a progressão,

ou a saída temporária em casos não autorizados, como no regime fechado. “

A lei de execução penal confere ampla legitimidade à instauração do incidente de excesso ou desvio, dentre os legitimados estão o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, o próprio sentenciado, a Defensoria Pública, e, inclusive, o juiz, de ofício, bem como qualquer dos demais órgãos da execução penal.

5 DÉFICIT DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO DO ESTADO DO PARANÁ

Como qualquer construção habitável, os estabelecimentos penais, de acordo com expressa previsão do artigo 85 da Lei de Execução Penal, deverão ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade, sendo certo que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade de cada estabelecimento, conforme parágrafo único daquele mesmo artigo.

Nada obstante a previsão legislativa, Brito (2013, p. 218) critica que: “Embora de clareza transparente, o dispositivo vem sendo simplesmente ignorado, tanto quanto aos presos provisórios quanto aos definitivos, por vários Estados da Federação. “

O Estado do Paraná, segundo o Departamento Penitenciário, conta, atualmente, com três estabelecimentos destinados ao cumprimento do regime semiaberto, quais sejam: A Colônia Penal Agrícola do Paraná –CPA, o Centro de Regime Semiaberto de Ponta Grossa - CRAPG e o Centro de Regime Semiaberto de Guarapuava – CRAG.

Apesar da existência de tais estabelecimentos, o Estado não escapa à ausência de vagas. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado em junho de 2016, o Paraná apresentou, naquela oportunidade, um déficit de 33.345 vagas em seu sistema prisional como um todo, o segundo maior do Brasil, ficando apenas atrás do Estado de São Paulo. Quanto ao regime semiaberto propriamente dito, o mesmo levantamento constatou um déficit de 276 vagas (INFOPEN, 2016).

A ausência de vagas no regime semiaberto é um problema que assola não só àqueles que foram inicialmente condenados à tal regime, mas também aos que a ele progredem ou foram regredidos e

que, não raro, aguardam no regime mais gravoso uma vaga no estabelecimento adequado.

Nesse sentido, Santos (2005, p. 56) explica que:

Tanto o cumprimento de mandado de prisão como o cumprimento das ordens para a regressão de regime acontecem sem que se verifique a existência ou não de vagas, isto é, os presos vão sendo amontoados em locais impróprios, inadequados, superlotados.

Assim é que, muitos condenados amargavam no regime mais grave do que o que lhe fora imposto pelo seu título executivo, aguardando que o Estado lhe providenciasse uma vaga no regime adequado, no caso o semiaberto.

Note-se que, quando aqui se refere ao regime mais grave se alude não só às penitenciárias, pois aí restringir-se àqueles que já estavam no regime fechado e progrediram ao regime semiaberto. Refere-se, também, às cadeias públicas que, por expressa previsão legal, são destinadas à presos provisórios mas, não raras vezes, abrigam condenados ao regime semiaberto ou que à ele foram regredidos, conforme salienta Marcão (2007, p. 99 e 100):

Não raras vezes a pena que deveria ser cumprida desde o início no regime intermediário acaba sendo cumprida quase que integralmente no regime fechado. Quando não, o executado aguarda a vaga para o sistema semi-aberto na cadeia pública, e, por interpretação equivocada de alguns juízes e promotores que atuam na execução penal, acabam por não usufruir de direitos outorgados aos presos que cumprem pena no regime semi-aberto, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de saídas temporárias (art. 122 da LEP).

É manifesto e evidente o equívoco dessa interpretação da lei, e tal compreender acarreta flagrante e odiosa violação de direito assegurado ao executado, que, na verdade acaba sendo tolhido em seu direito, mais uma vez, em razão da desídia do Estado, que não disponibiliza vagas suficientes no regime semi-aberto.

Outras vezes o condenado a iniciar o cumprimento da pena no regime fechado recebe a progressão de regime (art. 112 da LEP) e permanece, de fato, no regime fechado, aguardando vaga para sua transferência.

Quanto à manutenção no regime mais gravoso, a secretária de Justiça e da Cidadania do Paraná, Maria Tereza Uille Gomes,

realizou, no ano de 2013, um levantamento sobre a ausência de vagas no regime semiaberto, constatando, naquela oportunidade, que do total de condenados ao regime semiaberto, 854 pessoas estavam indevidamente custodiados em penitenciárias, e 512 em delegacias de polícia.

À época a secretária ressaltou que tal anormalidade na via executória caracterizava “uma das mais graves violações de direitos humanos”, de modo que apresentou, em audiência pública no Supremo Tribunal Federal, no dia 28 de maio 2013, proposta alternativa para equacionar a falta de vagas no regime semiaberto, assim sintetizada:

Inexistindo vaga em estabelecimento adequado para cumprimento da pena em regime semiaberto, será providenciada a vaga mediante a concessão de prisão domiciliar ou antecipação de regime aberto a preso que conste de lista de saída a ser administrada em conjunto pela Corregedoria do Poder Judiciário e Depen do Poder Executivo, com base em critérios objetivos e controle externo pelo Ministério Público e Defensoria Pública. Em síntese: sai do regime semiaberto quem está mais próximo de atingir o requisito objetivo e com bom comportamento e entra no regime semiaberto o recém-condenado.

Ocorre que, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 641.320, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em face de acórdão do Tribunal de Justiça que, diante da ausência de vagas, concedeu prisão domiciliar a recém condenado a cumprir pena em regime inicial semiaberto, sedimentou o entendimento sobre a matéria, reconhecendo que a ausência de vagas no regime intermediário não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, nos termos que se investigará a seguir.

6 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 641.320/RS

No julgamento do recurso extraordinário nº 641.320, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, foi reconhecida a repercussão geral, e apreciado o tema 423, que tratava do cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado, fixando-se a tese nos seguintes termos:

I - A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Apesar de não ser a primeira corte a adotar o entendimento³, o STF deu um grande passo ao listar as medidas a serem adotadas pelos magistrados em caso de ausência de vagas, entendimento que posteriormente viria a ser objeto da súmula vinculante número 56, garantindo-se a uniformização sobre a matéria.

Assim, no recurso em exame foram sugeridas medidas que harmonizem o regime semiaberto, quando da ausência de vagas no estabelecimento adequado. No sentido etimológico, harmonizar significa adequar, ajustar, e é exatamente isso que foi feito no julgado, ao se adotar medidas que, conforme o Ministro Relator Gilmar Mendes(2016 *in* RE 641320/RS, p.14): “não sejam gravosas como o encarceramento, mas que não estejam tão aquém do necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”

Importante ressaltar, ainda, que, conforme o recurso investigado, as medidas propostas não esgotam alternativas que podem ser adotadas pelos juízos das execuções penais, a fim de atender as peculiaridades de cada região.

7 DESVIO NA EXECUÇÃO POR AUSÊNCIA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO DO PARANÁ

A despeito de alguns julgados – alguns outros nem se dão o trabalho de fazê-lo – conceituarem a manutenção do condenado em

³ A título de exemplo: STJ - REsp 421771 SP 2002/0032277-9 e RHC 13165 SP 2002/0088111-0.

regime mais grave como um excesso na execução penal, pelo que já foi delineado, muito mais correto é sua definição como desvio, como já fez o próprio Tribunal de Justiça do Paraná, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. CONDENADO A REGIME SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DO PACIENTE JUNTO À CADEIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REMOÇÃO PARA A COLÔNIA PENAL AGRÍCOLA. POSSÍVEL FALTA DE VAGAS. ADEQUAÇÃO DO REGIME PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. Condenado o paciente ao regime semiaberto, incabível a manutenção em regime mais gravoso, o que consubstancia desvio na execução e desrespeito à finalidade ressocializadora almejada na execução penal. II- Caso não seja possível efetivar de pronto a transferência ao estabelecimento prisional adequado, cabe ao Juízo adotar as medidas que se harmonizem com o regime semiaberto (cf. itens 7.3.1 e 7.3.2 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça), até que a remoção do paciente à Colônia Penal Agrícola se mostre possível. (TJ-PR 9159986 PR 915998-6 (Acórdão), Relator: Miguel Pessoa, Data de Julgamento: 09/08/2012, 4ª Câmara Criminal - grifei)

No mesmo sentido, Santos (2005, p. 55) assevera que: “O desatendimento do regime imposto na sentença por falta de vagas implica desvio de execução.”

Ora, se o desvio, aqui já investigado, cuida-se de um descaminho qualitativo na execução penal que a destoa de sua finalidade, é inconteste que a manutenção do condenado ao regime semiaberto, em regime mais grave é manifesto desvio e, nesse caso, sempre negativo, pois inviabiliza a finalidade ressocializadora almejada pela pena privativa de liberdade.

Além de desvirtuar uma das mais importantes finalidades da pena, o desvio negativo pela manutenção do condenado em regime mais grave, fere de morte o princípio da legalidade, conforme assevera Santos (2005, p. 57):

Entendemos, destarte, que o condenado a cumprir pena no regime semi-aberto não poderá arcar com a desídia do Estado, de modo que, não existindo vaga naquele regime, deverá aguardá-la no regime aberto, na modalidade domiciliar. Exigir que ele aguarde vaga no regime fechado fere o princípio da legalidade.

O desvio na execução pela manutenção em regime mais grave viola, também, a individualização da pena, bem como a humanidade dos apenados que, por tal condição, não perderam a qualidade de sujeitos de direitos, transformando-se em meros objetos da atuação estatal.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes (2016 *in* RE 641320/RS,p.18) salientou em seu voto que: “Permitir que o Estado execute a pena de forma deliberadamente excessiva seria negar não só o princípio da legalidade, mas a própria dignidade humana dos condenados.”

Assim, constatada a ausência de vagas no regime semiaberto o juiz, enquanto garantidor dos direitos do apenado e dos princípios basilares da execução penal, deve harmonizar o regime do executado, adotando uma das medidas referidas no Recurso Extraordinário já citado, e deve o magistrado fazê-lo com presteza, sob pena de referendar o desvio negativo na execução penal.

Fala-se em presteza, pois não é raro, apesar de todo entendimento vinculante, que alguns juízes determinem que o condenado aguarde no regime mais grave a resposta de ofício expedido ao diretório das colônias acerca da inexistência de vagas para, só então, harmonizar o regime do apenado.

Ou seja, ao invés de determinar a imediata harmonização do regime do apenado, alguns magistrados demoram para adotar tal providência por entraves administrativos, conforme assinala Brito (2013, p. 218):

Assim, é comum que o recluso adquira direito a progredir do regime fechado para o semiaberto, e que sua progressão seja efetivamente deferida pelo juiz da execução. Contudo, poucos são os juizes que assumem sua responsabilidade e muitos os que entregam à Administração Penitenciária a disponibilização de "vagas". Enquanto o Estado não disponibiliza uma "vaga", o recluso permanece indevidamente em estabelecimento mais rigoroso.

Tal prática afronta não só a súmula vinculante 56 do STF, que remete ao Recurso Extraordinário já investigado, mas, no caso do Estado do Paraná, também ao Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça que, no seu item 7.3.2, assim dispõe:

7.3.2 - A remoção do condenado a pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime semi-aberto deve ser providenciada imediatamente, via fax. E, enquanto não ocorrer, não poderá o condenado permanecer todo o tempo preso na cadeia pública, devendo o juiz sentenciante, a cada caso, adotar medidas que se harmonizem com o regime semi-aberto (Grifei).

Ora, é mais do que conhecido o déficit estatal em se providenciar vagas no regime semiaberto e, ainda assim, alguns magistrados continuam a segregar apenados em regime mais gravoso, para aguardar vagas que dificilmente irão surgir.

Nesse sentido, cita-se Habeas Corpus impetrado em razão de constrangimento ilegal perpetrado pelo juízo da vara de Execução em Meio Fechado e Semiaberto da Comarca de Castro/PR, o qual havia determinado que a paciente, a qual havia progredido do regime fechado para o semiaberto, deveria aguardar no regime mais grave a disponibilização da vaga pelo prazo de 45 dias, e só após o vencimento do prazo, com a inexistência de vaga disponível, autorizou a adoção das medidas de harmonização de regime, eis a ementa:

HABEAS CORPUS – PROGRESSÃO DE REGIME (DO FECHADO AO SEMIABERTO) – FIXAÇÃO DO PRAZO DE 45 DIAS PARA A VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGA EM UNIDADE PRISIONAL DO REGIME INTERMEDIÁRIO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – PACIENTE QUE NÃO PODE PERMANECER EM REGIME MAIS GRAVOSO ENQUANTO AGUARDA PROVIDÊNCIAS DOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA PARA A DISPONIBILIZAÇÃO DA VAGA – SÚMULA VINCULANTE Nº 56 DO STF – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – NECESSIDADE DE IMEDIATA CONCESSÃO DO DENOMINADO REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO ATÉ QUE SOBREVENHA VAGA NO SISTEMA – LIMINAR CONFIRMADA – ORDEM CONCEDIDA EM DEFINITIVO (TJPR - 4ª C. Criminal - 0013346-70.2018.8.16.0000 - Telêmaco Borba - Rel.: Renato Naves Barcellos - J. 26.04.2018 - grifei)

Na oportunidade, ao conceder a ordem e harmonizar o regime da apenada, o Relator, Desembargador Renato Naves Barcellos, asseverou que o constrangimento ilegal residia no prazo fixado pela autoridade coatora, ressaltando que:

Não é nada razoável exigir que a paciente aguarde 45 (quarenta e cinco) dias em regime mais gravoso do que deveria estar, enquanto os órgãos da administração penitenciária verificam se existe ou não vagas no sistema para que a presa seja, enfim, implantada no regime intermediário. A par disso, tenho para mim que as medidas de harmonização do regime devem adotadas imediatamente, independentemente do decurso do prazo de resposta das autoridades do sistema prisional sobre a existência de vagas no regime semiaberto (BARCELLOS, 2018 in HC13346-70/PR, p.3).

Com efeito, o déficit de vagas do sistema prisional brasileiro é problema que atravessa a administração pública e que desagua no Judiciário, mas não é a manutenção do apenado cativo em regime mais grave que irá resolver tal problema, isto é, não é a prisão do sentenciado que fará surgir a vaga.

Ou seja, enquanto tal situação é entregue ao judiciário, não pode, nem deve, o poder judicante, enquanto garantidor do princípio da legalidade e da humanidade, referendar a violação de princípios caros à execução penal, negando direitos subjetivos dos apenados, e subvertendo a finalidade ressocializadora da pena, por entaves administrativos.

Destarte, o desvio na execução aqui relatado, viola não só a humanidade, mas a legalidade e a individualização da pena, enfim, princípios caros à execução penal, cuja observância deve ser geral, notadamente pelo poder judiciário, sob pena de referendar manifesto constrangimento ilegal, ao transferir ao apenado as deficiências estruturais do Estado e subverter uma das finalidades atuais da pena, qual seja, a ressocialização.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A execução penal é norteadada pelos princípios da legalidade e da individualização da pena, os quais, quando respeitados, fazem com que o processo executório se desenrole com apego à pena e ao regime de cumprimento previamente fixados pelo juiz, garantindo, ao fim e ao cabo, a observância dos objetivos da pena privativa de liberdade, dentre eles a ressocialização.

Nada obstante a existência dos referidos princípios e objetivos, a execução da pena privativa de liberdade, notadamente no regime semiaberto, atravessa hoje um grave problema: a ausência de vagas no estabelecimento adequado, qual seja, as colônias penais.

Esse déficit de vagas no regime adequado fazia com que alguns apenados amargassem no regime mais gravoso uma condenação que não lhe fora imposta, caracterizando um desvio no processo executório, pois desvirtuava não a quantidade da pena, senão sua qualidade.

Ou seja, a manutenção do apenado em regime mais grave esvazia a função ressocializadora da pena, pois nenhum resultado positivo pode se esperar de tal constrangimento ilegal, violador dos direitos humanos, transformando a sanção em mera retribuição.

Após anos de resistência por parte da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal pacificou a matéria, prevendo as medidas a serem adotadas para que o juiz, enquanto garantidor da legalidade, harmonizasse o regime do apenado, a fim de que este não pague indevidamente pela negligência estatal.

Em que pese o entendimento do STF, o desvio na execução penal continua a ocorrer, não pela não concessão do regime semiaberto harmonizado, mas pela demora em tal providência, pois alguns magistrados ainda são resistentes em deferir esse direito subjetivo ao acusado, determinando que este aguarde a vaga por óbices administrativos.

Ou seja, não é só o desprezo às medidas alternativas a harmonizar o regime semiaberto, quando da ausência de vagas, que configura desvio na execução, mas também a demora na sua aplicação, que faz com que o apenado cumpra, ainda que por curto período de tempo, sua pena fora dos limites impostos pela lei e pela sentença condenatória.

Assim, ao constatar manifesto desvio na execução pela manutenção do apenado em regime mais grave face à ausência de vagas no semiaberto, deve o magistrado harmonizar o regime intermediário, e deve fazê-lo imediatamente, a fim de que o executado não seja mais severamente apenado, subvertendo as finalidades da via executória, por deficiências estruturais do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 02 set. 2018.

- BRASIL. Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em 02 set. 2018
- BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 02 set. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 set. 2018.
- BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GOMES, Maria Tereza Uille. **Alternativa para equacionar a falta de vagas no semiaberto**: Apresentação SEJU-PR Audiência Pública STF, 2013. Disponível em: <http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/sigepsemiaberto/Upload_II/Apresentacao_SEJUPR_Audiencia_Publica_STF.pdf>. Acesso em 04 set. 2018.
- INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Atualização – Junho de 2016/ organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa [et. Al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 04 set. 2018.
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini / Renato N. Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** – 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** – 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PARANÁ. Provimento 60 de 2005. **Código de Normas da Corregedoria-Geral Da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/499063/C%C3%B3digo+de+Normas+-+Foro+Judicial+-+31-08-2015/af1b6cb1-016b-460a-8a30-d9b746d406c1>>. Acesso em 04 set. 2018.
- SANTOS, José Carlos Daumas. **Princípio da legalidade na execução penal**. Barueri, SP: Manoele, 2005.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da execução penal**. Campinas: Bookseller, 2002.

STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 641.320, Rio Grande do Sul, Relator: Min. Gilmar Mendes, data de Julgamento: 01/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 07 set. 2018.

TJPR, HABEAS CORPUS: HC 9159986, Curitiba, Relator: Des. Miguel Pessoa, data de julgamento: 09/082012. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11327352/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-915998-6>>. Acesso em: 07 set. 2018.

TJPR, HABEAS CORPUS: HC 13346-70.2018.8.16.0000, Telêmaco Borba, Relator: Des. Renato Naves Barcellos, data de julgamento: 26/04/2018. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000006026131/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0013346-70.2018.8.16.0000>>. Acesso em: 07 set. 2018.

OS CRIMES DE FURTO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO SOB A ÓTICA ANALÍTICA DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO FACE À (DES)PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO

Alcelyr Valle da Costa Neto¹

Aicha de Andrade Quintero Eroud²

Luiz Fernando Perez Pinto Tonholi³

1 INTRODUÇÃO

A legislação penal brasileira, em seu Título II da Parte Especial, trata sobre os crimes contra o patrimônio, que conforme a lição de Nelson Hungria⁴ é “[...] o complexo de bens ou interesses de valor econômico, em relação de pertinência a uma pessoa”. Nesse sentido, ainda sob os ensinamentos irretocáveis do autor, igualmente

¹ Advogado. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Educação e Novas Tecnologias pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos (MSB). Professor. Juiz Leigo. E-mail: avcostaneto@yahoo.com.br

² Graduanda em Direito do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu – Cesufoz. Membro Fundadora do Instituto de Estudo do Direito – IED. Membro do Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social de Fronteiras. Membro da Comissão Direito & Literatura (2018) do Canal Ciências Criminais. Membro da Comissão Especial de Estudos de Direito Penal Econômico (2018) do Canal Ciências Criminais. Membro Associado do International Center for Criminal Studies – ICCS. E-mail: aichaeroud@hotmail.com. Lattes: //lattes.cnpq.br/0497481220406025

³ Graduando em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu – Cesufoz. Membro da Comissão Especial de Estudos de Política Criminal de Drogas do Canal Ciências Criminais.

⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. -3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 07.

é de grande valia ressaltar, que tal proteção também se estende aos bens que “[...] embora sem valor venal, representam uma utilidade, ainda que simplesmente moral (valor de afeição), para o seu proprietário⁵”.

Destarte, no ordenamento jurídico brasileiro, o patrimônio é tutelado como bem jurídico penalmente relevante por se tratar de um direito fundamental esculpido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, assim, “[...] 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 [...]”.

Todavia, os crimes contra o patrimônio, por muitas vezes, acabam atingindo outros bens jurídicos protegidos pelo direito penal que não de caráter patrimonial, como por exemplo, a vida, a honra e a integridade física. Logo, diante dessa fusão de pluralidade de tipos penais, extrai-se o conceito de crime complexo.

Nessa esteira, é mister salientar que os direitos fundamentais se encontram agasalhados com um robusto conteúdo axiológico, os quais se revestem de natureza de princípios. Logo, estes não possuem hierarquia entre si, mas se colidem, brotando a necessidade da análise de prevalência de um sobre o outro para solucionar os conflitos. Assim, ao tratar do crime de latrocínio, por exemplo, há uma lesão contra o patrimônio e outra contra a vida, ambos direitos fundamentais, mas que nesse caso, embora tenha-se uma vida ceifada, é tratado como crime contra o patrimônio, não contra a vida.

O Objetivo Geral elegido para a elaboração do presente ensaio é destrinchar de forma didática sobre os crimes de furto e extorsão mediante sequestro, determinando os seus elementos normativos, subjetivos e objetivos, de forma a apresentar o momento consumativo de cada crime em análise, expondo os pontos controvertidos, com o intuito de demonstrar os variados entendimentos doutrinários sobre a temática. Tem-se como objetivos específicos do presente estudo: a) analisar a proteção do patrimônio face à proteção do indivíduo, ponderando a importância de cada um desses; b) verificar a aplicação da pena culminada a cada um dos crimes em estudo, comparando-os com as penas dos crimes contra a vida.

⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. -3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 08.

O critério metodológico aplicado para a produção do artigo na sua fase de investigação e resultados é o Método Indutivo⁶. A técnica utilizada no presente ensaio é a Pesquisa Bibliográfica⁷. Para o desenvolvimento textual de forma clara e objetiva, com o intuito de deixar compreensivo o contexto semântico entre os autores do presente ensaio e os leitores, utiliza-se o Conceito Operacional⁸ e a Categoria⁹.

Assim, alguns ilícitos penais que não estão elencados como crimes patrimoniais também podem ocorrer durante a prática deste, lesionando outros bem jurídicos, os quais serão analisados em seus aspectos, verificando o crime complexo no que tange aos tipos penais ocorridos em conjunto com a lesão ao patrimônio, averiguando a importância de ambos no ordenamento jurídico pátrio, juntamente com a abordagem da pena culminada a esses tipos penais.

2 OS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO: BREVES REFLEXÕES

Ao fazer a leitura do Título II da Parte Especial do Código Penal brasileiro, que trata sobre os crimes contra o patrimônio, denota-se que este é um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. É observável que o nosso Estado é conduzido por uma cultura patrimonialista, fato que irradia os seus efeitos na esfera jurídica, conferindo uma maior proteção aos patrimônios. Destarte, é evidente que o patrimonialismo está presente em todas as áreas, seja na política, no campo jurídico, bem como está arraigado na própria sociedade brasileira.

É fato que o patrimonialismo exacerbado tende a emitir reflexos no aumento da criminalidade e na forma em que o Estado tende a tratar da criminalização e, conseqüentemente, a sua punição.

⁶ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 213.

⁷ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215.

⁸ “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos da ideia exposta”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 205.

⁹ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 205.

Assim, todos os atos descritos como ilícitos no Código Penal, são considerados crimes, e cada um destes vêm acompanhados de uma pena. Nessa lógica, todos os crimes têm o seu devido tratamento jurídico, institucionalizados da mesma forma no Código Penal, mas, pela perspectiva social, cada tipo de crime carrega consigo um significado de uma problemática social. Nas lições de Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 57):

Na realidade social existem condutas, ações, comportamentos que significam conflitos que se resolvem de um modo institucionalizado, mas que isoladamente considerados possuem significados sociais completamente diferentes.

Conforme explana o jurista Greco (2011, p. 01) “os crimes contra o patrimônio figuram na lista daquelas infrações penais mais praticadas em nossa sociedade”. Ele também afirma que esses crimes “é um dos que mais se destacam nas estatísticas judiciárias e policiais”.

Assim, um dos principais vetores apontados para o aumento da prática dos crimes contra o patrimônio é o alto índice de miserabilidade somado a imposição midiática consumerista. Logo, existe o modelo de um padrão que, para segui-lo, faz-se necessário dispor de bons recursos financeiros. Tal é a exigência dada a uma sociedade onde a maioria não dispõe de tais condições de seguir as tendências impostas pelo mercado e adotadas como padrão pela própria sociedade. É exatamente nesse cenário que emerge o ambiente propício para o cometimento da prática desses crimes, haja vista que as pessoas que mal conseguem se sustentar, sofrem pressão por não seguir os parâmetros estabelecidos, sendo por muitas vezes, excluídas da sociedade por esse motivo¹⁰. Na mesma linha de raciocínio, Greco (2011, p. 02), acrescenta que:

Dessa forma, podemos concluir que os crimes patrimoniais, previsto no Título em estudo, originam-se, basicamente, da ausência do Estado Social, que cria, dada a sua má administração, um abismo entre as classes sociais, gerando, conseqüentemente, um clima de tensão,

¹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. III. – 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 01

altamente propício ao desenvolvimento de uma mentalidade voltada à prática dessas infrações penais.

Com efeito, o Estado, para controlar a criminalidade – direito objetivo – estabelece as leis que preveem crimes e cominam com estas, as penas inerentes. É fato que cabe tão somente à União criar crimes com a finalidade de manter a estabilidade e paz social. Nesse sentido, Morais Da Rosa (2016, p. 55) ensina que:

A noção de Estado de Direito, na via dos contratualistas (Locke, Rosseau, Hobbes, Montesquieu) ou mesmo dos que a rejeitam, é fundamental para entender o uso da força e a possibilidade de punição. O Estado, então, precisa ser considerado como Instituição terceira, para além dos sujeitos, tencionando manter a estabilidade social, ainda que seja instrumentalizado para a manutenção do *status quo*.

Destarte, para compreender a matéria, também é imprescindível que se entenda o delito como o ato ilícito, que nas palavras de Carnelutti (2007, p. 81) “combinando o conteúdo econômico com o conteúdo político da relação penal resulta que o delito é uma violação da obrigação constituída pela subordinação de um dos interesses em conflito”.

3 AS PENAS DOS CRIMES DE FURTO VERSUS OUTRAS PENALIZAÇÕES SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO PENAL

De acordo com o artigo 155, *caput*, do Código Penal, o furto consiste na subtração, sem violência ou grave ameaça, de coisa alheia e móvel com o intuito de assenhoreamento definitivo¹¹. A pena é de 1 a 4 anos de reclusão, e multa.

O artigo supramencionado prescreve o delito de furto com a seguinte redação: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Assim, extrai-se desse tipo penal vários elementos, sendo estes apontados por Greco (2011, p. 06) como: “o núcleo subtrair; o especial fim de agir caracterizado pela expressão para si ou para outrem; bem como pelo objeto da subtração, ou seja, a coisa alheia móvel”. No mesmo sentido, Greco leciona que:

¹¹ JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial**. – 33. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 349.

A finalidade de ter a coisa alheia móvel para si ou para outrem é que caracteriza o chamado *animus furandi* no delito de furto. Não basta a subtração, o arrebatamento meramente temporário, com o objetivo de devolver a coisa alheia móvel logo em seguida. É da essência do delito de furto, portanto, que a subtração ocorra com a finalidade de ter o agente a *res furtiva* para si ou para outrem. Caso contrário, seu comportamento será considerado um indiferente penal, caracterizando-se aquilo que a doutrina convencionou chamar, em nossa opinião equivocadamente, de furto de uso [...].”

A partir do artigo 155, *caput*, do Código Penal, também se extrai o elemento normativo do tipo que se encontra na palavra “coisa alheia”. O Professor Damásio de Jesus (2013, p. 352) afirma que “não é preciso identificar o proprietário ou o possuidor. Imprescindível, entretanto, que se demonstre que a coisa era de alguém.” Estando ausente essa elementar, configura-se fato atípico ou exercício arbitrário das próprias razões¹².

Sobre o elemento objetivo do furto, nas lições de Mirabete (2007, p. 204), “o núcleo do tipo é subtrair, que significa tirar, abrangendo mesmo o apossamento à vista do possuidor ou proprietário. Implica furto, evidentemente, a subtração operada por meio de animais adestrados ou instrumentos”.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, este reside no dolo do agente que age com a vontade de “subtrair coisa móvel”, também denominado por *animus furandi* ou *animus rem sibi habendi*¹³. Assim, não há de se falar da modalidade culposa no crime em comento.

No tocante ao elemento do tipo subjetivo do tipo específico, segundo Nucci (2009, p. 696) “é o ânimo de apossamento definitivo, espelhado pelo termo para si ou para outrem [...]”.

Todavia, para compreender o crime de furto, é de grande valia expor a sua classificação doutrinária. Assim sendo, seguindo as classificações expostas por Greco, o delito em questão é um crime comum em ambos os sujeitos; de dano, ou seja, não se consuma apenas com o perigo, tem que haver uma lesão efetiva de um bem jurídico protegido penalmente (nesse caso, o patrimônio); doloso, pois

¹² JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial**. – 33. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 352.

¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP**. – 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 206

o agente tem que agir com a intenção de subtrair o objeto para ou para outrem; material, haja vista que se consuma com o resultado naturalístico, a partir do momento em que o objeto é extraído da esfera de vigia da vítima; de forma livre, ou seja, pode ser praticado de várias formas; instantâneo, pois a sua consumação ocorre instantaneamente; comissivo, ou seja, por ação, salvo em casos que o agente estiver investido como garantidor que configuraria a omissão; permanente, uma vez que na modalidade de furto de energia elétrica, a consumação se prolonga no tempo por vontade do agente; não transeunte, visto que deixa vestígios; monossubjetivo, podendo ser cometido por um ou mais agentes; plurissubsistente, em razão de consistir em vários atos¹⁴.

Quanto ao sujeito ativo, pode ser qualquer pessoa que não seja proprietário do objeto, haja vista que o tipo penal descreve “coisa alheia”. Já, ao passo que para integrar como sujeito passivo, este deve ser o proprietário ou possuidor do bem jurídico lesado. No tocante à ação penal, em todas as modalidades de crimes de furto é aplicada a ação penal pública incondicionada.

Sobre a objetividade jurídica do crime de furto, paira divergências entre alguns doutrinadores quanto a sua exatidão. De acordo com a lição do Professor Damásio de Jesus (2013, p. 349), “o estatuto penal, na espécie, protege dois objetos jurídicos: a posse, abrangendo a detenção, e a propriedade”. Em contrapartida, Nucci (2009, p. 695), defende que:

O objeto jurídico é o patrimônio do indivíduo, que pode ser constituído de coisas de sua propriedade ou posse, desde que legítimas. A mera detenção, em nosso entender, não é protegida pelo direito penal, pois não integra o patrimônio da vítima [...]

Nesse contexto, a consumação e tentativa relacionadas ao crime em estudo ocorrem no momento em que a vítima perde da esfera de sua proteção do bem jurídico tutelado. Todavia, sobre a temática paira divergências doutrinárias. Para Nucci (2009, p. 697), “é imprescindível, por tratar-se de crime material, que o bem seja tomado do ofendido, estando, ainda que por breve tempo, em posse mansa e tranquila do agente”. Para Greco (2011, p. 15) compreende

¹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. III. – 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 10.

que além do exposto no entendimento de Nucci, é necessário que o “[...] agente, portanto, deve ter tido tempo suficiente para dispor da coisa, pois, caso contrário, se isso não aconteceu, estaremos diante da tentativa”. Por se tratar de crime material, admite perfeitamente a forma tentada.

É interessante trazer a baila, a modalidade de furto de uso, a qual não está prevista na legislação penal brasileira. Contudo, a sua nomenclatura é considerada equívoca, uma vez que a mesma remete ao que já está previsto na legislação penal. Para tanto, a nomenclatura mais adequada seria a subtração de uso¹⁵.

Nesse sentido, Greco (2011, p. 37) explica que:

A subtração de uso é considerada um indiferente penal pelo fato de o art. 155 do diploma repressivo exigir, ao seu reconhecimento, que a finalidade do agente seja a de subtrair a coisa alheia móvel para si ou para outrem. Portanto, deve agir com o chamado *animus furandi* ou, ainda, o *animus rem sibi habendi*, vale dizer, o dolo de ter a coisa para si ou para outrem, a vontade de se assenhorar da coisa subtraída.

Destarte, não há de se falar de fato típico, pois no uso de furto tem-se a ausência do ânimo de assenoreamento definitivo, sendo este, elemento imprescindível para que ocorra o crime na modalidade furto. Todavia, é de bom alvitre salientar que nos casos de furto de uso, o agente deve devolver o objeto intacto ao seu respectivo dono, devendo se encontrar no mesmo estado em que foi retirado. Também, deve-se observar o tempo, devendo este ser por um curto período de prazo.

É interessante salientar que o crime de furto, no tocante ao conflito aparente de normas, o agente que invade um domicílio para cometer o delito, por força do princípio da consunção, não responde por invasão à domicílio (art. 150, do CP), pois tal princípio absorve o crime meio.

Superada a análise do artigo 155, o qual comporta a modalidade crime de furto, fica viável fazer uma singela e breve comparação com o crime previsto no artigo 129, § 1º, que trata dos crimes de lesão corporal de natureza grave. Oras, como já visto, o

¹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. III. – 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 37.

crime de furto possui a pena reclusão, de um a quatro anos, e multa. Já o crime de lesão corporal tem a pena reclusão, de um a cinco anos. Leia-se o artigo 129 do Código Penal:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Percebe-se, então, que as penas de furto que não envolve nenhum tipo de violência ou risco, comparando-as com os crimes de lesão corporal de natureza grave, o qual comporta o perigo de vida (art. 129, § 1º, inc. II, CP) ou até mesmo a debilidade permanente de membro (art. 129, § 1º, inc. III, CP), carecem de proporcionalidade. Reflete-se, assim, a sensação de que o patrimônio é signatário de maior proteção penal se comparado ao próprio ser humano, levando em consideração alguns dispositivos penais e suas respectivas penas.

Todavia, expõe-se tal raciocínio, não com o intuito de recrudescer as penas, mas com a finalidade de refletir sobre a paridade entre estas na legislação penais pátria. A punição de um delito deve ser nivelada e comparada aos demais tipos penais, a fim de harmonizar o plano jurídico-penal. De acordo com Foucault (2000, p. 13) “[...] a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro [...]”. Assim sendo, a punição deve atender a sua finalidade, mas nunca se exceder. Precisa, assim, ser coerente as demais penas e à ordem jurídica.

Seguindo a análise, o furto noturno, inserido no §1º do artigo 155 do Código Penal, sob a redação “a pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno”, prevê tal exasperação embasada pela justificativa de que este momento torna a execução do delito de furto mais fácil do que em outros momentos, pois o bem se encontra num período de vigilância reduzida. No entanto, essa modalidade apenas se aplica no furto simples, sendo

vedada sua aplicação ao crime de furto qualificado. Tal justificativa advém, segundo Greco (2011, p. 18):

[...] de acordo com a situação topográfica do parágrafo *sub examem*, fosse a intenção da lei aplicá-lo também às modalidades qualificadas, o aumento relativo ao repouso noturno deveria vir consignado posteriormente ao § 4º do art. 155 do Código Penal.

Como mencionado no próprio texto penal, a majorante somente cabe ao delito que foi cometido durante o repouso noturno, ou seja, o fato delituoso tem que ocorrer no período da noite. Nesse sentido, Greco (2011, p. 17), explica sobre o tema, mencionando que:

Na verdade, os costumes é que ditam as regras para se chegar à conclusão de que, naquele lugar, embora no período da noite, havia ou não uma situação de repouso. Há lugares em que não existe repouso, pois que a vigilância sobre os bens móveis é a mesma durante o dia ou no período da noite. Dessa forma, encontrando-se os bens igualmente vigiados, não haverá a possibilidade da aplicação da majorante, mesmo que o furto tenha sido cometido à noite.

Denota-se, que mesmo diante da facilidade almejada pelos criminosos em furtar no período noturno, devido à redução da vigilância, tem-se a exasperação da pena equivalente a um terço. Por mais que tal modalidade comporte a facilitação da prática delituosa, é pertinente mencionar que a tal pena pode se aproximar do crime previsto no artigo 123 do CP, que versa sobre o infanticídio, cuja pena prevista é de detenção de dois a seis anos. O primeiro crime é contra o patrimônio, sem violência; o segundo é contra a vida, com o resultado morte do recém-nascido ou nascente, cometido pela parturiente em estado puerperal. Nada obsta a modalidade tentada, nos termos do inciso II, artigo 14 do CP, caso, por circunstâncias alheias da vontade do agente, não se consuma.

Ainda, no tocante aos crimes de furto, tem-se a modalidade privilegiada, a qual concede uma diminuição de pena nos seguintes termos do § 2º do artigo 155 do Código Penal “se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa”.

A partir da leitura do dispositivo supramencionado, extrai-se dois importantes requisitos da modalidade, quais sejam a primariedade, isto é, a não reincidência, e o bem subtraído deve possuir um pequeno valor, que de acordo com a jurisprudência, deve ser de até um salário mínimo.

Todavia, relevante salientar que para efeitos da aplicação do privilégio, é apenas exigido a não configuração de reincidência, o qual não deve ser confundido com o instituto dos maus antecedentes, sendo este apenas capaz de influir na decisão do Magistrado no que tange aos requisitos supracitados, observando a parte final do artigo 59 do Código Penal, estabelecendo a pena necessária para a prevenção e punição do delito¹⁶.

O furto de energia elétrica, conforme o § 3º do artigo 155 do Código Penal, “equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico”. É de suma importância se atentar a segunda parte do dispositivo ora descrito, haja vista que ao mencionar “qualquer outra que tenha valor econômico”, abre-se um leque de outras modalidades que não a de energia elétrica que está inserida na primeira parte. Assim, mais conhecido como “gato”, para que o crime em comento se configure, deve ocorrer o seu desvio antes da sua passagem pelo registro, pois nesse caso, tem-se a subtração de um bem móvel, onde a sua utilização se prolonga no tempo, enquadrando-se na modalidade de crime permanente, o que permite a prisão em flagrante do agente que estiver de beneficiando da referente ligação clandestina¹⁷.

O furto qualificado está descrito em dois parágrafos do artigo 155 do Código Penal. De acordo com o parágrafo 4º, e os seus respectivos incisos, “a pena do furto passa a ser de 2 a 8 anos de reclusão, e multa, se o crime é praticado”.

No primeiro inciso do artigo supramencionado, a qualificadora é aplicada “com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa”. Pela vedação da analogia *in malam partem* no direito penal, não há de se falar de furto qualificado pela simples remoção de um obstáculo. Segundo Greco (2011, p. 23) “considera-se obstáculo

¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. III. – 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 19.

¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. III. – 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 22.

tudo aquilo que tenha finalidade precípua de proteger a coisa e que também não seja a ela naturalmente inerente”.

No inciso II, a qualificadora configura-se “com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza”. No abuso de confiança, a vítima deve possuir uma total confiança no agente que incide no delito. Já mediante fraude, deve haver a utilização do meio enganoso, permitindo com que a vítima tenha a vigilância do objeto reduzida, facilitando com que este seja subtraído. Quanto a escalada, deve esta ser o meio anormal para conseguir entrar no local da subtração; a destreza é a habilidade que o agente utiliza para ludibriar a vítima com o intuito de cometer o furto contra esta sem que perceba.

Quanto ao inciso III do respectivo artigo em questão, que prescreve “com emprego de chave falsa”, engloba qualquer instrumento que possa abrir a fechadura sem que esta seja arrombada. Já no inciso IV, configura-se a qualificadora “mediante concurso de duas ou mais pessoas”.

Numa breve comparação de dois casos hipotéticos, no qual, o primeiro tem-se o furto de um carro, onde o agente quebra o vidro do veículo para conseguir concluir o delito; no segundo, o agente quebra o vidro do veículo apenas para retirar um objeto que está dentro do automóvel. Naquele, é importante compreender que não há de se falar em qualificadora, pois o vidro quebrado é inerente ao carro, logo desconfigura a qualificadora, restando assim, a configuração do crime de furto simples, resultando na pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa. Já no último exemplo, aplica-se ao caso a qualificadora, pois o vidro quebrado não é inerente ao objeto subtraído, logo, configura-se, neste caso, o furto qualificado, sendo a pena de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, de acordo com o § 4º, artigo 155, do Código Penal.

Percebe-se, nos casos acima expostos, uma incongruência no que tange às penas do crime, pois um delito. Estas devem estar pautadas na gravidade da conduta e do resultado, não sendo coerente uma pena idêntica à crimes com potenciais ofensivos distintos. Sobre a importância da pena no Direito Penal, Beccaria (2006, p. 74-75) leciona que:

Tampouco se diga que poderia ser útil deixá-la como aviso no Código para mero efeito de terror, uma vez que retirada factualmente a execução, subtrai-se a maior eficácia do exemplo, que consiste na inevitabilidade da pena, mesmo diminuindo a força das outras leis penais.

Ademais, de acordo com o exposto, a pena de dois a oito anos para os crimes de furto qualificado, pode ser comparada ao crime do artigo 149-A do CP, que trata do Tráfico de Pessoas, cuja pena é de reclusão, de quatro a oito anos, e multa. Oras, é de fácil percepção, por meio do presente exemplo, que o furto qualificado – crime contra o patrimônio – tem, praticamente, a penalização aproximada. O tráfico de pessoas é um dos crimes mais agressores contra a dignidade da pessoa humana e tem uma pena comparada com um crime que sequer há violência. Eis uma flagrante disparidade!

Seguindo as lições de Prado (2013, p. 431) “é imperioso observar que o injusto penal é graduável, de acordo com a sua maior ou menor gravidade, devendo ser enfocado pelo desvalor da ação e do resultado”. Assim, cumpre ao Direito Penal o papel de tutelar os bens considerados relevantes no ordenamento jurídico, observando a gravidade da conduta e do dano e a proporcionalidade da pena.

O ordenamento jurídico penal, também, tutela a subtração de coisa comum, de acordo com os ditames do art. 156, o qual anuncia que “Subtrair o condômino, co-herdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum. Pena – detenção, pena de seis meses a dois anos, ou multa”. Segundo Noronha (2001, p. 247) “razão da punibilidade do fato é que, se o agente a subtrai, não tira apenas a parte que lhe pertence, mas também as dos outros titulares, donde a procedência da incriminação”.

É importante trazer a baila que essa modalidade de furto é de menor potencial ofensivo, sendo a apuração feita por meio de Termo Circunstanciado, cuja competência é delegada ao Juizado Especial Criminal que processará e julgará tal delito, permitindo-se, assim, a utilização do mecanismo da transação penal. Ademais, a competência ora mencionada está prevista no inciso I, artigo 98 da Carta Magna. Trata-se de um crime que depende da autorização da vítima para ensejar o início da persecução penal, ou seja, é de ação penal pública condicionada.

Extrai-se das lições de Greco, no tocante a classificação do crime ora em comento, que o mesmo trata-se de crime próprio, haja vista que somente pode ser praticado pelo condômino, co-herdeiro ou sócio; doloso; material, comissivo; de forma livre; de dano; instantâneo, podendo, a depender do caso, ser instantâneo de efeitos permanentes; monossubjetivo; plurissubsistente e como regra geral, não transeunte¹⁸.

Conforme prescreve o artigo 156 do CP, são sujeitos passivos todos os condôminos, co-herdeiros ou sócios que não o agente, ou mesmo a pessoa que tem a posse legítima da coisa sobre a qual pesa condomínio ou sociedade ou pertença ao patrimônio dos bens a serem partilhados entre herdeiros.¹⁷ Todavia, faz-se mister expor as palavras de Greco (2011, p. 48), o qual explica que:

O objeto material do delito em estudo é a coisa comum. Embora não mencione expressamente a lei penal, a coisa comum deverá ser móvel, pois, conforme vimos anteriormente, somente aquilo que seja passível de remoção poderá ser objeto de subtração.

Nessa toada, é perceptível a incongruência das penas ao analisar os tipos penais que a acompanham. O Direito Penal é a *ultima ratio* e só deve tutelar os fatos que os outros ramos do direito não comportam. As penas devem estar alinhadas entre si e pautadas na proporcionalidade do crime. Não se defende, em momento algum, o recrudescimento das penas, mas a paridade e harmonia entre estas para não resultar na banalização do Direito Penal e a ineficácia de suas penas. De acordo com as lições de Ordeig (1999, p. 17),

lo que caracteriza al Derecho penal frente a losdemás sectores del ordenamento jurídico es, sobre todo, suconsecuencia jurídica, esto es: la pena (em algunos casos, los menos, la medida de seguridade post-delictual).

¹⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. III. – 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 48.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP**. – 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 218

Sobre o desempenho da pena, Nilo Batista (2001, p. 21), explica que:

[...] o combate que o direito penal pode oferecer ao crime praticamente se reduz – desde que a pesquisa empírica demonstrou o precário desempenho do chamado “efeito intimidador” da pena, sob cuja égide sistemas inteiros foram construídos – ao crime acontecido (sendo mínima a sua atuação preventiva) e registrado (a chamada criminalidade aparente, que, como também a pesquisa empírica revelou, é muito inferior – em alguns casos, escandalosamente inferior: pense-se por exemplo no abortamento – à criminalidade real, sendo a diferença denominada cifra oculta).

Assim sendo, é necessário acautelar-se para não incorrer tão somente no endurecimento das penas com o intuito de “reduzir” a criminalidade, haja vista que tal prática não reduz o cometimento dos ilícitos penais por si só, mas deve-se pautar no objetivo de nivelar as penas com a devida paridade que lhe é inerente, respeitando os direitos e garantias fundamentais preceituados na Constituição Federal de 1988.

4 BREVE ANÁLISE SOBRE O CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO

Encartado no artigo 159 do Código Penal, a extorsão mediante sequestro recebeu do legislador uma reprimenda alta, em razão da alta reprovabilidade social causada pela conduta. De acordo com o artigo em comento, “Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena – reclusão de oito a quinze anos.” Sobre a temática, explica Noronha (2001, p. 277) que:

Essa severidade de tratamento penal justifica-se pela própria natureza do crime e pelo exemplo que nos têm oferecido outras nações, que já se viram ou se vêem em luta aberta e sem tréguas contra essa espécie de criminalidade.

Trata-se de crime complexo, pois é o resultado da junção de dois crimes – sequestro ou cárcere privado e extorsão –, tutelando, assim, a liberdade individual, o patrimônio e a integridade física. Tem

como elemento objetivo o verbo *sequestrar*, que significa privar a vítima de sua liberdade de locomoção, ainda que por breve espaço de tempo. Segundo Prado (2013, p. 473) “a extorsão mediante sequestro é delicto pluriofensivo, porque lesa mais de um bem jurídico”. Ainda, quanto ao elemento subjetivo, segue o magistério de Noronha (2001, p. 279):

Como na extorsão propriamente dita, o dolo é genérico e específico. Consiste o primeiro na vontade e na representação do resultado, como efeito de praticar uma ação punida pela lei penal; o segundo é indicado pelo *fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*. É esse dolo específico que dá a característica do crime. Sem ele, não existe extorsão mediante sequestro.

Para melhor compreensão do crime em tela, faz-se necessário explanar sua classificação doutrinária. Trata-se de crime comum; formal, portanto, é irrelevante a obtenção de vantagem indevida; doloso; de forma livre, ou seja, pode ser praticado de várias formas; permanente; comissivo ou omissivo; não transeunte, visto que deixa vestígios; monossubjetivo, podendo ser cometido por um ou mais agentes; plurissubsistente, em razão de consistir em vários atos; transeunte ou não transeunte. Portanto, admite tentativa¹⁹.

Em sendo crime comum qualquer pessoa pode ser sujeito ativo e passivo, sendo que além da pessoa sequestrada, é sujeito passivo do crime aquele que sofre o prejuízo econômico²⁰. No que tange ao momento consumativo, ocorre no próprio sequestro, ou seja, com a privação de liberdade da vítima, acompanhando a peculiar característica de crime permanente enquanto perdurar o cárcere. É crime de ação penal pública incondicionada. Ademais, é classificado como crime hediondo nos termos do artigo 1º, IV, da Lei n. 8.072/90.

Também, é pertinente trazer a baila, o crime de extorsão qualificada, descrita no § 1º do artigo 159 do Código Penal, com pena de 12 a 20 anos. Consiste em previsão para reprimenda maior desde

¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. III. – 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 115.

²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP**. – 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 239

que a privação da liberdade seja por mais de vinte e quatro horas, ou cometido contra menor de 18 ou maior de 60 anos. O fundamento do gravame em razão do prazo maior, para Noronha (2001, p. 282):

Reside em que o sequestro produz dano à vítima, constituído pela violação de sua liberdade. Conquanto seja ele, aqui, meio para obtenção de um fim, é óbvio que nem por isso deixará a vítima de sofrê-lo, donde será justo que a um dano maior corresponde pena mais longa.

Lado outro, em relação à idade das vítimas, a lei acaba protegendo aqueles que, por sua idade, têm reduzida a capacidade de resistir ou suportar a privação²¹. No quesito atinente a parte do final do parágrafo, onde diz-se “ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha”, ocorreu, *in casu*, verdadeira revogação tácita em função à nova definição de organização criminosa trazida pela Lei 12.850/13.

Já o parágrafo § 2º dispõe que “Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão de dezesseis a vinte e quatro anos.” Trata-se de crime qualificado pelo resultado. O evento (posterior) agravador tanto pode ter sido ocasionado de forma dolosa quanto culposa.

Nessa esteira, a maior pena do Estatuto Repressivo, prevista no parágrafo § 3º, preceitua que, “Se resulta em morte: Pena – de vinte e quatro a trinta anos.” A respeito, leciona Noronha (2001, p. 283 – 284):

É a última agravante considerada, sendo que as penas cominadas para a extorsão mediante sequestro e morte são as *mais elevadas* do Código. Há frequentemente nessas espécies três violações jurídicas: uma contra a liberdade pessoal – o sequestro; outra contra a vida, a integridade corporal, ou a saúde do indivíduo – morte, ou grave lesão física; e outra contra o patrimônio – o fim da vantagem indevida. Ainda que para conceituação das agravantes, coerentemente, não se pode exigir, nos parágrafos, se efetive a última transgressão jurídica, nem por isso diminui o alarma social e se revela menos perigoso o agente, provado que seja seu escopo o de obter qualquer vantagem econômica, como condição ou preço de resgate.

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP.** – 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 241

É passível de crítica o dispositivo, como, aliás, quase todos os que se referem às qualificadoras decorrentes do resultado, por não se distinguir, para efeito de pena, quando o evento é atribuível por dolo ou culpa²².

Por fim, no tocante ao instituto da delação premiada, reza o § 4º do artigo 159 do Código Penal, que “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. Tal instituto, na prática, tinha baixa eficácia, uma vez que por medo de represálias quando fosse inserido no sistema prisional, o criminoso raramente se valia dessa conforme a agravante relativa a quadrilha ou bando do art. 1º *in fine*, ocorre a revogação tácita. Portanto, para eventual delação premiada, há que se observar o previsto no art. 4º da Lei 12.850/13.

Denota-se, então, que o crime de extorsão mediante sequestro, mesmo se tratando de crime contra o patrimônio, pretendeu o legislador, não só tutelar a inviolabilidade patrimonial, mas teve a intenção de proteger a liberdade pessoal, assumindo a tutela dos direitos e garantias individuais, sendo, nesse sentido, plausível a majoração de pena, se comparado ao crime de extorsão do artigo 158 do Código Penal²³.

Nesse sentido, o legislador penal acutelou-se no tocante à previsão da pena, haja vista que o delito em comento restringe a liberdade da vítima, considerada um dos direitos fundamentais esculpido na Carta Magna, bem como trata-se de um crime que tende a ocorrer de forma excessivamente violenta, com chances de desaguar na produção de outros resultados graves.

5 CONCLUSÃO

De acordo com o supedâneo acima ponderado, denota-se a existência de vários tipos penais, uns mais graves, outros menos graves, mas se comparados entre si, possuem penas semelhantes ou, no mínimo, aproximadas. Sendo assim, esse é um fator que

²² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP.** – 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 241

²³ PRADO, LUIZ REGIS. **Curso de direito penal brasileiro.** Vol. 2: parte especial, arts. 121 a 249. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 473.

irradia como efeito, a desproporcionalidade da pena se comparada com outras condutas ou resultados, fato que redundando no ordenamento jurídico penal, a sensação de instabilidade em relação às penas culminadas. Tal raciocínio compreende que, as penas como preceito secundário, devem estar niveladas de acordo com a gravidade do crime.

Em linhas conclusas, é pertinente esclarecer que a intenção não é o recrudescimento das penas, mas a verificação destas em relação aos crimes descritos no Código Penal com o intuito de alinhar a valoração do patrimônio face à proteção do indivíduo. Não se pode disseminar a impressão de que os patrimônios são destinatários de maior proteção do que a própria integridade do ser humano, uma vez que as leis são feitas pelos Homens e destinadas para estes, com a finalidade de almejar a pacificação social.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesedi, 1738-1794. **Questões criminais**. 1ª ed., Tradução Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. **O delito**. Tradução Denise Conselheiro. 1.ed. – São Paulo: Rideel, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhet. 23 ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2000.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. III. – 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. -3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967
- JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial**. – 33. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP**. – 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio**. – 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

PRADO, LUIZ REGIS. **Curso de direito penal brasileiro**. Vol. 2: parte especial, arts. 121 a 249. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ORDEIG. Enrique Gimbernat. **Concepto y método de la ciência del derecho penal**. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO EM FACE A REGULAMENTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

Josiane Pacheco da Cruz Surdi¹

1 INTRODUÇÃO

Uma vez que a instituição do imposto demanda a regulamentação através de Lei Complementar que defina e regule as especificidades do imposto sobre grandes fortunas se instaura com a divergência de posicionamento diante do tema. Há quem defenda a regulamentação sustentando como principal argumento a afirmação de que esta é uma forma de combate à desigualdade social, e da melhor distribuição da renda no país.

Por outro lado, o posicionamento contrário à sua instituição contempla inúmeros fatores: a dificuldade em definir o que é grande fortuna, a afronta ao princípio da bitributação, o desestímulo à aquisição de bens, a dificuldade na fiscalização do imposto, entre outros.

Importante destacar que a natureza jurídica do IGF se justifica na ideia de tributar aqueles que concentram maior riqueza para arrecadar mais para investimentos em saúde, educação, segurança, entre outros. É cediço que a nossa realidade social é bastante escassa e com muitas desigualdades, de forma que a maior parte das riquezas do país se concentra nas mãos de uma pequena minoria, enquanto a maioria gritante está à mercê da classe dominadora, senão por aqueles que deveriam lhes representar.

¹ Graduada em Direito pela UNIFACEAR. Advogada atuante nas áreas de direito e processo do trabalho, direito coletivo do trabalho, direito civil e direito administrativo. E-mail: josiane@andreaavaz.adv.br.

Portanto, a não regulamentação do IGF está diretamente ligada a não arrecadação de um montante considerável que poderia ser utilizado ao benefício da população que necessita do Estado para a própria sobrevivência, mas as questões políticas impedem que tal projeto seja efetivado, sufocando ainda mais a classe trabalhadora, que ao final das contas é quem sempre acaba sendo incumbido do ônus. Diante disso, a presente pesquisa demonstrará os principais pontos relevantes quando se fala em imposto sobre grandes fortunas.

2 TRIBUTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Estado, no exercício de sua soberania, tributa. A relação de tributação é uma relação jurídica, sujeita a normas que submetem os contribuintes e o Estado. Sabido que o Estado é a maior extensão de poder que se conhece, o direito tributário tem por finalidade limitar o poder de tributar e proteger o cidadão contra os abusos desse poder (MACHADO, 2015, p. 45).

Acerca do tributo, assim dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Ou seja, o tributo é caracterizado como uma obrigação de contribuir criada compulsoriamente, que independe da manifestação de vontade do contribuinte. Assim sendo, o contribuinte deve entregar à Fazenda Pública uma soma de dinheiro ou equivalente, se a lei assim o permitir, cuja cobrança se opera por meio de ato administrativo vinculado. Assim, uma vez realizado o fato descrito na sua norma de incidência (fato gerador), estará o contribuinte ou responsável obrigado a recolher aos cofres públicos o respectivo montante (ALEXANDRE, 2014, p. 14).

Numa visão econômica, os tributos cumprem uma finalidade fiscal, qual seja arrecadar recursos financeiros aos cofres públicos. Contudo, os tributos podem tanto ser utilizados pelo Estado como instrumento de intervenção na economia, quanto como um elemento chave na aplicação das políticas sociais e de redistribuição de renda.

Na visão do Estado, o tributo seria a participação de cada indivíduo nas despesas comuns, na manutenção e no exercício das funções essenciais da Administração Pública. Fundamenta este ideal o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual cada um deve contribuir na medida das suas possibilidades.

Hugo de Brito Machado (2015, p. 32), diz que o tributo está no meio termo entre a liberdade do contribuinte e a necessidade do Estado em arrecadar. Desta forma, considerando o Estado Democrático de Direito, o Estado pode instituir tributos, outorgando a cada ente federado a competência para regulamentá-los como prevê a CF/88.

Sendo o imposto uma espécie de tributo, dispõe o artigo 16 do CTN:

Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Os impostos incidem independentemente da vontade do contribuinte, com a manifestação de riqueza do devedor. Para Ricardo Alexandre (2014, p. 21), "o imposto se sustenta sobre a idéia da solidariedade social".

Ainda no raciocínio do mesmo autor, trata-se da imposição de um encargo financeiro sobre o contribuinte a partir da ocorrência de um fato gerador e que é calculado aplicando-se uma alíquota a uma base de cálculo. A justificativa disso está na necessidade do Estado em ser mantido, sendo que para isso, precisa que lhe forneçam recursos, para que esses mesmos recursos sejam revertidos para a coletividade em forma de suprimento das necessidades básicas.

Deste modo, o imposto corresponde à captação de riqueza para o tesouro público e é uma das maiores formas de arrecadação tributária. Os valores arrecadados pelo Estado custeiam os gastos da máquina pública com saúde, segurança, educação, transporte, cultura, pagamentos de salários de funcionários públicos e também é utilizado para investimentos em obras públicas como hospitais, rodovias, universidades, entre outros.

3 EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA

A Constituição Federal institui a competência de cada ente federado sobre os impostos. O conceito de competência é bem definido por Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 21), como um dispositivo que por força do princípio constitucional da legalidade, incumbe ao Poder Legislativo a tarefa de moldar normas de naturezas tributárias, ou seja:

[...] é a aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento positivo. Opera-se pela observância de uma série de atos, cujo conjunto caracteriza o procedimento legislativo.

Sendo a competência tributária para a instituição de impostos matéria constitucional, possui rigidez e supremacia perante a legislação infraconstitucional. A Constituição Federal delimitou as competências para instituí-los, repartindo entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Por isso, a instituição dos impostos depende de lei do ente legitimado para majorá-lo.

Em confronto a essa faculdade de instituir ou não tributos, a Lei de Responsabilidade Fiscal, propõe obrigatoriedade do exercício da competência tributária. Nos dizeres de Eduardo Sabbag (2014, p. 444), tem-se que:

O exercício da competência tributária, conquanto irrenunciável e intransferível, pode ser considerado facultativo. De fato, no plano da conveniência, cada ente tributante decide sobre o exercício da competência tributária. Não obstante, o art. 11 da Lei de Responsabilidade fiscal (LC n. 101/99) dispõe que, no plano de gestão fiscal da pessoa política, deve haver a instituição de 'todos' os tributos que compete à entidade, sob pena de sanções (art. 11, parágrafo único). O dispositivo merece interpretação cautelosa, pois o legislador quis, salvo melhor juízo, estimular a instituição do tributo economicamente viável, cuja competência estaria inadequadamente estanque. Portanto, entendemos que é defensável a *facultatividade* do exercício da competência tributária, uma vez que o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal não traduz, incontestavelmente, mecanismo efetivo de obrigatoriedade.

Portanto, entende-se que a competência tributária deve ser utilizada para instituição de tributos ou impostos que atendam a finalidade não somente do Estado, mas principalmente da população.

O imposto objeto de nosso estudo, o IGF, foi inserido no inciso VII do art. 153 da Constituição Federal, sendo elencado no rol de impostos de competência da União:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Aliada à previsão Constitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/00 em seu artigo 11 atribui à União a obrigatoriedade na instituição e na arrecadação dos impostos de competência de cada ente federado:

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Portanto, uma vez que há previsão tanto constitucional quanto infraconstitucional da instituição do IGF, é fato que o Poder Legislativo se mostra omissivo frente a obrigatoriedade que supõe o art. 11 do CTN.

4 O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

A inserção do imposto sobre grandes fortunas no art. 153, VII da Constituição Federal foi inovação ao Sistema Tributário Nacional, já que até então o imposto nunca foi previsto.

Contudo, passados 30 anos após a promulgação da Constituição Federal, o IGF ainda não foi implementado na realidade brasileira. Salienta-se que o IGF é o único dentre aqueles de competência privativa da União ainda não regulamentado.

Desde então, alguns projetos de Lei foram apresentados para tanto, mas não obtiveram sucesso. Tais projetos tramitaram e chegaram a votação, no entanto, foram rejeitados sob o argumento

de que teria um alto custo administrativo e baixa arrecadação, como ocorreu em alguns países que, após instituí-los, constataram a sua inviabilidade.

Ocorre que apenas para este imposto a CF estabeleceu a obrigatoriedade de instituição via lei complementar. Faz-se necessária a lei complementar para definir o fato gerador do imposto que, por se tratar de uma inovação constitucional, não está descrito no sistema tributário nacional. Eis o motivo da dificuldade na implantação e vigência do IGF.

Desde a promulgação da Constituição Federal com tal inovação, a regulamentação do IGF vem sendo alvo não apenas de projetos de lei complementar, mas também de discussões sobre as conveniências e inconveniências da sua instituição no ordenamento jurídico tributário brasileiro.

5 A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO

A seguir, serão explanados os principais argumentos contrários e favoráveis apontados pelos doutrinadores que justificam os motivos da não implantação e a implantação do IGF.

5.1 EMPECILHOS À INSTITUIÇÃO

5.1.1 Conceituação de Grande Fortuna

Um dos principais motivos que impede a instituição do IGF é a falta de delimitação e subjetividade que dificultam a formação do conceito de grande fortuna, uma vez que a expressão “grande fortuna” gera controvérsia.

É a opinião de Ives Gandra da Silva Martins (2008, p. 269):

O próprio nome do imposto é curioso. O imposto incide sobre "grandes fortunas". Uma "grande fortuna" é mais do que apenas uma "fortuna". Já "fortuna" é maior do que "riqueza". Ora, se o tributo incidisse apenas sobre grandes fortunas, deixando de fora "fortunas normais" e "riquezas normais", poucos seriam os contribuintes sujeitos a ele. E, se viesse a incidir sobre qualquer valor de expressão, fora daquilo que, pelos padrões econômicos, constitui uma "grande" (o adjetivo é relevante na lei) "fortuna", seria inconstitucional. (grifos no original).

Seguindo esse raciocínio, apenas uma pequena parcela da população deteria patrimônio suficiente para a incidência do imposto, pois a tributação sobre pequenas fortunas seria inconstitucional.

O termo fortuna remete à idéia de patrimônio elevado de forma que a intenção do constituinte desde o início foi tributar os patrimônios significativamente elevados. Sobre o tema Ives Gandra da Silva Martins (2008, p. 268) afirma que:

O tributo é de difícil cobrança e configuração, mas, no Brasil, pelo próprio texto constitucional, o “imposto sobre grandes fortunas” não pode incidir nem sobre os ricos (“riqueza” é menos que “fortuna”), nem sobre os milionários (“fortuna” é menos que “grande fortuna”). Apenas sobre os bilionários - ou seja, os detentores de fortunas grandes - que na economia brasileira são muitos poucos.

5.1.2 Sobrecarga ao Contribuinte e Suposta Bitributação

Um forte argumento contrário a imposição do IGF é com relação à suposta ocorrência de bitributação ao contribuinte.

Martins e Locatelli (2011) afirmam que praticamente todas as relações socioeconômicas no Brasil já são tributadas por outros impostos, tais como o IPTU, ITR, ITCMD, IR, razão que sugere que a imposição do IGF acarretaria bitributação.

Os autores exemplificam a situação acima, afirmando que o contribuinte já tem retido o IR quando recebe da fonte pagadora, de modo que o valor recebido poderá ser utilizado para o consumo bens e serviços, caso em que parte dos valores será utilizada para o pagamento de impostos indiretos, como o IPI e o ICMS, contribuições de PIS e COFINS, dentre outros.

Já Eduardo Sabbag (2016) aduz opinião em sentido convergente:

[...] Para Janir Adir Moreira, vice-presidente da Associação Brasileira de Direito Tributário (Abradt), o rígido sistema de controle da Receita não deixa mais dúvida de que as grandes fortunas e empresas já pagam impostos no país. Para conseguir juntar o patrimônio, os donos de grandes fortunas pagaram todos os tributos exigidos, inclusive impostos sobre o patrimônio, como o IPTU e ITR”. Segundo ele, o imposto significa retrocesso. “Taxar a geração de riquezas em circulação, rendimentos ou lucros é mais coerente do que tributar o

resultado final dessas operações, sobre o qual já incidiram todos os impostos”.

[...]

Constitui um notável desestímulo à poupança e um peculiar caso de pluritributação, pois tributa mais uma vez um patrimônio já tributado pelos impostos patrimoniais, para não falar da tributação da renda que lhe deu origem”.

[...]

já difícil definir o conceito legal de grandes fortunas. Mas criar um tributo sobre elas, com certeza, gera pluritributação. Isso provocaria, ainda, uma tremenda evasão fiscal antes mesmo de publicada a lei instituidora.

[...]

Um imposto sobre fortunas teria outras perversidades. Uma delas é a de que já é uma vaca ordenhada demais. Toda fortuna é precedida de uma renda que já é taxada pelo Imposto de Renda e depois passa por uma bateria de impostos sobre o patrimônio. Se for um imóvel urbano, leva IPTU; se for rural, ITR; se for veículo, IPVA; se forem títulos, estão novamente sujeitos ao Imposto de Renda e ao IOF.

No mesmo entendimento de Eduardo Sabbag, Pedro Humberto de Carvalho Júnior (2016) aponta, ainda, a possibilidade de ocorrência de dupla tributação referente aos contribuintes que possuem riqueza no exterior.

5.1.3 Interesse Político

A natureza política é outro fator que impede a aprovação de Lei Complementar regulamentadora no Congresso Nacional. Parafraseando Hugo de Brito Machado, em análise sobre a inexistência de lei complementar para a instituição do imposto diz que é caso raro de competência tributária não exercitada, e a razão para essa inércia do legislador é exclusivamente política (MACHADO, 2015, p. 355):

O verdadeiro motivo da não instituição do imposto sobre as grandes fortunas é de ordem política. Os titulares de grandes fortunas, se não estão investidos de poder, possuem inegável influência sobre os que exercem.

Ainda nas palavras do mesmo autor (2015, p.353):

Há quem aponte dificuldades técnicas para a tributação das grandes fortunas. Seriam problemáticas a identificação e a avaliação dos bens. O argumento é inconsistente. Os bens que integram as grandes fortunas são os mesmos cuja transmissão de propriedade é tributada. Se a título oneroso, pelo Município. Se a título gratuito, ou em virtude de sucessão por causa da morte, pelo Estado. E ninguém sustentou a inviabilidade do imposto de transmissão *causa mortis* e doação, de que trata o art. 155, I, nem do imposto de transmissão *inter vivos*, de que trata o art. 156, II, da CF.

Diante disso, o autor sugere que aqueles que detêm o poder do Estado nas mãos, são os maiores detentores de recursos financeiros, posto que, têm forte intenção em manter afastado o imposto, haja vista que são os maiores possuidores de patrimônio e o IGF alcançaria a riqueza dos senhores parlamentares e chefes dos executivos estaduais e municipais, bem como os rendimentos dos empresários que financiam as suas campanhas políticas, motivo que os leva a influenciar a não aprovação de lei complementar que o regule, pois desta forma, seriam, automaticamente, tributados.

Sérgio Ricardo Ferreira Mota (2010, p. 164) também defende que o imposto ainda não foi regulamentado por interesses políticos, e acredita que a sua regulamentação traria um novo instrumento de justiça tributária:

[...] repete-se a defesa no sentido de que o Imposto sobre Grandes Fortunas pode vir a constituir instrumento de alcance da justiça tributária no Brasil, uma vez que permitiria, em tese, não só uma justa distribuição da carga tributária entre os contribuintes, mas também, maior distribuição de renda e riqueza nacionais, o que permitiria, também, em tese, a redução das enormes desigualdades sociais verificadas no país e, por consequência, a pobreza de grande parte da população.

Hugo de Brito Machado (2015, p. 355) completa dizendo que “se um dia ocorrer a instituição de um imposto com esse nome, não será devido pelos ricos, mas pela classe média, incrementando a enorme carga tributária por esta já suportada”.

No mesmo sentido, Pedro Humberto Bruno de Carvalho Júnior (2016) afirma que:

grandes concentrações de riquezas formadas por um número relativamente pequeno de pessoas podem ter efeitos sociais e políticos indesejáveis. Na medida em que essas concentrações podem ser reduzidas através da tributação da riqueza, o cenário social poderia ser melhorado.

5.1.4 Desestímulo da Aquisição de Patrimônio e Desconcentração da Renda

Para Ives Gandra da Silva Martins (2008), o imposto deve permanecer como está, e para tal argumento, cita como exemplo os países onde o mesmo já foi implantado:

As vantagens do tributo são duvidosas: a de que promoveria a distribuição de riquezas é atalhada pelo fato de que poucos países que o adotaram e terminaram por abandoná-lo ou reduzi-lo a sua expressão nenhuma; a de que desencorajaria a acumulação de renda, induzindo a aplicação de riqueza na produção, que seria isenta de tributo, leva a ferir o princípio da igualdade, possibilitando que os grandes empresários estivessem a salvo da imposição; a de que aumentaria a arrecadação do Estado não leva em conta a possibilidade de acelerar o processo inflacionário por excesso de demanda.

É fato também a insatisfação de alguns países após a criação do imposto, visto que o retorno não foi como esperado. Além disso o mesmo autor menciona um ponto importante: o desestímulo da aquisição de patrimônio.

Em projetos aqui mencionados, a grande fortuna deve ser levada em conta no que diz respeito ao valor em patrimônio que tem o contribuinte. Desta maneira, com a devida regularização do imposto, sua cobrança dá grande margem à desconcentração do patrimônio, fazendo com que as pessoas comecem a investir suas rendas em aplicações, deixando de adquirir bens para que não sejam tributados.

5.1.5 A Lei Complementar Instituidora

Chama a atenção o fato de a Constituição, apenas para este imposto, ter estabelecido a obrigatoriedade de instituição via lei complementar.

A lei complementar é uma espécie normativa que se destina a regulamentar matérias a ela reservadas pela Constituição. Sua abrangência está contida no art. 59, parágrafo único da CF/88 que dispõe as matérias por ela tratada: a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Nesse sentido, a edição de lei complementar reguladora se faz necessária para definir o fato gerador do imposto que, por se tratar de uma inovação constitucional, não está previsto no sistema tributário nacional.

Diante disso, o tema demanda uma discussão aprofundada no Congresso Nacional. Um dos fatos, curioso e bastante criticado é o quorum exigido para a aprovação da lei instituidora, como dita o art. 69 da CF: aprovação por maioria absoluta.

Pretendeu o legislador que a maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional definisse o que é uma grande fortuna, para efeito do tributo. Isso significa uma dificuldade maior na aprovação da mesma, já esta exige quorum qualificado de maioria absoluta nas duas Casas do Congresso Nacional.

5.1.6 Arrecadação e Fiscalização

Faz-se necessário também discutir como procederia a apuração, arrecadação e fiscalização do imposto.

Alguns projetos de leis estabelecem que o IGF deve ser lançado de acordo com a declaração do contribuinte, na forma da lei regulamentadora, sugerida nos seguintes termos:

PLP 202 - Art. 6º O imposto será lançado com base em declaração do contribuinte na forma da lei, da qual deverão constar todos os bens do seu patrimônio, e respectivo valor.

Parágrafo único. O bem que não constar da declaração presumir-se-á, até prova em contrário, adquirido com rendimentos sonegados ao imposto de renda, e os impostos devidos serão lançados no exercício em que for apurada a omissão.

PLP 277 – Art. 6º O imposto será lançado com base em declaração do contribuinte na forma da lei, da qual deverão constar todos os bens do seu patrimônio, e respectivo valor.

Parágrafo Único. O bem que não constar da declaração presumir-se á, até prova em contrário, adquirido com rendimentos sonegados ao imposto de renda, e os impostos devidos serão lançados no exercício em que for apurada a omissão.

A crítica está na dificuldade em encontrar um lançamento fiel a realidade do conjunto de bens do contribuinte, considerando a facilidade na sonegação de informações, como aponta Pedro Humberto de Carvalho Júnior (2016):

Para fugir de sua progressividade, o contribuinte pode diluir seu patrimônio entre os contribuintes de sua família ou mesmo criar pessoas jurídicas. Portanto, é necessário ter um cadastro familiar e um cadastro de empresas com a participação das famílias cotistas. Também é preciso ter um sistema avaliatório de bens para confrontar os valores declarados pelos contribuintes, e há necessidade de integrar os sistemas municipais de cadastro e avaliação de imóveis.

O autor ainda alega que a declaração pode ser facilmente omitida quanto a declaração de alguns objetos, como por exemplo, as jóias, pois quando se adquire um bem dessa natureza nenhum registro é emitido ao Fisco. Outra crítica é a estipulação do valor do bem, se declarado pelo contribuinte, se avaliado de alguma forma pelo governo, ou se será considerado o valor da compra. Pedro Humberto de Carvalho Júnior (2016).

Para tanto, seria necessário o surgimento de uma lei regulamentando a forma de lançamento e declaração dos bens, visto que nenhum dos projetos de lei regulamenta a formalização da declaração e lançamento do imposto. O que significa que mesmo sendo editada a lei complementar, o imposto não poderia ser cobrado de imediato, pois tal cobrança dependeria de uma lei ordinária regulamentando a declaração e o lançamento desse imposto.

Há de se considerar também que a fiscalização traria um alto custo aos cofres públicos, o que coloca em xeque se o montante potencialmente arrecadado compensa os valores com os gastos.

Nesse sentido, o legislador teria que encontrar mecanismos para combater as possíveis ilicitudes dos contribuintes, através de meios eficazes de fiscalização. Para que isso aconteça, seria necessário um trabalho conjunto entre o Governo Federal, Estadual e Municipal.

A maior expectativa sobre o IGF é combater a desigualdade social, porquanto, este teria o escopo de atingir um número limitado de pessoas jurídica e física que pudessem ter capacidade contributiva e, assim, recolhessem aos cofres do governo importâncias relevantes

para combater as disparidades sociais. É o que sugere Sérgio Ricardo Ferreira Mota (2010, p.111):

Repete-se a defesa no sentido de que o Imposto sobre Grandes Fortunas pode vir a constituir instrumento de alcance da justiça tributária no Brasil, uma vez que permitiria, em tese, não só uma justa distribuição da carga tributária entre os contribuintes, mas também, maior distribuição de renda e riqueza nacionais, o que permitiria, também, em tese, a redução das enormes desigualdades sociais verificadas no país e, por consequência, a pobreza de grande parte da população.

5.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INSTITUIÇÃO

5.2.1 Função Social do Imposto

Doutrinadores e aplicadores do direito afirmam, à luz da Constituição Federal, que a regulamentação do IGF está de acordo com os interesses nacionais e o seu papel na função social, através de uma justiça fiscal. (CARRAZZA, 2003, p.72):

É justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do quem tem pouco [...] as pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja de seus índices de riqueza.

Temos que o principal e maior argumento favorável à criação do imposto sobre grandes fortunas é melhorar a distribuição da riqueza no País, viabilizando o cumprimento da função social, posto que a receita tributária decorrente desse imposto tem como princípio abastecer os cofres públicos para erradicar a pobreza, e para a realização de obras e serviços para a coletividade.

Significa dizer mais recursos financeiros para construção de moradias, escolas, hospitais etc. Mais recursos financeiros para a construção de uma sociedade mais justa porque igualitária, como determina o Preâmbulo da Constituição da República.

É o que afirma Sérgio Ricardo Ferreira Mota quando diz que acredita que a regulamentação do imposto pode trazer um novo instrumento de justiça tributária (2010, p. 164-165):

(...) repete-se a defesa no sentido de que o Imposto sobre Grandes Fortunas pode vir a constituir instrumento de alcance da justiça tributária no Brasil, uma vez que permitiria, em tese, não só uma justa distribuição da carga tributária entre os contribuintes, mas também, maior distribuição de renda e riqueza nacionais, o que permitiria, também, em tese, a redução das enormes desigualdades sociais verificadas no país e, por consequência, a pobreza de grande parte da população.

É de notória importância a função social que esse imposto teria se instituído através de Projeto de lei sério e bem intencionado, que considerasse não somente os próprios interesses políticos, ou maquiasses para a população algo que no final das contas lhe favoreceria, sufocando ainda mais o contribuinte.

Sua natureza se justifica na idéia de tributar aqueles que mais possuem com o escopo de arrecadar mais para investimentos em saúde, educação, segurança, entre outros. É cediço que a nossa realidade social é bastante escassa e com muitas desigualdades, de forma que a maior parte das riquezas do país se concentra nas mãos de uma pequena minoria, enquanto a maioria gritante está a mercê da classe dominadora, senão por aqueles que deveriam lhes representar mas nesse caso se omitem.

5.2.2 Redistribuição das Riquezas

Dentro da ideia do cumprimento da função social, se encontra a teoria da redistribuição das riquezas, onde é válido o posicionamento de Olavo Nery Corsatto, (2016) que assim defende:

A redistribuição da riqueza seria outro efeito benéfico do IGF, que funcionaria também como instrumento de controle da administração tributária, mediante o cruzamento de dados com base nas declarações da renda auferida, dos bens para o IR ou o IGF e das parcelas do patrimônio consideradas para tributações específicas. Haveria, assim, menor possibilidade de evasão de diversos tributos.

Francisco José Santos da Costa (2016), também defende a mesma linha:

O imposto que incide sobre grandes fortunas possuiria como objetivo a prática da justiça social, através da redistribuição da renda proveniente da arrecadação deste imposto. Tal finalidade está inserida nos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias em seu art. 80, inciso III, da seguinte forma: "Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: [...] III – o produto da arrecadação do imposto de que trata o Art. 153, inciso VII, da Constituição";

Cumprir-se-á então, com a instituição do IGF, a verdadeira finalidade dos impostos, pois esses têm como fundamento a justiça social, através da distribuição da riqueza.

Por isso o imposto já foi apelidado de "imposto Robin Hood" pelo procurador federal Carlos Vitor Bezerra, já que retirará o excesso dos ricos e o distribuirá com os pobres, confirmando então o princípio da capacidade contributiva.

Costa acredita que, além do objetivo maior que é a justiça social, a regulamentação do imposto pode cumprir com o disposto no princípio da capacidade contributiva, já que a base do Código Tributário Nacional é construída a partir do fundamento de que contribui mais quem obtiver maior capacidade para tanto. Num país em que é imensa a desigualdade social, deve se tornar incessante a busca por instrumentos de diminuição das disparidades.

No que se refere à carga tributária, esta incide, principalmente, sobre o consumo da população menos favorecida. Daí porque muito se tem falado na necessidade de promover uma reforma no sistema tributário brasileiro. Neste contexto, é de grande relevância o estudo minucioso e aprofundado do IGF, já que é um potencial "distribuidor" de riquezas.

5.2.3 Segurança da Ordem Econômica

A Constituição Federal de 1988, trouxe, em seu Título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira", uma linha a ser seguida, em relação aos princípios básicos do direito econômico.

É importante, para que ocorra a plenitude da Democracia em um Estado, que haja uma organização econômica, devidamente regulamentada, que possa dar efetividade às garantias fundamentais do ser humano, reconhecidas pela própria Constituição. Para tanto, o Poder Constituinte de 1988, incorporou a ordem econômica como preceito a ser regido pela Lei Maior.

Seguindo a tendência do mundo, a CF/88, trouxe para o Direito econômico, procurando primar pelo social, estabelecer regras

e limites à ordem econômica, com fins de resguardar o ser humano, dando-lhe oportunidade de uma vida digna, e assegurando os seus direitos e garantias (OLIVEIRA, 2016).

Esta intervenção na Economia, para garantia do social, é reflexo do aprimoramento do Estado que, de Liberal (com pouca ou nenhuma intervenção na Economia) evoluiu, intervindo na Economia para a garantia de manutenção dos direitos trazidos pela Constituição. E, esse Estado garante a livre iniciativa e a livre concorrência, desde que a iniciativa privada siga os princípios determinados pela Constituição Federal (o Estado intervindo, portanto, no privado, para garantia da coletividade, do social).

Considerando os valores constitucionais, o interesse coletivo, está acima do interesse privado, passando a prevalecer os princípios que norteiam a pessoa humana e sua dignidade (OLIVEIRA, 2016).

São estabelecidos nos arts. 3º e 4º da CF/88 os objetivos fundamentais da ordem constitucional:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

É notório que a CF objetiva a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e igualitária, pois em tese, com a igualdade é possível obter a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. E, alcançando esses pontos pode obter uma dignidade plena para todos os indivíduos.

No art. 170, verifica-se que outro fundamento e objetivo da República, é a preservação da ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Aplicando os fundamentos e princípios que norteiam o art. 170 ao tema de pesquisa, nota-se que a instituição e efetiva cobrança do IGF cumpriria com vários dos objetivos do referido artigo, tais como assegurar a dignidade da pessoa humana como fundamento inspirador da ordem econômica constitucional; a Justiça social; a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais e sociais.

6 PROJETOS DE LEI NO CONGRESSO NACIONAL

Passados 30 anos após a promulgação da CF/88, foram apresentados dez projetos de lei com vistas a regulamentar o dispositivo constitucional mencionado, quais sejam: o PLP nº 202/1989, o PLP nº 108/1989, o PLP nº 208/1989, o PLP nº 218/1990 e o PLP nº 268/1990, todos tramitando junto ao PLP nº 202/1989; o PLP nº 193/1994, o PLP nº 70/1991 e o PLP nº 77/1991, que foram arquivados em fevereiro de 1995; o PLP nº 277/2008, e, o PLP nº 26/2011, apensado ao PLP nº 277/2008.

Em junho de 2010, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, por unanimidade, o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 277/2008, de autoria da deputada federal Luciana Genro, que tem como finalidade a regulamentação do IGF. Até então, o último projeto

de maior repercussão havia sido o PLP nº 202/1989, apresentado por Fernando Henrique Cardoso, senador à época (ALBUQUERQUE, 2016).

Fato curioso é que tanto a proposta de Fernando Henrique, quanto outras semelhantes a ela, foram apenas e estão prontas para serem votadas pelo Plenário desde o ano 2000, mas nunca chegaram a entrar em pauta.

É cediço que a tributação das grandes fortunas envolve aspectos bastante complexos, fazendo com que tal regulamentação demande uma atenção especial do legislador.

Os projetos apresentados buscaram, de diferentes formas, elucidar questões fundamentais para a efetiva aplicação do instituto, como os argumentos aqui demonstrados, como o que constitui uma grande fortuna, se a grande fortuna deve ser assim considerada por ultrapassar um determinado valor monetário ou se deve corresponder a uma percentagem dos maiores contribuintes do Imposto de Renda, se o sujeito passivo será apenas a pessoa física, ou também a pessoa jurídica, se as alíquotas serão proporcionais ou progressivas, se o imposto incidirá sobre o patrimônio bruto ou tão somente sobre o patrimônio líquido, se o IGF terá aplicação universal, recaindo sobre todos os bens, ou se serão excepcionados bens tidos pela lei como meritórios, como serão classificados esses bens, como será realizada a fiscalização do imposto, como compatibilizar o IGF com as normas constitucionais que garantem uma tributação não confiscatória, entre outros (ALBUQUERQUE, 2016).

Dos projetos supramencionados, possuem maior relevância o PLP nº 202/1989 e o PLP nº 277/2008, que trouxeram maiores debates políticos, e despertaram o interesse da população.

7 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão trata de modalidade abstrata de controle de omissão de órgão incumbido de elaboração normativa.

Assim, diante da inércia ou omissão de algum órgão designado como competente para efetivar as disposições da Constituição, esta deve ser combatida com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Os legitimados à sua proposição estão arrolados no artigo 103, incisos I a IX, da Constituição Federal.

ADO é a ação pertinente para tornar efetiva a norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo. O objetivo da ADO é provocar o Judiciário para que seja reconhecida a demora na produção da norma regulamentadora.

No tocante ao tema deste trabalho, o governador do Maranhão, Flávio Dino, ajuizou em abril de 2015, perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO 31 contra o Congresso Nacional pela omissão quanto a regulamentação do IGF. O governador afirmou que a renúncia inconstitucional de receita pela União tem forte ligação com os interesses de seu estado. Disse em seu discurso (STF, 2016):

Ante o fragilizado pacto federativo vigente no Brasil, estando a União no topo da pirâmide, a concentrar a maior parcela das receitas fiscais, ocupando os estados-membros papel coadjuvante na arrecadação tributária e na repartição de receitas, é inegável a dependência financeira destes últimos em relação à primeira. A dependência estadual dos cofres federais se exaspera no caso do Estado do Maranhão, porque se trata do estado-membro com o segundo menor Produto Interno Bruto (PIB) per capita e que ostenta ainda baixíssimos indicadores sociais, como o segundo pior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

Na ADO, o governador suplica que o STF traga uma solução provisória ao problema até que o Congresso desempenhe o papel que a Constituição lhe outorgou.

O autor da ação aduz que de nada adianta à guarda da Constituição a mera proclamação da mora do Poder Legislativo ou mesmo a fixação de prazo ao Congresso Nacional para a edição da lei faltante, se com essas medidas ato contínuo outra não for tomada, de verdadeiramente ditar qual a regra vigere caso permaneça a omissão inconstitucional (STF, 2016).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão inerente ao imposto sobre grandes fortunas é bastante controversa. Após 30 anos de promulgação da Constituição

Federal, e de vários projetos em tramitação no Congresso Nacional, não há perspectiva para a regulamentação do mencionado tributo.

Alguns doutrinadores atribuem essa inércia da União à falta de vontade política dos parlamentares, que seriam fatalmente atingidos pelo imposto, e que provavelmente deixariam de obter recursos de grandes empresários, também afetados pelo tributo, para o financiamento das suas campanhas eleitorais.

Trata-se de matéria conflituosa, não somente por se tratar de mais uma forma de arrecadação fiscal, mas em virtude da má gestão das verbas públicas.

O Brasil tem uma das cargas tributárias mais onerosas do mundo e mesmo assim a sociedade não se sente retribuída por tudo o que recolhe a esse título. A discussão seria outra se já houvesse uma política tributária que realmente desse ao cidadão os meios necessários a uma vida digna. Vale dizer, se houvesse saúde, educação, transporte público e infraestrutura de qualidade a serviço de todos. O que provoca a indignação da sociedade é recolher tributos altíssimos e ter de suportar, por seus próprios meios, despesas com escola particular, planos de saúde e veículos para seu transporte.

Dentro do princípio da capacidade contributiva, quem dispõe de mais recursos deve contribuir mais ativamente pelo bem da coletividade. E, acima de tudo, cabe a todos os contribuintes, não importando a condição social e as possibilidades financeiras, exigir a boa administração das verbas públicas, pois apenas assim se alcançará o verdadeiro Estado Social em que todos, indistintamente, se beneficiam.

Portanto, antes de se tratar da instituição do imposto sobre grandes fortunas, é preciso que as verbas públicas sejam investidas de maneira adequada. Ademais, os argumentos a favor da efetividade do imposto são bastante promissores na teoria, no entanto, num país onde prevalece o interesse pessoal e político como o Brasil, preocupa a forma como este imposto será fiscalizado, e mais, se apenas irá sopesar sobre a classe média com mais um imposto a ser suportado pela mesma.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Raíssa Carvalho Fonseca e. **Da omissão legislativa na instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14578&revista_caderno=26>. Acesso em 16/10/2016.
- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto Bruno de. **As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadinte7.pdf>. Acesso em: 23/10/2016.
- CORSATTO, Otávio Nery. **O Imposto sobre grandes fortunas**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/581/r146-06.pdf?sequence=4>>. Acesso em 29/10/2016.
- COSTA, Francisco José Santos da. **Imposto sobre grandes fortunas: um estudo crítico**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17656/impuesto-sobre-grandes-fortunas-um-estudo-critico/3>>. Acesso em 28/10/2016.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Imposto sobre Grandes Fortunas**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10977>>. Acesso em: 10/10/2016
- MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva; LOCATELLI, Soraya David Monteiro. **O Imposto sobre Grandes Fortunas**. Revista tributária e de finanças públicas. Porto Alegre, n. 26, jun. 2011. ISSN: 1516-2711.
- MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. **Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil: Origens, especulações e arquétipo constitucional**. São Paulo: MP Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Dinara de Arruda. **A intervenção do Estado na ordem econômica e a Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-intervencao-do-estado-na-ordem-economica-e-a-constituicao-de-1988,33127.html>>. Acesso em 29/10/2016.
- SABBAG, Eduardo Moraes. **Manual de Direito Tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SABBAG, Eduardo. **Análise do recente Projeto aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ)**. Disponível em <<http://docslide.com.br/documents/imposto-sobre-grandes-fortunas-igf-analise-do-recente-projeto-aprovado-na-comissao-de-constituicao-e-justica-e-de-cidadania-ccj-da-camara-em-junho.html>>. Acesso em: 15/10/2016.

SABBAG, Eduardo. **Imposto sobre grandes fortunas**. Disponível em: <<http://professorsabbag.com.br/arquivos/downloads/1301202681.pps>>. Acesso em: 13 mai 2016.

STF. **Ação questiona omissão do Congresso em regulamentar imposto sobre grandes fortunas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288580>>. Acesso em 29/10/2016.

TORRES, Ricardo Lobo Torres. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 369-372.

AS DIFICULDADES NA FORMAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO E A EFICÁCIA DO DEPOIMENTO ESPECIAL NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Foed Saliba Smaka Jr¹

Vanessa Lunkmoss²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo buscar pontuar as dificuldades encontradas pelo profissional do Direito ao enfrentar questões em que seja verificada a ocorrência da Alienação Parental, entre as quais, a formação do conjunto probatório.

A diferenciação entre Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental, as formas como a criança reage aos comportamentos do alienador, o papel dos filhos nessa busca por atingir o genitor alienado e os instrumentos legais previstos para essas situações serão também objetos desse artigo. Buscar-se-é ainda, compreender o posicionamento dos outros saberes em meio a essas questões, que envolvem sobremaneira a interdisciplinaridade.

O objetivo é observar quais posturas devem ser adotadas pelo Estado, pela Sociedade e pelos responsáveis legais, nas situações de Alienação Parental, visando sempre o bem-estar do

¹ Mestrando em Teologia. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, Brasil(2012). Sócio Advogado do Smaka Advocacia e Consultoria, Brasil. Professor universitário da Faculdade do Litoral Paranaense- ISEPE- Guaratuba.

² Graduada em História pela Universidade Estadual do Paraná – UNESPAR (2005). Graduada em Direito pela Faculdade do Litoral Paranaense, ISEPE – Guaratuba (2017). Especialista em Direito Processual Civil, pela UNINTER (2018).

menor. As dificuldades enfrentadas na produção do conjunto probatório e os meios que a Justiça tem encontrado para superar essas complicações serão outro ponto trazido ao debate, destacando-se o papel do Depoimento Especial.

2 FAMÍLIA E ALIENAÇÃO PARENTAL

Sociólogos, historiadores, antropólogos e juristas têm estudado o processo de passagem da família patriarcal, que outrora se impunha na cultural ocidental, à família nuclear como um processo de desintegração da família, resultado de profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais (OLIVEIRA; MUNIZ, 1990, p. 10).

Caroline de Cássia Francisco Buosi (2012, p. 28) explica que a própria legislação brasileira, acompanhando o dinamismo social, mudou a concepção legal da família, tendo abandonado a ideia patriarcal e adotado uma postura que preza pela igualdade entre os cônjuges e enaltece o afeto entre os familiares.

Observada a realidade atual da construção das famílias, em seu seio encontra-se a figura da criança e do adolescente, que merece e tem recebido especial atenção em todas as esferas jurisdicionais e legislativas, nacionais e internacionais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), destaca Diniz (2012, p. 735), baseado no Princípio do Melhor Interesse do Menor, garante a este, entre outros, o direito ao respeito - que consistirá na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral - e o direito a ser criado no seio da entidade familiar. A prática da alienação parental fere em conjunto esses dois direitos.

A alienação parental surgirá, na opinião de Ana Maria Frota Velly (2010, p. 4), de disputas geradas com o fim do relacionamento conjugal, que muitas vezes envolvem também a guarda dos filhos.

Não raro a ruptura da relação gera em um dos cônjuges um sentimento de abandono, produzindo o desejo de vingança em relação ao outro. Nesse contexto, o alienador, ao perceber o interesse do genitor opositor em preservar a convivência com o filho, toma a atitude de afastar um do outro. Esse comportamento gera no filho um sentimento de rejeição ou ódio em relação ao genitor que está sendo alvo das ações. É a programação da criança caracterizando a alienação parental (VELLY, 2010, p. 5).

A alienação parental, para Maria Berenice Dias (2017), é o conjunto de posturas, comportamentos e atos que um genitor adota (alienante), após a ruptura de um relacionamento, de forma a influenciar e posicionar o filho (alienado) contra o outro genitor.

A efetivação da alienação parental pode operar-se pela mãe, pelo pai, ou por qualquer outro membro da família, ou ainda por aquele que detém a guarda do menor, contra o outro genitor. É uma forma de assédio moral, efetivada através de ações que acabarão por denegrir, violentar, agredir e destruir a estrutura psíquica de outra pessoa, sem motivação alguma e de forma continuada. Ainda que o agressor não tenha intenção de atingir a criança, ela restará sendo atingida (GOMES, 2011, p. 44).

A alienação parental é, em si a forma que o genitor, que se sente abandonado, traído, magoado ou tomado de sentimentos de ódio ou solidão, encontra para atingir o genitor, a quem considera culpado por sua dor e esse processo pode se manifestar das mais diversas formas, através de ações ou omissões do alienante, de maneira a prejudicar a convivência do outro genitor com o filho.

As consequências psíquicas da alienação parental nos filhos são imensuráveis, indo desde sintomas mais evidentes, como desestruturação psíquica, psicossomatizações, dificuldades de estabelecer vínculos afetivos, depressão, transtornos de identidade, comportamento hostil, consumo de álcool e drogas e até mesmo suicídio (PEREIRA, 2017)

A Lei da Alienação Parental, nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, apresenta rol exemplificativo de formas da alienação parental: promover campanha de desqualificação; dificultar o exercício da autoridade parental; omitir informações; apresentar falsa denúncia para obstaculizar a convivência; mudar o domicílio para local distante, sem justificativa. Verificados indícios de práticas alienadoras deverá ocorrer a perícia psicológica ou biopsicossocial (SEVEGNANI, 2017).

A criança envolvida no contexto de alienação parental, sofre uma objetificação na relação sujeito-objeto: o alienante é alguém que não elabora psiquicamente o fato de que o outro não mais deseja viver a relação amorosa; isso desencadeia um processo de desmoralização do então cônjuge a ponto de aliená-lo da vida do filho e nesse momento o filho é deslocado do lugar de sujeito de direito e passa a ser objeto de insatisfação do alienante (PEREIRA, 2017).

É importante destacar que, atualmente a alienação parental caracteriza ato ilícito civil, contra o qual as medidas judiciais aplicáveis encontram-se relacionadas no artigo 6º, da Lei 12.318/2010.

2.1 A DISTINÇÃO ENTRE SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP) E ALIENAÇÃO PARENTAL

Síndrome de Alienação Parental (SAP) foi o termo proposto em 1985, por Richard Alan Gardner, professor de psiquiatria clínica da divisão de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia – EUA, para conceituar a síndrome que pode atingir crianças envolvidas em um contexto de manipulação familiar (BUOSI, 2012, p. 59).

A diferenciação entre a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental (SAP), encontra-se nos efeitos gerados em relação a criança: a alienação parental pode ser praticada por um dos pais ou por qualquer pessoa próxima a criança, em uma campanha de desmoralização do genitor alienado, buscando afastar a criança do convívio com este. Já a SAP são os efeitos emocionais e psicológicos, da alienação nessa criança (GOMES, 2011, p. 46).

Na visão de Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 44) a SAP é uma patologia psíquica que acomete o genitor, que objetiva destruir o vínculo da criança com o outro e pode chegar a induzir a criança a reproduzir relatos e eventos de supostas agressões, com o objetivo único de afastá-lo do contato com a criança.

Advogados e juízes, na opinião de Gardner (2015), reconhecem que a ocorrência da alienação parental é comum nas lides familiares, mas relutam ao uso do termo *síndrome*, por não estar inserida no DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais) ou no CID (Classificação Internacional de Doenças), alegando que o mais adequado seria usar a expressão *alienação parental* (AP).

As síndromes são um conjunto de sintomas que ocorrem juntos e caracterizam uma doença; a maioria dos sintomas parecem não ser relacionados, mas são, por terem uma origem comum. A SAP é caracterizada por um conjunto de sintomas que aparecem na criança, juntos ou não: campanha denegritória contra o alienado, racionalizações fracas ou absurdas de deprecição, apoio automático

ao alienante, ausência de culpa sobre a crueldade contra o alienado, presença de encenações, propagação da animosidade aos amigos ou à família do alienado (GARDNER, 2015).

Para os pais abandonados pelos filhos diante de um quadro de Alienação Parental, a perda pode ser mais dolorosa e devastadora do que a própria morte do filho. A morte representa um fim, que aos poucos se integra ao dia a dia do indivíduo; mas os filhos que se afastam pela alienação estão vivos, por isso a aceitação do abandono é infinitamente mais dolorosa (GOMES, 2011, p. 60).

Para identificação da SAP, segundo Maria Berenice Dias (2016), é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, mas também a capacitação do magistrado, para que possa distinguir o sentimento de ódio do genitor ao ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias. Resta evidente, portanto, a necessidade de um atendimento multidisciplinar.

3 MEIOS DE PROVA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

O objeto da Lei nº 12.318/2010 é a própria alienação parental e não a SAP, ou seja, basta que ocorra a interferência, de forma consciente ou não, na formação psicológica da criança ou do adolescente prejudicando sua relação com o outro genitor. Assim sendo, para os efeitos de aplicação das sanções previstas, importa provar tão somente a verificação da alienação parental (BUOSI, 2012, p. 120).

No entanto, nos processos de família provar muitas vezes é tão importante quanto difícil, em virtude da natural ocultação dos fatos desfavoráveis por seus causadores, do ambiente íntimo onde ocorre a maior parte das ações ou omissões e do fato de que muitas vezes as testemunhas são incapazes, impedidas ou suspeitas (TARTUCE, 2016, p. 1061).

O texto da Lei da Alienação Parental, aponta Buosi (2012, p. 128), reconhecendo as limitações do magistrado e a necessidade da adoção de todas as cautelas devidas, apresenta previsão expressa a respeito da participação de equipe multidisciplinar e da realização de prova pericial envolvendo todo o contexto familiar.

Doutro ponto de vista, explica Fernanda Tartuce (2016, p. 1071), considerando o ambiente familiar e observando-se o crescente uso das redes sociais, onde grande parte da vida dos indivíduos fica

exposta, merece destaque a ata notarial, instrumento previsto no artigo 384, do Código de Processo Civil, por meio da qual os “fatos” existentes nas redes sociais, nas mensagens de celular e também em outros locais serão transformados em meio de prova para serem apresentados no processo judicial.

Amplamente aceita, a prova testemunhal, conforme ensinamento de Gilberto Notário Ligerio e Adriana Aparecida Giosa Ligerio (2016, p. 713), poderá ser realizada quando a pessoa da qual emana a prova não é parte no processo. A previsão legal dessa espécie de prova encontra-se no artigo 442, do CPC.

Assim, seguindo o ensinamento do professor José Carlos Teixeira Gioris (2011), nos parece válido considerar a hipótese de incluir no rol de testemunhas pessoas como os empregados da família, professores, pediatras, pais de colegas de escola, profissionais relacionados com atividades esportivas ou extracurriculares da criança, que possam trazer informações para formar o conjunto probatório.

Já no depoimento, diferente do que ocorre na prova testemunhal, quem fornece o elemento probatório é parte no processo. Especialmente com relação ao depoimento do menor, a previsão encontra-se no artigo 699, do CPC, que veio, no entendimento de Tartuce (2016, p. 1077), a corroborar com a Lei da Alienação Parental, ao tratar da oitiva do menor de 16 anos, sempre acompanhado do especialista, quando se percebe seu interesse nas situações de fatos relacionados a abuso ou a alienação parental.

3.1 APURAÇÃO EM RELAÇÃO AO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A partir de elementos do Direito Internacional, nasce o Princípio do Superior Interesse do Menor ou Melhor Interesse do Menor, que determina que o Estado deverá, ao formular as leis que tratem dos direitos da criança, tomar como base o melhor interesse da criança, objetivando seu desenvolvimento integral e saudável.

Entre os diversos princípios que fazem parte da Doutrina da Proteção Integral, existentes em sistema de colaboração e complementação entre si, há de se destacar ainda o Princípio da Prioridade, a ser interpretado, considerando o objetivo deste estudo, em conjunto com o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

Nossa Constituição traz o Princípio da Prioridade em seu artigo 227, expressando o dever coletivo em relação à criança e ao adolescente, incluindo o direito à convivência familiar no rol dos direitos fundamentais. Observemos que o texto constitucional fala em “dever”, não em “faculdade”; não se trata então de uma escolha entre agir ou não em favor do menor, mas sim uma responsabilidade do Estado, da família e da sociedade em geral.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, contempla a proteção superior ao menor também em relação a convivência familiar, destacando a necessidade do ambiente saudável. Existe uma relação entre esses dois pontos: se não há família saudável, não há ambiente saudável. Logo, o ambiente tomado pela alienação parental não está saudável, restando prejudicados dois direitos do menor.

Nos casos de alienação parental, um dos genitores está sendo prejudicado e, em tese, buscará ver seu direito preservado. Mas não apenas ele, a própria criança, que tem a convivência familiar ameaçada, está também tendo seu direito atacado; são duas as vítimas do ato. Assim, é indispensável que seja apurada a ocorrência da alienação, em observação ao superior interesse do menor, ainda que não haja manifestação do genitor alienado (BUOSI, 2012, p. 124).

Atentemo-nos para o fato de que a convivência familiar vai além do contato com o pai e a mãe; refere-se a todo um universo de pessoas que fazem parte da vida do indivíduo, construindo a sua história. A convivência familiar é fundamental e indispensável ao desenvolvimento saudável da criança, evita que ela seja “adotada” por quaisquer elementos sociais negativos que a ameace – tráfico, delinquência, fanatismo (TIBA, 2007, p.89).

4 O DEPOIMENTO ESPECIAL COMO FORMA DE APURAÇÃO INICIAL

O Depoimento Especial, previsto na Lei nº 13.431, de 04/04/2017, é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítimas ou testemunhas de violência perante autoridade policial ou judiciária, conforme conceito expresso no próprio texto legal.

A doutoranda em Filosofia, Flora Tucci (2012) explica o depoimento especial “foi pensado como forma de viabilizar um

ambiente mais organizado e adequado para criança, além de ser uma forma de fazer valer sua palavra nos autos, já que uma outra grande dificuldade encontrada nestes casos é a falta de provas” (TUCCI, 2012).

Vale esclarecer, conforme explicação de Lucena e Homem (2016) que a vitimização é o processo pelo qual o infante “sofre direta ou indiretamente as implicações negativas de um fato que acarretam traumas, em especial do crime, ou eventos dele decorrentes”. A consequências podem ser físicas, psíquicas ou ambas, gerando sequelas duradoura. O processo de vitimização pode ser dividido em três categorias: vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária.

A vitimização primária, explicam os autores, é aquela que advém do próprio crime e se perpetra quando o agressor, em posição de superioridade, realiza o abuso ou a violência; a vitimização secundária ou revitimização é ocasionada pelos processos posteriores e consequenciais do evento criminoso: exposição da imagem da vítima e relato dos traumas e fatos às autoridades, o que fará com que os doloridos momentos vividos sejam lembrados diversas vezes.

A revitimização é gerada pela interferência dos próprios operadores do direito, que na busca da verdade real dos fatos acabam por usar os infantes como meios probatórios para a condenação do agressor. Ela ocorre em razão do formalismo e frieza do procedimento jurídico tradicional (LUCENA; HOMEM, 2016).

Finalmente a vitimização terciária é aquela ocasionada pelo meio social e familiar, em que a vítima vive. Trata-se da discriminação gerada através de brincadeiras infelizes, palavras insensíveis, comentários inconvenientes, que partiriam dos colegas de escola, amigos, familiares, ocasionando ao vitimizado sentimentos de humilhação, vergonha e constrangimento (LUCENA; HOMEM, 2016).

A ideia de um procedimento diferenciado nasceu da busca por uma alternativa menos danosa para oitiva nas instruções processuais de jovens e adolescentes vítimas de violência. Segundo explica José Antônio Daltoé Cezar (2016, p. 19), criador do projeto, a forma tradicional da realização de depoimento apresenta muitas vezes resultados negativos tanto para o depoente, quando para o processo: o menor sofre uma exposição inadequada e sofre porque

não teve espaço apropriado para falar de suas tristezas, além de muitas vezes perceber a impunidade do agressor.

Conforme o projeto, a estrutura física deveria ser composta por duas salas interligadas por um sistema de vídeo e áudio: a sala de audiências, onde se encontram o magistrado, promotor de justiça, advogado, réu e serventuários da justiça e a sala do depoimento especial, onde ficariam o depoente e o profissional técnico. Nesse ambiente seria imprescindível intervenção de técnicos preparados, evitando perguntas inapropriadas, agressivas e desconectadas não só do objeto do processo, mas principalmente das condições pessoais do depoente (CEZAR, 2008, p. 01)

O técnico, fazendo uso do ponto eletrônico, receberia os questionamentos formais e diretos formulados pelo magistrado e os repassaria à criança, de uma forma descontraída, e em linguagem adequada, observando-se sempre a condição de pessoa em desenvolvimento. A sala do depoimento deveria ser um ambiente acolhedor, visto que, o formalismo e a frieza da sala convencional, além de causar medo ao infante, fazendo que o mesmo não consiga relatar o que de fato vivenciou, faz com que a vítima se omita aos relatos fiéis da situação (LUCENA; HOMEM, 2016).

O depoimento colhido deveria ser gravado na memória de um computador, seu áudio juntado aos autos, e cópia integral juntada na contracapa do processo, viabilizando acesso ao conteúdo com as emoções do momento, pelas partes e magistrado a qualquer tempo (CEZAR, 2008, p. 01).

A dinâmica do mecanismo pode ser dividida em três etapas, conforme esclarecimento de Luciane Potter (2016, p. 114): acolhimento inicial, depoimento e acolhimento final. Durante o acolhimento inicial o técnico conhece o depoente, explica os motivos de estarem ali e o papel de cada uma (juiz, promotor, advogado...) naquele momento, presta os esclarecimentos, conhece a linguagem da criança e a familiariza com o ambiente. Em seguida ocorre o depoimento, que deve durar em média 30 minutos.

O acolhimento final, por sua vez, é momento, após a audiência, em que a criança ou adolescente, juntamente com sua família ou responsável acompanhante, permanece com o técnico, com o sistema de gravação desligado, conversando sobre seus sentimentos e sobre o momento do qual participaram. Através desse acolhimento final o técnico pode perceber como a família está

gerenciando os conflitos e se é o caso de um encaminhamento para atendimento junto à Rede de Proteção de saúde física e mental (POTTER, 2016, p. 115).

A diferença desse método para o método tradicional de depoimento se caracteriza especialmente pelo fato de que o depoimento especial deve ser colhido por uma equipe multidisciplinar composta por assistentes sociais e psicólogos, capacitados para essa finalidade, sendo de fundamental importância o ambiente de tomada do depoimento, de forma a dar ao depoente condições de se expressar sem medo (COSTA, SANTOS e FALEIROS, 2016, 41).

Em 2010, o CNJ expediu a Resolução nº 33, considerando a necessidade de se viabilizar a produção de provas testemunhais de maior confiabilidade e identificar os casos de alienação parental e outras questões inerentes à dinâmica familiar. Através dessa resolução o CNJ orientou aos tribunais a criar serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes, estabelecendo parâmetros aos tribunais de todo o país em relação a tomada do Depoimento Especial.

O Conselho Federal de Psicologia (CFP), emitiu a Resolução nº 10/2010, impedindo a participação de seus profissionais no procedimento do depoimento especial; por decisão do Juízo da 28ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, os efeitos dessa resolução restaram suspensos e houve nova manifestação do Conselho, apontando que o mecanismo contraria a ética da profissão e o papel do psicólogo, e questionando a diminuição do dano ao menor através do procedimento.

Há um questionamento ético, aponta Flora Tucci (2012) quanto à função do psicólogo nos procedimentos de depoimento especial, uma vez que esse estaria “exercendo um papel inquiridor e não de alguém que oferece uma escuta acolhedora”.

No mesmo sentido, o Conselho Federal de Assistência Social (CFESS), também demonstrou posicionamento contrário, desaprovando tanto o método do depoimento, quanto o modelo das salas de inquirição. O CFESS, através da Resolução nº 554/2009, não reconhece o procedimento de inquirição das vítimas crianças e adolescentes, no processo judicial através da nova metodologia, assegurando que não se trata de atribuição ou competência do assistente social.

Duras críticas ao Depoimento Especial partiram também de advogados e juízes, em concordância com os conselhos profissionais de psicologia e assistência social, considerando a técnica como um “espetáculo punitivo do bem” que não deveria substituir “mecanismos aptos e menos ingênuos do que a inquirição como, por exemplo, a entrevista cognitiva, laudos qualificados”, em buscas de provas contra o agressor do menor. (LOPES JR. e ROSA, 2015)

Em meio ao debate, Cezar (2016, p. 30) justifica que os apontamentos contrários revelam o desconhecimento a respeito do trabalho realizado, bem como do entendimento atual do meio jurídico sobre o tema; ainda, destaca que o questionamento referente a uma possível violação do devido processo legal e a suposição de que melhor seria a utilização de outros mecanismos, já são matérias superadas pela jurisprudência nacional.

Segue o desembargador em defesa do mecanismo ao explicar que, o depoimento especial garante a observação do princípio constitucional do contraditório, ao permitir que a parte contrária tenha participação diretamente da prova processual, ao contrário do que ocorre na confecção de um laudo; além de ser um direito da criança previsto na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CEZAR, 2016, p. 30).

Outro ponto duramente questionado seria o fato de que, a sob o argumento de se estar dando voz ao menor, o depoimento especial buscaria trazer à tona fatos que desde antes já se acreditavam existentes, ou seja, “confunde-se o direito de ser ouvido (e as perícias e laudos servem para isso) com a inquirição judicial [...]”, em um depoimento que seria conduzido e induzido pelo psicólogo ou assistente social (LOPES JR. e ROSA, 2015)

Com relação a esses pontos, a resposta de quem defende o depoimento especial é que o profissional técnico, facilitador do depoimento, possui a preparação adequada para não conduzir ou induzir o depoente, não sendo feito uso de técnicas de sugestão em relação a algo que já se acredita previamente existir, “tampouco arvorar-se como intérprete ou tradutor do discurso da vítima...” (CEZAR, 2016, p. 32).

Ainda que em meio a um turbilhão de opiniões, a lei que torna obrigatória a aplicação do depoimento especial no caso de oitiva de menores, em todo o país - Lei 13.431/2017 - foi sancionada em 04 de

abril de 2017, como resultado do projeto de autoria da deputada Maria do Rosário.

4.1 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO CONTEXTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Nos casos se alienação parental, é possível, aponta Rodrigo da Cunha Pereira (2016), Presidente Nacional do Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM, que o conjunto probatório seja composto também de outros elementos, como cartas, bilhetes, e-mails, comunicações e postagens de redes sociais em geral, além de testemunhos ou do depoimento das partes; apesar da lei fazer menção à prova pericial.

A previsão para perícia encontra-se no artigo 5º, *caput*, da Lei da Alienação Parental, no entanto, a determinação para realização da prova pericial dependerá da verificação, pelo magistrado, da sua necessidade; não excluindo a possibilidade de apresentação de outros meios de prova.

Como já mencionado, desde 2010, com a expedição da Resolução nº 33, do CNJ, havia orientação aos Tribunais brasileiros para que adotassem o procedimento de depoimento especial, inclusive nos casos de alienação parental, ainda que até então não houvesse previsão legal.

O Código de Processo Civil de 2015 veio positivar a realização do depoimento do incapaz de forma diferenciada nos casos de abuso ou de alienação parental, através do artigo 669, conforme já citado neste estudo, mas trouxe poucos detalhes para aplicação prática, ao deixar de indicar quem seriam os profissionais especialistas a trabalhar junto ao magistrado (DIDIER JR., 2016, p. 1076).

Na opinião de Luciane Pötter (2016), membro da Comissão da Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família, o artigo 699 do CPC foi um grande avanço ao trazer que, nos processos que envolvam discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista; a falha está em não se explicitar como isso será feito, se pelas salas especiais de depoimento especial ou se o especialista somente acompanhará os menores durante o depoimento na forma tradicional de oitiva.

Assim, em que pese a inexistência, até então, da 13.431/2017, o Código de Processo Civil fornecia a previsão legal para uma forma especial de tomada do depoimento do incapaz nos casos de alienação parental, legalizando o que até então tinha-se apenas como orientação do Conselho Nacional de Justiça.

Finalmente, em 04/04/2017 foi publicada a Lei nº 13.431, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, positivando normas e criando mecanismos de prevenção e repressão à violência contra o menor, em observação as garantias Constitucionais, a Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais. Essa norma traz conceitos específicos de violência em seu artigo 4º, entre eles o da alienação parental.

Destaquemos que o legislador trouxe no parágrafo 1º a previsão expressa para aplicação do depoimento especial em todas as situações de violência previstas na lei. Com isso, não restam dúvidas, de que o depoimento especial tem amparo legal para ser utilizado como procedimento nos casos de alienação parental.

No caso de alienação parental, assim entendida como uma forma de violência, ainda que a vítima seja uma criança, a manifestação do seu depoimento vai prover a evidência do fato ocorrido para uma decisão judicial (COSTA; FALEIROS; SANTOS, 2016, p. 40). No entanto, a participação da criança é um direito, não um dever de produzir prova. Não se pode impor à criança ou ao adolescente, vítima ou testemunha, a responsabilidade da produção de uma prova (LOPES; VIRGENS; 2016, p. 197)

No mesmo sentido cauteloso, é a opinião de Gorga e Meirelles (2016), considerando que, o testemunho ou o depoimento infantil, ainda que através de procedimento especial, “pode ser contaminado e até mesmo manipulado”, pelo que apoiar a convicção condenatória somente no depoimento especial abre espaço para condenações dúbias ou equivocadas.

Sendo o depoimento da criança a única prova obtida, não podendo ser embasada por qualquer outro elemento, este deve ser tomado e valorado com extrema cautela, inclusive para que se evite a cristalização de falsas memórias na mente infantil, vitimando psicologicamente e de forma evitável a criança. (GORG; MEIRELLES, 2016)

4.2 DEPOIMENTO ESPECIAL EM FACE DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Na ocorrência da alienação parental, o filho “é deslocado do lugar de sujeito de direito e desejo, e passa a ser objeto de desejo e satisfação do desejo de vingança do outro genitor”. Ocorre a objetificação do sujeito, Ihe são infringidos direitos e garantias de que faz jus enquanto ser humano e especialmente enquanto pessoa em desenvolvimento (PEREIRA, 2016).

Como vimos, o direito à convivência familiar é direito fundamental do menor, previsto expressamente no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal. Destaquemos desde logo, que o mesmo artigo cita também o direito da criança e do adolescente de estar a salvo de toda forma de violência.

A Lei 12.318/2010 – Lei da Alienação Parental, define que a prática da alienação fere direito fundamental da criança do adolescente de convivência familiar saudável e prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar. Já a Lei 13.431/2017, conceitua a alienação como forma de violência contra a criança e o adolescente. Temos então que a alienação parental consiste em agressão ao direito fundamental de convivência, bem como constitui uma forma de violência contra a criança ou adolescente.

É certo que em todo o processo judicial, o juiz deve assegurar o devido processo legal, todavia, exige-se do juiz, que atue na condição de parcela do Estado, no exercício dos deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais da vítima, também no que se refere aos instrumentos de colheita de prova, nos casos em que tenha ocorrido violência contra os direitos da criança e do adolescente, por possuírem o *status* de vulnerabilidade (HEERDT, 2016, p. 84).

A Lei 13.431/2017 traz em seu texto a criança e o adolescente como sujeitos de direito e reforça o compromisso do Estado em adotar políticas públicas integradas para garantir os direitos do menor, assim sendo, possuem esteso direito de serem inquiridos judicialmente nos processos judiciais em que figurem como vítimas ou testemunhas.

Não obstante, o direito de ser ouvido deve ser sempre garantido sob a ótica do Princípio do Melhor Interesse da Criança,

devendo as inquirições se dar sempre com zelo e observância ao seu peculiar estado de desenvolvimento (LUCENA; HOMEM, 2016).

A Lei 13.431/2017 veio a corroborar com a Lei da Alienação Parental, uma vez que está a define, aponta seus sujeitos e instrumentos de inibição, e aquela apresenta a base legal para aplicação de um mecanismo para sua verificação, buscando ao mesmo tempo em que a combate, evitar a revitimização do menor.

O depoimento especial veio suprir a lacuna existente em nosso ordenamento jurídico, pois a criança e o adolescente detinham, até então, o direito de serem ouvidos nos processos judiciais, no entanto não havia um procedimento diferenciado “para a colheita desses depoimentos, deixando o legislador de observar as condições peculiares de pessoas em desenvolvimento, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e sua proteção integral. ” (LUCENA; HOMEM, 2016)

Afirma, como resultado de sua vasta experiência como magistrado no Rio Grande do Sul, José Antonio Daltoé Cezar (2016, p. 36), que não é por mero acaso que a criança tem “o direito de ser ouvido adequadamente sobre quaisquer experiências, tristes ou não”, inserido na legislação internacional; é fator determinante para lhe valorizar como ser humano.

Negar a criança e ao adolescente o direito de se manifestar em juízo, explica Luciane Potter (2016, p. 117) pode lhe transmitir a falsa ideia de que não há interesse em ouvi-la e conhecer a sua história; ainda que muitos defendam que a participação do menor deva ocorrer através de técnicos (psicólogos ou assistentes sociais), por meio de seus pareceres e não do depoimento especial, evitando dessa forma a revitimização.

Mais do que um novo mecanismo de escuta ou inquirição, se faz necessária uma “proteção especial”, em absoluta observância dos princípios da prioridade e do melhor interesse da criança e do adolescente, na qual cada um dos atores que fazem parte da rede de Proteção Integral faça o seu papel, sob o risco de perpetuar os traumas sofridos e agravá-los com a revitimização (LOPES; VIRGENS, 2016, p. 204).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos atos de alienação parental, quando o menor efetivamente se vê tomado pelas ideias do genitor alienador e passa a viver tal programação, se afastando do genitor alienado, resta implantada a Síndrome da Alienação Parental, que pode deixar marcas profundas, especialmente na criança ou adolescente e no genitor atacado.

Não são poucas as dificuldades de se comprovar que os comportamentos do genitor alienante caracterizam a alienação parental, tendo em vista que as ações ou omissões, em geral, ocorrem em ambiente familiar. No entanto, quando da sua ocorrência, em que pese o genitor alienado possa não agir em defesa do seu direito, o Estado, necessita apurar as situações de alienação parental, configurada como violência psicológica, uma vez que quando esta se apresenta estão sendo agredidos tanto o direito de convivência familiar, quanto a própria integridade do menor.

O depoimento especial, em vista da dificuldade de formação do conjunto probatório, seria de grande valia para comprovação da alienação parental ou ao menos como indicativo, fazendo com que o juiz determinasse o procedimento da prova pericial.

Esse instrumento veio apresentar-se como um mecanismo que busca a diminuição do dano causado ao infante quando da sua oitiva em juízo; o objetivo é evitar que a criança ou adolescente venha a repetir várias vezes os mesmos fatos sofridos para as diversas pessoas que participam em todo um desgastante processo judicial.

Recebemos inicialmente o depoimento especial como mecanismo positivo, no entanto consideramos três pontos que nos parecem merecer um estudo mais detalhado e delicado antes de adotarmos uma postura totalmente favorável em relação a esse inovador mecanismo.

O primeiro ponto questionável é o peso da responsabilidade da prova sobre a palavra de uma criança lançada contra o seu pai ou sua mãe. Imaginando uma situação ideal, em que ambos os pais amem seu filho, mas que estejam enfrentando conflitos relativos ao fim do vínculo conjugal. O filho também ama ambos; não deseja afastar-se de nenhum e a sua palavra poderá gerar o afastamento de um, na mesma medida que o aproximará do outro, que até então estava sendo afastado. É um peso a ser carregado pela criança. Certamente um peso que ela não merece carregar.

Em seguida nos vem à mente a possibilidade de existir um nível de intimidade a ser estabelecido entre um profissional técnico (psicólogo, assistente social, pedagogo ou qualquer outro) e o depoente, em um único encontro, que gere confiança necessária, para que este venha a contar, livremente e sem medo, sobre todas as suas tristezas e angústias, fatos que o magoaram. Ainda que o profissional tenha grande experiência e muita técnica, e aqui de maneira nenhuma se está questionando a competência desses profissionais, nos parece difícil que em um único encontro, uma única conversa entre dois estranhos, possa ser estabelecida uma confiança tamanha em que o infante venha a apresentar ao ouvinte toda a sua história de forma que este possa estabelecer certezas sobre o que lhe é relatado.

Finalmente, consideremos a possibilidade de que a criança encontre toda a confiança necessária e um ambiente tão acolhedor que lhe proporcione segurança tal, e fale toda a sua verdade (que de fato seja a verdade real) e a Justiça ainda assim, por outros elementos colhidos no processo, entenda que não houve alienação parental, ou seja, a fala da criança não foi realmente considerada. Pior, foi considerada mentira. Qual seria o sentimento desse depoente ou perceber toda sua verdade relatada foi considerada mentira?

Temos então, ponderações cautelosas no sentido de afirmar a eficácia do depoimento especial como elemento do conjunto probatório da alienação parental, considerando o melhor interesse do menor. Nos parece que a essência do instrumento é por demais valiosa, uma vez que busca minimizar o sofrimento da criança, mas a sua eficácia real ainda merece atenção.

A criança merece do Estado, da sociedade e especialmente da família o respeito e o cuidado que todo ser humano merece, e os merece ainda em situação especial, por conta de sua condição de pessoa em desenvolvimento; enquanto filho ela merece ainda muito mais, merece amor, na mais ampla expressão que essa palavra tão pequena possa alcançar.

Muito mais que uma obrigação legal, muito mais do que um princípio do Direito, o respeito com a criança e com o seu pleno desenvolvimento saudável deve fazer parte da nossa esperança de futuro, se não, que filhos estaremos deixando para o mundo?

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JR, Sidnei. Depoimento Pessoal e Confissão no Novo CPC. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2016.p.817-833.

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. **Quais os sintomas da alienação parental? Como se deve proceder nesses casos?** Disponível em: <<http://direitofamiliar.com.br/quais-os-sintomas-da-alienacao-parental-como-se-deve-proceder-nesses-casos>> Acesso em: 18 jun. 2016

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. **Você sabe utilizar registros de redes sociais como prova em um processo?** Disponível em: <<http://direitofamiliar.com.br/voce-sabe-como-utilizar-registros-de-redes-sociais-como-prova-em-um-processo>>. Acesso em: 17 jan. 2017

BRASIL. **Constituição Federativa da República do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 04 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 04 mar. 2017.

BRASIL, **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, 04 de abril de 2017. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm> Acesso em: 31 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1.990**. Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 21 de novembro de 1.990. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 24 jul. 2017

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental: Uma Interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Projeto Depoimento Sem Dano – Direito ao Desenvolvimento Sexual Saudável**. Disponível em:

<http://www.amb.com.br/docs/noticias/2008/projeto_DSD.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017

CEZAR, José Antônio Daltoé. Depoimento Sem Dano/Depoimento Especial – treze anos de uma prática judicial. In: HOFFMEISTER, Marleci Venério; POTTER, Luciane. (Org.). **Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2016. p.17-39.

CEZAR, José Antônio Daltoé. Lei torna depoimento especial obrigatório em todo o país. **Conselho Nacional de Justiça - CNJ. 24 de abril de 2017**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84640-lei-torna-depoimento-especial-obrigatorio-em-todo-o-pais>. Acesso em 24 set. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. **CFESS reafirma posicionamento contrário ao “Depoimento Sem Dano”**. Disponível em: <<http://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cod/959>>. Acesso em: 03 ago. 2017

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Suspensão da Resolução CFP Nº 10/2010**. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/nota-sobre-a-suspensao-da-resolucao-cfp-no-102010/>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

COSTA, Liana Fortunado; FALEIROS, Vicente de Paula; SANTOS, Benedito Rodrigues dos. Depoimento Especial: relação entre as implicações psicossociais e jurídicas. In: HOFFMEISTER, Marleci Venério; POTTER, Luciane. (Org.). **Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2016. p.39-57.

DIAS, Maria Berenice, **Alienação parental – um abuso invisível**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_501\)4__alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_501)4__alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice, **Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_s%EDndrome_da_alienacao%20parental_o_que_%E9_iss.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

GARDNER, Richard A., **O que é Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

GOMES, Jocelia Lima Puchpon. **Síndrome da Alienação Parental: O Bullying Familiar** - Leme, São Paulo: Imperium Editora e Distribuidora de Livros, 2011.

GORGA, Maria Luiza; MEIRELLES, João Victor Esteves Meirelles. **Depoimento especial: eficácia e compatibilidade como meio de produção de prova**. Migalhas, 2016 12 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243730,51045-Depoimento+especial+eficacia+e+compatibilidade+como+meio+de+producao>>. Acesso em 24 set. 2017

HOFFMEISTER, Marleci Venério. Lei torna depoimento especial obrigatório em todo o país. **Conselho Nacional de Justiça - CNJ. 24 de abril de 2017** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84640-lei-torna-depoimento-especial-obrigatorio-em-todo-o-pais>>. Acesso em 24 set. 2017.

LOPES, Ana Christina Brito Lopes; VIRGENS, Eufrásia Maria Souza das. Depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual: proteção ou nova metáfora em busca da verdade real? In: HOFFMEISTER, Marcei Venério;

POTTER, Luciane. (Org.). **Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2016. p.185-207.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-antietico-levar-erros-judiciais>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

LUCENA, Mário Augusto Drago de; HOMEM, Élie Peixoto. O depoimento sem dano sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e sua importância para o processo penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n.4640, 15mar.2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46814>>. Acesso em: 24 set. 2017.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família** (Direito Matrimonial). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

PEREIRA, Rodrigo Antonio da Cunha. Alienação Parental: uma inversão da relação sujeito-objeto. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-25/processo-familiar-alienacao-parental-inversao-relacao-sujeito-objeto>> Acesso em: 16 jun. 17

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Alienação Parental, novo CPC e o Ministério Público. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2016 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/processo-familiar-alienacao-parental-cpc-ministerio-publico>> Acesso em: 26 set. 17

POTTER, Luciane, **Depoimento sem dano ainda não é realidade em vários estados brasileiros**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/6089>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

POTTER, Luciane. O depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de crime sexual e a conscientização ética de tutela processual. In: HOFFMEISTER, Marcei Venério; POTTER, Luciane. (Org.). **Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2016. p.107-131.

SEVEGNANI, Ana Luisa. **Alienação parental: uma análise sob a ótica do direito de família e da psicologia jurídica**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55152/alienacao-parental-uma-analise-sob-a-otica-do-direito-de-familia-e-da-psicologia-juridica>>. Publicado em jan de 2017. Acesso em: 16 jun. 2017

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?** - Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

TARTUCE, Fernanda. Prova nos processos de família na perspectiva do Novo CPC. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2016.p.1061-1078.

TIBA, Icamí. **Quem ama educa: formando cidadãos éticos**. São Paulo: Integrare Editora, 2007.

TUCCI, Flora. Depoimento sem dano: algumas considerações. **Projeto ERA – Ética e Realidade Atual**. 28 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://era.org.br/2012/08/depoimento-sem-dano-algumas-consideracoes>>. Acesso em 24 set. 2017

VELLY, Ana Maria Frota. **A Síndrome de Alienação Parental: Uma Visão Jurídica e Psicológica**. Trabalho apresentado no II Congresso de Direito de Família do Mercosul com apoio do IBDFAM. Porto Alegre: 2010.

Instituto Memória

A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPEES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema “double blind review” (dupla análise sigilosa, onde os conselheiros não sabem quem é o autor da obra analisada). Este sistema garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.



CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS (In Memoriam – Presidente de Honra). Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutorado em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França. Mestrado em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná.

PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS: Pós-doutorado pela Universidade de Aveiro (2017). Pós-Doutorado no Programa Avançado de Cultura Contemporânea da UFRJ (2010). Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). **PROF. ANDREA PITASI:** PhD. Professor de Sociologia do Direito do Programa de Mestrado e Doutorado da "Università degli Studi Gabriele D'Annunzio - Dept. of Neuroscience", Itália. Membro do Conselho Acadêmico do "SANTA FE Associate International". Presidente na empresa WORLD COMPLEXITY SCIENCE ACADEMY (WCSA). **PROF. AUGUSTUS BONNER COCHRAN III, USA:** Academic Degrees (titulação): B.A., Davidson College; M.A., Indiana University; Ph.D., University of North Carolina; J.D., Georgia State University College of Law. Professor Titular de Ciência Política da Faculdade de Agnes Scott – GEORGIA-EUA. **PROFA. DRA. BETINA TREIGER GRUPENMACHER:** Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutorado pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduação pela Universidade de Salamanca, na Espanha e pela Universidade Austral, na Argentina. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. **PROF. DR. BRUNO MENESES LORENZETTO:** Doutorado em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestrado em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2007). **PROF. DR. CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO:** Doutorado em Direito do Estado (Direito Tributário) pela PUC-SP. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduação em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1998). Pós-graduação em Direito Civil pela UFAM (1998). **PROF. DR. DANIEL FERREIRA:** Pós-Doutorado pelo Instituto lus Gentium Conimbrigae -

Instituto Memória

Centro de Direitos Humanos /Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC-CDH/FDUC - 2016). Doutorado (2008) e Mestrado (1999) em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Laureado pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC-1993), além de graduado em Engenharia Industrial Elétrica pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR - 1988). **PROF.DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI:** Pós-doutorado pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015). Doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestrado em Direito Econômico e Social (2004). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). **PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA:** Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. **PROF. DR. EDGAR WINTER JÚNIOR:** Doutorado em Engenharia e Ciência dos Materiais - PIPE UFPR (2015). Mestrado em Engenharia de Processos Químicos e Térmicos - PIPE-UFPR (2005). Pós-Graduação em Produtividade e Qualidade Total pela UNIPLAC-SC (1997). Pós-Graduação em Engenharia de Segurança do Trabalho na UTFPR (2010). Graduação em Engenharia Química pela Universidade Federal do Paraná (1991). **PROF. DR. EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO:** Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011). Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica da Paraná (2000). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (1998). **PROF. DR. EDUARDO ARRUDA ALVIM:** Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Mestrado em Direito, PUC/SP. Especialização em Direito Processual Civil, PUC/SP. Especialização em Direito Tributário, PUC/SP. Bacharelado em Direito, PUC/SP. **PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES:** Pós-Doutorado em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Facultad de Dret. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES:** Pós-doutorado em História da Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (2015). Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestrado em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduação em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). **PROF. DR. FABIO ARTIGAS GRILLO:** Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. FERNANDO ARAUJO:** Doutorado (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas. Mestrado (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas. Licenciatura em Direito (em 1982). **PROF. DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR:** Doutorado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito do Estado e Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). **PROFA. DRA. PROF. DR. FERNANDO QUADROS DA SILVA:** Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná; Especialização em Direito Penal pela Universidade de Brasília. Bacharelado em Direito pelo UniCuritiba. **FLÁVIA PIOVESAN:** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990). **PROF. DR. FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI:** Doutorado em Direito (1995 – 1997) - Universidade Federal de Pernambuco. Doutorado em Direito (1987 – 1990) - Universidade Federal de Minas Gerais. Especialização em Direito Público (1985 – 1985) - Universidade Católica de Pernambuco. Mestrado em Sociologia (1974 – 1976) - Universidade Federal de Pernambuco. Graduação em Direito (1966 – 1970) - Universidade Católica de Pernambuco. **PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER:** Pós-doutorado em Direito Público na Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestrado em Direito pela Universidade Federal

Instituto Memória

de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas. Graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991). **PROFA. DRA. GRACIELA SANJUTÁ SOARES FARIA:** Doutorado (2010) e Mestrado (2005) em Gestão da Produção pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) na linha de pesquisa Organizações, Instituições e Trabalho. **PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ:** Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983). Mestrado em Literatura, na Ohio University e The University of New México. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). **PROF. DR. HERBERTO JOSÉ CHONG NETO:** Pós-doutorado em Saúde da Criança e do Adolescente (2009-2011) na Universidade Federal do Paraná. Doutorado em Medicina Interna pela Universidade Federal do Paraná (2006-09). Mestrado em Ciências da Saúde pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-05). Especialização em Alergia Pediátrica-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1999-2001). Residência em Pediatria-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1997-99). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1997). **PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA:** Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento). Doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Mestrado em Direito pela PUC-SP (2002). Mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001). Especialização em Administração Financeira pela Alvares Penteado. Especialização em Mercados Futuros pela BMF – USP. Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996). Graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981). **PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE:** Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutorado em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). **PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI:** Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestrado (1994) e graduação (1986). **PROF. DR. LUC CAPDEVILA:** Pós-Doutorado. Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. **PROF. DR. LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER:** Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001). Especialização em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1984). **PROF. DR. LUÍS FERNANDO SGARBOSSA:** Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). **PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER:** Pós-Doutorado pela PUCPR. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em História pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA:** Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutorado em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. **PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE:** Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata (2014). Doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). **PROF. DR. MATEUS BERTONCINI:** Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado e Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR:** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987) e doutorado em Direito - Universität Friedrich- Alexander Erlangen-Nürnberg (1987). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Graduação em Direito pela Universidade de Taubaté (1977). **PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER:** Doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado

Instituto Memória

em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). **PROF. DR. PAULO BRENO NORONHA LIBERALESSO:** Doutorado em Distúrbios da Comunicação (2007/2011) pela Universidade Tuiuti do Paraná. Mestrado em Neurociências (2003/2004) pela Universidade Federal de São Paulo. Pós-graduação em Epileptologia (2002/2003) pela Universidade Federal de São Paulo. Residência médica em Pediatria (1999/2000) e Residência médica em Neuropediatria (2001/2002) pelo Hospital Pequeno Príncipe, Curitiba, PR, Brasil. Graduação em Medicina (1998). **PROF. DR. PAULO RICARDO OPUSZKA:** Doutorado em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito (2006). Bacharelado em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. **PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ:** Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. **PROFA. DRA. PRISCILA CANEPARO DOS ANJOS:** Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Graduada pelo Centro Universitário Curitiba (2007). **PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI:** Doutorado em Direito pela UFPR. **PROF. DR. RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS:** Doutorado no Institut des Hautes Etudes Internationales (IHEL) - Universidade de Genebra (1980). Graduação em História Moderna e Contemporânea - Universidade de Genebra (1978). Graduação em Economia do Desenvolvimento - Universidade de Genebra (1973). Graduação em Ciência Política - Universidade de Genebra (1973). **PROF. DR. RICARDO LEHTONEN RODRIGUES DE SOUZA:** Doutorado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (2001). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1995). Graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Paraná (1991). **PROF. DR. ROLAND HASSON:** Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. RUI FERNANDO PILOTTO:** Doutorado em Genética pela Universidade Estadual de Campinas (1991). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1973). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1983). Graduação em História Natural - Biologia pela Universidade Federal do Paraná (1969). **PROFA. DRA. SARÁ PETROCCIA:** Research Fellow - Ph.D - Gabriele d'Annunzio University, Chieti- Pescara, Italy. **PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN:** Doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975). Graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966). **PROF. DR. SIDNEY GUERRA:** Pós-Doutorado pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra e Pós-Doutorado pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ). É Doutor, Mestre e Especialista em Direito. **PROF. DR. TÁRSIS NAMETALA SARLO JORGE:** Doutorado e mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com especialização em Direito Previdenciário. **PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR:** Pós-doutorado em Direito pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Doutorado pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2012). Mestrado pela PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Graduação (1996) no UNIVEM - Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" de Marília-SP. **PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR:** Doutorado em Direito do Estado pela PUC-SP. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialização em Direito Processual Civil pela PUCAMP. **PROF. DR. WAGNER MENEZES:** Pós-doutorado (Universidade de Pádova - Itália). Doutorado (USP). Mestrado (PUCPR).

Instituto Memória