

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE JATAÍ – CESUT
ASSOCIAÇÃO JATAIENSE DE EDUCAÇÃO – AJE
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – DCJS
FACULDADE DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESA

CESUT EM REVISTA
ANO 17 – VOLUME 2 – NÚMERO 23

JATAÍ-GO
2016

CESUT EM REVISTA

CONSELHO EDITORIAL

01. Evaristo Anania de Paula
02. João Geraldo de Souza Braga
03. Vanessa Souza Lobato
04. Gerson Santana Arrais
05. Carmen Líbia da Silva
06. Dauster Resende Machado
07. Fanny Silva do Nascimento
08. Flávia Simões de Araújo
09. José Carlos Ribeiro
10. Juverci Felício Vieira
11. Luiz Carlos Bandeira Santos Júnior
12. Maria Cândida de Magalhães Castro Martins
13. Tiago Setti Xavier da Cruz

Secretária Executiva: Viviane Alves da Cunha

Diretor: João Geraldo de Souza Braga

Esta “CESUT EM REVISTA” é produzida pelo Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais – DCJS, do Centro de Ensino Superior de Jataí – CESUT, a partir da produção intelectual e temática de artigos, pesquisas, resenhas de livros e demais comunicações elaboradas pelos professores, alunos e outros colaboradores.

CONTATOS

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE JATAÍ – CESUT
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS –DCJS
FACULDADES DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO DE
EMPRESA**

Rua Santos Dummont, nº 1.200. Setor Samuel Graham, CEP: 75.804-045 - Telefone: (064) 2102-1050 – FAX: (064) 2102-1069
JATAÍ-GO

JATAÍ-GO
2016

ISSN – 1519/9770

CESUT EM REVISTA, Jataí-GO – Cesut, volume 2, nº 23, jul./dez. 2016

CESUT EM REVISTA

Periodicidade: semestral

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE JATAÍ – CESUT
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – DCJS

JATAÍ-GO
2016

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE JATAÍ-GO – 2016

“A reprodução total ou parcial dos artigos desta ‘CESUT EM REVISTA’ é permitida desde que citada a fonte. Ainda: as idéias e os conceitos emitidos nesta publicação são de responsabilidade total dos autores.”

CESUT

Rua Santos Doummont, nº 1.200, Setor Samuel Grahan
CEP.: 75.804-045
Telefone: (064) 2102-1050 – FAX: (064) 2102-1069

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente = José Carlos Ribeiro
Membros = Alessandra Gonçalves Heronville da Silva
Dauster Resende Machado Júnior
Cinara Oliveira Cordeiro Carvalho
Flávia Simões de Araújo
Juverci Felício Vieira
Luiz Carlos Bandeira Santos Júnior
Maria Cândida de Magalhães Castro Martins
Sílvio Lacerda de Oliveira
Rubens Dias de Melo
Tiago Setti Xavier Cruz
Secretária Executiva = Viviane Alves Cunha

DADOS CIP – BIBLIOTECA CENTRAL DO CESUT, JATAÍ-GO

CESUT EM REVISTA, JATAÍ-GO; CESUT – DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS E SOCIAIS. VOLUME: 2, Nº 23, jul./dez., 2016

Periodicidade semestral

CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – PERIÓDICO 2 – TÍTULO

Índice para catálogo sistemático = Direito e Administração de Empresa

Produção: projeto gráfico e editorial eletrônico

José Carlos Ribeiro e Maria Cândida de Magalhães Castro Martins

Revisão Ortográfica
José Carlos Ribeiro

Normatização
José Carlos Ribeiro

SUMÁRIO

01. Editorial.....pág. 007
02. Aposentadoria Por Tempo de Contribuição Extingue o Contrato de Trabalho.....pág.008
Elda Macedo dos Santos
Fábio Fernandes Fagundes
03. O Prévio Requerimento Administrativo como Condição para a Propositura da Ação Previdenciária.....pág. 034
Gilmar Steffens
Alessandro Rogério Gobbi
04. O Uso das Algemas no Contexto Socialpág. 060
Heber Guimarães Lima Guedes
Milena Aparecida Lima Carvalho
05. Impenhorabilidade da Pequena Propriedade Ruralpág. 079
Leidiane Dias de Jesus
Sílvio Lacerda de Oliveira
06. A Publicidade Realizada na Advocacia.....pág. 099
Lidianne Bárbara de Carvalho Melo
Tiago Setti Xavier da Cruz
07. Aborto Eugênico.....pág. 148
Maxweila Menezes Viana
Milena Aparecida Lima Carvalho
08. Responsabilidade Civil do Empregador no Acidente de Trabalho.....
.....pág. 178
Mônica Rossato
Sirlene Moreira Fideles
09. Assédio Processual na Justiça do Trabalho e Suas Consequências Processuais.....pág. 197
Nathália Geovana Oliveira Gomes
Sirlene Moreira Fideles
10. A Capacidade Postulatória do Delegado de Polícia na Representação das Medidas Cautelares no Âmbito do Inquérito Policial.....pág. 216
Otávio José Lima de Oliveira
Geisla Prado Lima

11. União Estável: direitos sucessórios à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência.....pág. 252
Roberta Garcia Martins
Alessandra Gonçalves Heronville da Silva
12. A Responsabilidade Civil Ambiental na Sucessão Entre Empresas....
.....pág. 280
Simone Divina de Oliveira Brasil
Fabrício Ribeiro do Santos Furtado
13. Estudo de Caso do Sistema Gerencial GDR SIGMA na Empresa Sudoeste Auto Marcas.....pág. 366
Rogério de Souza Borges
Alessandro Costa Lima

EDITORIAL

“A expressão separação de poderes apresenta-se como uma das mais ambíguas na ciência política. Tal circunstância é devido aos sentidos em que é empregada; não raro confunde-se desconcentração de funções, delegação de competências, com a denominada separação de poderes.”

No momento em que o político brasileiro, com raras exceções, consagra uma verdadeira inversão de valores éticos e morais, a sociedade brasileira questiona: a quem se deve confiar o poder de fazer as leis? Quem deve realmente aplicá-las? Qual a segurança de que esses homens, e/ou mulheres, não abusem das leis que fizeram? Quem deve deter o poder supremo no Estado?

Mesmo com esse quadro referencial, o Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais – DCJS, do Centro de Ensino Superior de Jataí – CESUT, tem a grata satisfação de apresentar, ao estudioso da gestão empresarial e ao ávido pelo saber jurídico, mais uma edição da Revista Científica intitulada “CESUT EM REVISTA”, desta feita a vigésima terceira, volume dois do ano de 2016.

Assim sendo, esta revista busca servir como um facilitador para a compreensão da realidade atinente ao conteúdo das disciplinas universitárias: administração de empresa e direito.

Esta edição, que é semestral, comporta doze trabalhos apresentados pelos acadêmicos e professores das duas disciplinas devidamente elencados no sumário com seus respectivos autores.

Ótima leitura e até a próxima edição!

Jataí, 15 de setembro de 2016.

Professor: José Carlos Ribeiro
Presidente da Comissão Editorial

JATAÍ-GO
2016

APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EXTINGUE O CONTRATO DE TRABALHO

Elda Macedo dos Santos
Fábio Fernandes Fagundes

RESUMO - O presente trabalho de pesquisa teve por finalidade o estudo das implicações inerentes à aposentadoria do empregado, por iniciativa própria, no que concerne à extinção do respectivo contrato de trabalho, expondo a controvérsia sobre a aposentadoria por tempo de contribuição, se ela caracteriza ou não rescisão do contrato de trabalho. Muito se tem discutido acerca dos efeitos da aposentadoria por tempo de contribuição em relação ao contrato de trabalho, em especial se a jubilação determina automaticamente a extinção da relação laboral ou, considerando a continuidade do vínculo, se seria devido ao trabalhador privado o acréscimo sobre saldo do FGTS (40%) e, para o servidor público, a realização de novo concurso. O trabalho apresenta posicionamento jurisprudencial e doutrinário trabalhista sobre a matéria, expondo de forma sucinta os argumentos defendidos tanto pela corrente majoritária como pela minoritária. Prevalece, a diretriz segundo a qual a aposentadoria não extingue o contrato de trabalho, mantendo este sua vigência normal ante a continuidade da prestação de serviços, pelo empregado, ao mesmo empregador. Não obstante, a corrente que vislumbrava na concessão da aposentadoria espontânea causa de extinção do contrato de trabalho reafirma sua posição, com suporte na parte final do art. 453, caput, da CLT, que exclui do tempo de serviço daquele que toma a iniciativa de se aposentar os períodos anteriormente trabalhados na empresa. Mas essa posição é insustentável, muito embora o TST venha proferindo decisões conflitantes a respeito do assunto.

Palavras-chave: aposentadoria espontânea, extinção do contrato de trabalho, indenização do FGTS.

ABSTRACT- This thesis aims to study the implications of employee retirement, on its own initiative regarding the termination of their employment contract, exposing the controversy over the retirement contribution, if it characterizes or not contract termination of work. Much has been discussed about the effects of retirement by contribution time in relation to the employment contract, in particular if the retirement automatically determines the termination of the employment relationship or considering the continuity of the bond, it would be due to the private worker adding about balance FGTS (40%) and to the public servant, having a new contest. The paper presents case law and labor doctrinal position on the matter, stating succinctly the arguments put forward by both the current majority and the minority. Prevails, the guideline according to which retirement does not terminate the employment contract, keeping this normal force at the continued provision of services by the employee to the same employer. Nevertheless, the current glimpse in obtaining spontaneous retirement because of termination of employment contract reaffirms its position, supporting the latter part of art. 453, caput of the Labor Code, which excludes the service life of the one who takes the initiative to retire periods previously worked in the company. But this position is untenable, even though the TST come uttering conflicting decisions on the subject.

Keywords: spontaneous retirement, termination of employment contract, indemnification of FGTS.

INTRODUÇÃO - O presente trabalho buscou desenvolver o tema sobre aposentadoria por tempo de contribuição extingue ou não o contrato de trabalho. O estudo envolveu o exame de questões ligadas ao Direito do Trabalho, Direito Constitucional e o Direito Privado, no que tange à busca da efetividade dos direitos fundamentais constitucionais e à aplicação do princípio da continuidade da relação de emprego.

A aposentadoria por tempo de contribuição recebe outras nomenclaturas como: aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria espontânea, mas o significado é o mesmo para ambas.

Os efeitos da aposentadoria do empregado por tempo de contribuição no contrato de trabalho desencadeiam discussões jurídicas e vêm acarretando controvérsias nos Tribunais brasileiros. A aposentadoria por tempo de contribuição, conforme recente decisão do Supremo Tribunal Federal, não implica rescisão do contrato de trabalho, facultando, sim, a permanência do regular exercício das funções desempenhadas pelo empregado, sem qualquer alteração no contrato que mantém com seu empregador.

Conclui que o artigo 453, caput, da CLT, não se presta à disciplina dos efeitos da aposentadoria na continuidade do contrato, sendo necessária uma interpretação extensiva da matéria e seus efeitos, sobretudo porque a norma jurídica não pode ser considerada isoladamente, ainda mais quando existem dispositivos legais outros que norteiam o tema.

A carência legislativa acerca da proteção ao desligamento imotivado causa várias discussões sobre a possibilidade de cessação do contrato de trabalho.

Desta forma, o estudo aqui feito teve por objetivo aprofundar os efeitos da aposentadoria no contrato de trabalho, levando em conta a necessidade de efetividade dos direitos fundamentais constitucionais, bem como os princípios inspiradores da proteção ao contrato de trabalho e aqueles postulados relativos à proteção do próprio mercado de trabalho, ao bem-estar e justiça sociais.

O trabalho se dividiu da seguinte forma: primeiro capítulo tratou da evolução histórica do tema, necessária a correta e compreensão da doutrina e jurisprudência produzidas ao longo dos anos, bem como dos debates nelas tratados. Também se analisa projeto de lei que tramita atualmente no Congresso Nacional.

O segundo capítulo levou até o leitor conhecimento da visão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto e como as decisões por ele proferidas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade foram recepcionadas pela jurisprudência.

Por fim, o último capítulo, debateu-se a necessidade de estabelecimento de eficácia máxima aos direitos fundamentais, inclusive ao direito fundamental “ao trabalho”. Sendo assim, o presente trabalho levou em consideração os estudos do Direito Constitucional, do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, a partir da premissa da necessidade da máxima eficácia das normas constitucionais.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO

A Previdência Social no Brasil teve origem com o Decreto Legislativo nº 4682, de 24 de janeiro de 1923 - conhecido como Lei Elói Chaves - que criou as Caixas de

Aposentadorias - que funcionavam de forma independente - e pensões para os empregados das empresas ferroviárias.

A primeira referência à aposentadoria por tempo de serviço data de 7 de janeiro de 1924 referente à Lei nº 4.793 em seu artigo nº 240. Já no início da concessão desse benefício, observou-se que a aposentadoria por tempo de serviço onerava de forma intensa as finanças das Caixas de Aposentadorias. Isso decorria, principalmente, da aposentadoria de ferroviários ainda relativamente jovens.

Apesar do surgimento de várias críticas à aposentadoria por tempo de serviço, a Lei nº 5109 de 1926 - que vigorou a partir de 1928 - manteve este benefício, agravando ainda mais o problema financeiro. O Governo Provisório, instalado logo após a Revolução de 1930, preocupado com o desequilíbrio financeiro das Caixas de Aposentadoria, suspendeu, até a elaboração de uma nova lei, a concessão de novas aposentadorias por tempo de serviço.

Com o objetivo de reduzir os desembolsos com este tipo de benefício, o Decreto nº 20.465 de 1931 condicionou a aposentadoria por tempo de serviço a uma idade mínima de 50 anos, com benefício variável de 70% a 100% sobre a média salarial dos últimos 3 anos de serviço. Entretanto, essa medida não foi suficiente para solucionar o problema financeiro das Caixas. Como consequência, o Decreto-lei nº 2.474, de 5 de agosto de 1940, suspendeu a concessão de aposentadorias que não fossem por invalidez, a qualquer segurado com menos de 60 anos de idade.

Essa legislação vigorou até a assinatura da Lei nº 593, em 1951, cujo artigo 1º restabelecia a aposentadoria por tempo de serviço nos moldes da antiga Lei de 1924. Entretanto, a cláusula anterior que permitia a redução do valor do benefício sempre que o fundo das Caixas não pudesse arcar com o pagamento dos benefícios, foi eliminada.

O Anteprojeto da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) de 1952 - que foi aprovada pelo Congresso Nacional apenas em 1960 - analisou a viabilidade financeira deste tipo de aposentadoria. Contrariando pareceres técnico-atuariais e sem a definição específica de sua fonte de financiamento, a aposentadoria por tempo de serviço foi aprovada com as características até hoje vigentes. Em 1966, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e a simultânea unificação dos diversos institutos setoriais, a aposentadoria por tempo de serviço manteve sua concepção definida na LOPS.

Com a promulgação da nova Constituição Federal em 1988, a seguridade social passou a ter seus princípios básicos assegurados pela Carta Magna de forma bastante detalhada, cabendo especificamente à aposentadoria por tempo de serviço algumas citações.

A Lei nº 8.313 de 24 de julho de 1991, dispõe sobre os planos de benefícios da previdência Social, apresentando os diversos tipos de benefício pecuniário. Entre eles estão a aposentadoria por tempo de serviço e a aposentadoria especial - que nada mais é do que uma aposentadoria por tempo de serviço, tendo em conta um período menor de trabalho, em função de atividade profissional sujeita a condições insalubres ou que prejudiquem a integridade física do trabalhador.

A Previdência mantém, atualmente, o pagamento de diversos tipos de aposentadorias relacionadas com o tempo de serviço prestado, tais como a aposentadoria por tempo de serviço do ex-combatente; a aposentadoria especial do aeronauta; entre outras.

O grande problema da aposentadoria por tempo de serviço é que ela foi herdada pela legislação atual de uma época na qual as características demográficas da população eram completamente diferentes das de hoje. O grande desafio dos sistemas previdenciários de repartição é como evitar a tendência ao desequilíbrio decorrente da queda da relação População ativa/População inativa.

1.1 APOSENTADORIA – UM DIREITO CONSTITUCIONAL

A previdência social veio como forma de atendimento aos anseios sociais, como elemento integrante do conjunto seguridade social, é de caráter contributivo e de filiação obrigatória, para oferecer uma espécie de seguro aos seus filiados contra as contingências sociais, como doença, morte, invalidez e idade avançada, dentre outros.

A previdência social tem como fundamento os princípios da solidariedade humana, caracterizado pela compulsoriedade imposta pelo Estado, é um direito social constitucional e para sua funcionalidade, ela divide-se em regimes previdenciários. Por Regime previdenciário entende-se o “conjunto de normas e princípios harmônicos que informam e regem a disciplina previdenciária de determinado grupo de pessoas” (BRIGUET; VICTORINO; HORVARTH JUNIOR, 2007).

No Brasil, a Carta Magna deixa explícitos quais os regimes previdenciários existentes. O art. 40 da Constituição Federal (CF) descreve sobre o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), o qual é estabelecido no âmbito de cada ente federativo, assegurado por lei, aos servidores de cargo efetivo, no mínimo, os benefícios de aposentadoria e de pensão por morte. Já aos trabalhadores da iniciativa privada, aqueles que não exercem atividade remunerada (segurados facultativos) e os que não estão amparados pelo RPPS, são inscritos no Regime Geral de Previdência Social (RGPS). O art. 201 da Lei Suprema dispõe sobre o RGPS (BRASIL, 2010).

Além destes dois regimes mencionados tem-se o Regime de Previdência Complementar (RPC), de caráter complementar e de contribuição facultativa, previsto no art. 202 da Lei Maior e regulado pelas Leis Complementares 108/91 e 109/91 (BRASIL, 1991).

A aposentadoria pode ser considerada como a proteção máxima e a mais almejada pelo segurado, após o cumprimento dos requisitos legais estabelecidos, seja no regime próprio ou no geral. De forma que o norte deste trabalho parte desta prestação previdenciária – a aposentadoria.

A aposentadoria segundo Ibrahim (2011) é a prestação previdenciária por excelência, visando garantir os recursos financeiros indispensáveis ao beneficiário, de natureza alimentar, quando este já não possui condições de obtê-los por conta própria, seja em razão de sua idade avançada, seja por incapacidade permanente para o trabalho.

A aposentadoria é a contraprestação pecuniária que o segurado tem direito a receber mensalmente quando cumpre os requisitos que a lei determina. Sérgio Pinto Martins aponta que a aposentadoria “não pode ser um prêmio, pois exige a contribuição do trabalhador”.

No RGPS, de caráter contributivo e filiação obrigatória, são concedidas quatro espécies de aposentadoria: por tempo de contribuição, especial, idade e invalidez. No Quadro 1 são apresentadas as diferentes espécies de aposentadoria do RGPS como também suas descrições e requisitos.

Quadro 1 - Espécies de aposentadoria do RGPS, descrição e requisitos

Espécie de Aposentadoria	Descrição e Requisitos
APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO (Art.201, § 7º, I, - CF/2010) (EC nº 20/1998 - CF/2010) (Art.52, 53 e 56 – Lei 8.213/91)	É substituta da aposentadoria por tempo de serviço. Ela pode ser integral, se cumprido 35 anos de contribuição, para os homens e 30 anos, para mulheres, ou proporcional. A aposentadoria proporcional aplica-se, exclusivamente, aos filiados ao RGPS em período anterior a 16/12/98, os quais atendem às normas de transição estabelecidas em Emenda Constitucional. No caso de aposentadoria do professor, ocorre uma redução de cinco anos, para aquele em

	efetivo exercício em funções de magistério e necessita-se do cumprimento de carência - mínimo de 180 contribuições recolhidas.
APOSENTADORIA ESPECIAL (Art.201, § 7º, I, - CF/2010) (Art. 57 e 58 - Lei 8.213/91) (Lei 9.876/99) (Decreto 3.048/99)	É aposentadoria assegurada ao trabalhador sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 10, 15 ou 20 anos, conforme o tipo de atividade exercida. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos para fins de obtenção deste benefício é descrita no Decreto 3.048/99. Exige-se a carência de 180 contribuições para obtenção deste benefício.
APOSENTADORIA POR IDADE (Art.48 a 51 da Lei 8.213/91)	É concedida aos maiores de 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, reduzida em cinco anos para os trabalhadores rurais que exerçam suas atividades em economia familiar. Deve-se cumprir a carência de 180 contribuições. Para o segurado especial será exigida a comprovação da atividade rural no mesmo número de meses.
APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (Art. 42 a 47 - Lei 8.213/91)	É concedida aos trabalhadores que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição. O segurado está obrigado a sujeição de perícias médicas periódicas para fins de verificação da condição de incapacidade. Exige-se a carência de 12 contribuições, sendo dispensada nos casos de acidente de trabalho ou de qualquer natureza ou causa.

Fonte: Brasil, 1991; 1999; 1999 a 2010.

Para adquirir a aposentadoria é necessário fazer um requerimento perante o INSS que analisará o cumprimento dos requisitos legais peculiares a cada modalidade de aposentadoria, e deferirá (ou não) o benefício.

Para Martinez (1992), a aposentadoria é um direito patrimonial, pois pertence a uma determinada pessoa, dependendo meramente de sua volição em requerer o benefício. Dessa forma, aposentar-se ou não, é um direito do segurado após o preenchimento de todos os requisitos legais.

1.2 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

A Aposentadoria por tempo de contribuição é devida ao segurado que completar 35 anos de contribuição, se homem e 30 anos se for mulher. Para os professores que conseguirem comprovar tempo de efetivo exercício na função, este tempo diminui em 5 anos para ambos os sexos.

Tavares (2009) conceitua o benefício como: a aposentadoria por tempo de contribuição é produto da Emenda Constitucional nº20/1998, que a previu no art. 201 § 7º, I da Carta e teve origem no malogro do projeto em criar uma aposentadoria exigindo cumulativamente os requisitos de idade e de tempo de contribuição. Será sempre paga no valor integral de 100% do salário de benefício, sem admitir proporcionalidade. (TAVARES, 2009, p. 138)

Segundo disposições da Lei 10.666, de 08 de maio de 2003 não será considerada a perda da qualidade de segurado para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição. Terá, entretanto, o trabalhador, que cumprir um prazo mínimo de contribuição à Previdência Social, sendo que os inscritos a partir de 25 de julho de 1991 devem comprovar, pelo menos, 180 contribuições mensais, conforme o artigo 142 da Lei nº 8.213/91.

1.3 MODALIDADES DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Aposentadoria por tempo de contribuição é gênero, comportando as seguintes espécies:

- a) quanto à fonte formal: ordinária, aos segurados em geral; constitucional, aos professores;
- b) quanto à atividade: comum, aos trabalhadores em geral; especial, aos trabalhadores expostos a agentes agressivos;
- c) quanto ao percentual: proporcional, a partir de 70% do salário de benefício; integral, 100% do salário de benefício;
- d) quanto à legislação excepcional: aos ex-combatentes e exilados.

O artigo 60 do Decreto 3.048 de 06 de maio de 1999 – Regulamento da Previdência Social elenca, exemplificativamente, até que lei específica discipline a matéria, períodos e situações que deverão ser considerados como tempo de contribuição. No artigo 62, o RPS especifica os tipos de prova do tempo de serviço.

1.3.1 Aposentadoria integral

A legislação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, previa a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e trinta anos, se mulher, na modalidade integral. Se exercestes atividades sob agentes agressivos, que prejudicassem a sua saúde ou integridade física, definidas em lei, o tempo será de 15, 20 ou 25 anos de serviço.

A aposentadoria ao professor, após o exercício efetivo do magistério de educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio, aos trinta anos de serviço e à professora, aos vinte e cinco anos.

Posteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98, a legislação previdenciária é alterada, exigindo não mais tempo de serviço para sua concessão, mas sim, tempo de contribuição. Ao homem, trinta e cinco anos de contribuição, e à mulher, trinta anos. Após o efetivo exercício na função do magistério, na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio, ao professor, após trinta anos de contribuição, e à professora, após vinte e cinco anos.

Os segurados que, quando da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, haviam ingressado no sistema da Previdência Social, mas não dispunham do tempo estabelecido na legislação anterior para se aposentar, sujeitar-se-ão as regras de transição.

O segurado que optar por aposentar-se pelas regras de transição deverá cumprir os seguintes requisitos: idade de cinquenta e três anos, para homem, e quarenta e oito anos, para mulher; tempo de contribuição igual há trinta anos, para homem, e vinte e cinco, para mulher; acréscimo de vinte por cento do tempo que, na data da publicação da Emenda Constitucional

nº 20/98, faltaria para o segurado atingir o tempo de contribuição, se objetivar aposentar-se integralmente, aumentando tal percentual para quarenta por cento, quando o objetivo for aposentar-se proporcionalmente.

Para o professor, o acréscimo deverá ser de 17% (dezessete por cento), se homem, e de 20% (vinte por cento), se mulher, desde que o tempo a ser calculado seja de efetivo exercício da atividade de magistério.

O segurado que ingressar no sistema previdenciário, após a vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, deverá comprovar trinta e cinco anos de contribuição, se homem; e trinta anos, se mulher. A aposentadoria por idade exige a comprovação do tempo de contribuição, a carência de cento e oitenta contribuições mensais, sem interrupção que possa acarretar na perda da qualidade do segurado, e comprovar a idade de sessenta e cinco anos de idade, se homem, e de sessenta anos, se mulher.

O segurado professor tem o tempo de contribuição reduzido para cinco anos respectivamente: para o professor, trinta anos, e para a professora, por vinte e cinco anos, comprovando o efetivo exercício na função de magistério na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio.

1.3.2 Aposentadoria proporcional

A aposentadoria proporcional foi extinta a partir da Emenda Constitucional nº 20/98, permanecendo para os segurados inscritos antes da sua vigência, pela garantia constitucional do direito adquirido.

O valor da renda mensal da aposentadoria por tempo de serviço era calculado, nos termos do art. 53 da Lei nº 8 213/91, da seguinte maneira: art. 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de: I - para mulher: 70% (setenta por cento) do salário de benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário de benefício aos 30 (trinta) anos de serviço; II - para o homem: 70% (setenta por cento) do salário de benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário de benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço (BRASIL, 1991).

No entanto, o artigo 39 inciso IV do Decreto 3 048 de 06 de maio de 1999 – Regulamento da Previdência Social alterou o percentual utilizado para o cálculo da renda mensal da aposentadoria por tempo de contribuição, passando a ser de cem por cento do salário de benefício, para o homem aos trinta e cinco anos de contribuição, e para a mulher, aos trinta anos de contribuição.

Para o segurado professor, o cálculo da renda mensal levará em conta o percentual de cem por cento do salário de benefício aos trinta anos, e para a professora, aos vinte e cinco anos de contribuição.

A concessão da aposentadoria por tempo de serviço será devida, ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir da data do desligamento do serviço quando requerida até noventa dias depois dela; ou a partir da data do requerimento quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto anteriormente. E aos demais segurados a data de início da aposentadoria por tempo de serviço começava a fluir a partir da data da entrada do requerimento.

A aposentadoria por tempo de contribuição, após ser concedida pela Previdência Social, é irreversível e irrenunciável. O segurado só poderá desistir do pedido de aposentadoria se manifestar-se, com pedido expresso de arquivamento definitivo do pedido, antes de receber o primeiro pagamento do benefício e sem ter sacado os depósitos existentes

na conta vinculada do Regime Geral de Previdência Social com a carta de concessão do benefício.

1.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS EFEITOS DA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA

Várias foram as idas e vindas do legislador quanto à necessidade prévia, para concessão do benefício, de comprovação de desligamento do emprego, o que acabou por influenciar na discussão acerca da aposentadoria como causa extintiva do contrato de trabalho.

Souza (1997) discorre acerca da imposição do afastamento do empregado para a concessão da aposentadoria, conforme lei 3807/1960 (art. 30, parágrafo 1º):

A concessão das aposentadorias por idade (antes denominada por velhice) e por tempo de servidão, no Regime Geral da Previdência Social, desde a Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960 (LOPS) tinha como exigência, além de outros requisitos, o desligamento do empregado, quando o benefício era requerido por segurado empregado.

Esse tratamento legal perdurou mesmo após as substanciais alterações introduzidas no texto da Lei nº 3.807/60 pela lei 5.890 de 8 de junho de 1976 (arts.8º, §1º e 10, § 3º,1).

As consolidações das Leis da Previdência Social, editadas em 24 de janeiro de 1976 e 23 de janeiro de 1984, também mantiveram a exigência do rompimento do vínculo de emprego na concessão das aposentadorias por idade e por tempo de serviço, em se tratando de segurado empregado. Importante ressaltar que esse disciplinamento legal apenas veio a ser modificado com a Lei 6.887, de 10 de dezembro de 1980, ao admitir que o segurado pudesse se aposentar por tempo de serviço ou por idade sem a necessidade de desligamento do emprego, com a nova redação dada pela lei citada ao art.5º, § 3º, da Lei 3807/60.

A nova roupagem legal, entretanto, teve efêmera duração.

Com efeito, apenas no período de 1º de janeiro a 30 de novembro de 1981, foi permitido que o segurado empregado obtivesse a concessão da aposentadoria sem a exigência de rescindir o contrato de trabalho.

E assim ocorreu porque a Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981, com vigência a partir de 1º de dezembro desse mesmo ano, voltou a condicionar a aposentadoria dos segurados empregados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho ao efetivo desligamento do emprego (art.3º).

A exigência se manteve inalterada até o advento da Lei nº8213, de 24 de julho de 1991, que, desviando-se da sistemática tradicional, garantiu ao segurado empregado o direito à aposentadoria por idade ou por tempo de serviço, independente do desfazimento do vínculo de emprego (arts. 49,I, a e b e 54). (BRASIL,1960)

Em 1970, fora editada a Súmula 21 do Tribunal Superior do Trabalho que assim estabeleceu, “O empregado aposentado tem direito ao cômputo do tempo anterior à aposentadoria, se permanecer a serviço da empresa ou a ela retornar.”

Desta maneira, ainda que extinto o contrato de trabalho, compreendia o Tribunal Superior do Trabalho que havia soma dos períodos de prestação de serviços, mesmo que fossem descontínuos. Isto se dava em razão da redação do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, que, cuidando do cômputo do tempo de serviço do empregado, nenhuma alusão fazia à aposentadoria.

Segundo a Lei 5.890/73 que estabelece como pressuposto da aposentadoria o desligamento da empresa. Proibia, de forma expressa, em seu art.12, o reingresso do aposentado ao mercado de trabalho, não cabia falar-se em manutenção de contrato de trabalho após a aposentadoria voluntária, quer fosse essa decorrente de idade quer fosse de tempo de serviço.

Foi alterou pela lei 6.204, de 29 de abril de 1975, em congruência com a então lei previdenciária vigente, o art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, para incluir in fine o não cômputo do período anterior á aposentadoria na hipótese de concessão do benefício requerido voluntariamente. Se a aposentadoria tornava extinto o contrato de trabalho, nenhuma obrigação restando ao empregador quanto ao pagamento de haveres rescisórios, nada mais coerente do que a vedação à soma dos períodos de trabalho.

A norma passou a prever dessa forma: art.453. No tempo de serviço do emprego, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente (BRASIL, 1975).

Foi alterada a data do início do benefício das aposentadorias por tempo de serviço e por idade, com a Lei 6.887/80, fixando-as na data do requerimento, o que permitiu aos segurados solicitarem o benefício e continuarem a relação de trabalho. A lei 6.959/81 tornou a estabelecer o desligamento como marco da aposentadoria.

Com a Constituição Federal de 1988 ocorreu a nova regulamentação da previdência social, ocasionando a edição da Lei 8.213/1991, a qual permitiu a continuidade da prestação de serviço após o requerimento do benefício em seus artigos 49,54 e 57, na medida em que estabelecia a data do início dos benefícios de aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição como a data do afastamento ou ainda a “data do requerimento quando não houver desligamento”.

Não foi aprovada pelo Congresso Nacional a Medida provisória 381/1993 que conferiu nova disciplina à questão, restabelecendo a necessidade de desligamento do emprego.

Sendo que a Lei 8.870/94 apesar das mudanças ocorridas no regime jurídico da previdência social, não modificou em nada os artigos 49, 54 e 57.

Ocorreu a revogação da Súmula 21 em 18 de maio de 1994 com a Resolução administrativa 30/1994. O congresso Nacional em 1995 editou a Lei 9.011, que alterou a Lei 4.090 de 13 de julho de 1962 que passou a dispor, em seu art.1º, § 3º, II, que a gratificação natalina seria devida de modo proporcional, “na cessação da relação de emprego resultante da aposentadoria do trabalhador (...)”

Em 11 de outubro de 1996, a Medida Provisória 1.523, em sua 1ª edição, conferiu nova redação ao artigo 148 da Lei 8.213/91: “o ato de concessão do benefício de aposentadoria importa extinção do vínculo empregatício.”

Já em 09 de outubro de 1997, a 3º edição da Medida Provisória 1.523 trouxe mudanças, suprimindo-se o texto supra, acrescentando o parágrafo único ao artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, exigindo, para a continuidade contratual dos empregados de empresas públicas e sociedade de economia mista, novo concurso público.

A Lei 9.528, em 10 de dezembro de 1997, consolidou o § 1º, do artigo 453, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e inseriu ainda o § 2º, no mesmo dispositivo, estabelecendo que a aposentadoria por tempo de serviço teria o condão de extinguir o liame empregatício. Restou assim previsto: § 1º. Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, é permitida sua readmissão desde que atendidos os requisitos constantes do art. 37, XVI, da Constituição Federal, e condicionada à prestação de concurso público; § 2º. O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou 30 (trinta), se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício (BRASIL, 1997).

Houve discussão sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos, as quais desencadearam na interposição de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, movidas por partidos políticos.

Em 19 de dezembro de 1997 fora concedida cautelar na ADIN1721 e em 14 de maio de 1988 fora concedida cautelar na ADIN1770, ambas suspendendo os efeitos dos §§ do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em 2000 fora editada a Orientação Jurisprudencial nº177 da Seção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho, que assim estampava: a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria. (inserido em 08.11.2000) (BRASIL, 1988).

Em 2003 após orientação do Tribunal Superior do Trabalho houve a revisão dos entendimentos sumulados, mantendo a Orientação Jurisprudencial 177 da SDI-1 e o cancelamento da Súmula 21.

Em outubro de 2006 foram declarados inconstitucionais os §§ do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em 30 de outubro de 2006 o Tribunal Superior do Trabalho promoveu o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 177 da SDI-1.

Em 2008, fora editada a Orientação Jurisprudencial 361da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, que assim vaticina:

OJ 361 SDI-1 TST. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO. DJ 20, 21 e 23.05.2008. A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

Foi mantido no Tribunal Superior do Trabalho o texto da Súmula 295, até 20 de novembro de 2008, quando, por meio da Resolução 152/2008, cancelou-a.

A PEC 360/13 altera critérios de idade mínima para aposentadoria voluntária de servidor, a proposta beneficia quem ingressou no serviço público após a Emenda Constitucional 20, de 1998.

A Câmara dos Deputados analisa a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 360/13, da deputada Andreia Zito (PSDB-RJ), que garante a adoção da “fórmula 95/85” para o cálculo da idade mínima para a aposentadoria voluntária com proventos integrais daqueles que ingressaram no serviço público após a Emenda Constitucional 20, de 1998.

Pelo texto, se o homem tiver mais de 35 anos de contribuição; e a mulher, mais de 30, esse tempo pode ser somado à idade. O servidor terá direito a aposentadoria quando a soma der 95 para o homem ou 85 para a mulher.

Quadro 2 – Idade de contribuição

Idade	Tempo de contribuição	Fórmula
60 anos (homem)	35 anos	95
59 anos (homem)	36 anos	95
58 anos (homem)	37 anos	95
57 anos (homem)	38 anos	95
56 anos (homem)	39 anos	95
55 anos (homem)	40 anos	95
55 anos (mulher)	30 anos	85
54 anos (mulher)	31 anos	85
53 anos (mulher)	32 anos	85
52 anos (mulher)	33 anos	85
51 anos (mulher)	34 anos	85
50 anos (mulher)	35 anos	85

Segundo a regra atual, o servidor tem direito à aposentadoria voluntária se tiver 60 anos de idade e 35 anos de contribuição. Já para a servidora, é necessário ter 55 anos de idade e 30 anos de contribuição.

Para a deputada Andreia Zito, a proposta garante direitos e tratamentos isonômicos para os servidores públicos que ingressaram após a Emenda Constitucional 20.

1.5 A ATUAL VISÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE OS EFEITOS DA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA

Em 27 de novembro de 1997, o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Comunista do Brasil (PC do B) ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade do § 2º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho (ADIN1721). Foram ajuizadas novas ações de inconstitucionalidade (ADIN 1770), em face do § 1º, do artigo 453, da Consolidação das Leis do Trabalho, movidas pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), em 30 de janeiro de 1998.

No ano de 2006, ocorreu o julgamento definitivo das ações, concluiu o Supremo Tribunal Federal, que a lei infraconstitucional não poderia, sob pena de arripio de preceito constitucional, criar uma nova modalidade de término do contrato de trabalho sem indenização, não prevista constitucionalmente.

O Ministro Relator Brito (2003) entendeu que a aposentadoria voluntária acabaria sendo maléfica ao empregado, pois determinaria o fim instantâneo do contrato, desconsiderando a própria e eventual vontade do empregador de permanecer com seu empregado.

A primeira decisão liminar foi assim ementada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3.º DA MP N.º 1.596-14/97(CONVERTIDA NA LEI N.º 9.528/97), NA PARTE EM QUE INCLUIU § 2.º NO ART. 453DA CLT. ALEGADA OFENSA À CONSTITUIÇÃO. O direito à estabilidade no emprego cedeu lugar, com a Constituição de 1988 (art. 7.º, I), a uma proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, consistente em uma indenização compensatória, entre outros direitos, a serem estipulados em lei complementar. A eficácia do dispositivo não ficou condicionada à edição da referida lei, posto haver sido estabelecida, no art. 10 do ADCT, uma multa a ser aplicada de pronto até a promulgação do referido diploma normativo (art. 10 do ADCT), havendo-se de considerar arbitrária e sem justa causa, para tal efeito, toda despedida que não se fundar em falta grave ou em motivos técnicos ou de ordem econômico-financeira, a teor do disposto nos arts. 482 e 165 da CLT. O diploma normativo impugnado, todavia, ao dispor que a aposentadoria concedida a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço (aposentadoria proporcional por tempo de serviço) importa extinção do vínculo empregatício - efeito que o instituto até então não produzia -, na verdade, outra coisa não fez senão criar modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização, o que não poderia ter feito sem ofensa ao dispositivo constitucional sob enfoque. Presença dos requisitos de relevância do fundamento do pedido e da conveniência de pronta suspensão da eficácia do dispositivo impugnado. Cautelar deferida (STF - ADIn 1721-3, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJU de 11/04/2003).

Foi utilizado como argumento para o deferimento da liminar o fato de que a Constituição Federal considera devida a indenização do inciso I do artigo 7.º (40% do FGTS) na despedida arbitrária ou sem justa causa. Elucida ainda o Ministro Relator que o disposto no parágrafo 2º do artigo 453 da CLT, criou nova modalidade de despedida arbitrária ou sem justa (a aposentadoria espontânea como razão da extinção do contrato de trabalho), sem

indenização, o que não poderia ter feito sem ofensa ao disposto no aludido inciso I do artigo 7.º da Norma Maior, que assegura a aludida indenização ao trabalhador.

Já no que tange a ADIn 1.770, a ementa da liminar teve o seguinte teor:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1.º DO ARTIGO 453 DA CLT NA REDAÇÃO DADA PELO ARTIGO 3.º DA LEI 9.528, DE 10.12.97, E DO ARTIGO 11, "CAPUT" E PARÁGRAFOS, DA REFERIDA LEI. PEDIDO DE LIMINAR. No tocante ao artigo 11 da Lei 9.528/97, não é de conhecer-se a ação direta, porquanto, tratando de norma temporária cujos prazos nela fixados já se exauriram no curso deste processo, perdeu a referida ação o seu objeto. Quanto ao § 1.º do artigo 453 da CLT na redação dada pelo artigo 3.º da Lei 9.528/97, ocorre a relevância da fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade, bem como a conveniência da suspensão de sua eficácia pelas repercussões sociais decorrentes desse dispositivo legal. Pedido de liminar que se defere, para suspender, "ex nunc" e até decisão final, a eficácia do § 1.º do artigo 453 da CLT na redação que lhe deu o artigo 3.º da Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997 (STF -ADIn 1770 - 4, Relator Ministro Moreira Alves, DJU de 06/11/1998).

Na ADIN 1.770-4, o STF ao declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 453 da CLT, visualiza-se o fundamento de que a inconstitucionalidade do dispositivo legal em causa decorre do fato de que o mesmo pressupõe indiretamente que a aposentadoria espontânea do empregado extingue automaticamente o vínculo empregatício, o que viola os preceitos constitucionais relativos à proteção do trabalho e à garantia de percepção dos benefícios previdenciários, que por si só foi suficiente para se considerar relevante a necessidade de suspensão do dispositivo celetista diante dos prejuízos para os trabalhadores e das repercussões sociais decorrentes em tais situações.

Assim sendo, os §§ 1º e 2º do artigo 453 da CLT foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADINS 1770-4 e 1721-3 (julgamento de 11.10.06), respectivamente, gerando consequências de ordem jurídica e prática.

1.6 APOSENTADORIA E A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

No direito comparado, são encontradas legislações que consagram a cessação do contrato de trabalho pela aposentadoria do empregado, embora algumas delas não mencionem a possibilidade de o empregado continuar a trabalhar na empresa, na maioria dos países a aposentadoria é causa extintiva do contrato de trabalho, sendo que alguns países estabelecem mecanismos que estimulem a aposentadoria.

Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores dispõe que o contrato de trabalho se extinguirá com a aposentadoria do trabalhador. Em Portugal, a cessação automática do contrato de trabalho se dá como forma de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento, preocupação esta surgida com uma grave crise de desemprego. (MONTEIRO apud MARTINS, 2007). Na Argentina, quando o trabalhador passa requerer o benefício previdenciário pelo percentual máximo, o empregador é obrigado a manter o empregado pelo tempo máximo de um ano. Concedido o benefício ou vencido o prazo mencionado o contrato de trabalho fica extinto. A extinção do contrato em decorrência da aposentadoria também é verificada na Grã Bretanha, França, Bélgica, Alemanha e Itália. Porém, sabe-se que no Brasil a realidade é outra.

O benefício previdenciário que a princípio deveria ser tido como um prêmio àquele que trabalhou e contribuiu à Previdência Social durante sua vida, para que finalmente pudesse descansar e desfrutar de sua aposentadoria tornou-se um complemento econômico fundamental diante da dura realidade financeira em que vive o povo brasileiro.

A realidade social brasileira, marcada pela divisão de classes e crescente desigualdade econômica entre os cidadãos, exige que muitos trabalhadores permaneçam em seus empregos,

mesmos após se encontrarem aparados pelo benefício constitucional e previdenciário da aposentadoria, como forma de garantir seu sustento e de sua família. Motivo pelo qual, quando se analisa a questão da aposentadoria espontânea e seus efeitos no contrato de trabalho do brasileiro, deve-se levar em conta essa realidade, destacando que a discussão não é tão simples quanto possa parecer.

No entanto, há que se observar ainda uma nova realidade trazida à baila com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da aposentadoria espontânea não mais como causa de extinção do contrato de trabalho. Ou seja, as empresas, figurando como empregadoras, continuarão mantendo em seu quadro de empregados os aposentados, tendo em vista a possível consequência que surge, qual seja, a multa fundiária sobre todo o período laborado?

A resposta não se apresenta de forma simples.

Cumpra destacar o evidente ônus imposto ao empregador, resultante da soma dos períodos descontínuos de trabalho, fator este que pode ser altamente negativo ao reaproveitamento de empregados aposentados, porém aptos para o trabalho.

Contudo, não há que se negar que na realidade brasileira, a carência de mão-de-obra qualificada urge constantemente. Tampouco se nega que a necessidade dessa mão-de-obra, para o Governo, possa levá-lo a bom termo seu próprio desenvolvimento econômico e social.

Parece claro, no entanto, que facilitar o reaproveitamento de todo empregado qualificado ainda apto para trabalhar, embora já aposentado, atende não apenas aos interesses do próprio empregado, possibilitando-lhe elevação de sua renda, mas também da própria economia do país, com fortalecimento, inclusive do mercado interno.

Tendo em vista ainda o alto custo na formação de empregados qualificados, e a despeito dos esforços realizados pelo Governo para ampliar e facilitar essa formação, Melchíades Rodrigues Martins observa que “não pode o Brasil se dar ao luxo de marginalizar empregados qualificados”. (MARTINS, 2007, p. 21)

É necessário que se tenha a exata dimensão do conflito de interesses e suas repercussões nas esferas jurídicas, buscando sempre compatibilizá-los, posto que há dois interesses jurídicos dos mais relevantes que não se contrapõem, mas, ao contrário, podem e devem coexistir.

2 JULGAMENTO DAS ADINS 1.770 E 1.721

O Supremo Tribunal Federal - STF declarou, liminarmente, a Inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º da CLT e reconheceu explicitamente que a aposentadoria espontânea do trabalhador não constitui motivo para extinção do contrato de trabalho mantido com o seu empregador, quer seja ente público ou pessoa jurídica de direito privado (ADIns nºs 1.721 e 1.770).

A decisão liminar prolatada na ADIn 1.721 está assim ementada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3.º DA MP N.º 1.596-14/97 (CONVERTIDA NA LEI N.º 9.528/97), NA PARTE EM QUE INCLUIU § 2.º NO ART. 453 DA CLT. ALEGADA OFENSA À CONSTITUIÇÃO. O direito à estabilidade no emprego cedeu lugar, com a Constituição de 1988 (art. 7.º, I), a uma proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, consistente em uma indenização compensatória, entre outros direitos, a serem estipulados em lei complementar. A eficácia do dispositivo não ficou condicionada à edição da referida lei, posto haver sido estabelecida, no art. 10 do ADCT, uma multa a ser aplicada de pronto até a promulgação do referido diploma normativo (art. 10 do ADCT), havendo-se de considerar arbitrária e sem justa causa, para tal efeito, toda despedida que não se fundar em falta grave ou em motivos técnicos ou de ordem econômico-financeira, a teor do disposto nos arts. 482 e 165 da CLT. O diploma normativo impugnado, todavia, ao

dispor que a aposentadoria concedida a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço (aposentadoria proporcional por tempo de serviço) importa extinção do vínculo empregatício - efeito que o instituto até então não produzia -, na verdade, outra coisa não fez senão criar modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização, o que não poderia ter feito sem ofensa ao dispositivo constitucional sob enfoque. Presença dos requisitos de relevância do fundamento do pedido e da conveniência de pronta suspensão da eficácia do dispositivo impugnado. Cautelar deferida.

Como se vê, a decisão fundamenta-se no fato de que a Constituição Federal considera devida a indenização do inciso I do artigo 7º (40% do FGTS) na despedida arbitrária ou sem justa causa, considerada assim aquela que não se fundar em falta grave ou em motivos técnicos ou de ordem econômico-financeira, a teor dos artigos 482 e 165 da CLT. Esclarece, ainda, que o disposto no § 2º do artigo 453 da CLT criou nova modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa (a aposentadoria espontânea como razão da extinção do contrato de trabalho), sem indenização, o que não poderia ter feito sem ofensa ao aludido inciso I do artigo 7º da Norma Maior, que assegura a indenização ao trabalhador.

Na ADIn 1.770, a ementa da liminar tem o seguinte teor:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 453 DA CLT NA REDAÇÃO DADA PELO ARTIGO 3º DA LEI 9.528, DE 10.12.97, E DO ARTIGO 11, "CAPUT" E PARÁGRAFOS, DA REFERIDA LEI. PEDIDO DE LIMINAR. No tocante ao artigo 11 da Lei 9.528/97, não é de conhecer-se a ação direta, porquanto, tratando de norma temporária cujos prazos nela fixados já se exauriram no curso deste processo, perdeu a referida ação o seu objeto. Quanto ao § 1º do artigo 453 da CLT na redação dada pelo artigo 3º da Lei 9.528/97, ocorre a relevância da fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade, bem como a conveniência da suspensão de sua eficácia pelas repercussões sociais decorrentes desse dispositivo legal. Pedido de liminar que se defere, para suspender, "ex nunc" e até decisão final, a eficácia do § 1º do artigo 453 da CLT na redação que lhe deu o artigo 3º da Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997.

Nessa ação, ocorreu a suspensão do § 1º do artigo 453 da CLT sob o fundamento de que a inconstitucionalidade do dispositivo legal em causa decorre, primeiro, por estabelecer como regra a cumulação vedada de remuneração de aposentadoria e salário ao empregado da empresa pública e sociedade de economia mista, em violação ao art. 37, XVI e XVII da CF/88.

A Corte Suprema tem sustentado o entendimento de que a vedação de cumulação de vencimentos e proventos imposta aos servidores públicos também se aplica aos empregados das empresas públicas e sociedade de economia mista, salvo exceções expressas nos incisos do art. 37, XVI da Carta Magna.

O segundo fundamento para a suspensão do § 1º consiste no fato de que o mesmo pressupõe indiretamente que a aposentadoria espontânea do empregado extingue automaticamente o vínculo empregatício, o que violaria os preceitos constitucionais relativos à proteção do trabalho (art. 193 da CF), que tem como corolário o princípio da irrenunciabilidade ao direito ao trabalho e continuidade do trabalho e à garantia de percepção dos benefícios previdenciários.

Referida liminar foi confirmada pelo STF por decisão definitiva, com base nos mesmos fundamentos da decisão liminar, nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO-CONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei 9.528/1997, que dá nova redação ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT -, prevendo a possibilidade de readmissão de

empregado de empresa pública e sociedade de economia mista aposentado espontaneamente. Art. 11 da mesma lei, que estabelece regra de transição. Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade na parte que impugna dispositivos cujos efeitos já se exauriram no tempo, no caso, o art. 11 e parágrafos. É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos - vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal -, quer porque se funda na ideia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício. Pedido não conhecido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997. Ação conhecida quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade.

O Ministro Marco Aurélio, ao votar pela procedência da referida ADIn em menor extensão, defendeu a razoabilidade do dispositivo impugnado, tendo em conta a situação concreta do mercado de trabalho, desequilibrado pela oferta excessiva de mão-de-obra e escassez de emprego, quanto da previdência social, que segundo fez constar seria agravada pela assunção de aposentadorias precoces.

Em face das decisões proferidas pelo STF declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento realizado aos 25/10/06, cancelou a Orientação Jurisprudencial 177, que dispunha sobre a extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea.

Segundo notícia publicada no sítio do TST, optou-se pelo cancelamento puro e simples da orientação jurisprudencial, sem tomada de posição quanto ao mérito, que dependerá no caso concreto do entendimento a ser dado à questão por cada um dos ministros, motivo pelo qual a jurisprudência deve variar até se encontrar novamente um denominador comum.

Portanto, se a aposentadoria espontânea não extingue automaticamente o contrato de trabalho, como reconhece o STF, é devida a indenização dos 40% do FGTS e, no caso de despedida de servidor público após a aposentadoria, as verbas rescisórias, porque não há obrigatoriedade de se fazer novo concurso público.

A 3ª Turma de juízes do TRT de Minas proferiu, em julgamento recente de recurso ordinário, decisão adotando a jurisprudência do STF e deferindo o pagamento da multa rescisória integral a uma ex-servidora pública em regime celetista que continuou trabalhando após a obtenção da aposentadoria espontânea.

2.1 SERVIDOR PÚBLICO. REGIME CELETISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. MULTA RESCISÓRIA.

O art. 7º, I, da Constituição Federal assegura o pagamento de indenização compensatória pelo término do contrato pela dispensa arbitrária, sendo que tal valor, até o advento de lei complementar, se resume na multa de 40% do FGTS (ADCT, art. 10, I). Assim, a concessão de aposentadoria ao trabalhador, com a continuidade da prestação de serviços, sem o pagamento da indenização compensatória, não acarreta a extinção do vínculo de emprego, sendo devida a multa dos 40% do FGTS calculada com base em todo o período de duração do vínculo de emprego. Precedentes do Col. STF.

Pelo teor da decisão, quando há continuidade da prestação de serviços após a aposentadoria espontânea, o vínculo empregatício não se rompe, sendo devida a multa de 40% sobre o saldo do FGTS, que deverá ser calculada com base em todo o período de duração do contrato de trabalho.

2.2 APLICAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AOS JULGADOS

No dia 29 de junho de 2007 foi Publicado no Diário de Justiça , o acórdão da ADI 1.721-3-DF recebeu a seguinte ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596- 4/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AOARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFOPARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃODA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Já o segundo acórdão foi publicado no Diário de Justiça do dia 01/12/2006 com a seguinte ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO CONHECIMENTO. Na primeira ADI, foram requerentes o Partido dos Trabalhadores - PT e o Partido Comunista do Brasil – PC do B, tendo se apresentado como interessado na inconstitucionalidade a Federação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Correios e Telégrafos e Similares - FENTECT. Na segunda ADI 1.770-4/DF foram requerentes o Partido Democrático Trabalhista - PDT e o Partido Comunista do Brasil - PC do B, não tendo se apresentado como amicus curie nenhuma entidade sindical ou organização de aposentados. O julgamento final das duas ADIs ocorreu na sessão plenária de 11.10.2006, sob a presidência da Ministra Ellen Gracie, e estando presentes à sessão os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandovski e Marco Aurélio de Mello, sendo que este ministro foi vencido nas duas ações, na ADI 1.770-4, em parte, pois dava procedência em menor extensão ao pedido, e na ADI 1.721-3, porque a julgava improcedente. É digno de registro que em ambas as ações o Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral da República, opinou pela constitucionalidade dos dispositivos e improcedência do pedido das ações, sustentando que a aposentadoria extinguiria o contrato de trabalho. Por fim, destacamos a decisão do STF proferida no RE 463.629 (RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA TRABALHISTA. ART. 453 DA CLT. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ao Art. 453 da CLT, segundo a qual a aposentadoria espontânea do empregado importa na ruptura do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 177 da SDI-1), viola o postulado constitucional que veda a despedida arbitrária, consagrado no Art. 7º, I, da Constituição Federal. 2. Precedentes: ADI 1.721-MC, ADI 1.770-MC e RE 449.420. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido). Diante das decisões do Supremo Tribunal Federal, o TST cancelou a Orientação Jurisprudencial 177 da SDI, que afirmava ser a aposentadoria voluntária por tempo de serviço modalidade de extinção contratual (ainda que mantida na realidade a relação de emprego), sendo inviável considerar a integralidade do tempo de serviço para fins de apuração da base de cálculo para cálculo da indenização pela despedida sem justa causa (40% do FGTS).

Faz-se importante destacar, nesse instante, o raciocínio de Melo, no sentido de que a aposentadoria voluntária, como causa de extinção do contrato de trabalho, finda por caracterizar duas relevantes consequências, uma para o empregado da iniciativa privada e outro para o empregado público:

Para o primeiro, é a inexistência da indenização de 40% do FGTS, assegurada na Constituição Federal (arts. 7º, inciso I e 10, inciso I, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias). Na segunda hipótese, além da perda da indenização mencionada, a permanência do obreiro no emprego, como servidor público, depende de novo concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II e § 2º da Constituição Federal brasileira. (MELO)

Contudo, de acordo com o mencionado jurista, ambas as situações caracterizam hipóteses injustas aos trabalhadores, seja por lhes tolher um direito à indenização previsto constitucionalmente (art. 7º, inciso I, da CF/88), seja por impossibilitar a continuação do trabalho, com as mesmas garantias anteriormente havidas (princípio da continuidade do contrato de trabalho).

Ressalte-se, nesse ponto, que o empregado público que continuasse no emprego após sua aposentadoria, sem se submeter a concurso público, não teria direito sequer às verbas rescisórias devidas, por restar caracterizado um contrato nulo, em desobediência ao comando inserto no art. 37, II, §2º, da CF/88 (Súmula nº 363, do TST).

A esfera da discussão se volta para a posição de que há, de fato, uma rescisão do contrato de trabalho. Pode-se dizer, basicamente, que tanto a corrente doutrinária quanto a jurisprudencial que apregoam ser a aposentadoria causa de extinção do contrato de trabalho se valem de uma interpretação literal do art. 453 e seus parágrafos da CLT, posto que o aludido dispositivo legal é expresso em determinar que não se computam os períodos contínuos de contrato de trabalho nos casos de aposentadoria espontânea ou voluntária.

Seguindo a diretriz de Nascimento (2004, p. 705), “A extinção do contrato é resultado exatamente da iniciativa da vontade do trabalhador. Este, e não a empresa, é que está pleiteando, por aposentadoria, o fim do vínculo”.

Corroborar com tal entendimento o juiz aposentado do TRT/15ª Região, Ferrarri (2007), ao comparar a aposentadoria espontânea a um pedido de demissão, em que não há um contrato uno visto que os períodos antes e após a aposentadoria foram separados por uma extinção válida, proveniente da aposentadoria espontânea, ao gerar efeitos próprios, e também receber os depósitos do FGTS, sem, é claro, a multa de 40% porque não houve dispensa por parte do empregador, mas sim uma jubilação voluntária pelo empregado.

Também entende o Ministro Ives Gandra Martins Filho, em decisão publicada em 29.09.06, que “o empregado aposentado voluntariamente, que permanece no emprego, não tem direito à multa de 40% sobre os depósitos do FGTS em relação ao período anterior a jubilação, quando posteriormente dispensado sem justa causa” (apud FERRARI, 2007).

O posicionamento de Kiyoshi Harada (2008, p.4) acrescenta que o STF ao decidir as ADI's, interferiu diretamente no direito à livre contratação, decorrente do regime de livre iniciativa, o qual é acolhido pela Carta Magna, acarretando, pois:

[...] transtornos financeiros para muitas empresas que tiverem que enfrentar as reclamações trabalhista movidas por aposentados voluntariamente.

Além disso, o STF:

[...] força a readmissão do empregado que se aposentou voluntariamente, sob pena de o empregador ter que efetuar o pagamento todos os direitos trabalhistas, inclusive, a multa do FGTS, como se tratasse de uma despedida injusta (ANO, PAGINA).

Seguindo o pensamento do ilustre Min. Süssekind (*apud* MARTINS, M., 2007), é notória a carência de mão-de-obra qualificada no Brasil. É, de fato, interesse do empregador e da economia do país, para elevação de renda, reaproveitar o empregado qualificado que ainda está apto para o trabalho, embora esteja aposentado. No entanto, o ônus injustificável que é aplicado ao empregador ao somar os períodos é fator negativo para reaproveitar os empregados aposentados, mesmo que aptos para o trabalho.

Para Nascimento (*apud* MUSSI, 2006), a lei tem por fim precípua beneficiar o aposentado. No entanto, a perspectiva analisada para revogar os §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT pelas ADI's é prejudicial ao próprio empregado tendo em vista que se tiver que somar o período anterior à aposentadoria e o subsequente, isso acarretará ônus demasiado no futuro para o empregador, que por este fato poderá optar em demitir o empregado assim que requerer sua aposentadoria. Cumpre destacar a situação que fica imposta ao empregador: haverá

necessariamente uma dispensa futura e, portanto, incidirá a multa de 40% do FGTS, visto que o aposentado não receberá uma segunda aposentadoria e só sairá da empresa se for despedido.

Lembra Mussi (2006), que a multa sobre o FGTS foi criada a fim de proteger o empregado da dispensa sem justa causa, sendo tal montante a finalidade de amparo na situação de desemprego. Com isso, vê-se que tal multa foi inserida por motivo diverso, e o aposentado em questão não estará desempregado, mas suportado por uma aposentadoria pelo INSS, não havendo por que ter aplicação nesta hipótese. Restarão as seguintes opções ao empregador: esperar que o trabalhador faleça, para não arcar com a multa; dispensar o empregado tão logo este se aposente, para que a multa não seja tão dispendiosa; ou continuar com a prestação do serviço posterior à aposentadoria, consciente de que terá que pagar alta indenização. Assim, impor tal ônus ao empregador irá ameaçar diretamente a continuação do empregado no trabalho, até porque desse modo não haverá equilíbrio contratual, inculcando prejuízo além do esperado e necessário para o empregador.

Para o ilustre Sussekind (2006), ministro aposentado do TST, (*apud* JÚNIOR, 2006, p. 198):

(...) a opção que a Lei n.º 8213/91 assegurou ao trabalhador quanto ao modo de se aposentar, produz efeitos circunscritos ao procedimento previdenciário. Não há desbordamento desse campo para produzir efeitos sobre a forma de cessação do contrato de trabalho. Única diferença que daí decorre concerne a possibilidade do trabalhador, aposentado, permanecer em serviço. O desligamento posterior se processará considerando apenas o período relativo ao prosseguimento do vínculo, eis que o período anterior à jubilação encontra-se compreendido na extinção do contrato de trabalho, consumada quando deferida a aposentadoria.

No mesmo sentido, ainda, Nascimento (*apud* HORVATH JÚNIOR, 2006) disciplina que não se deve confundir a continuidade na empresa após a aposentadoria com a continuidade do contrato de trabalho. No caso, o aposentado somente está autorizado por lei a continuar trabalhando. Não há para tanto, previsão legal expressa de que haverá continuidade do contrato de trabalho.

Segundo o entendimento da Juíza Petinati (*apud* FERRARI, 2007), do TRT 2ª Região, a qual acredita que só por ter sido cancelada a jurisprudência firmada no sentido de que a concessão da aposentadoria é causa extintiva do contrato de trabalho, não se deduz, automaticamente, que o entendimento contrário é o correto, mesmo antes de se firmar outra norma, sob pena de se ferir o princípio da legalidade. Completa ainda que, “conceder ao empregado o direito à multa de 40% do FGTS sem considerar o ato de aposentação é, antes, favorecer-lhe o enriquecimento sem causa [...]”

Além disso, ela acredita que considerar o período anterior somente para computar a multa rescisória é uma forma de punir injustamente o empregador, além de incitá-lo à demissão do trabalhador, causando ainda mais prejuízo a este.

Indicamos as decisões dos Tribunais Especializados, principalmente do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, para dar sustentação ao entendimento exposto.

Aposentadoria - Continuidade do Vínculo Empregatício - Multa de 40% do FGTS - Base de Cálculo. Ainda que se passe ao largo da espinhosa questão da extinção ou não do vínculo empregatício, em vista do contraponto que se estabelece entre a dicção do art. 453 consolidado e a do art. 49, I, B, da Lei u. 213/91, impõe-se a conclusão de que a multa rescisória por dispensa imotivada só alcança os depósitos posteriores à aposentação. E isso por uma razão muito simples: o § 1º do art. 18 da Lei 8.036/90, ao dispor que os 40% a serem pagos aos empregados despedidos sem justa causa alcançariam a totalidade dos depósitos efetuados em sua conta vinculada, desprezados eventuais saques, o fez sem considerar, porque ainda inexistente, a hipótese de aposentadoria espontânea sem jubilação, isto é, aquela em que não cessa a relação de empregatícia. Em caso de aposentadoria espontânea por tempo de serviço, prevê a Lei do FGTS que os depósitos existentes na conta vinculada poderão ser

levantados sem nenhum ônus para o empregador. Essa desoneração do empregador numa situação que tal, não deixou de prevalecer em face do advento da possibilidade de continuidade do vínculo após a concessão da aposentadoria espontaneamente requerida pelo trabalhador. A ressalva no final do sobredito art. 453 da CLT continua atual, perfeitamente válida, ao estabelecer que o tempo de serviço anterior à aposentadoria espontânea não será tomado em consideração. Note-se que, como já sinalizado linhas acima, o parágrafo 1º do art. 18 da Lei 8.036 há de ser interpretado dentro do sistema em que inserto, sistema esse no qual vamos encontrar o citado art. 453 da CLT, com sua ressalva final e não o art. 49 da lei 8.213/91, que lhe é posterior. Dado que o advento deste, por pertencer a ramo distinto, não implica a revogação daquele, cumpre concluir que, do ponto de vista obrigacional trabalhista, não houve alteração na sistemática de estabelecimento da base de cálculo do percentual de 40% a ser pago ao empregado despedido sem justo motivo. Tendo havido a aposentação espontânea, essa base de incidência consiste apenas no período posterior à aposentadoria. (5ª T., Rel. Márcio Ribeiro do Vale, DJ/MG. de 05.06.97, RO-19529/96)"

A respeito da aposentadoria voluntária por tempo de serviço não significar o término da vida produtiva do indivíduo, é preciso que seja destacada a análise realizada pela Professora Nazaré Nassar: apesar das grandes discussões políticas e econômicas sobre a aposentadoria por tempo de serviço:

[...] mister reconhecer, não se revestir, esta modalidade de aposentadoria, em nosso ordenamento legal, do sentido etimológico de recolher-se aos aposentos, de retirar-se da vida laborativa. Não quer dizer que a pessoa tenha alcançado o limite de sua capacidade produtiva, de sua energia para o trabalho. O esgotamento das forças físicas e mentais do empregado não constitui requisito à sua obtenção. Para conquistar o direito de receber o benefício da aposentadoria basta o recolhimento de certo número de contribuições compulsórias e o cumprimento de um período de carência (AUTOR, ANO E PG).

Segunda a orientação jurisprudencial citada abaixo a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, e se o trabalhador continuar prestando serviço após a jubilação, e for ocasionado a sua dispensa sem justa causa o empregado terá direito a multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N.361. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO. A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

3 EFEITOS DA APOSENTADORIA NO CONTRATO DE TRABALHO (CONTINUIDADE DO VÍNCULO E FGTS)

A realidade atual da sociedade brasileira é caracterizada por uma divisão de classes e uma avassaladora desigualdade econômica, em que se torna essencial a permanência do trabalhador no emprego, mesmo após receber seu benefício de aposentadoria.

Havendo convergência de vontades entre empregador e trabalhador há a continuidade do vínculo empregatício, após o evento aposentadoria, a consequência jurídica imediata que daí decorre é a unicidade da relação jurídica laboral, tendo o empregado direito às verbas trabalhistas integrais, se, e quando houver superveniente ruptura do contrato de trabalho sem justa causa.

Situação diferente acontece quando o empregador, ciente da aposentadoria requerida pelo empregado e no seu próprio interesse, faz cessar de imediato o relacionamento empregatício, não se interessando pela sua permanência em serviço.

Não havendo prestação de trabalho após o evento aposentadoria, ou mesmo quando o trabalhador só permanece no emprego o tempo necessário ao processamento previdenciário de seu pedido de aposentadoria, o motivo da ruptura contratual é o próprio evento da jubilação, o qual norteará lógica e inexoravelmente quais serão os direitos trabalhistas conquistados pelo trabalhador.

Nesta hipótese, há previsão legal de levantamento do FGTS sem o adicional de 40% e a desnecessidade de pagamento de aviso prévio por parte do empregador, subsistindo as demais obrigações reparatórias calcadas na rescisão contratual sem culpa do empresário.

Observa-se, no entanto, que as Turmas do TST vêm adotando diferentes posicionamentos. A Quarta Turma, em julgamento (RR 616084/1999) decidiu com base na Lei n. 5.107/66 (que instituiu o FGTS) que, ainda que o contrato seja único, a multa de 40% só incide sobre os depósitos efetuados após a aposentadoria. A Primeira, Segunda, Terceira e Quinta Turmas, em situações semelhantes, julgaram no sentido de que a multa deve ser calculada com base no total dos depósitos do FGTS. (MARTINS, 2007, p. 21)

Estas diferentes interpretações, gradualmente, irão chegar à seção Especializada em Dissídios Individuais I, na forma de embargos em recurso de revista (recurso contra decisões de Turmas com decisões divergentes entre elas). Caberá, portanto, à SDI-I, conforme suas atribuições definidas no Regimento Interno do TST, julgar esses embargos.

Contudo, a verdade é que a SDI-I já julgou um outro caso, e, se posicionou (com votos divergentes) no sentido de que a aposentadoria não rescinde o contrato de trabalho (RR-666.618/2000).

Observa-se ainda que há que se levar em conta que o artigo 453 da CLT que trata do tempo de serviço do empregado readmitido e que recebeu acréscimo da Lei nº 6.204/75, deve ser interpretado levando-se em consideração o momento histórico no qual a lei foi editada. À época, havia divergência doutrinária e jurisprudencial sobre se, havendo readmissão, o empregado tinha ou não direito a computar em seu tempo de serviço o período que antecedeu a aposentadoria. Contudo, a questão perdeu atualidade por força da Constituição de 1988, que suprimiu a indenização por tempo de serviço e a estabilidade.

Quando o artigo 453 da CLT foi alterado, na vigência da Lei nº 6.950/81 (que fixou novo limite máximo do salário-de-contribuição), o desligamento do empregado era condição *sine qua non* para a obtenção da aposentadoria. Já sob a vigência da Lei nº 8.213/91 (que dispôs sobre Planos de Benefícios da Previdência Social), a aposentadoria não constitui causa para o fim do vínculo contratual.

Diante disso, como não ocorre a rescisão do contrato de trabalho por força da aposentadoria, o empregado conserva o direito de receber a multa de 40% sobre todos os depósitos do FGTS, abrangendo os efetivados antes e depois da aposentadoria.

Outrossim, somente quando o empregador, tácita ou expressamente, anui com a prorrogação do contrato de trabalho após o evento aposentadoria espontânea é que surge o espaço jurídico para a discussão da unicidade contratual do vínculo empregatício e o posterior pagamento de verbas rescisórias integrais em caso de eventual ruptura do contrato de trabalho por denúncia vazia perpetrada pelo empregador. (CARMO, 2006, p.957)

Resta saber, diante da atual situação, se os aposentados voluntariamente continuarão ou não trabalhando na mesma empresa, por conta que o empregador poderá encarar esta nova situação como um risco empresarial de, dando continuidade ao vínculo, ter futuramente que pagar ao empregado, na hipótese de demissão sem justa causa, uma razoável soma por conta da multa sobre o valor do FGTS, que incidirá levando-se em consideração todo o período trabalhado na empresa.

O juiz ao aplicar a lei deve atender aos fins sociais a qual se dirige e às exigências do bem comum. Sendo assim, considerando que a aposentadoria espontânea, na realidade brasileira, não raras vezes não proporciona condições para que o trabalhador passe para a

inatividade de forma estável financeiramente, precisando continuar trabalhando para prover seu sustento, pode ocorrer de as empresas não se sentirem mais favorecidas com a continuidade do aposentado na sua labuta normal.

Sendo assim, têm-se duas questões. A primeira, onde efetivamente foi dada interpretação em consonância com o texto da Constituição Federal, que definitivamente protege o empregado contra demissão desmotivada, e, a outra, em se saber se empregados aposentados irão conseguir efetivamente continuar trabalhando na mesma empresa que por décadas laborou. Não deve ser esquecido que nenhum outro lugar o aposentado será mais bem recebido que na empresa onde trabalhava. Diante dos pequenos valores pagos pela previdência social e tendo ele necessidade de continuar trabalhando, esta justa decisão poderá contribuir para a sua não permanência na empresa onde trabalhava, após a sua aposentadoria.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou de um estudo das implicações inerentes à aposentadoria do empregado por tempo de contribuição, no que concerne à extinção do respectivo contrato de trabalho. Até a promulgação da Lei 8.213/1991, a concessão da aposentadoria espontânea dava origem à terminação inexorável do pacto laboral. Entretanto, a referida lei deixou de exigir a prova do desligamento do emprego para que o trabalhador obtivesse aquele benefício, suscitando dúvida quanto à ocorrência, ou não, da ruptura do vínculo empregatício. Inicialmente, a doutrina e a jurisprudência permaneceram fiéis ao entendimento de que a concessão da aposentadoria importava na automática extinção do contrato de trabalho. Essa tese foi consagrada pela Lei 9.528/1997, que alterou a redação do art. 453 da CLT, acrescentando-lhe os §§ 1º e 2º, e pela Orientação Jurisprudencial 177 do TST, daí resultando, entre outros efeitos: a exigência da aprovação em concurso público para que o servidor aposentado fosse readmitido ou permanecesse no cargo anteriormente ocupado; a perda do direito à indenização compensatória de 40% do FGTS, etc. Ocorre, todavia, que, em 11.10.2006, a Lei 9.528/1997 veio a ser declarada inconstitucional pelo STF, o que determinou o cancelamento, em 25.10.2006, da OJ 177 do TST, passando a prevalecer, desde então, a diretriz segundo a qual a aposentadoria não extingue o contrato de trabalho, mantendo este sua vigência normal ante a continuidade da prestação de serviços, pelo empregado, ao mesmo empregador.

Não obstante, a corrente que vislumbra na concessão da aposentadoria espontânea causa de extinção do contrato de trabalho reafirma sua posição, com suporte na parte final do art. 453, caput, da CLT, que exclui do tempo de serviço daquele que toma a iniciativa de se aposentar os períodos anteriormente trabalhados na empresa. Mas essa posição é insustentável, muito embora o TST venha proferindo decisões conflitantes a respeito do assunto.

Através do presente estudo, percebe-se que, apesar de certa forma estar predominante um entendimento jurisprudencial, ainda não é pacífica as controvérsias se há ou não extinção do vínculo empregatício, e, conseqüentemente, a aplicação da multa de 40% sobre a totalidade dos depósitos de FGTS caso haja continuidade da prestação de serviços ao empregador.

Essa unicidade contratual pode ser justificada pelos princípios constitucionais da proteção do trabalho e à garantia de percepção dos benefícios previdenciários, e pelos princípios trabalhistas da primazia da realidade e o da continuidade da relação de emprego. O argumento elementar é que ocorrem duas relações distintas, uma entre o empregado e o empregador, e outra diversa entre o segurado e o órgão do INSS. Além disso, será este que irá arcar com as despesas do benefício e não o empregador. Outro ponto é que, já que o contrato

é uno, não que se falar em readmissão, devendo inclusive incidir sobre todo o período de trabalho a multa de 40% de FGTS no caso de uma dispensa sem justa causa posteriormente.

Ainda sob a ótica de uma relação de emprego contínua, é destacado o art. 49 da Lei 8213/91 em que o desligamento do emprego deixou de ser um requisito para obter seu benefício. Nosso sistema, inclusive, não veda a continuidade de prestação de serviços após a aposentadoria espontânea sendo, portanto, permitida. Por fim, não há proibição de acumular benefício de aposentadoria e sua remuneração do trabalho, e grande parte das pessoas, ao auferir a aposentadoria não quer abdicar de seu salário.

A expectativa de todo trabalhador é, por ocasião de sua aposentadoria, descansar e usufruir dos anos de ócio. Todavia, a perda do poder aquisitivo e o reajustamento diferenciado dos aposentados frente aos trabalhadores ativos, dentre outros fatores, levam muitos trabalhadores a retornarem ao mercado de trabalho ou, em muitos casos, a sequer dele se afastar.

Por outro lado, para quem entenda ser a posição mais correta haver a rescisão contratual, sua fundamentação se dá por a aposentadoria voluntária constituir uma iniciativa da vontade do trabalhador, em que haverá uma separação dos contratos mediante uma extinção válida, proveniente da aposentadoria. Por isso, serão considerados dois contratos, um antes e outro após a aposentadoria espontânea, e, com a continuidade da prestação de serviços e uma ulterior dispensa sem justa causa, será apenas considerado para efeito da multa de 40% do FGTS o período após a aposentadoria. Consoante, haverá uma readmissão do empregado, pois se extinguiu o contrato original e deu origem a um novo.

Este entendimento privilegia o empregador, pois caso fosse um período único, seria demasiadamente oneroso o empregador arcar com as posteriores despesas de uma demissão sem justa causa. Dentre outros fundamentos, tem-se o de que o FGTS foi criado para o empregado desempregado que fosse despedido sem justa causa, e, no caso, ele não estará mais sem nenhuma fonte de renda; a exigência de não desligamento do emprego no art. 49 da Lei 8213/91 é com a finalidade de desburocratizar o procedimento da aposentadoria; e, finalmente, ainda pode se encontrar fundamentos nos princípios da legalidade e no princípio da seletividade e distributividade dos benefícios, aludindo à obrigatoriedade do desligamento do emprego.

Por todo o exposto, de tempos em tempos, varia-se o pensamento e a forma de interpretação, prevalecendo-se uma das correntes. Mas restou bem evidente que a posição atual é a de que não há uma ruptura do contrato de trabalho, devendo-se, outrossim, aplicar a multa de 40% sobre todo o período dos depósitos de FGTS.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. ALMEIDA Fabiano de, **O Efeito Extintivo da Aposentadoria Voluntária Sobre o Contrato de Trabalho Como Medida de Efetividade de Direitos Constitucionais Fundamentais** (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia universidade Católica de São Paulo.
02. BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. **Aposentadoria e Contrato de Trabalho: Atualidades e Reflexos decorrentes da Jurisprudência do STF**. RDT, v. 13, n. 01, p. 19-22, jan. 2007.
03. BRASIL, **LEI Nº 3.807, DE 26 DE AGOSTO DE 1960**.
04. _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2015.

05. ____ **Decreto-Lei n.º. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2015.
06. ____ **Lei n.º. 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2015.
07. ____ **Lei n.º. 9.528**, de 10 de dezembro de 1997. Altera os dispositivos de leis acrescentando §§ ao art. 453 da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2015.
08. ____ **Supremo Tribunal Federal**. Direito do Trabalho. Suspensão da vigência do art. 453, § 2º, da CLT. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1721/1997. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Comunista do Brasil (PC do B). Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 11 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 de maio de 2015.
09. ____ **Supremo Tribunal Federal**. Direito do Trabalho. Suspensão da vigência do art. 453, § 1º, da CLT. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1770/1998. Requerentes: Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Comunista do Brasil (PC do B). Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 11 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.
10. CARMO, Julio Bernardo do. Aposentadoria espontânea e contrato de trabalho. **Revista LTr**. 70-08, v. 70, n. 08, p. 957, ago. 2006.
11. CARRION, Valentin (1998), **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo, Saraiva, 24ª ed.
12. CATHARINO, José Martins. **Direito do trabalho**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2007.
13. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007.
14. FERNANDES JUNIOR, Raimundo Itamar Lemos. A Inconstitucionalidade da Regra. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA**. v. 1, n. 2, p. 123-130, nov. 2006.
15. FERRARI, Irany. A aposentadoria espontânea do empregado é causa de rescisão de seu contrato de trabalho? **Revista LTr**. 71-07, v. 71, n. 07, jul.2007.
16. HALPERN, Jairo. FGTS, Multa de 40% e cancelamento da OJ n. 177 da SDI-1 do TST – Uma abordagem cotidiana do Direito do trabalho e das relações sociais e institucionais – Uma breve visão opinativa. **Revista LTr**. 71-07. vol. 71, n. 06, junho de 2007. P. 726.
17. JACINTO, Roque (1989), **Dicionário de Rotinas Trabalhista**. São Paulo, Fol.
18. KALUME, Pedro Alcântara (1995), Os efeitos da Aposentadoria no Contrato de Trabalho. In: **Revista LTr.**, nº 9, 1995, São Paulo, LTr., setembro/95.
19. LEITE, Geraldo Magela (1993), Aposentadoria Espontânea e Extinção do Contrato de Trabalho. In: **Revista LTr.**, nº 9, 1993, São Paulo, LTr., setembro/93.
20. MAGANO, Octávio Bueno (1993), Aposentadoria e Extinção do Contrato de Trabalho. In: **Revista LTr.**, nº 9, ano, São Paulo, LTr., setembro/93.

21. MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à Lei Básica da Previdência Social**. Vol. II, Editora LTr, S. Paulo, 1992. p. 184.
22. MARTINS, Melchíades Rodrigues. Aposentadoria e extinção do contrato de trabalho. **Revista LTr**. 71-01. Vol. 71, n. 01, Janeiro de 2007. p. 21.
23. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
24. MUSSI Cristiane Miziara, **Os efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho**, São Paulo: LTr, 2008, p.161.
25. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Pareceres de Direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, 1993, p 48.
26. _____. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
27. OLIVEIRA Antonio Carlos de, **Os efeitos das aposentadorias no contrato de trabalho RPS**, ano XX, junho 96, 187/472.
28. REBELO, Fabricio. **Aposentadoria espontânea x contrato de trabalho**. O mito da rescisão. Jus Navigandi, Teresina, v. 5, n. 49, fev. 2001.
29. ROORTELLA, Luiz Carlos Amorim (1995), Aposentadoria e Contrato de Trabalho. In: **Revista LTr.**, nº 7, 1995, São Paulo, LTr., julho/95.
30. ROMITA, Arion Sayão. **Revista LTr**. Vol 60-08. Junho de 2007. p. 1051
31. SOUZA, Neomésio José de. Aposentadoria e contrato de trabalho. **RPS**. Ano XXI, outubro de 1997, 203/983,
32. SÜSSEKIND, Arnaldo (1993) et alii, Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo, LTr., 13ª ed. _____, (ano), Aposentadoria Definitiva. Repercussão no Contrato de Trabalho. In: **Pareceres – Direito do Trabalho e Previdência Social**, São Paulo, LTr..
33. TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito previdenciário social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
34. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de (1994), **Direito e Processo do Trabalho**. Belo Horizonte, Del Rey. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10670>>. Acesso em: 29. nov. 2007.
35. ZANGRANDO Carlos Henrique as Silva. Aposentadoria e contrato de trabalho. In: **RPS**, Ano XXVI, Fevereiro 202, 255/111-22.

O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO COMO CONDIÇÃO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Gilmar Steffens
Alessandro Rogério Gobbi

RESUMO - O presente trabalho pretende provocar o debate sobre o prévio requerimento administrativo como condição para a propositura da ação previdenciária, almejando conhecer o contexto histórico do Instituto Nacional de Seguridade Social, e evidenciar as situações políticas, sociais e econômicas que se apresentam inseridas dos Direitos Fundamentais. Para elucidar tal tema utilizou-se dos pressupostos teóricos de autores como Castro & Lazzari (2014), Martinez (2011), Moraes (2011), Uchôa (2008) e Ribeiro (2012), dentre outros nomes importantes que fazem parte dessa literatura. Por fim, apontar as alternativas que justifiquem a possibilidade do Prévio Requerimento Administrativo e sua relação com a garantia dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: ação previdenciária, prévio requerimento administrativo, interesse de agir.

ABSTRACT - This paper aims to provoke debate on the prior administrative requirement as a condition for the bringing of social security action, aiming to know the historical context of the National Social Security Institute, the historical context of the National Institute of Social Security and Evidence the political situation, social and economic that have inserted for Fundamental Rights. To elucidate this issue we used the theoretical assumptions of authors such as Castro & Lazzari (2014), Martinez (2011), Moraes (2011), Uchôa (2008) and Ribeiro (2012), among other important names that are part of this literature. Finally, point out alternatives to justify the possibility of Prior Administrative Requirements and their relationship with the guarantee of fundamental rights.

Keywords: social security action, prior administrative application, interest to act.

INTRODUÇÃO - Durante o desenvolvimento do curso de Direito, sempre existiu interesse pela área do Direito Previdenciário, pois minhas atividades profissionais estão diretamente ligadas a este Direito, e como almejo consolidar uma carreira pautada pela competência, dinamismo, capacidade crítica, reflexiva e disposição de um conhecimento sólido e fundamentado resolvi buscar na realização desta pesquisa a oportunidade que este conhecimento pode me proporcionar.

Buscarei aprofundar-me nas questões previdenciárias, iniciando pelo conhecimento histórico do Instituto Nacional de Seguridade Social, analisando a evolução num contexto geral, tentando entender as diversas fases que este importante órgão passou no decorrer dos tempos, os caminhos percorridos até os dias de hoje.

Espero no transcurso dos estudos apresentar estes fatos e consequências que fizeram o órgão manter-se atuando de forma ímpar nas prestações de um serviço social ao povo, mesmo com todas as dificuldades que por certeza o órgão enfrentou.

Então, neste primeiro momento, buscaremos traçar um perfil histórico do contexto e da realidade que delineiam o sistema Previdenciário Brasileiro para então compreendermos as raízes que caracterizam esta importante Instituição Brasileira.

Wladimir Novaes Martinez destaca que o conceito de Previdência Social no Brasil originou-se em 1923, mediante a Lei Eloy Marcondes de Miranda Chaves.

Neste contexto, o Brasil vivia um momento econômico assinaladamente agrícola em que os mecanismos organizacionais que caracterizavam a previdência social se sustentavam; esta situação começou a se modificar a partir de 1959, quando o País iniciou seu processo de Pré-industrialização e o advento da indústria automobilística consagrou-se e diversificou as exportações tornando o País um exportador de bens manufaturados.

Ao longo da história brasileira, nem sempre houve uma efetiva preocupação com proteção dos indivíduos em relação aos problemas que enfrentavam. Somente a partir, do século XIX, que esta questão começou a se tornar um pouco mais importante dentro da ordem jurídica dos Estados. Com o surgimento de novas realidades sociais e econômicas, ficou evidente que não bastava “dar a cada um o que é seu” para que a sociedade seja justa.

Nesse sentido, utilizamos o irretocável conceito fornecido por Celso Barroso Leite, “proteção social, portanto é o conjunto de medidas de caráter social destinadas a atender certas necessidades individuais; mais especificamente, as necessidades individuais que, não atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade”.

Isso significa dizer que a marcha da evolução ao sistema de proteção, seja a assistência prestada por caridade até o estágio em que vivemos, mostra-se como um direito objetivo a ser garantido pelo Estado e pela sociedade a seus membros, surgindo assim um reflexo de três forças quais sejam: a da assistência pública; e a da previdência social, que culminou no ideal de seguridade social.

Em meio a esta realidade, a Previdência Social sofreu o impacto de uma inflação que se infiltrou no sistema previdenciário e consumiu todas as suas reservas quando iniciou uma crise no sistema.

O requerimento administrativo configura-se enquanto uma possibilidade do cidadão requerer seu benefício diretamente junto ao judiciário, sendo que seus defensores acreditam que assim estaríamos dinamizando os processos com o objetivo de atender com maior agilidade e destreza ao cidadão na busca por seus direitos, pois consideram que em algumas situações o Instituto é acometido por algumas falhas que podem causar perdas e prejuízos aos cidadãos.

Possibilidade esta prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim diante de todas estas questões que caracterizam este sistema, propomos então uma análise a cerca do Prévio Requerimento administrativo por considerarmos este um importante elemento de reflexões diante dos ideais que justificam e legitimam a consolidação das garantias aos direitos fundamentais dos cidadãos, acreditando que a consolidação da verdadeira Democracia se efetiva em um contexto de discussão, participação e reflexão, então evidenciamos a necessidade desta construção reflexiva com base em fundamentações que nos levarão a conhecer os elementos históricos do INSS, sua relevância social e a importância do seu fortalecimento enquanto Instituição.

Conheceremos também todas as movimentações sociais que deram início ao questionamento da necessidade ou não do Prévio Requerimento Administrativo como condição para a propositura da ação previdenciária, junto ao Judiciário, considerando esta iniciativa uma possibilidade bastante significativa de lançarmos um novo olhar sob o

INSS acreditando na sua capacidade administrativa e sua função social, na certeza de que estas reflexões nos levarão a compreensão de que integrando forças e acreditando na competência desta Autarquia, mantendo-nos atentos ao prevalecimento dos Direitos Fundamentais do cidadão, caminharemos para a consolidação da decisão mais justa e democrática.

1 O ESTADO E A PROTEÇÃO SOCIAL AO TRABALHADOR

O desenvolvimento de uma pesquisa, que tenha como foco o Direito Previdenciário, não se torna legítima e funcional se não considerarmos e validarmos todo o contexto histórico que antecede a consolidação da Previdência Social.

Então, iniciando nossas reflexões, buscaremos na obra de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2014), a fundamentação que necessitamos.

Os autores apontam que as discussões sobre o direito a proteção social do trabalhador pelo Estado tem sua origem ainda no sistema feudal onde apareceram os primeiros agrupamentos de indivíduos que fugindo das terras dos nobres se reuniram e desenvolviam seus ofícios, surgindo então as corporações nas quais se firmaram contratos de locação de serviços em subordinação ao “mestre” da corporação.

Mas com o advento do Estado moderno e a partir da Revolução Industrial é que se consolida a concepção de trabalho tal como hoje o concebemos. A criação das máquinas, teares mecânicos e inventos movidos a vapor estabeleceu uma separação entre os detentores dos meios de produção e aqueles que apenas se ocupavam e sobreviviam do emprego e sua força de trabalho.

Conforme apontam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, em sua Obra Manual do Direito Previdenciário, 16ª edição:

[...] nos primórdios da relação de emprego moderna o trabalho retribuído por salário, sem regulamentação alguma era motivo de submissão de trabalhadores a condição análogas às dos escravos, não existindo, até então, nada que pudesse comparar a proteção do indivíduo, seja em caráter de relação empregado empregador, seja na questão relativa aos riscos da atividade laborativa no tocante a eventual perda ou redução da capacidade de trabalho. Vale dizer, os direitos dos trabalhadores eram aqueles assegurados pelos seus contratos, sem que houvesse qualquer intervenção estatal no sentido de estabelecer garantias mínimas. (CASTRO; LAZZARI, 2014, s/p)

A partir deste momento, observamos que as atenções se voltavam para a consolidação de uma proposta política que abrangesse a proteção ao trabalhador buscando a construção de um novo conceito, uma nova forma de regulamentação desta visão moderna do trabalho, enquanto uma situação de direito e não mais uma obrigação como a escravidão defendia.

Esta concepção revolucionária foi consequência de uma grande luta iniciada pelos trabalhadores através de grandes manifestações, greves, revoltas que provocaram um clima de grande violência considerando que o Poder constituído reprimia energicamente estas situações de luta.

Assim, em meio a este contexto, surgiram as primeiras preocupações com a proteção previdenciária do trabalhador o que acarretou a intervenção estatal no que diz respeito às relações de trabalho e segurança do indivíduo quanto a infortúnios.

Mas, foi somente a partir do final do século XIX que a questão tornou-se importante dentro da ordem Jurídica do Estado. Inicia-se então uma discussão social entendendo este dispositivo dentro da perspectiva de Celso Barroso Leite:

[...] proteção social, portanto é o conjunto de medidas de caráter social destinadas a atender certas necessidades individuais; mais especificamente, as necessidades individuais que, não

atendidas, repercutem sob os demais indivíduos e em última análise sob a sociedade. (LEITE apud CASTRO E LAZZARI, 2014, p. 35)

Entendemos a definição do autor enquanto uma construção social que parte da proteção individual que se bem estruturada e organizada não contribuirá para a desordem da sociedade, ou seja, atendendo aos interesses individuais do cidadão, estes possuirão então condições de manter suas necessidades e de seus familiares, não necessitando assim dos benefícios do governo ou dos programas sociais, pois esta última possibilidade aumenta significativamente os gastos do poder público e impede investimentos em outros setores que muito necessitam destes recursos.

Esta situação calamitosa gera uma desorganização social que afeta o desenvolvimento da nação, pois provoca um déficit dos recursos que deveriam cobrir todas as despesas desta ação social.

Assim, como acreditar em desenvolvimento e prosperidade social se nossa sociedade política ainda não encontrou um caminho para que o cidadão esteja protegido e segurado ao ponto de uma fatalidade acidental torná-lo um saldo negativo e não um cidadão de direito ?

Muitos são os caminhos percorridos e, dentre eles, destaca-se a “Formação do Conceito de Bem-estar Social” que se define enquanto uma nova proposta política e social que segundo Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, busca a implantação de uma concepção de solidariedade social em prol de uma coletividade. Surge então uma valorização das ações e procedimentos que beneficiam uma totalidade de indivíduos acreditando que assim estariam prestando um serviço à sociedade garantindo a esta uma situação de Bem estar social, representado pela qualidade de vida que esta visão coletiva e solidária proporcionaria.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari em sua Obra Manual do Direito Previdenciário, 16ª edição, citando Duguit, [...] o ser humano nasce integrando uma coletividade, vive sempre em sociedade e assim considerando só pode viver em sociedade. Neste sentido o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que pretendiam os filósofos do século XVII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direito, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. (DUGUIT apud CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 07)

A citação acima confirma todas as reflexões desenvolvidas, ressaltando a ideia de que todos são participantes da sociedade e, portanto, são responsáveis pela mesma.

No que se refere ao contexto histórico, a primeira vez que surgiu uma mudança histórica na concepção da proteção ao indivíduo ocorreu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que inscreve o princípio da Seguridade Social como direito subjetivo assegurado a todos.

O desenvolvimento da sociedade industrial fez surgir um salto bem considerável em relação à proteção social, reconhecendo que a sociedade deveria ser mais solidária para com seus integrantes.

Surgiu na segunda metade do século XIX, até o início do século XX, um sistema jurídico que garantia aos trabalhadores normas de proteção quanto a sua participação no trabalho; visava assegurar que os contratos de trabalho trariam cláusulas que protegessem o trabalhador de eventuais infortúnios que porventura enfrentasse; claro isso mediante uma prévia contribuição deste, assim começou a se definir uma nova possibilidade de política social, não mais somente mera assistencialista, surgindo assim o lançamento da pedra fundamental da Previdência Social.

A distinção entre os conceitos de Seguro Social e Assistência Social é bem identificada por Augusto Venturi:

[...] seguro e assistência, por sua natureza e técnicas completamente diferentes, agem, em realidade, em dois planos completamente distintos. O seguro social garante direito a prestações reparadoras ao verificar-se o evento previsto, antes que os danos possam determinar o estado de indigência, de privação, da pessoa golpeada. A assistência intervém, não de direito, mas segundo avaliação discricionária, somente quando, por causa de eventos previstos ou não previstos, esteja já em ato um estado de indigência, de privação, que ela tem o fim de combater. (VENTURI apud CASTRO; LAZZARI, 2014)

A partir do reconhecimento de que o Estado tem importante papel a desempenhar em relação às garantias e segurança no sentido material aos seus entes, houve a necessidade da previdência social consolidar o seu surgimento no Brasil, pois além de apresentar políticas assistencialistas, o Estado tem o dever de promover o desenvolvimento econômico.

Trilhando este caminho, chegamos então à consolidação da Previdência Social no Brasil, lembrando que a Revolução Industrial teve um importante papel para esta efetivação, pois a necessidade da mão de obra do empregado e as manifestações e lutas destes por seus direitos de seguridade exigiram do empregador, e conseqüentemente do poder público, a funcionalidade da Previdência Social para todos, e a busca por outros objetivos e também promover o desenvolvimento humano.

Assim, caminhando em nossas reflexões, chegamos a um importante momento desta construção. É preciso considerar que desejamos a construção de um Estado Democrático em que todos os cidadãos tenham seus direitos fundamentais preservados e garantidos, e isso inclui os Direitos Previdenciários.

A construção do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) é caracterizada por grandes esforços da sociedade, dos movimentos sociais, das entidades de classes e esta instituição tem se consolidado enquanto um importante elemento da construção democrática, sendo respeitada e valorizada por seu importante papel social. Isso é inquestionável.

Mas, este instituto pode tornar-se ainda mais dinâmico, eficiente e humanizado se as forças políticas e sociais existentes com ele contribuírem.

A proposta do Prévio Requerimento Administrativo como Condição à Propositura da Ação Previdenciária é um importante caminho, pois uma realização integrada entre Judiciário e o próprio instituto pode contribuir para uma nova construção, através de novas propostas, novos olhares, novas ações. Uma luta integrada e politicamente posicionada e elaborada dentro de um contexto ético e legal.

A Constituição de 1988 evidencia a garantia que todos os atos emanados não só particulares, como também dos poderes Executivos e Legislativos estivessem sujeitos ao controle jurisdicional.

Esta importante condição apóia-se na busca pela garantia dos direitos fundamentais, pois considera que após a análise criteriosa e específica que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) realiza uma negação à solicitação do cidadão pode não representar uma falha e sim um conflito que necessita de uma intervenção para a construção de uma releitura da ação. Esta intervenção fica a cargo do judiciário.

Mas não se pode cair no equívoco de banalizar o Judiciário, é preciso garantir que este não estará envolvido em toda e qualquer questão, pois uma atitude assim o sobrecarregaria.

Então, verifica-se que embora o acesso à justiça configure-se um direito fundamental, ele não representa uma garantia absoluta, pois é “preciso restringi-lo às hipóteses em que exista lesão ou ameaça de lesão a direito”.

Em uma linguagem constitucional, o direito coloca-se enquanto agente potencializador e interventor na proteção dos interesses fundamentais do cidadão. Assim cabe a este

movimentar-se em todas as instâncias e instituições responsáveis pela garantia de seus direitos constitucionais. As instituições devem, dentro das suas especificidades, fazer a devolutiva coerente, justa e fundamentada, pois, caso este procedimento essencial seja ignorado, haverá um mecanismo capacitado, estruturado e competente, apto (controle jurisdicional) que fará uma releitura do processo. Neste novo caminhar estabelece-se uma relação de humanização considerando que o INSS (enquanto instituição), na certeza de que sua negação pode ser objeto de análise judicial, se empenhará, para ser o mais dinâmico, eficiente, democrático e justo. Humanizando-se, talvez de forma inconsciente e despreziosa, mas considerando a necessidade deste movimento e da reformulação e reestruturação de algumas instituições públicas brasileiras, consideramos este um importante caminho.

No decorrer desta discussão, a ideia central é constatar a necessidade ou não do cidadão ao invocar seu direito ou buscar a sua pretensão junto ao INSS, verificando, ainda, se há a necessidade de primeiramente buscar a esfera administrativa. Esse é o motivo pelo qual o presente trabalho leva o título de O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO COMO CONDIÇÃO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Quando partir para a conclusão do presente trabalho, serão abordados vários posicionamentos, claro, anteriores ao Julgado do STF no RE 631240/MG (em repercussão geral), onde se estabeleceu que o acesso à justiça para questões previdenciárias é condicionado ao ingresso e à resolução, primeiramente, na via administrativa.

Portanto, mesmo o STF tendo decidido por este procedimento, vamos tentar analisar como se chegou a esta decisão, o porquê deste procedimento, ou seja, na fase final do presente trabalho de conclusão do curso abordarmos o assunto com mais ênfase.

Em 27 de agosto de 2014, o Supremo Tribunal Federal definiu pela urgência do Prévio Requerimento Administrativo antes do segurado recorrer às vias judiciais para a concessão de benefício previdenciário.

Segundo o entendimento do ministro Barroso, a exigência não fere a garantia de livre acesso ao judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (CF), pois sem pedido administrativo anterior não fica caracterizada lesão ou ameaça de lesão a direito.

O ministro ainda entende que a intervenção do Judiciário somente se faz necessária quando comprovada a negativa às garantias do cidadão. Neste caso, o postulante só pode alegar que seu direito foi desrespeitado após a inoperância da autarquia previdenciária diante do protocolo do seu requerimento junto ao INSS.

Esta será uma atividade reflexiva caracterizada pela diversidade de ideias, ideais, conceitos e superação de pré-conceitos, tais como a necessidade da seletividade de acesso ao judiciário e da observância de outros princípios constitucionais, como vigora o princípio da separação dos poderes.

Assim o acesso imediato da ação junto ao judiciário caracteriza uma desconsideração, uma desvalorização e até mesmo enfraquecimento de um órgão tão relevante quanto o INSS.

Isso não significa que o judiciário se configure enquanto um poder supremo e inalcançável, inacessível. Não. O que se considera é a necessidade do Prévio Requerimento enquanto uma comprovação de que o cidadão tem muito interesse e buscou agir para alcançar seus direitos considerando que ao comprovar seus intuítos na busca de suas garantias o cidadão comprova que está disposto a colaborar com as exigências necessárias para a efetivação da consolidação do seu benefício. O que não significa que observado a inoperância do INSS, o cidadão não possa buscar no judiciário a resolução de sua ação: assim nesse contexto normativo e doutrinário, chega-se facilmente à conclusão de que o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário junto ao Instituto Nacional de Seguro Social, revela-se imprescindível para a propositura da respectiva ação judicial. Isso

porque a sua falta impede a caracterização voluntária da obrigação e, pois impossibilita a demonstração do caráter necessário do provimento jurisdicional para o exercício do direito, o que resulta na ausência de interesse de agir (condicionantes da ação). (RIBEIRO, 2012, s/p)

A Constituição Federal em seu artigo 5º XXXV define que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, observa-se que a ausência do prévio requerimento e a imediata propositura da ação junto ao judiciário torna-se incoerente se considerarmos que não há a necessidade de provocação do judiciário e não houve ameaça ao direito, pois este ainda não foi examinado na via própria.

Neste sentido, o entendimento do Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª região é de que: é preciso que se compreenda que o judiciário não é sempre a primeira ou única via para obtenção de prestação que sequer foi solicitada perante o obrigado a cumpri-la. Este entendimento não se contrapõe ao princípio constitucional do livre acesso à justiça, por não impedir um posterior ajuizamento da ação, em caso de negativa do pleito, demora excessiva ou exigência de documentação incompatível ou desnecessária.

Na esfera administrativa, conforme aponta o texto, fica então evidenciado que o acesso ao judiciário não será negado, ofendendo assim um direito constitucional, apenas se torna necessário o prévio requerimento administrativo junto ao instituto responsável e na evidente incapacidade ou qualquer incoerência no atendimento pelo cidadão, ele terá a oportunidade garantida de buscar o seu direito junto ao Poder judiciário.

Nesta dimensão, e levando em consideração estes argumentos, é possível concordarmos com a decisão do STJ, mesmo ainda de forma não unânime, porque não estaria tirando o direito do cidadão buscar a tutela jurisdicional, apenas fazendo com que primeiro invocasse a Autarquia para ter seu pedido, seu requerimento atendido, assim estaria talvez dando um voto de confiança à entidade que por muitas vezes supera a compreensão popular de que o INSS não consegue resolver ou solucionar as questões que são de sua responsabilidade e construindo uma visão positiva ao buscar integrar o cidadão às atividades do INSS.

Numa análise mais coerente vejo fundamento na decisão do STF, pois visou a dar credibilidade à Autarquia e não acumular qualquer tipo de ação na esfera judicial. Visou, ainda, a filtrar os processos a serem ajuizados numa tentativa do judiciário não ficar banalizando com todo e qualquer tipo de processo, e também acreditando mais na Autarquia, pois com esta decisão a entidade faria uma primeira análise ou até uma análise definitiva.

2 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

No desenvolvimento deste capítulo, buscaremos relacionar os princípios administrativos da Previdência Social aos Princípios do Direito Administrativo.

Buscaremos na obra de Martinez (2011) uma importante colaboração nesta construção reflexiva.

O autor destaca:

[...] embora funcionalmente pertencente à administração pública, devendo submissão a princípios fundamentais de Direito Administrativo, em razão de suas peculiaridades – gerência da previdência social – apresenta características típicas inerentes a essa gestão. Em sua maioria, porém, tais princípios são básicos e devem ser buscados no Direito Administrativo (MARTINEZ, 2011, p. 188)

Nesta perspectiva, evidenciamos o caráter específico do Instituto Nacional de Seguro Social o qual possui um conjunto de componentes funcionais, doutrinários e operantes que juntos e englobados ao contexto do Direito Administrativo compõem e legitimam uma especificidade de atendimento aos interesses do cidadão.

Em um contexto social e político brasileiro em que todos os princípios consagrados do Direito foram ignorados e ridicularizados, onde se observa uma desordem e um estado de caos envolvendo a administração pública, torna-se essencial uma construção dialógica que tenha como eixo norteador a criação (digo criação no sentido criativo e inovador da palavra pois “reformular algo que se encontra em decomposição é totalmente impossível”), de uma nova força política e ideológica, que traga em seu DNA o gene da busca pelo bem comum, não como uma ideologia superficial e frágil, mas como uma proposta que supere as questões banais de exploração e subjugação do povo (estamos todos fartos desta agressividade moral) e configure-se enquanto um elemento Revolucionário e transgressor.

Este é um momento em que todas as entidades representativas devem se posicionar, organizar-se, mobilizar-se e juntas construir uma força social que interceda e promova a estruturação de uma nova realidade política. Especialmente no contexto do Direito, enquanto uma grande força política e social, conhecer e construir uma postura de intervenção, de reflexão e de ação, é requisito fundamental e indispensável a qualquer organização pública que acredite na possibilidade de criar uma nova força em busca do bem comum.

Abrimos este espaço para discussão, pois embora saibamos que alguns estudiosos apontem um conjunto de contribuições ao sistema previdenciário (foco da nossa análise), elegemos os quatro princípios defendidos por Helly Lopes Meirelles, como elementos de sustentação desta proposta, por considerarmos ser este um autor muito claro e bem posicionado quanto às questões administrativas, participativas e filosóficas que articuladas apontam uma ideia muito relevante do conceito de “Bem comum”, considerando a estreita relação do Direito Administrativo com o Direito Previdenciário e de ambos para a mudança esperada e idealizada.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da legalidade é um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico Pátrio, é um dos sustentáculos do Estado de Direito, e vem consagrado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, de modo a impedir que toda e qualquer divergência, ou conflitos, as lides não se resolvam pelo primado da força, mas sim, pelo império da lei.

[...] lei é expressão do direito, emanada sob a forma escrita, de autoridade competente surgida após tramitar por processos previamente traçados pelo Direito, prescrevendo condutas estabelecidas como justas e desejadas, dotada ainda de sanção jurídica da imperatividade. (CF, Art.5º, II)

Observa-se, então, que em um contexto institucionalmente organizado, para fins de abrangência e prevalência do bem comum e de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, o princípio da legalidade configura-se enquanto uma “chama” ou “luz” que nos mostra, conduz-nos, possibilita-nos a escolha do melhor caminho, ou melhor dizendo, do caminho mais seguro, adequado e livre de possíveis ameaças ou acidentes causadores de danos irreversíveis.

Fugir da lei ou buscar alternativas para driblá-la configura-se um ato de abandono aos ideais que consolidam valores fundamentais em tempos de caos e de desprezo pela valorização e respeito à coletividade que se compreende politicamente enquanto força detentora do poder.

A lei é elemento de caráter imperativo em uma organização de direito, que se configure enquanto espaço provedor da ordem, amparado por um conjunto organicamente estruturado que garanta a prevalência do bem comum.

Lei em sentido amplo é toda e qualquer forma de regulamentação, por ato normativo, oriundo do Estado, tais como as leis delegadas, nas medidas provisórias e nos decretos. Lei em sentido formal são apenas os atos normativos proveniente do Poder legislativo.

Em nosso país, apenas a lei, em seu sentido formal, é apta a inovar, originariamente, na ordem jurídica. Logo, não é possível pensar em direitos e deveres subjetivos sem que sejam estipulados por lei.

“De um modo mais simplificado, pode-se afirmar que nenhum brasileiro ou estrangeiro pode ser compelido a fazer, a deixar de fazer ou a tolerar que se faça alguma coisa senão em virtude da lei” (MARTINEZ, 2011).

Martinez (2011) com base em Meirelles aponta que o princípio da legalidade está no vértice da pirâmide do ordenamento técnico e jurídico administrativo, pois se fundamenta na certeza de que a administração pública age como representante do povo e em busca da garantia de sua vontade.

Este princípio caracteriza e define que o administrador e a administração devem atuar de forma inteiramente vinculada à lei, enquanto ela visar ao bem comum. O autor destaca que em situações em que há a discordância da lei, é necessário fazer uma representação a quem de direito parece extrapolar a lei (decreto, portaria ministerial) através de fundamentação da decisão contrária aos órgãos normativos e em conformidade com o bem comum.

[...] O princípio da legalidade não é exclusivo do Direito Administrativo ou do Direito previdenciário. Trata-se de postulado superior ao Direito universal. Comum à maioria dos ramos jurídicos e de indispensável observância nos ramos do Direito Público. (MARTINEZ, 2011, p. 189).

Para João Baptista Ramos, citado por Martinez (2011, p. 189), “antes de ser preceito administrativo fundamental, constitui regra consagrada pela doutrina e textos constitucionais estrangeiro e pátrio”.

Assim o INSS enquanto órgão gestor da Previdência Social é uma autarquia a quem também se aplica o princípio, pois envolve relações entre pessoas de direito público e privado.

2.1.1 Legalidade Administrativa

No Direito Público, o princípio da legalidade está disposto no caput do artigo 37, da Carta Magna, assumindo uma feição diversa. Ao contrário dos particulares, que agem por vontade própria, à administração pública somente é facultada a agir por imposição ou autorização legal, ou seja, inexistindo lei, não haverá atuação administrativa legítima.

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

[...] a legalidade, como princípio de administração (CF art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (MEIRELLES, 2012, p. 87)

No princípio da legalidade, a administração pode fazer senão o que a lei determina, trata-se de uma relação de subordinação para com a lei. Pois se assim não o fosse, poderiam as autoridades administrativas impor obrigações e proibições aos administrados, independente da lei. Dai decorre que nessa relação só se pode fazer aquilo que está expresso na lei.

Dessa forma, analisando este princípio e relacionando-o com o contexto do direito administrativo, fica evidente que toda a ação do estado, em todos os níveis de atuação, que implique na obrigação de alguém fazer ou deixar de fazer alguma coisa, deve necessariamente ser precedido, amparado, por uma lei que delineie os poderes, deveres do estado, bem como os deveres relativos a um fazer ou a uma abstenção a que cada indivíduo está sujeito.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] a administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasado em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir um regulamento, instrução, portaria, ou seja lá que ato for, para coarctar a liberdade dos administradores, salvo se uma lei já existir delineada à contenção ou imposição que o ato administrativo tem a minudenciar.

De forma objetiva, o que se observa é que a lei é o sustentáculo da administração pública e está subordinada e articulada aos conceitos e referências do artigo 557 da Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

2.2 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Princípio constitucional previsto no artigo 37, aplicável aos atos da administração pública. Deve o administrador e administrados obedecer tal princípio sob pena de sanções, tais como, condenação à improbidade administrativa e conseqüentemente suspensão dos direitos políticos. Devendo esses atos serem honestos e de boa-fé.

Tal princípio está relacionado com o direito e a moral, ligando-se à ética comum e à ética administrativa, estando esta última sempre presente na vida do administrador público e de seus administrados, sendo mais rigorosa que a ética comum.

Nesse sentido, Helly Lopes Meirelles declara que:

[...] o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. (MEIRELLES, 2012, p.90).

Nessa perspectiva, evidencia-se que tanto os agentes quanto a administração devem agir conforme os preceitos éticos, já que tal violação implicará em uma transgressão do próprio direito, o que caracterizará um ato ilícito de modo a gerar a conduta viciada em uma conduta invalidada.

Assim, com o objetivo de proteger a moralidade, foram criados alguns instrumentos. Na legislação brasileira, podem ser encontrados vários, porém os que merecem o destaque maior são: ação popular, ação civil pública de improbidade administrativa, controle externo exercido pelos tribunais de contas e comissões parlamentares de inquérito (cpis).

Um progresso de grande relevância para o Princípio da Moralidade foi a lei da improbidade administrativa – Lei 8.429/92, que aborda as devidas sanções aplicáveis aos agentes públicos. Essa lei proporcionou uma base sólida às exigências impostas pelo princípio da moralidade.

Maria Sylvia Di Pietro, destaca que:

[...] também merece menção o artigo 15, inciso V, que inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a de “improbidade administrativa”, nos termos do art. 37, §4º. Por sua vez, o artigo, 5º, inciso LXXIII, ampliou os casos de cabimento, os que impliquem a moralidade administrativa. (PIETRO, 2009, p. 77).

Assim, observa-se que o princípio da moralidade está incluído, englobado e articulado ao princípio da legalidade e ambos fazem parte do Direito, que enquanto um elemento provedor das garantias aos cidadãos nas suas necessidades legais, busca construir uma ideia de indissociabilidade das ações e dos princípios que evidenciam e efetivam a edificação do bem comum.

A grande maioria dos administrativistas, entre eles Meirelles (citado por Martinez) destaca a importante e necessária distinção entre Moral Comum e Moral Administrativa:

[...] a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder a vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence – princípios do direito natural já lapidamente formulados pelo jurisconsultos romanos. A luz dessas ideias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional, e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado a sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum. (MEIRELLES apud MARTINEZ, 2011)

Fica evidente então a importância deste princípio ao ressaltar a extrema necessidade de se preservar a busca pelo bem comum considerando que se trata de um princípio de caráter administrativo e guarda relação direta com a gestão da riqueza previdenciária e se dirige a quem detém o poder de controle e finalização da administração. É importante ainda destacarmos que este princípio atinge sobremaneira, o elaborador da norma; este não pode dispor contrariamente aos princípios científicos, visando maliciosamente, beneficiar esta ou aquela classe ou categoria profissional.

A lei é muito coerente, apesar de apresentar algumas falhas em sua diversidade, pois evidencia de forma bastante clara a necessidade da construção de atitudes e comportamentos necessários ao profissional do Direito, que contemplem a construção do Bem Comum como um requisito indispensável à construção de uma sociedade verdadeiramente justa e democrática. Os grandes doutrinadores conseguem dissertar sob esta questão de ordem moral, de uma forma muito envolvente, esclarecedora e capacitada em que qualquer indivíduo realmente preparado moralmente, consegue identificar a relevância de uma postura ética e honesta para a reconstrução social.

3.3 PRINCÍPIO DA FINALIDADE ADMINISTRATIVA

Este princípio possui caráter norteador da Administração Pública, pois é ele que admite e defende a postura administrativa de que toda a atuação do gestor se destina a atender o interesse público.

O conceito de finalidade pública é específico e atribui competências ao administrador de desenvolver seus trabalhos, visando a melhor forma de atender aos interesses.

“O administrador, praticando o ato fora dos fins expressa ou implicitamente contidos na norma, pratica Desvio de finalidade”.

Diante de tantas evidências que sustentam a ideia de valorização e de preocupação legítima com o atendimento público, o conceito que caracteriza o princípio da finalidade administrativa vem fundamentar e sustentar esta linha reflexiva ao apontar a soberania do interesse público sob o interesse particular.

Martinez (2011, p. 191) aponta:

[...] sustentam os administradores a existência do princípio da finalidade, consistente em o gestor não poder contrariar o interesse público, seja em benefício próprio ou de terceiros. O favoritismo constitui-se em abuso de poder, eventualmente até em crime, tal a preocupação em arredar-se os procedimentos contrários ao interesse geral.

Como a gestão previdenciária atende ao interesse público e em matéria de previdência social, o interesse público é genérico enquanto o interesse particular dos beneficiários é específico. É necessária ao Instituto certa flexibilidade ao aplicar o

princípio da finalidade administrativa, pois é preciso considerar as individualidades que caracterizam cada cidadão na busca pelo seu direito.

Assim é preciso manter-se amparado pela legislação, mas como a previdência social possui um caráter assistencial e busca atender às particularidades de todos aqueles que a procuram, fixar limites exatos de interesse público e interesse privado e delimitar um campo de atuação do sistema previdenciário é incoerente.

O autor define que “em matéria de custeio, prevalece o interesse da coletividade, no campo das prestações, o interesse do indivíduo”.

2.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA

Dentro do contexto dos princípios administrativos encontra-se o princípio da publicidade que inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública.

[...] Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Impõe plena transparência em relação aos comportamentos da administração Pública. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem, exigem publicidade para adquirir as partes e terceiros. Destina-se de um lado, a produção de efeitos externos dos atos administrativos. (CF, art. 37)

Constata-se, então, que este princípio possui o efeito de produzir um olhar de credibilidade e confiança do poder público perante a sociedade, quando este faz o uso correto e coerente deste princípio.

Objetiva também produzir efeitos externos de credibilidade e exemplo de seriedade e transparência.

É também um instrumento de controle da Administração Pública por todos os interessados, pois permite a qualquer pessoa que fiscalize os atos administrativos, ensejando a possibilidade de obter certidões que poderão servir para ajuizamento de ação popular.

A conceituação do princípio da publicidade dentro do contexto previdenciário não se discute do efeito e da busca que se efetiva no universo do Direito administrativo.

“A administração não tem segredos, seus atos devem ser públicos ou publicados oportunamente, reservando-se à intimidade interna apenas aqueles cuja observância sigilosa consulte o interesse da coletividade, adstrito acidentalmente ao interesse da administração pública”.

Assim como os outros princípios, este se apresenta de uma forma extremamente objetiva e direta. É uma posição que englobada aos demais, evidencia a certeza da organização e da transparência que se espera das instituições regidas pelo poder público. Em certas situações ficam até redundantes tantas referências a estes princípios, mas como não buscá-los se observamos de forma intensa e frequente o abandono a estes elementos que se configuram enquanto questão de ordem no contexto das organizações políticas e sociais?

Nesta perspectiva, Martinez (2011) destaca que este é um princípio universal que ao se transladar para a administração previdenciária, não cabe qualquer alteração ou mudança.

Importante ainda destacar que a publicidade das atividades do órgão gestor do seguro social, enquanto um mero gerente do patrimônio público evidencia e valida as ações do órgão, dotando-o de característica de credibilidade e competência.

2.5 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

No transcurso da dissertação, foram vinculados alguns princípios que estão presentes no Direito Administrativo, mas de uma forma concomitante também fazem parte de uma maneira sugestiva e possível ao Direito Previdenciário, auxiliando no funcionamento do órgão como Autarquia que possui sua administração e precisa estar presente os princípios ali apresentados. Em uma breve sequência, trazemos os princípios específicos no que tange à relação previdenciária.

A Autarquia possui suas diretrizes internas e pautadas na lei, portanto perfeitamente necessário e importante possuir princípios específicos para nortear a forma de atuação nos procedimentos operacionais, pois todo procedimento deve ser pautado na legalidade.

2.5.1 Princípio da Filiação Obrigatória

Este princípio afirma que todo o trabalhador que se enquadrar na condição de segurado é considerado pelo regime geral como tal, desde que não esteja amparado por outro regime próprio. Ora, caso a filiação fosse meramente alternativa mesmo o Estado aplicando todos os esforços com objetivo de atingir o indivíduo em suas garantias não obteria êxito, por força desta não vinculação, vale salientar que esta vinculação atinge somente os indivíduos que exerçam atividades vinculadas ao regime geral previdenciário que lhe garanta a subsistência, isso significa dizer que a população economicamente ativa, salvo da perda da redução de ganhos decorrentes da atividade laborativa; pode-se dizer assim que nem todo indivíduo que contribui para a Seguridade é, ao mesmo tempo, filiado ao regime geral previdenciário, pois pode ocorrer de alguém estar vinculado ao seu trabalho, e este a algum órgão que possua regime próprio de contribuição, mas ao mesmo tempo pode ser empregador gerando assim contribuição ao Instituto Nacional de Seguridade Social.

2.5.2 Princípio do Caráter Contributivo

A Constituição estabeleceu no art. 40; art. 201, caput, que a Previdência Social tem caráter contributivo, devendo ser custeada pelas contribuições previdenciárias; a lei definirá como se dará as formas de contribuição, quem deverá contribuir, como, quando e quanto, obedecendo, claro, as regras estabelecidas no sistema tributário nacional, que também estão previstas, atualmente na Constituição e no Código tributário Nacional. Isso significa dizer que não existe na ordem jurídica brasileira e não se admite a percepção de benefícios sem a devida contribuição ao regime na forma estabelecida na lei; a única possibilidade é quando esta contribuição foi transmitida a alguém, por força da legislação. Importante frisar que pode ocorrer de alguém ser beneficiado com a concessão de algum benefício mesmo sem ter contribuído ao INSS, isso pode ocorrer quando houve a transmissão de alguém efetuar o pagamento como frisado desde que autorizado por lei e não o fez, gerando assim o benefício ao requerente, isso significa dizer que gerou mero inadimplemento da obrigação tributária ao responsável.

Salienta-se que os regimes previdenciários que estão estabelecidos na Constituição e na legislação seguem uma forma de repartição simples entre os segurados que dela necessitam, ou seja, não existe vinculação ao valor das contribuições efetuadas pelo segurado e o benefício que irá auferir em caso de ser beneficiário de algum evento que possua cobertura legal.

2.5.3 Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial

Este princípio surgiu somente através da Emenda Constitucional n° 20/98, isso quer dizer que o poder Público deverá, quando executar a política previdenciária, considerar e verificar a relação entre o custeio e pagamento dos benefícios, pois assim poderá manter o equilíbrio e as condições financeiras observando com muita atenção as oscilações da media etária da população, levando em conta a expectativa de vida para adequar os benefícios com estas variáveis.

Leva em conta basicamente as variáveis demográficas e a estrutura etária da população em cada momento, pois é esta quem vai definir a relação entre beneficiários.

Foi este o princípio que fez surgir o Fator Previdenciário para calcular os benefícios, através da lei n° 9.876/90.

2.5.4 Princípio da Garantia do Benefício Mínimo

Visa a estabelecer equiparação de salário mínimo de trabalhadores com o benefício mínimo pago pela Previdência e também pela assistência Social. Pois quer entender que o beneficiário da Previdência Social, possui as mesmas necessidades básicas como o trabalhador, portanto necessita receber o mesmo valor para cobrir estas despesas básicas, para tentar possuir uma existência digna, tal como preconiza o art. I°, III, da Carta Magna.

2.5.5 Princípio da Correção Monetária dos Salários de Contribuição

Autoriza que o legislador ordinário aplique ao fixar o cálculo de contribuição de qualquer benefício previdenciário, uma fórmula que corrija nominalmente o valor da base de cálculo a fim de evitar distorções no valor do benefício pago. Antes de surgir este princípio, não existiam estas correções, ocorrendo por muitas vezes a perda de rendimentos dos benefícios.

Esta norma não indica qual o índice que o legislador deva aplicar, ficando ao seu inteiro critério qual o indexador a ser aplicado para atualizar e preservar o valor real dos benefícios.

2.5.6 Princípio da Preservação Real dos Benefícios

Visa a manter e a preservar o valor real de compra, reajustando o benefício em caráter permanente, claro isso definido em lei. Proteger o valor dos benefícios numa eventual deterioração, como já afirmado resguardando o seu poder de compra.

2.5.7 Princípio da Facultatividade da Previdência Complementar

O sistema de regime previdenciário estatal é compulsório e universal, admitindo assim a participação da iniciativa privada na atividade securitária, como forma de complemento ao regime oficial, preservando o caráter de facultatividade para o segurados.

Esta previdência privada será organizada de forma autônoma, desvinculada do regime previdenciário oficial, e conforme o texto constitucional deverá ser regulada por lei complementar, o Estado possui a competência de fiscalizar através do Poder de Polícia que possui.

Estas contribuições não integram o contrato de trabalho, nem integram a remuneração dos participantes, à exceção dos benefícios concedidos.

2.5.8 Princípio da Indisponibilidade dos Direitos dos Beneficiários

Afirma que os benefícios são indisponíveis, não cabendo renúncia, preservando sempre o direito adquirido, pois tendo implementado as condições previstas em lei, ainda que não os tenha procurado, da mesma forma não se admite que este benefício seja objeto de penhora, arresto ou sequestro, sendo nula de pleno direito a venda ou cessão dos direitos por serem personalíssimos, sendo a única exceção os valores devidos pelo segurado, como por exemplo, na concessão do salário-maternidade, valor de benefício concedido erroneamente, tributação sobre a renda, por ordem judicial para prestação de alimentos, ou ainda, quando autorizados pelo beneficiário, mensalidades de entidades civis ou pagamentos de empréstimos, financiamentos, limitando estas obrigações em 30% (trinta por cento) do valor do benefício, por mês conforme estabelecido por lei.

3 O CASO DO PRÉVIO REQUERIMENTO NAS AÇÕES PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

A escolha do tema de análise desta breve pesquisa originou-se a partir da possibilidade de o imediato ingresso do pedido de aposentadoria junto à justiça ser um elemento dinamizador deste processo e representar o acesso e a garantia da prevalência dos Direitos fundamentais dos cidadãos.

Quando da definição do tema da pesquisa, era um assunto que se encontrava em pleno debate, pois alguns órgãos do judiciário defendiam a necessidade da realização do prévio requerimento administrativo, já outros entendiam ser possível receber a ação na esfera judicial sem efetivar primeiro o procedimento administrativo. Essa situação levantava discussões e dúvidas de qual a maneira mais coerente, mais correta, porque existe por trás de tudo isso o cidadão comum que vai em busca de seu direito, seja na via administrativa, seja na via judicial; existem os profissionais no Direito que não tinham a certeza nesta fase qual o procedimento que deveriam adotar, portanto foi um dos motivos que me fez pensar no assunto e tentar chegar a uma conclusão.

Assim, uma decisão do STJ de 31 de maio de 2012, evidenciou essa possibilidade considerando que este acesso imediato junto ao judiciário seria uma oportunidade de agilidade e de democratização do atendimento e das garantias aos direitos do cidadão, o que embasou o prosseguimento desse estudo.

A Constituição Federal traz explicitamente que todos têm direitos e deveres; um destes direitos encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XXXV, que afirma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ora vejamos ao STJ ter definido a necessidade do prévio requerimento administrativo,

indaga se estaria este ofendendo o direito ou não, porque ao exigir este procedimento, administrativamente estaria impossibilitando o cidadão de buscar a tutela jurisdicional diretamente sem recorrer primeiro na via administrativa, impedindo neste fase de invocar este direito previsto na Carta Magna.

Mas em razão de dificuldades que a Autarquia possui como falta de unidades em todos os Municípios do País, nesta fase era possível invocar este Direito mesmo sem antes protocolar o requerimento administrativo, isso foi um dos motivos que motivaram a pesquisa, a busca pelo entendimento sobre o funcionamento do Instituto, sobre a real necessidade de sua existência e o porquê do STF ter decidido desta maneira exigindo o prévio requerimento administrativo dos pedidos previdenciários; onde queria chegar com esta decisão; isso estaria gerando a possibilidade de retirar um direito previsto na Constituição do cidadão? No decorrer da dissertação com certeza virão mais indagações, mais dúvidas, mas provavelmente uma conclusão mais lógica e concreta em relação aos

assuntos tratados nesta pesquisa especialmente a necessidade ou não o prévio requerimento administrativo para concessão dos benefícios previdenciários.

Esta decisão do STJ do ano de 2012, não estava sendo aplicada na sua integralidade, pois existiam divergências de entendimentos entre juízes Federais, Estaduais (nas cidades que não possuem Justiça Federal a ação poderá ser ajuizada na Justiça Comum). Sendo assim, aguardava-se um posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF).

A ideia mobilizadora e geradora de todos estes questionamentos é bastante justa e possui alguns aspectos coerentes e relevantes, fato muito importante e de grande supremacia. A iniciativa de se ingressar com a propositura diretamente nas vias judiciais representava uma possibilidade de agilidade e de democratização e do atendimento e das garantias aos direitos do cidadão considerando que não existe agência do INSS em todos os municípios do território brasileiro o que dificulta o ingresso imediato.

A presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Previdenciário (IBDP) (Dra. Jane Bervtanger) acredita ser a necessidade do Prévio requerimento administrativo um prejuízo aos segurados.

A reflexão da referida presidente foi o elemento motivador da escolha do tema desta construção reflexiva, pois acreditava-se então que a possibilidade do ingresso imediato da solicitação do benefício junto à justiça tornaria mais dinâmica e competente a busca pela efetivação do Direito ao cidadão.

Mas como todo processo construtivo está sujeito a mudanças e transformações, novos e importantes elementos consolidaram uma nova compreensão a cerca desta temática, conforme demonstra o desenvolvimento das reflexões que surgiram e contribuíram para ampliarmos nossas construções teóricas possibilitando a ampliação deste conceito.

Consideramos muito justa e legítima a iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, então representado por sua presidente Jane Berstanger, porém uma observação muito particular e consolidada após inúmeras leituras e reflexões nos capacita a entender esta postura enquanto uma forma paternal imediatista de pensar um problema social de forma isolada e descontextualizada.

Longe de desmerecer a iniciativa, considerando que até então este também era meu ponto de vista, percebo que há uma construção histórica e social envolvendo o INSS que precisa ser não só preservado e valorizado como também fortalecido e ampliado.

Percebe-se também que a proposta do ingresso imediato do pedido junto ao judiciário desenvolve e incentiva uma postura e um comportamento no indivíduo que o impede de desenvolver capacidades auto-formadoras como a de ter a oportunidade de ser recebido na instituição, conhecer o trabalho que ela desenvolve, sua importância para a sociedade e a compreensão de que ele está sendo atendido e tendo seu direito assegurado pelo órgão devidamente responsável por esta atividade social.

Esta situação é uma situação de aprendizagem e de construção da cidadania, pois demonstra que o Estado está empenhado em atender às necessidades do cidadão, e que a este cabe o papel de também empenhar-se em desenvolver atitudes que contribuam para o bem-estar da sociedade de uma forma geral e do fortalecimento desta.

A intervenção do judiciário junto ao trabalho específico do INSS configura-se em uma ação pouco representativa no sentido de que ao buscar facilitar a vida do cidadão, tira-se dele a oportunidade de contribuir com o fortalecimento desta instituição (INSS), pois esta relação, este envolvimento do cidadão do direito e da instituição promove o fortalecimento de ambos, pois a socialização, a troca de experiências e a comunhão de esforços efetiva e consolida o conceito de cidadania e de bem comum.

Qualquer iniciativa que desfavoreça este intercâmbio, este pensar coletivo, esta integração de esforços em busca das garantias fundamentais, é insignificante, é paternal já

que subestima a capacidade produtiva e intelectual do cidadão e busca facilitar (ou anular) sua participação.

Esta é uma construção bastante lúcida, clara e objetiva, pois o texto define uma postura bastante coerente ao destacar a importância de todos os cidadãos terem livre acesso ao judiciário - este é um direito garantido pelo texto constitucional - portanto, de caráter inquestionável, porém é preciso considerarmos algumas questões no âmbito organizacional destas instituições.

Como já apontamos e defendemos anteriormente, o Instituto Nacional de Seguridade Social é uma instituição que possui uma construção histórica bastante representativa junto à sociedade brasileira e não podemos ignorar ou menosprezar este fato. Portanto é preciso acreditar, incentivar e enriquecer o trabalho desta autarquia como forma de enriquecimento, humanização e capacitação do atendimento oferecido por esta. Assim se constrói um serviço de qualidade, competência, agilidade e transparência.

Nesta perspectiva, consideramos muito importante esta iniciativa de abertura para novas possibilidades de atendimento aos Direitos do cidadão no âmbito previdenciário, ao apontar a possibilidade de se buscar no Judiciário a garantia dos seus direitos. Assim devem ser as atividades desenvolvidas em uma sociedade democrática: todos em busca de melhores condições de atendimento de agilidade e de qualidade aos direitos fundamentais do cidadão. Isto é fato inquestionável e indiscutível.

Porém o ingresso imediato de uma ação junto ao Judiciário antes mesmo de se buscar sua solução junto ao órgão responsável configura-se uma ação influenciada, pois segundo Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves (2014), no caso específico das ações judiciais para concessão de benefício previdenciário que, para serem propostas no Poder Judiciário, antes se faz necessário que se tenha pleiteado a concessão de tal benefício junto ao Instituto Nacional de Seguro Social.

Esta citação evidencia a ideia central e condutora desta construção reflexiva.

Não se pode descartar ou desacreditar nas ações do INSS, todo o contexto histórico, sua função social e sua importância junto à sociedade brasileira. É preciso somar, unir forças e enriquecer, capacitar, inovar o atendimento deste instituto. É claro e evidente, desde que isso não represente a ausência do atendimento ao direito do cidadão.

Ao invocar o INSS através do requerimento administrativo, o cidadão demonstra nitidamente que acredita ser possível que a Autarquia tenha condições e profissionais devidamente habilitados para analisar o pedido de forma coerente, respeitando as normas e diretrizes existentes quando do procedimento administrativo, pois espera que nesta fase sejam efetuadas todas as questionamentos e exigências para atender a solicitação da requerida.

O INSS não deixa de ser um prestador de serviço de forma genérica, pois atende sua clientela dentro dos limites estabelecidos através das leis, decretos, portarias entre outras determinações buscando satisfazer e apresentar soluções e resultados dentro de suas condições, mesmo todos sabendo que a Autarquia enfrenta grandes problemas entre seus colaboradores, como falta de profissionais, falta de unidades em muitos lugares, mas estas são questões de caráter organizacional e de fácil resolução pois o Instituto possui plenas condições de atender aos que o buscam.

É importante considerarmos que o poder judiciário quando invocado, respeitando as leis deverá de forma legal analisar o pedido do cidadão, e apesar de todo seu caráter indivisível é independente em relação aos demais poderes da República, também se submete aos preceitos constitucionais, entre eles o direito à Previdência Social. Isso significa que apesar da supremacia do Poder Judiciário, é preciso e necessário um trabalho de aspecto colaborador entre as instituições se considerarmos que o poder judiciário

necessita da experiência, da técnica e da especificidade que caracteriza o trabalho do INSS.

Em meio a este contexto não cabe questionar a legitimidade de se buscar no poder judiciário a garantia de um direito constitucional, nosso ponto de análise se direciona para a necessidade de se buscar primeiramente o exaurimento de todas as possibilidades junto ao próprio INSS, considerando que muito mais do que uma repartição pública e burocrática, este órgão representa um espaço produtor de conhecimento e habilidades relacionadas ao sistema previdenciário brasileiro, que possui uma construção histórica e social que precisa ser considerada e bem aproveitada.

Diante de observações tão relevantes acreditamos que esta constatação de que o Instituto Nacional de Seguridade Social é a instituição com as melhores condições de atender as garantias do cidadão, levou a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela necessidade do prévio requerimento administrativo com o exaurimento da via administrativa.

Quando o STJ, no ano de 2012 entendeu que seria necessário primeiro ser invocado o prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de ações previdenciárias, talvez um dos pensamentos motivadores desta decisão fora a necessidade de manter a Autarquia realizando seus trabalhos como uma garantia de um bom atendimento, pois até que se prove ao contrário os colaboradores e profissionais da instituição estão treinados e habilitados para melhor analisar aquele pedido realizado; podem até não conhecer o entendimento na esfera da justiça mas com certeza na esfera administrativa o conhecem de forma ampla e suficiente para dar seu parecer final. Mas considera-se, ainda, que toda e qualquer atividade humana pode ser acometida por falhas ou mesmo ignorar algumas informações relevantes ao analisar um pedido do cidadão.

Ocorrendo estas falhas ou uma decisão NEGATIVA assim estaria o cidadão apto a protocolizar seu processo na esfera judicial, isso conforme entendimento do STF no ano de 2012, entendimento já comentado nesta dissertação em outros parágrafos não unânimes, porque alguns juízes somente aceitavam caso apresentado no ajuizamento o indeferimento da Autarquia, já outros aceitavam sem o referido requerimento, portanto, assunto que me fez repensar e buscar entender o motivo desta divergência.

No decorrer das pesquisas será possível melhor entendermos estas indagações, estas dúvidas e construirmos uma compreensão fundamentada sob os fatos.

Alencar (2011, s/p) destaca que a decisão do STF que define a necessidade do prévio requerimento administrativo não se expande aos pleitos judiciais de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício tão pouco no pedido de desaposentação, pois se considera estas ações de caráter ambíguo e exige uma análise complementar.

Acreditamos que há um fato a considerarmos em meio a este contexto. O ministro Roberto Barroso aponta uma questão de teor organizacional e hierárquico que merece ressalva, pois considera que o Direito enquanto um dever inquestionável do Estado para com o cidadão, está submetido a condições especiais tais como a necessidade da seletividade de acesso ao judiciário e da observância de outros princípios constitucionais, como vigora o princípio da separação dos poderes.

Assim, o acesso imediato da ação junto ao judiciário caracteriza uma desconsideração, uma desvalorização e até mesmo enfraquecimento de um órgão tão relevante quanto o INSS.

Isso não significa que o judiciário se configure enquanto um poder supremo e inalcançável, inacessível. Não. O que se considera é a necessidade do Prévio Requerimento enquanto uma comprovação de que o cidadão tem muito interesse e buscou agir para alcançar seus direitos considerando que ao comprovar seus intuits na busca de suas garantias o cidadão comprova que está disposto a colaborar com as exigências necessárias

para a efetivação da consolidação do seu benefício. O que não significa que observado a inoperância do INSS, o cidadão não possa buscar no judiciário a resolução de sua ação: [...] assim nesse contexto normativo e doutrinário, chega-se facilmente a conclusão de que o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário junto ao Instituto Nacional de Seguro Social, revela-se imprescindível para a propositura da respectiva ação judicial. Isso porque a sua falta impede a caracterização voluntária da obrigação e, pois impossibilita a demonstração do caráter necessário do provimento jurisdicional para o exercício do direito, o que resulta na ausência de interesse de agir (condicionantes da ação). (RIBEIRO, 2012, s/p)

A Constituição Federal em seu artigo 5º XXXV define que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, observa-se que a ausência do prévio requerimento e a imediata propositura da ação junto ao judiciário torna-se incoerente se considerarmos que não há a necessidade de provocação do judiciário e não houve ameaça ao direito, pois este ainda não foi examinado na via própria.

Neste sentido, o entendimento do Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª região é de que:

[...] é preciso que se compreenda que o judiciário não é sempre a primeira ou única via para obtenção de prestação que sequer foi solicitada perante o obrigado a cumpri-la. Este entendimento não se contrapõe ao princípio constitucional do livre acesso à justiça, por não impedir um posterior ajuizamento da ação, em caso de negativa do pleito, demora excessiva ou exigência de documentação incompatível ou desnecessária. Na esfera administrativa. (artigo sem fonte).

Conforme aponta o texto, fica então evidenciado que o acesso ao judiciário não será negado, ofendendo assim um direito constitucional, apenas se torna necessário o prévio requerimento administrativo junto ao instituto responsável e na evidente incapacidade ou qualquer incoerência no atendimento pelo cidadão, ele terá a oportunidade garantida de buscar o seu direito junto ao Poder judiciário.

Nesta dimensão, e levando em consideração estes argumentos, é possível concordarmos com a decisão do STJ, mesmo ainda de forma não unânime, porque não estaria tirando o direito do cidadão buscar a tutela jurisdicional, apenas fazendo com que primeiro invocasse a Autarquia para ter seu pedido, seu requerimento atendido, assim estaria talvez dando um voto de confiança à entidade que por muitas vezes supera a compreensão popular de que o INSS não consegue resolver ou solucionar as questões que são de sua responsabilidade e construindo uma visão positiva ao buscar integrar o cidadão às atividades do INSS.

Poupando, inclusive ao meu pouco conhecimento, que em assim agindo, pouparíamos mesmo minimamente, o exaurido Judiciário, além de manter o respeito e a não interferência entre os poderes a cada um o seu mister.

4 UMA ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA

Caminhamos agora para as discussões finais acerca de uma interessante reflexão que apontou importantes questões no âmbito do Direito Previdenciário e ao mesmo tempo levantou fatos e acontecimentos políticos e sociais que articulados ao contexto trágico que ora caracteriza-nos, evidenciam uma necessidade urgente de rever os caminhos que nos levaram a esta situação deprimente e vergonhosa.

Identificar culpados é a alternativa mais confortável, pois delegamos ao outro uma responsabilidade que também é nossa.

Como brasileiro, como eleitor, como pai de família, como cidadão em cada uma dessas situações em que estou envolvido, eu tenho o dever e a obrigação de posicionar-me e

de incentivar a reflexão e de despertar a capacidade crítica em todos aqueles que comigo convivem e que, sendo cidadãos de direito, possuem também a responsabilidade de pensar e assim contestar, criticar, apontar caminhos e se tornar um ser político e participativo. Nesta perspectiva, nos referimos ao ato político enquanto instrumento de análise social, de intervenção, de construção de paradigmas que supere esta vergonhosa realidade que se apresenta e se justifica pela nossa impressionante passividade e inércia.

Reunir multidões nas ruas e realizar protestos que em sua maioria são vândalos que pouca preocupação ou nenhuma preocupação têm com o patrimônio público que desconhecem a essência da luta, que apreciam e se familiarizam com a violência ou estão apenas a serviço de partidos políticos partidários que chegam a oferecer pagamentos aos que se dispuserem a “figurar” uma falsa ideia de manifestação.

A sociedade de forma geral tem a obrigação e por que não dizer o dever de agir, na maioria das vezes é mais fácil cobrar das autoridades soluções aos problemas que aparecem quando por muitas vezes poderia apresentar estas soluções, quero dizer participar da discussão, da comunidade de forma geral e assim contribuindo com o estado em que vivemos; todos podemos, todos somos capazes, todos temos as mesmas condições basta querer, basta procurar, basta tornar-se um homem sociável, que com certeza fará sua parte na construção de um mundo mais verdadeiro e com grandes perspectivas de futuro.

Eu me assusto com a realidade e com a sociedade da qual eu faço parte.

Enquanto acadêmico eu tive acesso a importantes autores, verdadeiros e admiráveis gênios que utilizaram toda sua habilidade criativa para disseminar uma cultura de fortalecimento das nossas, na certeza de que o POVO é o verdadeiro dono do poder.

De acordo com Marcelo Ribeiro Uchôa (2008, s/p), para que a realização de uma democracia plena aconteça, faz-se necessário que o povo seja colocado no epicentro do Estado para que, de fato, reconheça-se capaz de irradiar a estrutura estatal sua vontade normativa, por sua vez, arquitetada pelos direitos humanos e orientada para o bem comum.

Observa-se então que a construção verdadeiramente democrática exige a postura crítica e criativa de buscar os elementos fortalecedores da coletividade enquanto membros da força popular titulares do poder do estado (povo).

Para o alcance desta construção é indispensável que o POVO reconheça-se e fortaleça-se enquanto detentor do poder estatal e compreenda que este se legitima a partir de sua vontade soberana e absoluta. Para que esta situação se efetive é essencialmente necessário analisar e disseminar a cidadania ao máximo através da concretização dos direitos fundamentais, projetando-se a municipalização do poder e a abertura de tantos quantos possíveis canais de participação popular.

A Constituição Federal do Brasil de 1998 institui, em seu art. 1º, parágrafo único, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, nos termos que estabelece. Da leitura deste dispositivo, fica fácil deduzir que o constituinte reservou ao povo a titularidade do poder do Estado, inferindo-se daí que toda atuação estatal deve se dar em função e em nome do Povo, já que é este o grande legitimador de sua atuação.

Assim, observa-se que de acordo como a Constituição Federal o povo é o verdadeiro titular do Poder do Estado e a este cabe designar seus representantes.

Uchôa (2008) destaca:

[...] designar um homem ou uma assembleia de homens como representantes deles próprios, considerando-se e reconhecendo-se a cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns.

Isso é mais do que um consentimento ou concórdia, pois se resume numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa realizada por um pacto de cada homem como todos os homens de modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de que transfigura a ele o teu direito.

Então acreditamos que é muito interessante e legítima a determinação constitucional que define claramente quem possui o PODER, mas buscamos e defendemos a busca de mecanismos e procedimentos que concretizam o povo de que ele é o elemento fundamental para a transformação social e que a possibilidade de eleger seus representantes é um ato de muita responsabilidade social, de muita coragem, força e capacidade de posicionamento e cobrança, caso este legítimo representante venha a cometer falhas diante das responsabilidades assumidas.

Com base em dados de uma recente pesquisa que observa o envolvimento das pessoas com um programa de participação e questionamentos dos trabalhos desenvolvidos pelos “representantes do Povo”, notou-se uma grande baixa na procura e no envolvimento popular em exercer o direito constitucional de acesso às informações públicas.

Assim o autor conclui que o povo não é capaz de exercer seu direito constitucional e não sabe administrar o poder a ele instituído legalmente.

Considero esta uma postura e uma reflexão bastante infundada e incoerente, pois não é preciso desenvolver nenhuma pesquisa pra compreender que a realidade que nos caracteriza é a de um sistema político corrupto e capaz de usar de todas as armadilhas e artimanhas para envolver o povo em uma situação de alienação e manipulação.

Designar uma responsabilidade que é específica do Poder Público ao Povo e ainda responsabilizá-lo por uma situação que sozinho ele não consegue organizar e executar, chega a ser absurdo para não dizer desumano e cruel.

Uma nação ainda caracterizada pelo analfabetismo, pelo aumento crescente da violência e da criminalidade, pelo caos que se transformou a vida das famílias que perdem seus filhos para as drogas, cada dia com maior poder entorpecente e irreversivelmente dependente. Uma análise dessa natureza chega a ser cômica para não dizer ridícula e totalmente alienante e digna de desprezo e descrédito.

Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra *Raízes do Brasil* (1999, p.156), define precisamente esta constatação:

[...] ainda hoje são raros, no Brasil, os médicos, advogados, engenheiros, jornalistas, professores, funcionários que se limitam a serem homens de sua profissão. Revemos constantemente o fato observado por Burmeister nos começos da nossa vida de nação livre: “ninguém aqui procura seguir o curso natural da carreira iniciada, mas cada qual almeja alcançar aos saltos os altos postos rendosos”.

Nesta construção reflexiva, a análise histórica dos fatos torna-se um elemento importante para a compreensão de que não conseguimos ainda nos firmar enquanto uma nação livre e independente. Somos um povo ainda condicionado ao individualismo e aos próprios interesses.

Desenvolvemos nossas profissões de forma medíocre, sempre privilegiando as situações e acontecimentos que possam nos auto favorecer.

Para Holanda (1999, p. 156), as nossas academias diplomam todos os anos centenas de novos bacharéis, mas estes excepcionalmente farão uso, na vida prática dos ensinamentos recebidos durante o curso.

Fascina-me a ideia de transformação social, sensibiliza-me poder acreditar que as pessoas poderão ter acesso a melhores condições de atendimento à saúde pública. Enche-me de esperança a possibilidade de que os alunos tenham acesso aos fascinantes e envolventes

clássicos da literatura e da filosofia, pois o conhecimento é o elemento humanizador, criador e libertador.

Sinto-me privilegiado como pesquisador, como futuro profissional do Direito, em participar das discussões que ora se fazem presentes e necessárias. É motivador saber que poderia participar do debate, fazer a minha parte, desenvolver atitudes sempre pautadas no respeito, na conciliação, fazendo valer esta capacidade de buscar a conciliação evitando uma lide judicial, um desgaste físico e moral entre os indivíduos membros da sociedade.

É incômodo o fato de sermos uma nação que surgiu em meio a um contexto de exploração e desprezo pelo menos favorecido (índio) e manteve este terrível e repugnante comportamento impregnado nas veias da sociedade. Quanta crueldade histórica ainda nos caracteriza.

Historicamente, conforme apontamos e evidenciamos no desenvolvimento da pesquisa fomos uma nação caracterizada pela exploração e pela violência moral em que todas as condições de aprimoramento e desenvolvimento das nossas habilidades e capacidades intelectuais nos foram negadas, e em contrapartida, oferecidas em abundância aos privilegiados filhos da classe dominante detentora dos meios e dos mecanismos de dominação e alienação social. Observamos um avanço importante em meio a este contexto de manipulação, porém é ainda evidente a construção de uma nova configuração de dominação que se apresenta camuflada de “boas intenções” de “oferta de benefícios” que na sua essência, nada mais são do que aparelhos de controle social de caráter paternalista e buscando manter a força do povo sob controle, sob a influência de uma falsa ideia de superação das desigualdades.

Em continuidade ao processo histórico iniciado com a colonização e sua indiferença ao desfavorecido, outros fatos caracterizam e justificam a nossa realidade.

O historiador Sérgio Buarque de Holanda retrata que os grandes acontecimentos como a transição do Império para a República, configuram-se como movimentos de caráter ilusório, pois nada tinham de revolucionário ou transformador, prevalecia a camuflagem das ideias e o povo não participava ativamente desta mudança. A proclamação da República foi algo elitizado e o povo assistia à mudança, bestializado.

“Por ora a cor do governo é puramente mi litar e deverá ser assim. O fato foi deles, deles só, porque a colaboração de elemento civil foi quase nula. O povo assistiu aquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava”.

Nesse sentido, a reflexão sob os fatos históricos ocorridos há séculos evidenciam que pouco conseguimos avançar. Frequentemente somos envolvidos em argumentos ideológicos que objetivam camuflar a situação real e nos apresentar uma ideia de participação e transformação.

Na realidade, observamos que a grande maioria dos movimentos sociais são caracterizados por ações “ativistas”, ou seja, falta o elemento da observação crítica a construção da independência e da libertação que se dá através da junção dos elementos filosóficos, políticos, sociais que integrados se tornam objeto da reflexão e conseqüentemente, de uma nova ação. Uma consciência revolucionária.

Reconheço a importância dos eventos desenvolvidos, como protestos, greves, entre outros, com o objetivo de conscientizar os responsáveis da necessidade de respeitar o cidadão que possui seus direitos, mas, na maioria das vezes, precisa se apresentar através destes eventos como forma das autoridades, visualizarem e agirem, porque os governantes ficam calados, só agem quando invocados pela sociedade civilmente organizada. Portanto, o povo possui o PODER, basta saber usá-lo, sempre dentro dos limites da lei.

A evolução do homem fez com que começasse a participar das discussões em torno de seu Estado, isso claramente demonstra vontade de crescer, vontade de se auto

valorizar, vontade de ver seu Estado evoluindo, ver sua família vivendo com mais dignidade, ou seja, o homem como ser racional surgiu para ajudar a sociedade e se desenvolver.

CONCLUSÃO

Diante de tantas informações que agora se incorporam ao conhecimento que construímos de forma contínua e ininterrupta, constamos que qualquer iniciativa de caráter acadêmico e científico exige uma renovação e uma disposição para lançar-se diante de novas possibilidades com dedicação e empenho.

Na realização desta pesquisa, surpreendi-me com minha capacidade de analisar, de forma crítica e observadora, a realidade política e social que nos caracteriza no momento atual e buscando nos elementos históricos que nos antecedem as raízes deste contexto de exploração e manipulação do Povo.

Povo, soberano, absoluto, detentor do poder e... ausente dos movimentos sociais, ausente das discussões e participações políticas, deixando-se conduzir de maneira por vezes até vulgar, quando os mandatários demonstram a sociedade formas e maneiras que nos fazem entender e até aceitar ser o caminho correto, o caminho viável a prosseguir sem ao menos indagar, estudar, verificar se realmente este caminho vai levar ao lugar que almejamos, qual seja do sucesso, do progresso, e mais importante do lugar que buscamos chegar como gente cidadã que visa crescer e atingir os objetivos que programou.

Sinto-me particularmente, incomodado e ao mesmo tempo motivado a construir novos elementos de intervenção social e política, ora isso a meu ver torna-se possível quando o cidadão participa das discussões que envolvem a sociedade de um modo geral, seja nas associações comunitárias, seja nas igrejas, seja na política, enfim, cabe às pessoas participar da maneira que julgar possível e viável, mas participe assim estará contribuindo com o desenvolvimento e crescimento social e político.

Ainda não possuo respostas prontas e acabadas, mesmo porque não acredito que elas existam, mas acredito na força do diálogo, na participação e envolvimento da massa para que esta assim, como eu, se auto compreenda enquanto cidadão de direito, a quem nada e ninguém pode manipular ou ignorar.

Neste contexto e envolvido com leituras muito significativas e auto formadoras, minha maior surpresa foi a compreensão de que a minha força efetiva-se e consolida-se na minha força de promover também o crescimento e a soberania do oprimido. A capacidade reflexiva e crítica que me mobiliza agora também é o elemento que me estimula a pensar coletivamente.

Em meio ao contexto político e histórico do sistema previdenciário brasileiro, considerando todas as particularidades que foram apresentadas, discutidas e fundamentadas, observo e compartilho a ideia da necessidade do prévio requerimento administrativo, pois vejo esta decisão como um elemento fortalecedor, um elemento dinamizador, elemento essencial para que o cidadão participe e conheça o trabalho desenvolvido pela Autarquia, pois assim estará participando do movimento assistencial e social desenvolvido por esta importante Autarquia brasileira que possui um caráter social e também político de assistência e de garantias aos direitos fundamentais do cidadão.

Observamos todo o desenvolvimento desta ideia iniciada a partir da busca pela garantia ao atendimento imediato ao cidadão a cerca de seu benefício, na certeza de que ao acesso imediato junto ao judiciário representaria maior agilidade e praticidade ao segurado e acompanhamos a transformação desta ideia através da busca pelo fortalecimento do INSS e da valorização de tudo que esta instituição representa no contexto da sociedade brasileira.

Mas o aspecto mais relevante foi a discussão e o diálogo que se estabeleceram sobre o tema. Acreditamos que colocar uma questão em debate e procurar validar e considerar todos os pontos de vista diversos é uma abertura democrática, rica de possibilidades e se incorpora ao novo conceito de participação e de fortalecimento do povo.

Cabe ressaltar, que toda esta discussão acerca do tema proposto fez-me raciocinar e entender que a Autarquia tem uma grande representatividade perante a sociedade de um modo geral, sendo de suma importância a realização do prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias, porque como decidiu o STF, desta necessidade não está afastando o direito de buscar a tutela jurisdicional, está somente exigindo a participação do órgão que é preparado para analisar estes requerimentos, portanto coaduno com a decisão do STF.

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) somente ocorreu em 27 de agosto de 2014, quando o mesmo definiu que deveria primeiramente ser efetuado o requerimento administrativo porque não estaria ferindo o direito de, posteriormente, o cidadão invocar o judiciário, pois para ajuizamento da uma futura ação previdenciária bastava o indeferimento não sendo necessário exaurir a via administrativa.

Numa análise mais coerente vejo fundamento na decisão do STF, pois visou dar credibilidade à Autarquia e não acumular qualquer tipo de ação na esfera judicial. Visou, ainda, filtrar os processos a serem ajuizados numa tentativa do judiciário não ficar banalizando com todo e qualquer tipo de processo, e também acreditando mais na Autarquia, pois com esta decisão a entidade faria uma primeira análise ou até uma análise definitiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. ALENCAR, Hermes Arrais. Desaposentação e o instituto da transformação de benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
02. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.
03. _____. Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 dez 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 de dezembro de 2014.
04. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de & LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
05. HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
06. MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. Tomo I – Noções de Direito Previdenciário. 2. ed. São Paulo: LTR, 2011.
07. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.
08. MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil. Interpretada e Legislação Constitucional/ Alexandre de Moraes – 8ª edição, atualizada até EC N° 67/10 – São Paulo: Atlas, 2011.
09. _____. Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

10. RIBEIRO, Wendson. Para ajuizar ação contra o INSS, é necessário prévio requerimento administrativo?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, nº 3449, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23211>>. Acesso em: 01 nov. 2015.
11. UCHÔA, Marcelo Ribeiro. Controle do Judiciário: da expectativa à concretização (o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça). Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

O USO DAS ALGEMAS NO CONTEXTO SOCIAL

Heber Guimarães Lima Guedes
Milena Aparecida Lima Carvalho

RESUMO - O tema referente ao uso das algemas é de grande relevância para todos os cidadãos, haja vista a necessidade que a sociedade tem de se inteirar mais com seus direitos e deveres. O uso das algemas é matéria geradora de discussão desde os tempos da escravidão, estendendo-se por todos estes anos. E a sua normatização vem sendo tratada de uma maneira não convencional por todos os legisladores. Estes legisladores, na verdade, só se lembram que esse assunto necessita de regulamentação quando ocorre algum caso que gera repercussão na mídia. Daí as legislações midiáticas, onde os deputados apresentam projetos e mais projetos de lei para a regulamentação das algemas, mas que logo após o esquecimento da mídia, esquecem-se também os parlamentares de definir sobre tal matéria. A Súmula Vinculante que foi editada regulamentando o tema é outro assunto passível de discussão, uma vez que não respeitou os requisitos para criação e edição de súmulas. Diante disso, demonstrar-se-á as questões referentes ao uso de algemas no aspecto social, cultural e legal das regulamentações, em leis infraconstitucionais, que já surgiram ao longo de todos esses anos.

Palavras-chave: algemas, legislação, sociedade.

ABSTRACT - The issue regarding the use of handcuffs is of great relevance to all citizens, given the need that society has to learn more about their rights and duties. The use of handcuffs is generating a subject of discussion since the time of slavery, extending over all these years. And its regulation has been treated in an unconventional way by all legislators. These legislators actually only remember that this matter needs rules when any event that generates media attention occurs. Hence the media legislações where Members present projects and more bills to regulate the handcuffs, but that log after forgetting the media also forget parliamentarians to set about such matters. The Binding Precedent which was published regulating the issue is another topic open for discussion, since it does not comply with the requirements for creating and editing overviews. Therefore, questions concerning the use of handcuffs on the social aspect, cultural and legal regulations in infra laws that have arisen over the years will prove herself.

Keywords : handcuffs, law, society.

INTRODUÇÃO - O presente trabalho vem abordar as questões relativas ao uso de algemas no Brasil. O tema gera polêmicas desde a época da escravidão, época em que as algemas eram utilizadas nos mesmos. As algemas sempre foram objeto de algum tipo de discussão, embora não tenha, até a atualidade, uma lei específica que a regule.

Diante disso, em respeito ao princípio da dignidade humana, foram trazidas algumas mudanças pelas quais estão sendo inseridas em nossa legislação pátria, isto é, no Código de Processo Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Processo Penal Militar, bem ainda houve a resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Penitenciária, o Código

Brasileiro de Aeronáutica, o Código do Tráfego Aquaviário, enfim, existem códigos e regulamentos dispondo acerca do tema.

A principal regulamentação foi trazida recentemente pela Súmula Vinculante nº 11, que dispõe sobre seu uso, embora já tenha sido vista como inconstitucional pelos doutrinadores e juristas.

O uso das algemas também pode ser visto como uma questão cultural, que nasce dentro de uma sociedade e toma grandes proporções. Ademais, é notório que a polêmica das algemas apresenta maior destaque quando envolve casos de grande repercussão, o que leva os nossos governantes a ofertarem projetos de lei que acabam por serem arquivados quando o alvoroço da mídia termina.

Verificaremos, ainda, ao longo do trabalho, que esta falta de regulamentação adequada leva os agentes de segurança a se sentirem desamparados, haja vista que as algemas são, na grande maioria das vezes, uma necessidade real, sendo inclusive consideradas pelos agentes como um de seus instrumentos de trabalho. As regulamentações já existentes, que prevêm o uso das algemas, trazem as situações em que elas poderão ser usadas, sendo para evitar fuga do preso, evasão do local da prisão, resistência à prisão, atos de desobediência, bem como para garantir a integridade tanto do preso como do agente de segurança e dos demais presentes no ato da prisão.

O objetivo do trabalho é demonstrar a real necessidade de se regulamentar o uso das algemas no Brasil, de forma definitiva, para que, assim, os agentes possam ficar amparados na lei quando for necessário o uso destas, no dia a dia.

1. ESCORÇO HISTÓRICO

Algema é uma palavra oriunda do idioma arábico, *aljamaa*, e tem por significado literal “pulseira”, embora haja outros significados não literais para a palavra, como prisão, sofrimento e humilhação. A prática de aprisionar pessoas contendo seus movimentos de mãos e pés é arcaica, pois se tem notícia dela há mais ou menos 4.000 anos. (CHAGAS, 2009).

Na época pré-incaica (100 a 700 d.C.), as algemas continuaram a ser utilizadas, já que existem registros de pessoas amarradas com estes objetos que definitivamente são marcados pela história. Também eram usadas nos tempos da mitologia grega, época em que deuses e mortais eram aprisionados com algemas.

Passados os tempos da mitologia, já dizia Frei João de Souza (1825) em seu léxico etimológico:

(...) ser a algema instrumento de ferro com que o alcaide ou oficial de justiça prende as mãos do criminoso, ou dedos polegares. (...) certo instrumento de ferro com que se prende as mãos ou dedos polegares, aos que são conduzidos pela Justiça às cadeias.

De acordo com Fudoli (2008), na época da escravidão, as algemas foram aperfeiçoadas, mas seu destino era o mesmo, prender os negros. Nesse período, o material de fabricação das algemas começou a ser modificado, passando de cordas mais grossas para cordas mais frágeis, em seguida para os grilhões e correntes. Os grilhões eram fabricados em diversos tamanhos, já que não possuíam regulagem, e as correntes também não deram certo, pois foi notando-se o desconforto que elas causavam aos prisioneiros.

Seguindo a evolução, surgiram as algemas em forma de oito, que era formada por duas peças de metal. Logo após, o modelo surgido foi o de cifrão ou dólar, sendo substituídas por modelos fabricados com correntes finas ou cabos. Somente no ano de 1880 é que as algemas ganharam um modelo ajustável, criado nos Estados Unidos e copiado por outros países. A partir daí, os modelos sempre ganhavam ajustes e novas formas, até chegar às formas atuais, que hoje conta com modelos recobertos de polietileno, visando evitar lesões nos

presos, mas que tem um preço ainda muito alto, motivo pelo qual ainda não é usada no Brasil. E ainda podemos citar a última inovação, as inacreditáveis algemas descartáveis, que são compostas por uma alça tensora e fita flexível de poliéster, possuindo uma trava que se assemelha a um laque, podendo ser rompido apenas por objetos cortantes.

Ainda de acordo com a história, no principado de Dom Pedro foi abolido por ele, através de decreto, o uso de correntes, grilhões e algemas para homens ainda não julgados, com a justificativa de que de tais objetos serviam apenas para martirizar ainda mais esses homens.

Mas o Código Penal de Primeira Instância do Império do Brasil preceituava que, no momento da prisão, se o acusado não obedecesse, o uso da força poderia ser usado, o que, implicitamente, liberava o uso das algemas. Caso contrário e sem motivo justificado, o condutor que utilizasse no preso ferros e algemas era multado em cinquenta mil réis, além de incorrer em algumas penas, permanecendo esta regra até o governo Imperial (CHAGAS, 2009).

O projeto do CPP (Código de Processo Penal) de 1935 vedava o uso de algemas ou qualquer outro meio análogo, com exceção da tentativa de evasão ou resistência do preso.

Este projeto não ganhou vida e, após alguns aperfeiçoamentos, emergiu, em 1941. E sobre algemas, dispõe, em seu artigo 282- “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.” (VADE MECUM, 2011, p.570).

Embora esteja implícito o uso das algemas, seria mais oportuno se o legislador trouxesse em quais momentos esta tornaria viável, sem trazer aos agentes responsabilização, seja na esfera administrativa, civil ou criminal pela aplicação de seu uso.

1.1 ESCORÇO LEGISLATIVO

Antigamente, as algemas eram instrumentos de martírio aos homens que fossem capturados. Não obstante as algemas ou cordas usadas nesse tempo, esses homens eram submetidos a sessões de tortura por aqueles que detinham o poder. Ainda de acordo com o Código de Processo Penal de 1832, o condutor, ao efetuar a prisão, poderia levar o delituoso da maneira que se entendesse, fato este que só foi vedado trinta anos depois.

Na década de vinte, o Regulamento Policial do Estado de São Paulo restringia o uso das algemas: só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Podemos verificar que o uso das algemas, também, é questão totalmente cultural, ou seja, é algo que está inserido nos costumes tanto da sociedade antiga como da atualidade, sendo praticamente impossível desconsiderar e arrancar da sociedade esta forma de condução coercitiva de uma única vez.

Segundo Ferreira, Aurélio (2012, p.38), “o costume é o uso, hábito ou prática geralmente observada”. Já o costume jurídico, de acordo com Nunes (2002, p. 69) “é aquilo que a doutrina chama de convicção de obrigatoriedade, ou seja, a prática reiterada. Para ter característica de costume jurídico deve ser aceita pela comunidade como cunho obrigatório”.

Assim sendo, percebemos que o costume jurídico nasce no seio da própria coletividade, advindo de convicções internas, onde os cidadãos entendem e se auto obrigam a respeitar, tornando o costume legítimo e atualizado, uma vez que estas são práticas que a coletividade repete com habitualidade.

Interessante ressaltar que o procedimento do uso de algemas, por ser comum em todas as partes do mundo, é fonte de direito comparado com os (EUA) Estados Unidos da América, onde as algemas podem ser utilizadas em casos de detenção ou prisão, independente de sexo e idade, salvo para os casos em que as circunstâncias não permitem os agentes de assim procederem.

Nesse contexto, a corte suprema dos Estados Unidos preceitua que as algemas reduzem os riscos de danos, tanto para os condutores quanto para os conduzidos. Insta salientar que no nosso país as algemas sempre estiveram regulamentadas, de forma tácita ou expressa, quanto ao seu uso ou não. (CAPEZ, 2005).

1.2 O USO DAS ALGEMAS SOB UMA PERSPECTIVA AMPLA

O uso das algemas é visto sob vários aspectos dentro de um contexto jurídico, assim como os posicionamentos acerca do assunto são variados, o que causa algumas divergências em relação às discussões oriundas do assunto. (Disponível em: <http://www.arquivoestado.sp.gov.br/difusao/pdfs/publicacoes_do_arquivo.pdf>. Acesso em 15 set. 2012).

Há casos, no entanto, que causam divergências de ideias, principalmente no emprego de algemas em presos que possuem boa situação econômica ou alguma influência política.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 11 do STF, o uso das algemas somente é permitido para casos excepcionais, in verbis: só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Veja decisão do Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (1133) T5 - Quinta Turma assim decidiu em 19/11/2009:

Habeas Corpus. estatuto da criança e do adolescente. Ato infracional equiparado a homicídio qualificado praticado para implementação do tráfico de drogas no local do fato. Inviabilidade da pretensão de declaração da nulidade da audiência de apresentação em razão do uso de algemas pelo menor, inexistência de ofensa à súmula vinculante 11 do STF. Fundamentação suficiente. alta periculosidade do representado, parecer ministerial pela denegação da ordem. Ordem denegada.

De acordo com a decisão, permite-se o uso de algemas em adolescente infrator em casos excepcionais em que apresente risco de fuga ou perigo a sua integridade física ou de terceiros.

Em meados do ano de 2008, as algemas foram tema de algumas matérias divulgadas nos veículos de comunicação. Essas matérias debatiam sobre o uso de algemas nas prisões dos menos favorecidos e a moderação de seu uso para os presos de mais alta elite, ou seja, os criminosos do colarinho branco, o que demonstra a imparcialidade e falha do sistema. Dantas (2005, p.2) divulgou a seguinte matéria: algemas e Preconceito de Classes. Os argumentos contra as algemas são variados e criativos. Ora se diz presente excesso de poder, ora se afirma o desrespeito puro e simples a direitos constitucionais. O que não se diz, às claras, é que o argumento é essencialmente preconceituoso. Querem fazer crer, com péssimo propósito, que o colarinho branco não precisa ser algemado. Tiram do uso do equipamento somente a sua simbologia e suposta humilhação, para concluir, às avessas, que só quem merece as algemas é o réu ordinário, aquele que mal consegue defesa técnica digna. O Brasil não merece debate tão pobre. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 23 de out. 2012)

Não obstante, a Azevedo. Reinaldo (2002, p. 15) também publicou uma matéria sobre o assunto, criticando o fato das algemas serem tratadas como fator político e não jurídico.

Há um consenso de que algemar e prender Jader Barbalho foram atitudes excessivas e desnecessárias. O verdadeiro escândalo, porém, não está aí – está na realidade brasileira. O tratamento dado ao ex-senador foi o mesmo que recebe, diariamente, o tal “homem comum”, esse que parece preocupar tanto o ministro Marco Aurélio, ainda que sua voz só se levante em perplexidade quando a vítima é um rico e famoso (...).

1.2.1 Uso de algemas pela Segurança Pública em Geral

Dentro do contexto da segurança pública está inserido o uso das algemas, pela instituição polícia. É fato que, se objetos como as algemas caírem nas mãos de governos autoritários, pode virar facilmente um instrumento de perseguição.

Cabe às polícias usar este objeto, já que, o objetivo das mesmas é o bem comum da sociedade, seja direta ou indiretamente, sempre mantendo o controle da ordem social.

Os policiais militares exercem uma atividade que, de fato, lhes trazem mais deveres do que direitos, mesmo nos seus momentos de folga, uma vez que estes profissionais têm o dever de ação sempre que for preciso. A estes também cabem efetuar ações enérgicas quando necessário, fatos que nem sempre são entendidos pela sociedade, embora haja situações de abuso de poder. Deste modo, entendemos que as atividades desempenhadas por um policial requer dedicação total e redobrada atenção na sociedade. Suas ações devem ser rápidas e decisivas para o bem da coletividade. (CHAGAS, 2009).

Sabemos também que esta atividade é de alto risco, haja vista que os policiais enfrentam diuturnamente ações e reações violentas dos bandidos. Assim, foi delegado a estes, o poder de polícia, que é em consequência da superioridade aplicada pelo Estado às pessoas, onde os direitos individuais podem ser restringidos em favor dos direitos coletivos, a fim de manter a segurança e paz social. Aqui entra a coercibilidade, ou seja, o uso da força para fazer cumprir as medidas adotadas. Fica claro o uso da força, e não da violência desnecessária, posto que, se assim ocorrer, caracteriza o abuso de poder, sendo o agente responsabilizado pelos seus atos, bem como não pode acontecer as vantagens pessoais.

O uso das algemas, sem dúvida, visa, de plano, a segurança da equipe policial, seguido da garantia de proteção às vítimas, e depois, do próprio preso, no caso deste tentar evadir-se dos policiais ou apresentar algum tipo de ataque aos mesmos. Não é certo que se confunda o uso das algemas com o uso da força, posto que algemas servem justamente para neutralizar a força e imobilizar o preso. Se não fossem as algemas, os policiais teriam que imobilizar os delinquentes com o uso das próprias forças corpóreas, como se fossem lutadores dentro de um ringue. (GOMES, 2008).

Somente o fato de observarmos uma pessoa algemada sendo conduzida por policiais é suficiente para que as julguemos culpadas. Mas o fato não é esse, já que existem situações em que o uso das algemas não é permitido. Assim sendo, muitos policiais ficam em dúvida quanto ao seu emprego ou não.

Podemos dizer que as algemas são necessárias quando usadas de uma maneira correta, ou seja, respeitando as orientações jurisprudenciais, doutrinárias e legais existentes.

Interessante mencionar que as algemas deveriam ser usadas especialmente nos criminosos do colarinho branco, posto que estes é que possuem maiores condições de fuga, como aviões e helicópteros. (VADE MECUM, 2011, p. 930).

1.2.2 Constituição Federal

Quando se propõe a pesquisar o tema algemas no ordenamento jurídico, não se encontra matéria a respeito na Constituição Federal que dispõe, de forma direta, sobre o uso de algemas. Apenas o artigo 5º, XLIX dispõe que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, o que em suma é o alicerce do uso de algemas, o qual será demonstrado mais à frente. (VADE MECUM, 2011).

1.2.3 Código Penal e Processo Penal

O Código de Processo Penal dispõe sobre o uso de algemas em dois momentos, no entanto, o referido tema aparece apenas quando trata do “PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JURI”. De início, a referida matéria versa sobre a instrução em plenário e depois quando trata dos debates. Ressalta-se que a inclusão do termo algemas só ocorreu quando da edição da Lei nº 11.689, de 2008, a qual modificou o procedimento acima mencionado.

Acerca da instrução em plenário, o uso de algemas encontra-se disposto no artigo 474, § 3º do Código de Processo Penal: “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”.

A outra aparição do uso de algemas é acerca dos debates no tribunal do júri que se encontra disposto no artigo 478, inciso I, como abaixo reproduzido.

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado. (VADE MECUM, 2011).

Diante disso, se as partes se referirem à determinação do uso de algemas, os debates poderão tornar-se nulos, pois se ocorreu a referida determinação é que a mesma foi devidamente justificada, como dispõe o § 3º do artigo 474 do mencionado diploma legal.

Diante da falta de menção sobre o uso de algemas no Código de Processo Penal, muita das justificativas pelo seu uso na atividade policial, está disposto nos artigos 284 e 292 do referido Código, os quais assim dispõem: art. 284 - não será permitido o uso de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”.

Art. 285- se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Observando os dispositivos é possível ver que esta é razão pela qual é permitido o uso de algemas para evitar resistência ou fuga. Da mesma forma, a Lei nº 2.033/1871, da época Imperial que, por sua vez, reestruturava o processo penal, teve o decreto nº 4.824, do mesmo ano, para regular a execução da referida lei, dispondo em seu artigo 28 sobre a execução e forma como deveria ser conduzido o preso, informando que o uso de ferros, algemas ou cordas, caso fosse usada na condução do preso, deveria ser justificado e apenas em caso extremo de segurança.

Art. 28 - Além do que está disposto nos arts. 12 e 13 da Lei, a autoridade que ordenar ou requisitar a prisão e o executor dela observarão o seguinte: o preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo condutor; e quando não o justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de 10.000 a 50.000 pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso.

1.2.4 Lei de Execução Penal

A norma legal dispõe, no artigo 199 que “o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”. Contudo conforme analisado em nossa legislação vigente, nunca houve esse decreto federal disciplinando o assunto. (VADE MECUM, 2011).

A matéria trouxe vários projetos de Lei, especialmente após a prisão, com o uso de algemas, os proprietários da Cervejaria Schincariol e o banqueiro Daniel Dantas, além do ex-prefeito de São Paulo, Celso Pitta, respectivamente em 2005 e 2008, isto devido a exposição na mídia dos detidos com algemas.

No que se refere aos Decretos regulamentadores do uso das algemas, no Estado de São Paulo houve a edição do Decreto nº 19.903/1950: considerando que o Código de Processo Penal da República (Decreto lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941), tratando da prisão de delinquentes, permite, excepcionalmente, o emprego de força, nos casos de resistência ou tentativa de fuga em que se torne indispensável aquele meio de contenção (artigo 284); considerando que o Regulamento Policial do Estado (Decreto n. 4.405-A, de 17 de abril de 1928), prevê, igualmente, entre outros meios de contenção do detento, o emprego de algemas em casos excepcionais, justificadas pelo respectivo condutor (artigo 419); considerando que o emprego desse meio de segurança beneficia, grandemente, o serviço policial, como se tem exemplo em diversos países, mesmo tradicionalmente liberais, impedindo as fugas de perigosos delinquentes, que frequentemente ocorrem, muitas vezes depois de trabalhosas e demoradas prisões; considerando que a própria segurança individual dos presos, é, na maioria das vezes, beneficiada com a sua completa contenção, até que sejam conduzidos à presença da autoridade; considerando que o surto atual de delinquência, impõe mais eficiente e completa repressão à criminalidade.

Pela leitura das justificativas pela edição do referido decreto, verifica-se que o uso de algemas visa beneficiar o trabalho policial, impedindo fugas e promovendo a proteção dos presos.

O referido Decreto nº 19.903, de 30 de outubro de 1950, dispõe sobre o uso de algemas da seguinte maneira: art. 1º. O emprego de algemas far-se-á na Polícia do Estado, de regra, nas seguintes diligências:

1º. condução à presença da autoridade dos delinquentes detidos em flagrante, em virtude de pronúncia ou nos demais casos previstos em lei, desde que ofereçam resistência ou tentem a fuga;

2º. condução à presença da autoridade dos ébrios, viciosos e turbulentos, recolhidos na prática de infração e que devam ser postos em custódia, nos termos do Regulamento Policial do Estado, desde que o seu estado externo de exaltação torne indispensável o emprego de força;

3º. transporte, de uma para outra dependência, ou remoção, de um para outro presídio, dos presos que, pela sua conhecida periculosidade, possam tentar a fuga, durante diligência, ou a tenham tentado, ou oferecido resistência quando de sua detenção.

1.2.5 Estatuto da Criança e do Adolescente

Tema não menos importante, haja vista que atualmente grande parte dos delitos graves são cometidos por crianças e adolescentes, razão pela qual torna-se importante saber se com os mesmos poderão ser usados algemas.

De plano, se for observado apenas a justificativa do emprego de algemas, não verificamos óbice para seu uso, pois as algemas, caso seja empregada, será para sua proteção, dos policiais e para o impedimento de fuga.

A Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, nada menciona sobre algemas ou presos, haja vista que, quando a criança ou adolescente é flagrado cometendo um crime ele não é “preso” e sim “apreendido”. E quando se fala em apreender a referida

lei apenas coibi a condução ou transporte da criança ou adolescente em compartimento fechado de veículo policiais, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, conforme artigo 178.

Art. 178. O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade. (VADE MECUM, 2011)

Diante disso, observa-se que o uso de algemas não é proibido expressamente, sendo permitido em crianças e adolescentes que cometem delitos, desde que devidamente justificado, sendo empregado o uso de algemas para impedir a fuga ou para proteção.

2 PROTEÇÃO DOS ENVOLVIDOS E IMPEDIMENTO DE FUGA

O uso das algemas tem por objetivo a proteção dos envolvidos na prisão, inclusive do preso, sendo justificado seu uso inclusive para impedir fuga.

O uso das algemas é importante, embora o tema seja deixado de lado sob pretexto de poder estar ferindo a dignidade humana do preso, contudo, o uso das algemas, quando devidamente empregada, protege a todos os envolvidos.

Observa-se abaixo o não emprego da algema de maneira correta quando no ano de 2012, um adolescente que teve suas algemas retiradas durante uma audiência, pegou uma tesoura e atentou contra a vida da promotora, se lançando em direção ao pescoço da mesma.

Corroborando o acima mencionado, pela Decisão, *in verbis*.

Um menor de 17 anos, que tem em sua ficha mais de 120 passagens pela polícia, atacou com uma tesoura uma promotora durante audiência na Justiça, na tarde dessa segunda-feira (2). A agressão aconteceu no foro de Soledade (220 km de Porto Alegre), no norte do Rio Grande do Sul. Conhecido pela polícia e por grande parte dos cerca de 30 mil habitantes da cidade, o rapaz iniciou na delinquência antes dos 12 anos de idade. De lá para cá, acumula diversas passagens pela polícia, principalmente por furtos e roubos. Nessa segunda-feira, ele estava presente à segunda audiência que avalia seus atos infracionais quando, no momento em que o juiz autorizou a retirada de suas algemas, avançou sobre uma mesa, pegou uma tesoura e lançou-se em direção ao pescoço da promotora Camila Santos da Cunha. A mulher teve que ser protegida por um agente penitenciário, pelo advogado do menor e pelo próprio juiz, até o rapaz ser contido. Depois do incidente, foi feito na delegacia de Soledade um PAAI (Procedimento de Apuração de Ato Infracional), e o agressor, levado de volta para o Centro de Atendimento Sócio Educativo da cidade de Passo Fundo, onde ele está recolhido. Muito abalada, a promotora prestou depoimento, mas está evitando comentar o caso com a imprensa. “Instauramos esse PAAI, mas em dezembro, depois que o menor completar 18 anos, ele terá todos seus antecedentes zerados, conforme estipula o ECA [Estatuto da Criança e do Adolescente]”, disse o delegado de Soledade, Sander Ribas Cajal. Segundo ele, o menor e um comparsa, já maior de idade, são responsáveis por grande parte dos pequenos furtos na cidade. Tudo para manter seu vício no crack. “Quando ele foi recolhido, registramos queda de mais de 60% nos furtos. São pequenos, mas que incomodam muito as pessoas”. (Azevedo. Lucas, 2003).

Sendo assim, fica claro que é impossível saber a intenção e reação do preso ao ter as algemas retiradas. Outro caso, este ocorrido em 2006 foi de um fiscal do IBAMA que tentou suicídio ao saber que seria preso, tendo que ser algemado, justificadamente. O fiscal do Ibama (Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) Ivilson Pedro Muller, 56, tentou se matar ontem com um tiro no peito ao receber voz de prisão por policiais federais. Ele é um dos 29 acusados de envolvimento na venda de licenças ambientais e de pesca ilegal no Estado do Rio. (Torres; Nogueira, s.d).

Assim sendo, observa-se que o uso correto das algemas visa à proteção de todos os envolvidos, inclusive do preso, impedindo também a fuga do mesmo, garantindo assim uma melhor segurança pública.

2.1 ALGEMAS X LEGISLAÇÃO

De acordo com os dicionários, a palavra algemas, assim disposta, no plural, significa ferro para prender os braços pelos pulsos, ou mesmo um par de argolas metálicas, com fechaduras, e ligadas entre si, usadas para prender alguém pelo pulso.

A discussão das polêmicas causadas pelas algemas são alvos de controvérsias desde os anos 60. No ano de 1961, o então deputado Pereira Nunes, do extinto PSD, propôs projeto proibindo o uso das algemas em qualquer cidadão brasileiro.

Quatro anos mais tarde, o deputado Eurico de Oliveira, do também extinto MDB propôs projeto de Lei proibindo a utilização banal das algemas. Isso demonstra que, de uma forma tácita ou escrita, o nosso país sempre contou com um tipo de regulamentação para o uso das algemas. Assim sendo, a secular utilização das algemas se dá em face da defesa da sociedade, em que as algemas são um recurso adequado que visa garantir a integridade de todos os envolvidos no ato da prisão.

E embora ainda não exista no nosso país uma lei que especifique o uso das algemas, o que se faz é extrair do ordenamento, que se tem, algumas normas ou regras que preceituem acerca do manejo destes objetos. Frequentemente, utiliza-se o art. 284 do CPP para os casos em que o preso tenta empreender fuga ou resiste à prisão. “Art. 284: Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”. (VADE MECUM, 2011. p. 570).

Nucci (2008, p.476) interpreta o artigo e revela que: “o CPP impõe que a prisão seja feita sem violência gratuita e desnecessária, especialmente quando há aquiescência do procurado. Entretanto, especifica, expressamente, que a força pode ser utilizada no caso de haver resistência ou tentativa de fuga”.

Na mesma vertente, declina a nossa legislação pátria: art. 292 - Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas. (VADE MECUM, 2011. p.570).

Este artigo é uma autorização da lei para que objetos como algemas possam ser usados quando for necessário, a fim de evitar que o preso incorra em fuga ou ato de insubordinação, caso que o agente deve decidir o que fazer de acordo com a reação do preso.

Embora não apareça claramente a palavra algemas, esta é considerada um dos meios de cumprimento dos deveres dos policiais, uma vez que elas neutralizam a força do preso, imobilizam-nos.

Quanto ao Código de Processo Penal Militar, devemos lembrar que este só se aplica aos militares, e assim dispõe: “Art. 234, § 1º: O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242 do mesmo dispositivo legal”. (Custódio, 2002).

Por sua vez, o artigo 242 preleciona quais os tipos de presos não poderão ser algemados: art. 242 - serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes da condenação irrecorrível:

- a) os ministros de Estado;
- b) os governadores ou intervenções do Estado, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de polícia;

- c) os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembleias Legislativas dos Estados;
- d) os cidadãos inscritos nos Livros de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei;
- e) os magistrados;
- f) os oficiais das Forças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados;
- g) os oficiais da Marinha Mercante Nacional;
- h) os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional;
- i) os ministros do Tribunal de Contas;
- j) os ministros de confissão religiosa. (VADE MECUM, 2011).

Da mesma forma, há as restrições quanto aos adolescentes, dispostas no (ECA) Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 178: o adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade. (VADE MECUM, 2011)

A resolução nº 14 do (CNPP) Conselho Nacional de Política Penitenciária tratou os meios de coerção, enfatizando a garantia da integridade física dos presos: art. 29 – os meios de coerção, tais como algemas e camisas-de-força, só poderão ser utilizados nos seguintes casos:

- I- como medida de precaução contra fuga, durante o deslocamento do preso, devendo ser retirados quando do comparecimento em audiência perante autoridade judiciária ou administrativa;
- II- por motivo de saúde, segundo recomendação médica;
- III- em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los em razão de perigo eminente para a vida do preso, do servidor ou de terceiros.

Não obstante, o Brasil possui dois pactos internacionais que visam a proteção da integridade do preso, que são: Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que dispõe: art. 5 - direito à Integridade pessoal:

- 1- toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral;
- 2- ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

No ano de 2008, o procedimento do júri passou por uma reforma, onde as algemas foram mencionadas, e de acordo com a nova redação do art. 474 do CPP, § 3º: “não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia física dos presentes”. (VADE MECUM, 2012).

Embora existam essas disposições, não há uma lei específica para a regulamentação das algemas e o que se percebe no país é a legislação de urgência, ou seja, toda vez que a mídia aborda algum caso de repercussão, aparecem inúmeros projetos de lei, mas todos acabam sendo arquivados. E diante disso os policiais e agentes penitenciários ficam a mercê da insegurança, uma vez que algemas são seus instrumentos de trabalho.

Há de se mencionar que também existe o (CBA) Código Brasileiro de Aeronáutica, que embora não deixe claro a palavra algema, preceitua que o comandante tem liberdade para tomar as providências que forem necessárias para a segurança das pessoas, da aeronave e dos bens nela transportados.

Art. 167. O comandante exerce autoridade inerente à função desde o momento em que se apresenta para o voo até o momento em que entrega a aeronave, concluída a viagem.

Art. 168. Durante o período de tempo previsto no art. 167, o comandante exerce autoridade sobre as pessoas e coisas que se encontrem a bordo da aeronave e poderá:

[...]

II- tomar as medidas necessárias à proteção da aeronave e das pessoas ou bens transportados. (BRASIL, 1986).

Da mesma maneira, a lei que gera a segurança do tráfego aquaviário, nas águas que se encontram sob jurisdição brasileira, dispõe que seu comandante tem a liberdade de deter o passageiro que estiver causando transtornos em alojamento ou camarote e usar as algemas se for necessário.

2.2 RESOLUÇÃO DO (CNPCCP) - CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA

O Ministério da Justiça, através de seu Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) editou em 1994 a Resolução nº 14, fixando as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil.

A resolução foi publicada no Diário Oficial da União de 12 de dezembro de 1994, o emprego do termo algemas ocorre por duas vezes, sendo em seu artigo 25 e no artigo 29.

Art. 25. Não serão utilizados como instrumento de punição: correntes, algemas e camisas-de-força.

Art. 29. Os meios de coerção, tais como algemas, e camisas-de-força, só poderão ser utilizados nos seguintes casos:

I – como medida de precaução contra fuga, durante o deslocamento do preso, devendo ser retirados quando do comparecimento em audiência perante autoridade judiciária ou administrativa;

II – por motivo de saúde, segundo recomendação médica;

III – em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los em razão de perigo iminente para a vida do preso, de servidor, ou de terceiros.

Frente à observação do texto supra, tem-se que as algemas não poderão servir como instrumento de punição dos presos, podendo ser utilizadas como precaução contra fuga e para segurança da vida do preso, de servidor ou de terceiros.

A Resolução nº 14, ao tratar do tema do uso de algemas, nada mais fez do que reafirmar a justificativa do uso para proteção e impedir fuga.

2.3 SÚMULA VINCULANTE Nº 11

Antes de adentrar o tema, é necessário que se entenda o que é uma Súmula Vinculante. Estas são reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que após serem publicadas na imprensa oficial, passarão a ter efeito vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário.

As Súmulas, de uma maneira geral, foram criadas em 1963, e valiam somente para o órgão julgador que as emitiam. No ano de 2004, a Emenda Constitucional nº 45 criou as Súmulas Vinculantes, que deixaram de ter efeito somente para os órgãos que as emitiam para ter efeitos vinculados ao (STF) Supremo Tribunal Federal, assim como na atuação da Administração Pública Direta e Indireta, em todas as esferas.

A Súmula Vinculante nº 11 dispõe a seguinte redação:

“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do

agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

No texto, podemos notar que o STF menciona o princípio da dignidade da pessoa humana assim com os direitos e garantias individuais. Da mesma forma é mencionado o abuso de poder de autoridade.

3 ASPECTOS SUBJETIVOS QUE ENVOLVEM O ATO DE ALGEMAR

O ato de algemar, por si só, já é um ato de redução de possibilidade de violência contra os agentes e também pode ser visto como uma alternativa ao uso de armas letais e forças desmedidas. Enfim, é o meio menos lesivo de imobilizar o preso e de garantir a integridade dos envolvidos, além de ser a técnica mais usada no mundo.

No que se referem ao comportamento, as atitudes das pessoas, ao passarem por momentos de alto estresse como o da prisão, são, de fato, imprevisíveis. De acordo com Sidman (2003):

(...) a análise do comportamento poderia ter dirigido sua atenção para a importância pessoal ou social do comportamento, poderia ter-se ocupado em medir a força, a duração ou intensidade dos atos, poderia ter considerado como seu dado crítico as afirmações que as pessoas fazem sobre si mesmas, como em entrevistas e questionários. Em vez de qualquer dessas alternativas, a análise do comportamento considera como fundamental a probabilidade de que uma ação ocorrerá.

Isso demonstra que o comportamento antecede e segue cada uma das ações que praticamos. Ainda no contexto, há autores que reforçam a tese de que não podemos prever as reações que as pessoas possam ter. Assim Skinner (2003, p. 16-17): é possível que sejamos capazes de exibir considerável habilidade em formular conjecturas plausíveis sobre o que fariam nossos amigos e conhecidos em várias circunstâncias, ou sobre o que faríamos nós próprios. É possível fazer generalizações plausíveis sobre a conduta das pessoas em geral. Mas poucas destas generalizações sobreviverão a uma análise cuidadosa. Há, em geral muito o que desaprender em nossos primeiros contatos com a ciência do comportamento.

Desta forma, no momento em que o cérebro visualiza uma situação de ameaça, todo o organismo, imediatamente, começa a sofrer alterações, que recebem o nome de Síndrome Geral da Adaptação. Esta síndrome leva o corpo, num primeiro momento, a estado de alerta, deixando todo o corpo em estado de prontidão para uma proteção a um possível ataque.

Destarte, as reações psicológicas e fisiológicas advindas de situações como esta são, de fato, inúmeras e imprevisíveis, como chutes, socos, cuspidas, choros, se agarrar a algo ou alguém. Tudo em função do sujeito estar presenciando o tolhimento de sua liberdade. Daí a importância de uma análise acerca das condutas dos agentes, que muitas vezes a sociedade julga imprópria, é imprescindível para a sua liberdade e dos demais ao redor.

O setor de Ensino Operacional da Academia Nacional de Polícia/DPF (2008) encomendou um laudo psicológico às psicólogas Regina Braga e Mariana Neffa Araújo, acerca do comportamento de pessoas coagidas:

(...) quando uma pessoa experimenta uma situação de estresse, o cérebro responde iniciando 1.400 respostas diferentes, inclusive liberando uma variedade enorme de substâncias químicas na corrente sanguínea. Isso permite que a pessoa momentaneamente consiga fazer o que for necessário para a sua sobrevivência; (...) a primeira fase é a reação de alarme, quando o corpo libera adrenalina e inicia uma variedade de mecanismos psicológicos para combater o estresse e permanecer em controle. Essa é a resposta de luta ou fuga; (...) o córtex cerebral filtra tudo que não está relacionado à sobrevivência (...). (BRASIL, 2008).

Diante de tudo, fica inegável que as algemas definitivamente não podem sair do contexto da segurança pública.

3.1 ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Há que se ressaltar que as súmulas vinculantes devem atender a alguns requisitos, tais como: presença de controvérsia atual, entre judiciais ou entre estes e a Administração Pública, no que se refere à interpretação, eficácia e validade das normas; que os casos ali dispostos sejam capazes de trazer grave insegurança jurídica e grande número de processos versando sobre questões idênticas e a existência de reiterados casos de ordem constitucional.

Ao analisarmos os dizeres da súmula anteriormente vista, verificamos que não foram respeitados tais requisitos, ademais, o que se percebe é uma invasão de competência do STF em relação ao Poder Legislativo, haja vista que, neste caso, o STF criou normas de obrigação de fazer e de não fazer, ao disciplinar o uso das algemas.

Não obstante, não cabe ao Poder Judiciário impor responsabilidades aos agentes públicos, já que esta responsabilização deve decorrer exclusivamente de previsão legal. E da forma como foi feito, feriu-se o princípio da separação das funções que norteiam os três poderes do Estado. O fato é que as súmulas vinculantes têm força de lei, e uma vez que estas foram criadas pelo STF, significa que ele está legislando, fato totalmente incompetente.

Para que a Súmula Vinculante fosse editada, foram utilizados os seguintes precedentes jurisprudenciais: RHC 56.464, publicado no DJ de 06/10/78; o HC 89.429, publicado no DJ de 02/02/2007; e o HC 91.952, publicado em 19/12/2008.

Assim sendo, no RHC 56.464, em que o recorrente alegou que foi algemado e assim permaneceu durante todo o depoimento das testemunhas, o entendimento gerado foi o de que nesse caso, o uso das algemas não constitui constrangimento ilegal.

Já no HC 71.195, o recorrente alegava que seu julgamento era inválido, pelo fato dele ter permanecido algemado durante todo o seu julgamento, dizendo que esse fato pode ter influenciado os jurados de forma negativa.

Ao passo que no HC nº 89.429, o impetrante, por ser um membro do Conselho do Tribunal de Contas de Rondônia, pleiteava o seu não algemamento durante o trajeto que faria entre a carceragem da Polícia Federal (PF) até o gabinete de uma Ministra do STJ. Nesse caso, concedeu-se a liminar.

Diante dessas observações, podemos observar que não houve reiteradas decisões sobre a matéria, e de acordo com Barros (2000, p. 130): (...) se a súmula exprime o entendimento consolidado do STF, parece -nos óbvio que reiteradas decisões devem ser proferidas adotando um determinado entendimento para a matéria discutida. Assim, não basta que o STF tenha se manifestado uma única vez em um julgamento sobre a matéria constitucional, sendo exigida uma maior evolução da discussão a respeito daquela matéria de direito. Será ilegítima a súmula que for aprovada após uma única ou poucas decisões sobre a matéria constitucional. Como a súmula terá efeito vinculante, o mínimo que se exige é que o STF tenha a oportunidade de amadurecer o entendimento considerado o mais correto para a matéria de direito constitucional, e como o novo art. 103 -A da CRFB não dispõe acerca da quantidade de julgamentos que adotaram um determinado entendimento, necessária é a observância do princípio da razoabilidade por parte dos Ministros do Supremo Tribunal, que certamente saberão aprovar súmulas apenas quando o requisito das reiteradas decisões estiver presente.

No mesmo contexto, a insegurança jurídica não foi observada na sociedade, no que se refere ao uso das algemas, pelo contrário, o uso delas demonstra que os agentes de segurança estão se resguardando e protegendo aos demais cidadãos, além da integridade do próprio preso. O outro requisito, o da multiplicação de processos nos tribunais, parece não ter sido observado, haja vista que o assunto não gera tantas polêmicas assim.

Fudoli (2008) ensaia sobre o tema: (...) é certo que, em casos concretos, tem havido realmente o desvirtuamento do emprego de algemas, especialmente quando a pessoa presa tem poderio econômico ou político, ou ainda quando se trata de crime que trouxe repercussão na mídia, constatando-se a indevida exibição da pessoa presa como se fosse uma espécie de troféu a demonstrar a eficiência (verdadeira ou aparente) do aparato de segurança pública.

Quando dos debates para a criação da súmula, foi discutido o princípio da dignidade da pessoa humana. Palavras do Ministro do STF, Marco Aurélio de Melo: (...) a regra é ter-se com as cautelas próprias, a condução do cidadão, respeitando-se, como requer a Constituição Federal, a respectiva integridade física e moral. Mencionei, Presidente, como referências, em primeiro lugar, o diploma primário, o diploma básico - a Constituição Federal -, aludindo ao artigo 1º, que versa os fundamentos da República e revela, entre esses, o respeito à dignidade humana.

Também fiz alusão, sob o ângulo constitucional, a outra garantia: a garantia dos cidadãos em geral, dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil com respeito à integridade física e moral. (BRASIL, 2008).

O jurista Luís Flávio Gomes (2008), preleciona em sua doutrina: a decisão de usar ou não as algemas num determinado caso estaria sujeita à observância de três aspectos: indispensabilidade da medida, necessidade do meio e justificação teleológica. Na sua visão, não se estaria com isso proibindo o uso das algemas, mas o seu uso abusivo, uma vez que necessário se faz ao agente público a fundamentação da necessidade do uso daquele instrumento.

Ainda de acordo com o autor, tais medidas são para evitar que os agentes de segurança cometam crime de abuso de autoridade, e acima de tudo, para que respeitem o princípio constitucional da presunção da inocência. Em seguida, a edição da Súmula Vinculante em questão, foi e são apresentados na Câmara dos Deputados vários projetos de lei, que não vingaram. Todos esses projetos têm a mesma finalidade, a de disciplinar o uso das algemas.

É interessante que se observe a matéria à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. De acordo com a Ministra Carmem Lúcia: (...) deve ser enfatizado que o emprego daquela medida (uso de algemas) tem como balizamento jurídico necessário, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Sendo, sem razão (...) e sem guardar proporção legítima em relação ao comportamento adotado pelo paciente, não se há de ter por juridicamente sustentada a providência policial ou judicial. (BRASIL, 2008).

E ainda sustenta a Ministra que “a prisão há de ser pública, mas não há de se constituir espetáculo. Menos ainda, espetáculo difame ou degradante para o preso, seja ele quem for”.

Podemos entender esses dizeres ao observarmos que há um certo exibicionismo em relação a algumas prisões, tanto por parte da mídia quanto por parte das corporações de agentes de segurança. Mas não havia motivo para ensejar uma súmula que desrespeita os preceitos legais, haja vista que regulamentação já se tem, então, fizeram o que já tinha.

Em relação a dignidade da pessoa, ficou resguardada em todos os dispositivos infraconstitucionais que ponderam sobre a matéria. Diante disso, fica claro que a atuação dos agentes deve ser pautada nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de cometer o crime de abuso de autoridade, crime regulamentado desde 1965 e que engloba qualquer ato excedente à medida adequada ao que se propõe.

Deve-se, portanto, atentar à questão de que o agente não protege somente a dignidade e integridade do preso, mas também a sua e a de todos os envolvidos na operação, devendo então ser observado o conflito de interesses dos envolvidos em cada caso concreto. Ademais, a Administração Pública em conjunto com seus agentes devem ser moderados quanto aos seus

limites de competência. De acordo com Carvalho (2008, p. 126): em razão da proporcionalidade, impõe-se a conduta adequada necessária e suficiente na espécie, bem como o dever de prosseguir, de modo refletido, o equilíbrio entre a proteção da liberdade individual e dos direitos da coletividade, vale dizer, entre o interesse privado e o interesse público.

Ao praticar determinada conduta, o agente público deve tornar concreto o máximo de direitos fundamentais, evitando o sacrifício desnecessário de qualquer prerrogativa assegurada ao cidadão pelo ordenamento vigente.

Entende-se que há uma verdadeira colisão de direitos fundamentais e segundo o entendimento de Junior (2008, p. 05), esta colisão é: quando um direito individual afetar diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual. (...) em se tratando de direitos submetidos a reserva legal expressa, compete ao legislador traçar os limites adequados de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.

Estes direitos fundamentais também se referem à imagem abusiva do preso diante dos veículos de comunicação.

3.2 UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS PELOS AGENTES PENITENCIÁRIOS

Importante observar que a realização da escolta dos infratores fora do presídio com exemplos: hospitais, audiências, transferência para outra comarca, é realizada pelos Agentes de Segurança Prisional e para ser conduzidos com mais segurança necessita de Escolta Prisional.

Frisa-se que, quando o mesmo estiver de algemas e de no mínimo dois quando o mesmo estiver sem algema, evitando assim que o detento venha a tentar uma possível fuga ou até mesmo agredir o agente ou mesmo querer desarmar o agente, sabendo-se que o homem sempre busca manter a sua liberdade e dessa forma tendo suas ações imprevisíveis.

Ao analisar a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”, pode-se entender que a utilização das algemas fere a dignidade do cidadão, uma vez que sendo visto com as mesmas pela sociedade já o julgará culpado e em audiência os jurados podem considerar que são perigosos, deixando de prestar atenção a defesa do mesmo, uma vez que a leitura visual realizada tem grande influência na tomada de decisão, ocorrendo um prévio julgamento da personalidade do cidadão. (VADE MECUM, 2011)

Por outro lado, a própria Constituição Federal em seu artigo 5º “caput” trata do direito à vida, no caso à do agente carcerário, que não sabendo qual será a reação do detento pode colocar sua vida em risco com a falta da utilização da algema.

Diante do exposto, o princípio da presunção de inocência não será ferido pela utilização de medidas cautelares, para assim manter a integridade física do agente e da própria sociedade em caso de fuga.

Em 1950 o Estado de São Paulo, já preocupado com a segurança de seu agente, estabeleceu em seu Decreto Estadual nº. 19.903, de 30 de outubro de 1950, o qual ainda se encontra em vigor, no artigo 1º, as hipóteses de utilização de algemas: art.1º. O emprego de algemas far-se-á na Polícia do Estado, de regra, nas seguintes diligências:

(...)

3º. Transporte, de uma para outra dependência, ou remoção, de um para outro presídio, dos presos que, pela sua conhecida periculosidade, possam tentar a fuga, durante diligência, ou a tenham tentado, ou oferecido resistência de sua detenção.

Pode-se notar que há várias décadas os Estados já vinham se preocupando com a segurança de seus servidores e com a da própria sociedade.

No entanto, após os procedimentos necessários para o cadastramento de novos detentos, em seguida, retornará para cela sendo imediatamente retiradas as algemas para não caracterizar como abuso de poder dos mesmos e para não ferir o princípio da dignidade do preso.

Como ainda não temos em nosso país uma lei que disciplina o uso das algemas, quem deve decidir quando utilizá-las são as pessoas que lidam diretamente com os detentos (policiais, agentes prisionais), quando uma lei for formulada os legisladores deveriam convocar a classe policial para participar de sua elaboração.

CONCLUSÃO

Através do presente estudo, conclui-se que o uso de algemas na atividade policial consiste em uma proteção e não um abuso de autoridade ou constrangimento ilegal, isto seguindo o proposto em nosso ordenamento legal.

As algemas foram criadas para imobilizar prisioneiros, sendo que sua utilização na atividade policial visa impedir a fuga de presos, lembrando um pouco a razão inicial de sua criação.

Pois, a forma de impedir a fuga é dificultando os movimentos do preso pela junção de seus braços, gerando em tese sua imobilidade. A outra justificativa pela utilização das algemas é para a proteção dos envolvidos na ação policial, inclusive do preso e de terceiros, sendo que a utilização das algemas de forma correta e justificada não fere a dignidade humana, pois não causa constrangimento e sim gera segurança pública e proteção.

Diante de tudo que se percebe ao analisar o tema, conclui-se que o uso das algemas para imobilizar pessoas presas é somente um meio de preservação da segurança de todos, inclusive do conduzido. Assim, há uma dificuldade na tentativa de fuga e de agressão aos agentes de segurança, já que o preso pode apresentar atitudes diversas e imprevisíveis ao se sentir coagido e na eminência de perder sua liberdade.

Ademais, vale lembrar que as algemas podem ser utilizadas em várias esferas, e não só por policiais, como é o caso dos comandantes de aviões e navios.

O tema é preocupante no que se refere ao que é previsto na Súmula, haja vista que o uso das algemas é bastante subjetivo, assim como a decisão que julga se houve abuso ou não do agente, e isso deixa o sistema de Segurança Pública do País fragilizado.

Desta forma, ao invés de ser regulamentado o uso das algemas, o que deveria ser regulamentado são os procedimentos para que os Agentes Prisionais possam utilizá-las ao escoltar o preso sem ser considerado abuso de autoridade, mas, sim, protegê-lo, bem como a sociedade como um todo.

Hoje, o uso das algemas é a exceção, embora admita exceções, como para os casos de presos com bom comportamento no plenário do júri e quando o criminoso se apresentar espontaneamente.

No que se refere à previsão de anulação da prisão ou do ato processual, em decorrência do réu ter sido algemado em algum momento no transcorrer feito, é total o engano, haja vista que nada tem a ver as provas produzidas, não podendo, entretanto, ensejar a nulidade de todo o feito.

Enfim, percebe-se o quanto o Sistema Processual Penal brasileiro, como um todo, mostra-se frágil em relação a determinados assuntos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. AZEVEDO, Lucas. Uso das algemas. 2003. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/04/03/menor-com-120-passagens-pela-policia-ataca-promo-tora-com-tesoura-em-audiencia-no-rs.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2014.
02. AZEVEDO, Reinaldo. Revista Veja. 324ª ed., 2002.
03. BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
04. BRASIL - Lei nº 7.565/1986. Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 04 ago. 2014.
05. BRASIL, Conselho Nacional de Política Penitenciária, Resolução nº 14, 1994. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={B3298AE3-F9A4-460A-BA4-F-577545788FE}&BrowserType=IE&LangID=pt-br>>. Acesso em: 22 de dez de 2012.
06. BRASIL, Estado de São Paulo. Decreto nº 19.903/1950. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110513162324396&mode=print>. Acesso em: 30 out. 2012.
07. BRASIL, Estado de São Paulo. Regulamento Policial. Disponível em: <http://www.arquivo.sp.gov.br/difusao/pdfs/publicacoes_do_arquivo.pdf>. Acesso em 15 set. 2012.
08. BRASIL, HC, 140982 / RJ. JusBrasil. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2177016/o-adolescente-infrator-pode-ser-almagado-valdirene-aparecida-dos-santos>>. Acesso em: 30 out. 2012.
09. BRASIL, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 22 de dez de 2012.
10. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Notícias. Disponível em: <<http://WWW.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadet alhe.asp?id conteudo=94467>>. Acesso em 22 nov. 2012.)
11. BRASIL. Departamento de Polícia Federal. Setor de Ensino Operacional da Academia Nacional de Polícia. Parecer psicológico sobre o uso das algemas. Brasília, 2008.
12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debate e aprovação da súmula vinculante nº 11. 2008, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 23 de out. 2012.
13. BRASIL, Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm> Acesso em: 30 out. 2012.
14. CAPEZ, Fernando. Uso de Algemas. Jus Navigandi. Terezina, ano 10, n. 889, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id>>. Acesso em 29 ago 2008.
15. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo: Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração. Salvador: Ed. JusPodvm, 2008.
16. CHAGAS, José Ricardo. O uso de algemas segundo o STF. Jus Vigilantibus, jul, 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41047>>. Acesso em: 12 mai. 2014.

17. USTÓDIO, Renata Martinez. Uso de algemas: uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 04 ago. 2014.
18. DANTAS, José. Jornal Correio Braziliense, Brasília, 12 dez. 2005.
19. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Miniaurélio século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
20. FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a súmula vinculante nº 11, do STF, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>. Acesso em 25 out. 2012.
21. GOMES, Luís Flávio. Algemas: STF disciplina seu uso. Jus Navigandi, Terezina, ano 12 n.1885. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id>>. Acesso em: 29 ago 2012.
22. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. O Processo Criminal Brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert e Cia, 2008, v.1.
23. NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008.
24. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala e lições de casa. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
25. SIDMAN, Murray. Coerção e suas implicações. Campinas: Livro Pleno, 2003.
26. SKINNER, Burrhus Frederich. Ciência e Comportamento Humano. Tradução João Carlos Todorov, Rodolfo Azzi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
27. SOUZA, Frei João. Léxico etimológico, 1825. Disponível em: <<http://biblio.etnolinguistica.org/index:obras>> . Acesso em: 15 dez. 2012.
28. TORRES; Nogueira. Preso pela PF, fiscal do Ibama tenta suicídio com tiro no peito. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0211200628.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2014.
29. VADE MECUM. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.
30. VADE MECUM. Coord. Darlan Barroso; Antônio Marco Araújo Júnior. 2ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 2012.

IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL

Leidiane Dias de Jesus
Sílvio Lacerda de Oliveira

RESUMO - O presente trabalho expõe os principais aspectos da pequena propriedade rural quanto ao seu primeiro instituto – da propriedade, no que se refere ao direito em detrimento de terceiros. Partindo assim, para esta pequena propriedade rural como bem de família que possui função social, ou seja, produz e gera emprego e renda para a família. Em face da realidade do país onde os grandes agricultores que são lembrados por gerar emprego e levar alimentos à mesa do brasileiro, não é a realidade que concerne o cenário atual deste país. Os pequenos agricultores são responsáveis pelo nosso alimento diário, tendo em vista que as grandes propriedades exportam. Reconhecendo a importância da pequena propriedade juntamente com todos os possíveis bens de família a impenhorabilidade como garantia dissolução por desagregação a instituição da família, esta pesquisa almeja elucidar esse fato, entretanto além da importância no debate da impenhorabilidade, também se fez imprescindível a discussão sobre sua constitucionalidade assim como também das possíveis e restritas exceções a impenhorabilidade desses bens.

Palavras-chave: propriedade rural, agricultura, proteção, impenhorabilidade.

ABSTRACT - This paper sets out the main aspects of small farm about your first institute - ownership, with regard to the right at the expense of others. Leaving so for this small farm as a family asset that has social function, ie produces and generates jobs and income for the family. Given the reality of the country where large farmers who are remembered for creating jobs and bring food to the Brazilian table, is not the reality concerning the current situation in this country. Small farmers are responsible for our daily food, given that large farms export. Recognizing the importance of small property with all possible family assets to unseizability as collateral dissolution breakdown of the family institution, this research aims to elucidate this fact, however and the importance in the debate unseizability also made it essential to discuss your constitutionality as well as possible and limited exceptions to immunity from seizure of such property.

Keywords: rural property, agriculture, protection, unseizability.

INTRODUÇÃO - A pequena propriedade rural tem um cunho bastante importante no meio social, sendo fundamental para o abastecimento da alimentação da população.

A importância da pequena propriedade se dá pelo fato de que nela a família mora, trabalha, garantindo o sustento próprio e de outras famílias, colaborando com a economia do país. Observa-se que os alimentos produzidos pela pequena propriedade rural são doados para os demais componentes do grupo familiar (filhos, netos, irmãos e outros), colaborando financeiramente.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXVI, da pequena propriedade rural, aponta que em determinadas condições esta não pode ser utilizada como garantia de pagamento de dívida nem de financiamento, tratando-se de um direito do pequeno proprietário rural.

Entretanto, é espantosa a constatação de que poucos agricultores sabem disso. A verdade é que não há o que se discutir quanto a não penhora da pequena propriedade rural no que se refere a pagamento de empréstimos ou quaisquer títulos bancários e financiamentos.

Mesmo sendo os empréstimos e financiamentos feitos para aplicar na produção da sua pequena propriedade, embora ainda ocorra, como será demonstrado adiante.

Alguns requisitos do 5º artigo da CF devem ser verificados com bastante atenção, pois neste artigo, a proteção da pequena propriedade é definida com ressalvas, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, desde que trabalhada pela família.

Assim, para melhor entendermos a impenhorabilidade da pequena propriedade é preciso primeiramente definir o que vem a ser de fato: “uma pequena propriedade rural”.

Também se faz necessário entender a expressão: “desde que trabalhada pela família”.

Ao entrar no âmbito do trabalho de família, também se torna importante entender essa economia de subsistência e como ela funciona na prática, tratando-se de uma força realizada em prol do sustento da família. Portanto, a Lei buscou proteger a pequena propriedade e o que ela representa para a família.

Essa preocupação do constituinte tem cunho social e coletivo, pois o consumo de alimentos no dia-a-dia como arroz, feijão, dentre outros provenientes da lida diária na terra, faz-nos perceber a importância da produção nas pequenas propriedades para a sociedade em si. A maior parte desses alimentos hortifrutí, por exemplo, tem origem local justamente da agricultura familiar.

O importante papel do pequeno agricultor familiar, no âmbito de abastecimento do mercado interno nacional, faz com que este mereça um tratamento diferenciado e que seja plenamente protegido quanto a sua força de trabalho porque se ele perder sua pequena propriedade, que no futuro inclusive, pode ser adquirida por outra grande propriedade, quem sofrerá impacto é o mercado interno. Levando em consideração que a maioria dessas pessoas tem dificuldade para arrumar emprego na zona urbana e por essa dificuldade parte delas são excluídas socialmente.

Nesse sentido, é preciso que o pequeno proprietário permaneça no campo, pois além de residir na pequena propriedade e produzir seu próprio alimento, garante também, o sustento de outras famílias, contribuindo assim com a economia nacional de diversas formas.

A presente pesquisa aborda a questão da impenhorabilidade das pequenas propriedades rurais em todos os aspectos, e principalmente, no que se refere às exceções de impenhorabilidade expressas claramente na lei, embora de forma resumida e um tanto taxativa.

1 A ORIGEM HISTÓRICA DA PROPRIEDADE

No início da existência humana, o que hoje chamamos de propriedade, já era utilizado antigamente pelos homens, quando eles se apropriavam de bens móveis e imóveis, com o objetivo de garantir a sobrevivência. Nessa época, eles não sabiam o significado do instituto de propriedade.

Podemos perceber que neste período surgem as primeiras formas de demonstração de que o homem da Antiguidade defendia os bens que imaginava possuir.

Nesse aspecto, segue entendimento do professor, filósofo e constitucionalista, Máriton Silva Lima: o homem sempre computou no número de seus direitos o de apropriar-se de certos bens. Os juristas romanos definiram isso numa fórmula célebre, ou seja, a propriedade é o direito de reivindicar e de conservar como seu aquilo que foi legitimamente

adquirido, de usar, gozar e dispor dessa coisa à vontade, com exclusão de outrem, nos limites da lei. (LIMA, 2015, p. 03).

De acordo com o entendimento acima, o direito à propriedade vem de uma lei natural, que os animais irracionais buscam seu alimento garantindo sua sobrevivência, adquirindo o necessário para suprir suas necessidades. Quando analisamos o homem - um ser racional, observamos que ele não busca só a sua subsistência. O homem tem uma visão futura, apropriando de bens naturais de consumo, fungíveis, além de produzir alimentos de uso imediato, também os produz para sua necessidade posterior.

A necessidade do homem faz com que ele busque o de melhor, ou seja, aproveitando os bens da natureza, faz com que ele mesmo desenvolva os bens de uso pessoal, garantindo a sobrevivência digna.

Segundo Lima (2015, p. 4), “[...] é na lei de Moisés que se vêem os principais traços da justiça social. O direito à propriedade particular é plenamente reconhecido; por isso o furto, o roubo e a cobiça desregrada de bens alheios são condenados.”

Podemos perceber que desde antes de Cristo, o instituto de propriedade vem sendo abordado pela sociedade, mas sem regulamentação específica. Quando a Bíblia traz o mandamento “não cobiçar a mulher do próximo”, observa-se que a propriedade já era enraizada na sociedade. A propriedade já era presente na sociedade, em qualquer tipo de cultura ou época.

Na Grécia Antiga, este instituto foi estudado e aplicado na sociedade, onde era admitida a propriedade privada, fortalecendo-se no final do século VII a. C. Porém, foi na Romana Antiga que o direito de propriedade mais se aproximou da nossa atualidade.

Luciano de Souza Godoy relata que na Roma arcaica do século II a.C., “[...] a propriedade imobiliária era presumida como coletiva, pertencentes às gens. Somente na época de Justiniano os vários aspectos da propriedade foram concentrados no *ius utendi et abutendi* sua, definição inspirada numa das leis das *Pandectas*.” (SIC) (BARBOSA, 2015, p.1).

Antigamente a propriedade tinha um caráter comunitário, no período romano era da cidade e já alienava bens móveis. Já a propriedade privada era reservada ao indivíduo pessoal.

Desta forma podemos concluir que o direito de propriedade já existia desde os primórdios das civilizações.

1.1 CONCEITO DE PROPRIEDADE

O conceito de propriedade está estabelecido no Código Civil, art. 1228, caput, e trata-se de um direito real que dá ao titular a faculdade de usar, gozar da coisa, bem como de reavê-la de quem a detenha ou possua sem tal direito, ou seja, aquele que tem a propriedade sobre determinada coisa poderá usar ou dispor, defendendo de terceiro, desde que seu direito esteja de acordo com norma legal.

1.2 ATRIBUTOS DO DIREITO À PROPRIEDADE

O direito da propriedade é contemplado na CF/88 em seu artigo 5º, inciso XXII, cujo dispositivo visa garantir pleno direito à propriedade; o mesmo está aliado ao art. 1228 do Código Civil que define: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Estão presentes no artigo 1.228 do Código Civil os elementos constitutivos da propriedade: direito de uso (*jus utendi*), direito de gozar ou usufruir (*jus fruendi*), direito de dispor da coisa (*jus abutendi*) e o direito de reaver a coisa (*rei vindicatio*).

Jus utendi é o direito que o proprietário tem de usar da coisa da maneira que for mais oportuna, sem alterar a sua substância.

Jus fruendi, de acordo com artigo 1.232 do Código Civil: “Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”. Portanto, dá ao proprietário o direito de receber os frutos naturais (plântio de soja) e civis (recebimento de aluguel) da coisa e aproveitar economicamente os seus produtos.

Jus abutendi é o poder onde o proprietário pode transferir a coisa, podendo ser gravada, alienada a outrem a qualquer título, lembrando que sempre estará submetida à função social, não será permitido o abuso da coisa. O direito de dispor é de grande importância, pois nele predomina o direito de usar e gozar da coisa.

Jus rei vindicatio é o direito que o proprietário tem de reaver a coisa, dar ao proprietário o direito de entrar com um processo reivindicando a coisa das mãos de outro que injustamente a possui ou detenha.

Esse direito de propriedade significa servir da coisa, como plantar na propriedade e residir na mesma. O proprietário tem o direito de preservar, porém em acordo com o artigo 1.228, §§ 1º e 2º do Código Civil, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas, sedo defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

O texto civil é mais claro que o texto constitucional porque ampliou a proteção dos direitos sobre coisa-propriedade e também da relação do homem com a coisa, conforme a doutrina leciona:

O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração, de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica (MENDES et al, 2010, p.520).

Segundo Mendes et al (2010, p. 520) o conceito de propriedade no que se refere à definição passa ser a “utilidade privada” do direito patrimonial para o indivíduo, portanto, a relação desse direito patrimonial com o titular.

Já a conceituação de patrimônio inclui um conjunto de direitos e obrigações apreciáveis, no que se refere à esfera econômica atingindo, conseqüentemente, créditos, débitos e todas as possíveis relações jurídicas das quais participe a pessoa ativa ou passivamente (BASTOS apud CARVALHO, 2006, p. 533).

A palavra propriedade é originada do latim ‘proprietas’ e ‘proprius’ que dá a ideia de coisa estável e particular, própria da pessoa. Na linguagem jurídica não é diferente, propriedade é coisa que pertence, exclusiva à pessoa determinada.

Na qualidade de instituto jurídico, propriedade é a condição da coisa em caráter permanente. Lembrando que, o direito da propriedade é exclusivo, porque cabe ao proprietário, só a ele, sendo absoluto, pois concede ao proprietário a liberdade de dispor da coisa da maneira que quiser. Portanto, cabe ao proprietário usar, gozar e dispor de sua propriedade, inclusive o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possui ou detenha.

Direito de propriedade torna-se direito fundamental no que se refere à coisa em questão econômica da pessoa, fato que é legalmente protegido e dá benefício ao proprietário e lhe assegura direito total.

Na visão de França (1999, p. 442), propriedade é um direito que exclui o direito dos demais sobre a coisa e só é limitado pelos limites do interesse público e social, se submetendo

a coisa e suas implicações, ao poder do proprietário mesmo quando esteja sob detenção física de outro.

Um conceito bem claro sobre propriedade diz: “[...] é o mais amplo dos direitos reais - ‘plena in re potesta’” (GOMES, 2008, p. 97). Este conceito afirma ser a propriedade o maior direito sobre a utilização econômica das coisas. Dando ao proprietário o direito de servir -se, usar, retirar da coisa tudo o que ela puder lhe dar.

Já Diniz expressa que conceituar propriedade é demasiado difícil, entretanto em uma análise objetiva, diz ser: “[...] o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem injustamente o detenha” (DINIZ, 2006, p. 106).

1.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO À PROPRIEDADE

O direito à propriedade tem várias características, lembrando que não podem ser confundidas com os atributos citados anteriormente, todavia cuidaremos das seguintes características: absolutividade, limitação, exclusividade, perpetuidade e aderência.

1.3.1 Direito Absoluto

A absolutividade do direito à propriedade trata-se da oponibilidade que o direito tem contra os indivíduos, ou seja, tem efeito erga omnes, possibilitando o direito ao titular e ao proprietário várias alternativas de gozar, usar, dispor e reivindicar a posse.

1.3.2 Direito Limitado

A limitação da propriedade se dá quando um ou mais elementos transferem-se para outra pessoa, podemos citar como exemplo, o contrato de locação, onde o proprietário cede o jus utendi para o locatário, porém não perde o direito sobre a propriedade restando ainda três elementos.

1.3.3 Direito Exclusivo

A exclusividade do proprietário sobre a propriedade, não pode se confundir com a impossibilidade de ter mais de um proprietário sobre o mesmo imóvel. Somente o proprietário pode usar, fruir e dispor do bem, quando o mesmo achar conveniente.

1.3.4 Direito Perpétuo

A perpetuidade da propriedade dá ao proprietário o direito de ter a coisa enquanto vida ele tiver, ou seja, trata-se de um direito irrevogável, pois, não se extingue pelo não uso.

Trata-se de um direito relativo, pois a propriedade não estará perdida enquanto o proprietário não alienar ou enquanto não ocorre nenhum dos motivos previstos em lei, como a desapropriação, o perecimento, a usucapião etc.

1.3.5 Direito Aderente

A aderência é o direito de reaver a coisa, ou seja, a propriedade está vinculada ao seu titular, tendo este o direito de buscar onde ela estiver. O direito de reaver a coisa denomina-se direito de sequela, podemos citar como exemplo a reivindicação.

2 A IMPORTÂNCIA DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL

Desde o descobrimento do Brasil, o país é tido como favorável para agricultura, pois das primeiras análises, por volta do ano 1500, feitas Pedro Alvares Cabral que em carta para Portugal escreveu: “Nesta terra, em se plantando, tudo dá” (PERES, 2010).

O solo brasileiro é comprovadamente muito fértil. De acordo com Fernando Curi Peres, até a década de 1930, 80% da população brasileira ocupava a região rural, apenas 20% moravam nas cidades, as políticas até aquele momento, davam proteção e subsídios para o pequeno produtor rural.

Entretanto, durante o governo de Getúlio Vargas (de 1930 a 1956) houve facilitação da aquisição da casa própria, também foram oferecidas escolas públicas de qualidade com boa estrutura, sendo que seu maior objetivo era industrializar do país, mas, precisaria da mão-de-obra para trabalhar nas cidades por isso a estratégia. Com o financiamento da industrialização dos centros urbanos criando taxas para exportação da agricultura brasileira, Vargas favoreceu as importações de máquinas e equipamentos controlando o câmbio. O crescimento industrial veio, mas um dos efeitos foi o empobrecimento do agricultor brasileiro (DANTAS, 2011).

Segundo Dantas (2011), a migração do agricultor rural para a cidade foi intensificada por volta de 1970, devido a um programa governamental denominado bom da soja. Por causa da grande demanda, que necessitava de áreas extensas, as pequenas propriedades rurais foram vendidas e anexadas às grandes fazendas. Com o êxodo rural, o número de famílias em pequenas propriedades no campo diminuiu gradativamente.

Muitas destas famílias que se deslocaram do campo para a cidade foram morar em periferias, em lugares improvisados. As cidades também não tinham estrutura para acolher tantas famílias. Estas famílias sem qualquer conhecimento da cidade passavam por diversas dificuldades, porque neste mesmo período uma crise econômica de alta inflação assolava o país, quem sofreu com mais intensidade os resultados foram os mais humildes; em consequência, alguns partiram para criminalidade e violência. De lá para cá os governos em geral têm procurado resolver os problemas do êxodo rural, foram e são criados programas de inclusão social para estas famílias marcadas pela pobreza, geralmente eles são incluídos em diversos programas já existentes e de certa forma amparados (DANTAS, 2011).

Ainda existe um grande número de pequenas propriedades rurais que ocupam mão-de-obra familiar e tem uma produção que atende diretamente ao consumo no país.

A tecnologia atual foi responsável por ajudar a construir um novo panorama do campo no Brasil onde apresenta uma nova imagem, mesclando pequenas e grandes propriedades com vocações diferentes.

De acordo com Azevedo (2009, s/p):

[...] ocorreu um pequeno aumento na concentração agrária. No entanto, ela, na prática, é uma consequência da modernização do agronegócio, sem a qual não seria possível o aumento na produtividade. De fato, não se pode negar a importância dos pequenos agricultores no cultivo de alimentos típicos no prato dos brasileiros como feijão, legumes e a mandioca. Contudo, são os grandes produtores que dominam as exportações, vitais para o fluxo internacional de capitais [...].

É imensurável para o país rico em matérias primas, a importância da agricultura familiar, pois através dela são produzidos alimentos para a família brasileira em geral.

Os alimentos produzidos por essas famílias são alimentos comuns e costumeiros aos brasileiros como: café, leite, hortaliças em geral, arroz, ovos, feijão, como também a carne bovina, de frango e suína.

É importante abordar tais conceitos para exemplificar o lugar da pequena propriedade rural como eixo de impedimento aos ideais camuflados de país desenvolvido a qualquer preço trazendo a tona um arcabouço entre a expansão do capitalismo e a supremacia de alguns países dominantes e potentes.

É preciso valorizar todo e qualquer produtor agrícola no país, e mesmo os pequenos produtores tendo proteção constitucional como reconhecimento da sua contribuição, a mídia dá pouca ênfase ao trabalho dessa gente tão essencial ao país.

Um grande equívoco em relação à análise da agricultura do país é que as grandes propriedades que participam exclusivamente na geração de renda merecem destaque, mas não sozinhas. Um censo realizado em 1995 já mostrava com clareza que é realmente oposto a esta ideia, sendo que quem tem maior participação na geração de renda no campo são também as pequenas propriedades (OLIVEIRA, 2003).

O autor organizou quadro (tabela 1) de estrutura fundiária apresentado no Brasil, e neste quadro ele propõe a relação entre categorias de propriedade rurais a respeito das áreas ocupadas, expresso abaixo.

Tabela 1 – Estrutura Fundiária no Brasil

Fonte: IBGE, Censo Agropecuário 1996. Organização: (OLIVEIRA 2003).

Tamanho	% do n° propriedades	% da área agropecuária
Pequenas (menos de 200 ha)	93,80%	29,20%
Médias (de 200 a 2000 ha)	5,30%	36,60%
Grandes (mais de 2000 ha)	0,50%	34,20%

Através desta tabela podemos visualizar o quadro fundiário no Brasil. A importância das pequenas propriedades é uma realidade para a economia do país, embora tais informações não sejam comumente divulgadas. Entretanto, sem sombra de dúvidas é geradora de renda e emprego no campo.

Os imóveis com menos de 200 ha que ocupam 29% da área agropecuária são responsáveis por aproximadamente 53% de toda receita gerada, enquanto as grandes propriedades somam apenas 15,4% em relação à produção das mesmas. O restante é o montante de 31% gerados pelas médias propriedades (OLIVEIRA, 2003).

2.1 O CONCEITO DE PEQUENA PROPRIEDADE RURAL

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, Inciso XXVI: “A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

Podemos observar que há um tratamento benéfico quanto à pequena propriedade desde que tenha a participação da família, mas não define o que vem a ser pequena propriedade, deixando a cargo para norma específica.

Pequena Propriedade é definida na Lei 8.629/93, que regulamenta os dispositivos relativos à reforma agrária: art. 4º Para os efeitos desta lei, conceituam-se:

I- Imóvel Rural - o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa destinar-se à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial;

II - Pequena Propriedade - o imóvel rural:

a) de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais; [...] (BRASIL, 2015).

É cabível o questionamento: será que esse instituto substituiu a Propriedade Familiar? Excluindo a necessidade de classificação no imóvel rural, ou é possível que duas figuras jurídicas sejam tidas como entidades autônomas?

Essa definição de Pequena Propriedade na verdade não condiz perfeitamente com o inciso XXVI do artigo 5º, da Constituição Federal, que assim expressa: “A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento” (CF/88).

O inciso fala da impenhorabilidade da pequena propriedade, naturalmente dando início ao instituto, entretanto, não especificou, ou mesmo deu explicação especial e detalhada do mesmo.

A partir de 1988, pode-se contar com novos institutos da propriedade, como o da pequena propriedade, entretanto, como já debatido, o legislador destaca nos artigos nº 5 e nº 185, mas de maneira não tão clara.

Para esclarecimento da diferença entre propriedade rural e propriedade familiar existe a Lei 8.629/93, que tratou da questão no 4º artigo “supracitado” – “o imóvel rural de área compreendida entre um e quatro módulos fiscais.” Faz a diferenciação entre pequena propriedade e propriedade familiar, que tem um módulo rural, como se verá adiante.

2.2 INTRODUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO AGRÁRIO BRASILEIRO

De acordo com o estatuto de terras, Lei nº 4.504/64 o imóvel rural “[...] é o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja sua localização, que se destine à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de plano público de valorização, quer através de iniciativa privada”.

Este conceito foi alterado pela Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, em seu artigo 4º, inciso I - "o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial."

Rezek (2007, p. 56) conceitua imóvel rural: imóvel agrário é o prédio, em regra rústico, dotado de continuidade físico-econômica e localizado em zona rural ou urbana, que se destine ou se possa destinar à atividade agrária, desde que sobre ele não incida – ou deva incidir – outra atividade preponderante, permitida – ou determinada – em lei e autorizada pelos competentes agentes governamentais.

O módulo fiscal trata-se de uma unidade de medida agrária usada no país, a qual foi instituída pela Lei 6.746 de 1979, que expressou os módulos rurais em hectares, entretanto, é variável de município para município (INCRA, 1997, p. 3).

O módulo fiscal, leva em conta o tipo de exploração predominante de cada município, a renda obtida com tal exploração, e mesmo as demais explorações na região são levada em soma levando em conta também o conceito de propriedade familiar.

Também corresponde à área mínima necessária a uma propriedade rural que torne sua exploração viável, mesmo dependendo da região o módulo fiscal pode variar de 5 a 110 hectares. Em regiões mais afastadas dos centros urbanos a extensão do módulo fiscal é maior (SILVEIRA et al, 2014).

É através dessa classificação que também serve de parâmetro para eleger os beneficiários do PRONAF – pequenos agricultores de economia familiar, proprietários, meeiros, posseiros, parceiros ou arrendatários das pequenas propriedades.

O módulo fiscal não deve ser confundido com módulo rural do qual é feito o cálculo separadamente, pois sua área reflete no tipo de exploração principal do imóvel rural que de acordo com o INCRA (1997, p. 2) diz: o módulo rural é utilizado para:

- determinação da Fração Mínima de Parcelamento - FMP, que corresponde à área definida para a exploração hortigranjeira da Zona Típica de Módulo - ZTM do município de localização do imóvel rural;
- enquadramento Sindical Rural dos detentores, com base no número de módulos rurais calculado;
- limitar, através do módulo de exploração indefinida da ZTM do município, a aquisição de imóvel rural por estrangeiro, pessoa física ou jurídica e; definição do universo de beneficiários do Banco da Terra.

É possível dizer que o módulo rural é oriundo do conceito de propriedade familiar, ele tem a função de exprimir independência entre a dimensão geográfica do imóvel rural e seu aproveitamento econômico.

Do módulo rural trata o inciso III do artigo 4o do Estatuto da Terra: a área de terra que, trabalhada e explorada economicamente, direta e pessoalmente pelo agricultor e sua família, e eventualmente com ajuda de terceiros, absorva toda a força de trabalho, revelando-se o quanto baste às necessidades de subsistência, promovendo fundamentalmente o progresso social e econômico do referido conjunto familiar. Significa a área de terra necessária para determinada atividade agrícola, e suficiente para dela extraírem-se os meios necessários para subsistência. Varia o tamanho em consonância com a atividade desenvolvida no aproveitamento da área.

Sendo o imóvel destinado à produção de hortaliças, de frutos e à criação de aves, é bem menor do que aquele onde se desenvolve a pecuária. Entende-se, ainda, como a quantidade mínima de terras admitida no imóvel rural, a unidade básica da terra, equivalendo a área da propriedade familiar, variável de região para região, conforme o tipo de exploração da gleba [...] (RIZZARDO, 2004, p. 235).

O Estatuto da Terra, em outros termos, trata o módulo rural como menor parcela de fracionamento do solo rural, mas leva em conta outros critérios que permitam o trabalhador tirar seu sustento e de sua família, através da própria força de trabalho (FERREIRA, 2014).

O módulo rural corresponde ao tamanho mínimo da propriedade no campo, suficiente para garantir o progresso do agricultor e sua família. É o parâmetro básico para dividir a terra, garantindo-se um sítio ideal para cada família.

Assim está baseado o módulo rural: no tamanho da propriedade. Menor que o módulo, torna-se incapaz de gerar progresso: surge o minifúndio. Maior, pode transformar-se em empresa rural. Demasiado, acima de 600 módulos, configura o latifúndio por dimensão. Assim estabelecia o Estatuto da Terra, em 1964. Ora, é fácil argumentar que esses conceitos estão ultrapassados. Progressivamente, as limitações naturais da produção foram sendo rompidas pelo avanço tecnológico. No passado, quando a produção rural estava incipiente, sem uso de máquinas nem insumos químicos, sem melhoramentos genéticos, a terra era o fator fundamental.

Quanto mais, melhor. Hoje, entretanto, acabou a relação direta entre tamanho da área e rentabilidade na agricultura. Isso é sensacional. No campo, agora, o que manda é a tecnologia, não a quantidade de terra. Com técnica adequada, um pequeno sítio pode ser mais produtivo e rentável que uma enorme e perdulária fazenda de gado. A adubação de pastagens, impensável no passado, as cercas elétricas, a suplementação alimentar, a precocidade do rebanho e o controle de parasitas configuram novos processos de produção, de elevada produtividade. Acabou a vez do coronel na agropecuária (GRAZIANO DA SILVA, 1989, p. 320).

De acordo com o CIECZ (2008, p. 7) o tamanho da pequena propriedade pode variar de região para região, mas, deve atender os seguintes requisitos:

I - a área total em cada região não pode ultrapassar o respectivo limite da pequena gleba rural;
 II - o conjunto de imóveis deve ser explorado pelo produtor só ou com sua família, admitida ajuda eventual de terceiros; e

III – o produtor não pode possuir imóvel urbano.

Ainda, de acordo com o Estatuto da Terra, as propriedades rurais podem ser classificadas em: Propriedade familiar; Minifúndio, Latifúndio, Empresa Rural; a Empresa Rural a constituição classifica como: pequenas, médias ou grandes propriedades.

Assim como a pequena propriedade, a propriedade familiar tem um papel estratégico, conforme disposto no art. 4º, inciso II, do Estatuto da Terra, "Propriedade Familiar", o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros.

O Estatuto da Terra estabelece que a propriedade familiar seja caracterizada por ser explorada pela própria família. No inciso III fica claro que o módulo rural estabelecerá a área da propriedade de família.

O mestre Pinto Ferreira, em sua obra Curso de Direito Agrário assevera que se entende por propriedade familiar, “o imóvel que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, absorva-lhes toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com a ajuda de terceiros” (FERREIRA, 1998, p.216).

A propriedade familiar é composta por quatro elementos onde o título tem que estar em nome de algum dos membros da família; a propriedade tem que ser explorada diretamente e pessoalmente, pelo titular do domínio e sua família; sua área compreende um módulo rural, onde sua área ideal para cada tipo de exploração, será de acordo com a região; será admitida eventualmente a ajuda de terceiros, podemos citar como exemplo a época de pico da colheita.

Nota-se que o tamanho da propriedade tem que ser suficiente para suprir as necessidades do progresso econômico-social familiar. Já a pequena propriedade tem que ter sua extensão compreendida por uma área sendo de um a quatro módulos fiscais.

Portanto, ambas influenciam de forma significativa a economia do país, pois podemos observar que o produtor familiar através da agricultura atende às necessidades não só de sua família, mas também o interesse da coletividade.

3 A PROPRIEDADE RURAL E O BEM DE FAMÍLIA

De forma geral, o bem de família caracteriza a pequena soma material dos seus bens que atendem suas necessidades vitais e imprescindíveis para união e vivência digna da família. O conceito de bem de família abrange a proteção do lugar onde esta reside. O Código Civil em seu artigo nº 1.711, trata do bem de família voluntário, é o instituto da vontade do casal ou da entidade familiar de proteger sua família das oscilações econômicas futuras, desde que formalizado e registrado, presentes os efeitos: impenhorabilidade limitada onde estabelece que o imóvel torna-se isento de dívidas futuras, salvo obrigações previstas no artigo 1.715 do Código Civil: o bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio e a alienabilidade relativa onde estabelece que o bem de família voluntário só será alienado com autorização dos interessados, conforme o art. 1.717 do Código Civil: o prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino

diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.

O artigo 1.711 e seguintes do Código Civil, estabelecem que não pode ser instituído e ultrapassado um terço do patrimônio líquido à época de sua instituição, devendo o bem de família voluntário constar de escritura pública ou ser deixado em testamento.

O limite estabelecido tende a evitar que uma parte ou sua totalidade fique imobilizada e sem concepção de alienação, o que poderia desenvolver fraudes prejudicando os credores.

O bem de família trata-se de um instituto que acolhe e defende seu domicílio, podendo ser ele urbano ou rural, protegido integralmente pelo Estado. “O bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma instala-se domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (AZEVEDO, 2009, p. 93).

São naturais interpretações de que o bem de família seja um elemento constituído indivisível, por não compreender personalidade propriamente, sendo assim, impossibilitada sua divisão. “A natureza jurídica entende que a transmissão da propriedade na instituição do bem, em que o adquirente é a família com personalidade coletiva, sendo o transmitente o instituidor, como o chefe da família.” (AZEVEDO, 2009, p. 94).

A lei nº 8.009/90 surgiu com o instituto de proteger o Bem de Família estabelecendo a impenhorabilidade deste.

O artigo 1º da Lei nº 8.009/90 estabelece que: o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais e filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

O parágrafo único do mesmo artigo revela o alcance e o objeto do instituto, ditando que: “A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

A lei tem a finalidade de garantir que o imóvel não responda por dívida civil, comercial, fiscal ou previdenciária, impedindo a miséria e a marginalização. Protegendo o imóvel da família e garantindo àquelas pessoas que passam por dificuldade financeira uma vida digna, garantindo as condições mínimas de sobrevivência.

Resguardando o princípio da dignidade da pessoa humana, trata-se de um direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] - a dignidade da pessoa humana; [...]”.

A Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família resguarda o direito fundamental de moradia.

O direito à moradia foi incluído no capítulo dos direitos sociais: os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado social de direito, tendo como finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura em dos fundamentos de nosso Estado democrático (MORAES, 2012, p. 09).

O direito à moradia é tão importante e está relacionado com o direito à vida, à integridade física, à educação, à inviolabilidade do domicílio, ao segredo doméstico, à intimidade, ao sossego, à honra, ao sigilo de correspondência de sua residência etc.

Vale ressaltar que, assim como os demais direitos citados no parágrafo anterior, a moradia poderá ser alienada desde que, inscrita como bem de família voluntário, ela só poderá ser alienada com a autorização dos interessados, cabendo ao MP intervir quando houver participação de incapaz, de acordo com o artigo 1.717 do Código Civil, trata-se de

um direito condicionado à personalidade de cada indivíduo. Sendo um direito inalienável, imprescritível, irrenunciável, gozando de proteção fundamental.

O Estado tem a obrigação e o dever de garantir o direito à moradia, tendo como fundamento os princípios fundamentais, de respeitar, ampliar, proteger e facilitar o acesso a todos os indivíduos.

Nesse sentido, Sérgio Nunes de Souza descreve que “o exercício deste deve ser mantido, e jamais restringido, independentemente da política administrativa ou executiva, ou de normas do Poder Executivo ou do Legislativo que tratem do assunto”. Sendo assim, toda norma infraconstitucional deverá atender ao preceito constitucional de garantia e proteção à moradia.

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 8.009/90

A Lei nº 8.009/90 dispõe: art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

O Código de Processo Civil vem reforçando a impenhorabilidade em seu art. 649, inciso VIII: “São absolutamente impenhoráveis: [...] VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; [...]”. Vejamos:

EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – PROPRIEDADE RURAL INFERIOR A UM MÓDULO RURAL – IMÓVEL DESTINADO A PRODUÇÃO RURAL E RESIDÊNCIA – IMPENHORABILIDADE – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 649, X – REQUISITOS NECESSÁRIOS DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS – Decisão com fundamentação concisa, mas suficiente. Inocorrência de nulidade. Por força do artigo 649, X, do Código de Processo Civil, o imóvel rural cuja área não exceda um módulo rural, sendo o único do devedor e não incidindo sobre ele hipoteca resultante de financiamento agrário, está amparado pela impenhorabilidade. Não há infringência ao princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado (art. 93, IX, Constituição da República) quando, embora sucintamente, o togado exteriorize as razões de seu convencimento (art. 165, segunda parte, CPC). A fundamentação concisa, breve, não se equipara à ausência de motivação. (TJSC – AI 00.014875-0 – 4ª Código Cív. – Rel. Des. Pedro Manoel Abreu – J. 28.09.2000) JCPC. 649 JCPC. 649. X JCPC. 165 JCF. 93 JCF. 93. IX(original sem destaque).

A impenhorabilidade da propriedade do Produtor Rural Familiar é absoluta garantida pela proteção constitucional. Desta forma, a pequena propriedade é impenhorável, desde que trabalhada pela família, não será penhorada, para pagamento de financiamentos feitos, para custear a produção, ficando a Lei responsável em criar meios para desenvolver o financiamento.

A Lei nº 8.009/90 dispõe a impenhorabilidade do bem de família. De acordo com o artigo 1º da referida Lei, parágrafo único: art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Já o artigo 4º parágrafo 2º prevê: art. 4º. Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. [...] § 2º. Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Assim, podemos chegar à conclusão de que a impenhorabilidade da pequena propriedade rural abrange a mesma como um todo, não permitindo fracionamento de módulo rural.

Olhando primeiramente o caráter social e humanitário da referida lei, ela agrega harmonia em relação principal à moradia expressa também no artigo nº 6 da CF/88, completa a jurisprudência a seguir relacionada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À PENHORA E À EXECUÇÃO. LEI 8.009/90. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MP. REQUISITOS DE URGÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. 1. Não é inconstitucional a MP 143/90, que foi convertida na Lei 8.009/90, pois o requisito de urgência restou avaliado pelo Presidente da República, confirmado pelo Congresso Nacional, sem impugnação consistente em sede judicial, capaz de elidir a presunção de constitucionalidade do ato (AZEVEDO, 2002, p. 204).

O maior debate acerca da inconstitucionalidade ou não da Lei de Impenhorabilidade do bem de família, foi a questão que aborda a relação do patrimônio do devedor à execução de suas dívidas. Tornando assim o patrimônio uma garantia.

Porém, o objeto jurídico neste ponto da lei seria a família do devedor e não apenas o mesmo. Sendo a família uma constituição que é tida como base de toda uma sociedade, merece ela todo tipo de proteção constitucional, seria preciso muito debate para realização pontual do direito que pertence à família em todas as ocasiões em que estiver ameaçada.

A pequena propriedade rural é muito importante para a família e a sociedade.

Podemos citar o caso de Marcos Winter, agricultor de 65 anos, juntamente com a família, em Matos Costa, em Santa Catarina, que perdeu sítio em que vivia e tirava seu sustento, devido a um empréstimo para o plantio de feijão, onde o mesmo não conseguiu solver a dívida. O agricultor afirmou que a área do sítio era equivalente a 15 campos de futebol e a colheita foi muito ruim, motivo o qual seus produtos não tiveram aceitação no mercado, de onde originou-se a inadimplência. Portanto, o sítio foi penhorado e, em seguida, leilado. Diante dessa situação o agricultor foi despejado, carregou o que pode em sua carroça e se abrigou em um galpão da igreja, vivendo em condições miseráveis. Posteriormente, o agricultor foi morar com a esposa e três filhos em uma casa emprestada vivendo de doações. O agricultor ficou por entender o porquê perdeu o sítio todo, em vez de uma parte, lembrando. Afirma "Comprei aquele sítio com muito trabalho. Era minha única propriedade. Se quisessem uma parte, eu aceitaria. Mas pegaram tudo".

Para a advogada atual do agricultor, isso aconteceu devido uma série de erros do judiciário, primeiramente o sítio não podia ser penhorado porque era o único bem da família.

O sítio foi vendido por R\$ 14.200,00, em 2007; o agricultor tenta retomar a propriedade perante Superior Tribunal de Justiça, o mesmo afirma que a área vale entre R\$ 100.000,00 a 120.000,00.

Segue entendimento dos tribunais: Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - CÔNJUGE DO EXECUTADO - IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL RURAL - ALEGAÇÃO DE SER BEM DE FAMÍLIA - DESCONFIGURAÇÃO DE PEQUENA PROPRIEDADE (PROPRIEDADE FAMILIAR) - REQUISITO ESSENCIAL - PENHORA PARCIAL QUE PRESERVOU A RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA - CONSTRICÇÃO VÁLIDA. Para que imóvel rural seja considerado absolutamente impenhorável, é necessária a prova de ser bem único trabalhado pela família, com o

intuito de subsistência daquela entidade, e que sua área se enquadre na definição de pequena propriedade (ou propriedade familiar). É válida a penhora que recair sobre parte de imóvel rural, preservando a residência da família no domínio do agricultor, mais área de tamanho suficiente para garantir àquela entidade familiar a subsistência. (TJ-MG - AC: 10390120032797001 MG, Relator: Newton Teixeira Carvalho, Data de Julgamento: 14/08/2014, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/08/2014).

Portanto, podemos observar que, na pior das hipóteses, a parte da propriedade poderia ser penhorada, preservando a residência da família e a área suficiente para garantir àquela entidade familiar sua subsistência.

O mesmo acontece quando falamos em fiança que é uma espécie de contrato onde a pessoa do fiador, compromete seu patrimônio para satisfazer a dívida do credor, caso o devedor principal, aquele que contraiu a dívida, não a solva em seu vencimento, observamos que a legislação assegura o direito à moradia em todas as normas legais, conforme o artigo 823 do Código Civil fica estabelecido que “A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada.”

Portanto a lei estabelece que o fiador em nenhuma hipótese poderá ter grave lesão devido o fato de ter a qualidade de afiançado.

Podemos observar de forma clara a contradição da norma. Sendo que o fiador de um contrato de locação imobiliária poderá perder seu imóvel, porém, o afiançado não. A interpretação está de acordo com a Lei 8.245/91, “art. 67. Na ação que objetivar o pagamento dos aluguéis e acessórios da locação mediante consignação, será observado o seguinte: [...] VII - o autor poderá complementar o depósito inicial, no prazo de cinco dias contados da ciência do oferecimento da resposta, com acréscimo de dez por cento sobre o valor da diferença. Se tal ocorrer, o juiz declarará quitadas as obrigações, elidindo a rescisão da locação, mas imporá ao autor-reconvindo a responsabilidade pelas custas e honorários advocatícios de vinte por cento sobre o valor dos depósitos [...]. Portanto, o legislador relatou ser penhorável o imóvel desde que decorrente de fiança concedida no contrato de locação, mas na verdade ele queria dizer que tanto o imóvel do fiador quanto o imóvel do afiançado podem ser penhorados.

De acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro 12.376/10, nos artigos: “art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e art. 5º, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O objetivo da norma não era que o fiador perdesse o imóvel oferecido em garantia no contrato de locação, mas que a sanção não fosse sofrida pela pessoa do afiançado. Quando surge uma interpretação contrária bate com o Código Civil: “art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Quando o legislador falou em boa-fé, levamos a crer que o afiançado agiu de acordo com o artigo 422 do Código Civil, não impondo à pessoa que lhe prestou um favor, uma obrigação mais grave que teria para si próprio. Neste caso está caracterizada a má-fé, agindo em desacordo com a Lei.

Podemos chegar à conclusão que a lei 8.009/90: “art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.[...]”, não fere a Constituição Federal e também a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o Código Civil, nos art. 422 e 823, não fere o Princípio da Isonomia.

Para o Superior Tribunal de Justiça, vigora o entendimento de constitucionalidade quanto à penhorabilidade do imóvel do fiador. Outras tantas jurisprudências também afirmam constitucionalidade à exceção apresentada pela Lei de Impenhorabilidade, entretanto não afrontam o direito de moradia previsto na CF/88.

O argumento principal era de que o principal devedor (o locatário) não poderia ter o seu bem de família penhorado, mas, o fiador (em regra devedor subsidiário, nos termos do artigo 827 do Código Civil) pode suportar a condição. A lesão ao princípio da isonomia ocorre no fato da fiança ser contrato de acessório, e que não pode trazer mais obrigações que o contrato principal de locação (LEMOS, 2015, p. 9).

Ou seja, de certa forma, ainda haveria constitucionalidade no que se refere ao direito de moradia. A CF/88: “art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade humana que segundo alguns autores o dispositivo trata de forma desigual os participantes do contrato de locação.

À luz do Direito Civil Constitucional - pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil -, parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia insculpido no artigo 5º da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2003, p. 289).

De maneira explícita o inciso coloca equivocadamente o fiador em posição inferior que responde tão negativamente a sua boa-fé inicial, trazendo com esta disposição, uma burocratização na atividade de fiança de maneira a quase extingui-los por tal interpretação da lei em questão.

Sendo contrária a ideia geral do ordenamento em ser justo para com todas as partes e envolvidos, está assim, longe de ser resolvida a questão. Somente foi respeitada a relação com o princípio social dos contratos, mas, a interpretação principal do inciso VII dá margem à inconstitucionalidade.

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” trata do princípio da função social no Novo Código Civil em seu artigo 421, ligado diretamente a proteção da dignidade da pessoa humana, portanto é base para equilíbrio das relações jurídicas.

3.2 EFEITOS DA IMPENHORABILIDADE NA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL

A Lei nº 8.009/90 que instituiu a impenhorabilidade do bem de família, também sofreu inúmeras críticas pelos operadores do direito. As críticas mais severas foram no sentido de que a referida dava proteção aos maus pagadores, retirando dos credores a possibilidade de saldar a dívida, em outras palavras, o legislador furtou-lhes o direito de meios judiciais para recebimento dos bens do devedor (PADILHA, 1994, p. 01).

Mas, é preciso lembrar que a própria lei não é absoluta, justamente pela existência de tais situações em que maus pagadores utilizando-se da regra agem de má-fé e fogem de suas obrigações, tratou de criar no próprio texto decisões que atenuam a regra de impenhorabilidade.

O julgador será capaz de avaliar monocraticamente ou em colegiado se o instituto da impenhorabilidade que é disponível à família, não está sendo usado de maneira duvidosa, ou que caiba contestação, sendo que se a meta principal de moradia não for única via de motivo, devem ser observados ainda, os fins sociais a que se destina e assim evitar qualquer outro uso indevido da mesma.

3.3 ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PEQUENA PROPRIEDADE

Grande parte dessas famílias carentes, que está nos centros urbanos, vem da pequena propriedade rural, portanto, além da família residir na pequena propriedade rural e dela tirar seu sustento, garantindo o sustento a outras famílias contribuindo de forma significativa para a economia do país, visto que grandes propriedades exportam, as pequenas abastecem o mercado interno.

O artigo 3º da lei 8.009/90 relata que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.

Pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato.

A casa de moradia, edificada com base no empréstimo contraído de instituição bancária para o fim de adquiri-la ou construí-la, portanto é suscetível de penhora na execução, pelo credor da pensão alimentícia.

Resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida. Se a pensão alimentícia é devida somente por um dos proprietários, o imóvel responde a parte que o devedor tem direito ao imóvel não comprometendo o direito do coproprietário, salvo se ambos responderem pela dívida.

Para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar.

O patrimônio gravado com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade servirá também para pagar dívida tributária, conforme art. 184 do CTN: sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

O bem de família servirá também para pagar a dívida tributária. Se a dívida é decorrente de IPTU, a pessoa corre o risco de perder seu bem de família, mas se a dívida é de IRPF não, a dívida tem que ser relacionada ao imóvel.

Para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.

Podemos citar como exemplo se o devedor, na constituição de um contrato de mútuo oferecer como garantia real, o imóvel residencial da família.

Por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

O aludido inciso VI cuida exclusivamente da indenização decorrente da prática de ilícito penal, exigindo expressamente “sentença penal condenatória”. Segundo Carlos Gonçalves (APUD GONÇALVES, 2011, p. 597): quanto à primeira parte do inciso VI, do artigo 3º, se o bem de família foi adquirido com produto do crime, não resta dúvida que o mesmo responde em sua totalidade, dada a origem criminosa dos valores despendidos em sua aquisição. Por outro lado, se se tratar apenas de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento ou indenização devida por um dos membros da entidade familiar, por ela somente responde a sua parte ideal, já que os demais não participaram da prática do ato delituoso. O perdimento de bens, da mesma forma, somente atingirá a parte ideal do condenado criminalmente, por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Antes da Lei n. 8.009/90, o imóvel residencial do fiador estava isento de constrição judicial. Todavia, o art. 82 da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91) acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei n. 8.009/90, objetivando viabilizar as locações em geral.

Ainda de acordo com o art. 4º da lei, não se beneficiará do disposto nela aquele que, estando insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. Neste caso, o juiz poderá, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese. E, ainda, estabelece que quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Quanto à Sub-rogação do bem de família legal, o art. 5º da Lei afirma que o bem de família legal não admite sub-rogação – e quando dois ou mais imóveis vierem também a servir de moradia para o proprietário ou família deve ser considerado como bem de família sempre o imóvel de menor valor.

Segundo o professor Gonçalves (2011, p.599) “em nenhuma hipótese se considera, pois, impenhorável mais de uma residência, ainda que em cidades diferentes. A casa de campo ou a de praia, ipso facto, excluem-se da inexecutibilidade.”

Sendo assim, podemos chegar à conclusão que o bem de família tem como características a inalienabilidade e impenhorabilidade. O bem de família o objetivo de resguardar a família, abrigo, resguardando o bem, porém é considerada relativa, podendo ser a única fonte de sustento da família, podendo alugá-lo, por exemplo, e resguardando o princípio da dignidade humana. Portanto, o Estado protege a família de acordo com as características citadas.

CONCLUSÃO

Ao término da presente pesquisa, algumas considerações acerca do tema apresentado devem ser feitas, sendo que uma delas é a complexidade e a importância do assunto para a Ciência Jurídica e também para a sociedade em geral.

Esta pesquisa foi imperiosa para reforçar que a impenhorabilidade da pequena propriedade rural tanto quanto de qualquer bem de família, foi estabelecida com objetivo nobre e social de proteção ao patrimônio familiar contra instabilidade econômica que venha desestruturar a família. Ou seja, uma tentativa de atenuar os impactos sobre a população, importantíssima para manutenção de uma contribuição iniciada há tempos atrás com o surgimento da política agrária do país.

O fato da Lei nº 8.009/90 também favorecer uma gama pequena de inadimplentes não diminui a grandeza deste instituto de suma importância para os menos providos. O Supremo Tribunal tem compreendido sabiamente que ela é possível e cabível em nosso ordenamento, baseando-se na capacidade de o patrimônio responder por algumas família é o imóvel de natureza residencial o qual fica livre de penhora e execução por dívidas posteriores a sua instituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de Família. 10ª ed. São Paulo : RT, 2009.
02. BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Granda. Comentários à Constituição do Brasil. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
03. BARBOSA, Alessandra de Abreu Minadakis. A propriedade em Locke: o conceito liberal de propriedade. Texto extraído do Jus Navigandi – 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7601>. Acesso em 01 de abril de 2015.
04. BRASIL, Presidência da República Lei nº 4.504/64. Dispõe sobre o estatuto de terras e dá outras providências. Brasília, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm Acesso em: 22-04-15.
05. BRASIL, Presidência da República Lei nº 6.746/79. Altera o disposto nos arts. Da Lei nº 4.504/64 e dá outras providências. Brasília, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6746.htm Acesso em 22-04-15.
06. BRASIL, Presidência da República Lei nº 8.629/93. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Brasília. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18629.htm Acesso em 22-04-15.
07. BRASIL, Presidência da República Lei nº 8.009/90. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm Acesso em 22-04-15.
08. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.
09. BRASIL, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Brasília, 1997.
10. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 12ª ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
11. CIECZ – Ciência e Comunicação na Amazônia. Guia de legislação ambiental para o pequeno produtor rural. ALMEIDA et al. Série Boas práticas. V. 5. Sá. 2008.
12. DANTAS, Marciano. Industrialização Brasileira. Disponível em: <http://professormarcianodantas.blogspot.com.br/2011/09/industrializacao-brasileira.html> Acesso em: 01 de abril de 2015.
13. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas, Editora Saraiva, São Paulo, 2002.
14. _____. Código Civil Anotado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

15. FERREIRA R. M. A definição de Pequena Propriedade Rural. 2014. Disponível em <http://fjradvogados.jusbrasil.com.br/noticias/126322854/a-definicao-de-pequena-propriedaderural>. Consultado em 10 de set de 2015.
16. FRANÇA 1999. Sem referência.
17. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
18. GRAZIANO DA SILVA, J. A modernização dolorosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.
19. GOMES, Orlando. Direitos Reais. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008.
20. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 506 p.
21. _____. Direito civil brasileiro: direito das coisas. v. 5. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
22. LEMOS, Helio Chin da Silva. A impenhorabilidade do bem de família. BRASIL. 2015.
23. LIMA, Máriton Silva. Direito de propriedade. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9342>>. Acesso em 01 de abril de 2015.
24. MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
25. MORAES 2012 (sem referência)
26. OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. Barbárie e modernidade: o agronegócio e as transformações no campo; Capítulo; Agricultura Brasileira: Tendências, Perspectivas e Correlação de Forças Sociais. Brasília; BRASIL. 2003.
27. PADILHA 1994 (sem referência)
28. PERES, Fernando Curi. Palestra do Professor Fernando Curi Peres sobre agricultura Brasileira na FAEP, Paraná. 2010. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=o4_yuEF2T6E Acesso em 01 de abril de 2015.
29. REZEK 2007 (sem referência)
30. RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
31. RIZZARDO, Carine A. Direito agrário: a impenhorabilidade do imóvel rural. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43950&seo=1>>. Acesso em: 01 de abril de 2015.
32. SILVEIRA 2014 et al (sem referência)

A PUBLICIDADE REALIZADA NA ADVOCACIA

Lidiane Bárbara de Carvalho Melo
Professor Tiago Setti Xavier da Cruz

RESUMO - O presente trabalho, cujo tema é a Publicidade Realizada na Advocacia, voltado especialmente para a Ética da Publicidade feita na Atividade Advocatícia Brasileira, suas limitações e abusos quanto aos veículos de publicidade televisivos e radiofônicos, aborda através de questionamento a seguinte problemática: Quais são os meios (veículos de publicidade) lícitos na advocacia e qual a razão do rádio e da televisão serem proibidos? As respostas serão levantadas no decorrer do trabalho que tem como objetivo geral analisar a publicidade na atividade advocatícia pelo viés da ética, pesquisando os diplomas legislativos que norteiam a publicidade advocatícia e investigando quais são os veículos em que a publicidade advocatícia é vedada, e como objetivos específicos perquirir a(s) razão(ões) de porque os meios televisivos e radiofônicos são vedados na publicidade; estudar a razão pela qual tais meios (televisivo e radiofônico) consideram-se mercantilistas; estabelecer a relação entre a ética na publicidade advocatícia e a proibição da mercantilização da profissão. O tema é bastante polêmico, por isso justifica-se facilmente a escolha do assunto, pois trará à baila alguns posicionamentos que divergem dos preceitos adotados pelo Código de Ética e Disciplina, bem como pelo Estatuto da OAB. A metodologia de abordagem empregada para o desenvolvimento deste estudo foi o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada foi bibliográfica de normas, doutrinas e jurisprudência.

Palavras chave: ética, publicidade, advocacia.

INTRODUÇÃO - No dia 4 de julho de 2015, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB) completou 21 anos. Nessa data histórica, um assunto polêmico merece destaque: a publicidade realizada na advocacia.

A advocacia, uma profissão tão antiga quanto a própria história da humanidade, enfrenta obstáculos para assimilar institutos modernos da publicidade, principalmente por serem considerados típicos instrumentos da atividade comercial.

Há que se questionar se o atual tratamento da matéria se coaduna com a realidade, principalmente perante o atual estágio de evolução da advocacia, no qual escritórios e sociedades de advogados adotam estrutura praticamente empresarial, voltada para o lucro e assumindo comportamento diverso do que é proposto pelo Código de Ética e Disciplina que regulamenta a profissão.

Impõem as normas que regulam e orientam o exercício da advocacia que procedimentos típicos e largamente aceitos e praticados nas atividades comerciais em geral sejam abandonados e até mesmo reprovados quando empregados em descompasso com as regras estatuídas em relação à atividade profissional do advogado. Encontram suporte tais preocupações e proibições no fato de estar a advocacia legalmente definida como serviço público, com relevante função social, a despeito de constituir atividade de caráter privado. O prestígio da classe depende diretamente, pois, da forma de atuação e da postura séria, esmerada e competente de cada advogado.

Cumpra ver-se que, conforme estabelece a vigente Constituição Federal, o advogado é indispensável à administração da Justiça (art. 133), exercendo ele, no seu

ministério privado, serviço público de relevante valor social, consoante proclama o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94). Nesse contexto, justificável que regras éticas sejam estabelecidas de modo a impor deveres que, se inobservados, desmereceriam o profissional do Direito e serviriam para achincalhar os integrantes da categoria.

Com o escopo especial, portanto, de evitar o exercício profissional irregular, agressivo, alheio a limites éticos aceitáveis, submete o Código de Ética e Disciplina alguns preceitos que servem de orientação ao advogado, dispondo em seus artigos iniciais a ideia de que o advogado pode anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, porém, torna-se vedada a divulgação em conjunto com outra atividade.

Nesse sentido, verifica-se que a publicidade é aceita no meio jurídico para o advogado, desde que o mesmo o faça de maneira a não criar alarmes, ou provocar o público a procurá-lo por benefícios dados por seu serviço particular, pois, a atividade deste não se confunde nem se assemelha com outras cujo objetivo precípua é o lucro. Na sociedade capitalista atual, os profissionais de várias áreas vêem-se obrigados a investirem cada vez mais em técnicas marqueteiras a fim de demonstrar e convencer o público de que o seu produto ou serviço é o melhor a escolher-se. Conquanto a atividade mercantilista tenha por finalidade a obtenção de lucros, para o profissional advogado esta realidade não pode prevalecer.

Neste desiderato, este trabalho abarca o tema da publicidade realizada na advocacia especialmente sobre a ética da publicidade feita na atividade advocatícia brasileira, suas limitações e abusos quanto aos veículos de publicidade televisivos e radiofônicos, chamando a atenção para a questão da não mercantilização da atividade.

A posição adotada neste estudo não é para coibir a realização da publicidade na advocacia, mas sim, salientar as maneiras e meios permitidos de exercer essa conduta, sem que haja obtenção de vantagens sobre os colegas de profissão que não adotam a mesma postura. Ressaltando, assim, que uma maneira inteiramente feliz de publicidade da advocacia é o próprio exercício da mesma, partindo do pressuposto de que se se labutar com ética, decoro e saber jurídico, o advogado atenderá aos desejos do cliente e este indicará a outrem o bom desempenho do defensor, causando um notório reconhecimento.

A problemática apontada e que será discutida no decorrer do trabalho surge a partir do questionamento: quais são os meios (veículos de publicidade) lícitos na advocacia e qual a razão do rádio e da televisão serem proibidos? A resposta, por certo estará entremeadada nos capítulos do presente estudo. O primeiro capítulo será uma espécie de introdução de adaptação ao conteúdo em que será discutida a relação entre a ética e a atividade advocatícia, onde verificar-se-á que desde tempos remotos a atividade do advogado requer comportamento ético por parte do profissional e que outro tipo de comportamento não é cabível ao advogado. O tema abordado no segundo capítulo mostra-se conciso ao estabelecer os limites da publicidade na advocacia e suas nuances dentro de um cenário cada vez mais mercantilista. Por fim, o terceiro capítulo adentra na proibição específica dos meios radiofônicos e televisivos como veículos da publicidade na advocacia. Dentro de três capítulos o trabalho toma forma e garante ao leitor que as dúvidas acerca dos questionamentos apontados sejam fielmente esclarecidas.

Este estudo tem como objetivo geral analisar a publicidade na atividade advocatícia pelo viés da ética, pesquisando os diplomas legislativos que norteiam a publicidade advocatícia e investigando quais são os veículos em que a publicidade advocatícia é vedada. E como objetivos específicos, perquirir a(s) razão(ões) de porque os meios televisivos e radiofônicos são vedados na publicidade; estudar a razão pela qual tais meios (televisivo e radiofônico) consideram-se mercantilistas; estabelecer a relação entre a ética na publicidade advocatícia e a proibição da mercantilização da profissão.

O método de abordagem empregado foi o hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada foi bibliográfica de normas, doutrinária e jurisprudencial.

A escolha do tema foi estratégica, justamente porque o assunto é polêmico e a abordagem atual é restrita. Além disso, a constante observação aos modos de veiculação da propaganda na advocacia, em diversos meios de comunicação, revelando-se na maioria das vezes como estratégias de mercantilização da profissão, aguçam ainda mais a curiosidade de pesquisar sobre o assunto e trazer à baila alguns questionamentos e respostas.

Nessa vertente, um leque de possibilidades é aberto para gerar discussões sobre algo que muitas vezes é banalizado. O Provimento 94/2000 do Conselho Federal da OAB, o Estatuto da OAB e o Código de Ética da OAB, concomitantemente tratam sobre as proibições da veiculação da publicidade na advocacia, todavia, os apontamentos cotidianos revelam que a prática irregular da publicidade é tão comum que não se sabe ao certo quando se está infringindo alguma norma ou não.

A polêmica do tema encontra-se no desconhecimento dessas normas, de fato o que não é visto não é lembrado, e conseqüentemente não pode ser cobrado. A incidência dessas atitudes denigre a imagem do bom profissional e banaliza a profissão.

Nesse sentido, mesmo ciente de que a pesquisa será alvo de comentários de vários posicionamentos, o presente trabalho tem o escopo de auxiliar na compreensão sobre a existência das normas proibitivas da publicidade na advocacia, especialmente veiculadas a meios radiofônicos e televisivos.

1. ATIVIDADE ADVOCATÍCIA E A ÉTICA

1.1 CONCEITO DE ATIVIDADE ADVOCATÍCIA

A advocacia é uma das mais antigas profissões que se tem conhecimento. Além disso, o advogado exerce um importante papel junto à sociedade, prestando uma função social e cuidando do direito das pessoas que confiam a ele seus anseios e problemas.

Consoante se observa da análise do artigo 133, da Constituição Federal e do artigo 2º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), verifica-se que o advogado é indispensável à administração da justiça.

Art. 133 - O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 2º - O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º. No seu processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem munus público.

§ 3º. No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

A primeira atividade, característica da atividade da advocacia, é a postulação, caracterizada pelo ato de pedir ou exigir a prestação jurisdicional do Estado, exigindo, para isso, uma qualificação técnica que envolve, evidentemente, o conhecimento do direito.

Conforme preconiza Paulo Lôbo (2009, p. 15), a postulação é o ato de pedir ou exigir a prestação jurisdicional do Estado promovida pelo advogado em nome de seu cliente, tratando-se de uma função tradicional, historicamente cometida à advocacia. Enfatiza a ideia de que “o advogado tem o monopólio da assistência e da representação das partes em juízo. Ninguém, ordinariamente, pode postular em juízo sem a assistência de advogado, a quem compete o exercício do jus postulandi”.

Observe o que dita Miguel Arcanjo Costa da Rocha (2012, p. 31) sobre referida profissão: pode-se dizer que, assim como o médico dedica-se à preservação da vida de seu paciente, o advogado dedica-se à manutenção dos direitos de seu cliente. Mas não é só na esfera privada que o advogado é importante: ele exerce papel fundamental na formação da sociedade quando busca a preservação do direito à liberdade de expressão, do direito à propriedade; liberdade na forma de construção das relações familiares, no modo de atuação do mercado econômico e até mesmo na atuação do Estado.

Nessa esteira, aduz Fernando Vasconcelos (1999, p. 90), que o advogado não age somente na esfera judicial, ele é orientador, conselheiro, assessor, consultor e parecerista. “Como jurisconsulto, tem o advogado o direito de sustentar a tese que entenda cabível, ainda que contrária à maioria dos especialistas na área ou às decisões dos pretórios” ressalta.

Para Arnoldo Wald (2009, p. 96), o papel do advogado ganha importância enquanto negociador, conciliador, que busca soluções rápidas e tenta evitar conflitos que sigam para o Judiciário. Na realidade, o papel do advogado, hoje, na sociedade, vai muito além de ensinar uma ação junto aos poderes competentes, de defender o cliente em juízo. O procedimento passa pela busca de soluções cada vez mais rápidas para os conflitos, o que implica, necessariamente, a tentativa de se evitar que esses conflitos sigam para ser julgados.

Portanto, a atividade profissional do advogado extravasa a fronteira do direito, sendo considerada uma atividade político social, possuindo munus público, teor ético e acima de tudo, constitui a via direta de acesso do povo ao judiciário (BLUM e DAOUN, 2000, p. 490).

Também, como infere Benedito Calheiros Bomfim (2005, p. 309):

[...] poucos têm a percepção do significado e alcance da profissão, de seu caráter político, público, de seu substrato ético e moral. Não lhes importa se o pleito é justo, se o direito é legítimo, se o cliente age de boa-fé, desde que possam dar enquadramento legal à postulação.

Pugna-se para a formação de uma consciência de que a advocacia é uma atividade político-jurídica, possui munus público, conteúdo ético, político e social, constitui uma forma de participação, de inserção na comunidade, de opção pela justiça, de luta pelo direito e pela liberdade, de tutela dos interesses da sociedade (BOMFIM, 2005, p. 309).

Adiante serão abordadas as formas de atuação dos advogados e apontadas algumas nuances do exercício da profissão, que não se reserva somente ao caráter privado da atividade.

1.1.1 Atividades Praticadas por Advogados

Conforme verificado anteriormente, em regra, apenas o advogado detém a capacidade postulatória. Somente o advogado pode promover as ações em juízo e também elaborar as possíveis defesas, conforme estabelece o artigo 36, do Código de Processo Civil, que traz as exceções em que se postula sem a necessidade de advogado: art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Destrinchando o artigo supramencionado, significa dizer que quando a parte postula em causa própria, sem ser representada por advogado (possui habilitação legal, isto é, a própria parte é advogado); quando não existir advogado no lugar (comarca); quando existir advogado, mas este se recusar a atuar ou estiver impedido de atuar; na impetração de habeas corpus (pode ser realizada por qualquer pessoa); nos juizados especiais, nas causas até 20(vinte) salários mínimos e na Justiça do Trabalho.

Conquanto o parágrafo anterior, por óbvio, o cidadão comum não possui condições de formular a sua pretensão nos moldes do que exige o artigo 282 do Código de Processo

Civil, ou seja, a parte no sentido literal da lei não é apta para deduzir em juízo os fatos e todo o trabalho de interpretação legislativa próprio do advogado. Logo, por mais que se tenha congregado esforços para informalizar a justiça – vide juizados especiais - a parte que estiver desprovida de uma defesa técnica sucumbirá aos meandros do tecnicismo jurídico. Assim, o princípio da oralidade, reproduzido pela doutrina nacional como aquele que considera eficaz os atos produzidos oralmente perante o magistrado, é capaz de trazer prejuízos à parte que, desconhecendo a técnica jurídica, pleiteia em juízo desacompanhada de defensor - situação recorrente na justiça do trabalho, bem como nos juizados especiais (PORTO, 2008, p. 02).

Nas palavras de Pinto Ferreira (1992, p. 01), “o advogado exerce uma nobilitante função social, facilitando a obra do juiz e a aplicação da justiça”. O causídico está intrinsecamente ligado à organização judicial, intermediando a relação entre o juiz – Estado – e a parte, na busca de uma prestação jurisdicional que seja justa para aqueles envolvidos no caso concreto.

A advocacia, na preciosa definição de Eduardo Couture (1979, p. 01), tem como tarefa principal a concreção da norma à situação em exame, levando-se em conta o ordenamento jurídico. Cumpre dizer que o profissional tem a árdua tarefa de coletar os dados, pesquisar a doutrina e consultar a legislação e jurisprudência pertinentes ao deslinde da controvérsia, que, não raras vezes, estão inacessíveis ao operador do direito. Em muitos casos, a prova cabal do direito a ser demonstrado não é encontrada, a jurisprudência favorável não está disponível, ou, ainda, a legislação para disciplinar a questão posta em causa ainda não existe. E, nesses casos, como em muitos outros, o juiz é alheio a todo este labor, pois em obediência ao princípio do impulso oficial, bem como em atenção à imparcialidade, está à espera dos fatos para a entrega do Direito (PORTO, 2008, p. 01).

Ainda, segundo este mesmo autor, considerando o Direito como instrumento social de convivência comunitária, o advogado é profissional que detém grande responsabilidade dentro da sociedade, vez que o seu conhecimento técnico lhe permite influir sobremaneira na vida de cada indivíduo. O saber jurídico que acompanha o advogado na sua função social lhe confere o título de mais universal dentre os cientistas sociais, tendo em vista que o jurista tem a obrigação de conhecer todos os fenômenos da sociedade produzidos pelos fatos estudados por todas as ciências humanas, isto é, o operador do direito deve valer-se de todos os conhecimentos específicos para, através do Direito, regular a convivência comunitária.

Existe uma ampla interferência de ideias quando é abordado o assunto sobre a capacidade de postular em direito próprio sem a constituição de um advogado, quando não se é um, de fato. Contudo, a amplitude do direito e a vasta aplicabilidade dos costumes e jurisprudências, faz com que o cidadão comum se perca em tentar defender sua própria causa, por isso a necessidade precípua e o importante papel do advogado, que também exerce munus público, conforme será visto no próximo tópico.

1.1.2 O Munus Público do Advogado

A atividade do advogado transcende a simples delimitação conceitual de profissão, alcançando o caráter de munus público.

Para assimilação do exato sentido e alcance desse termo impõe-se buscar o significado dessa expressão, que denota "o que procede de autoridade pública ou da lei, e obriga o indivíduo a certos encargos em benefício da coletividade ou da ordem social" (LOPES, 2002, p. 01).

No mesmo sentido, a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe acerca do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), estabelece mais precisamente no § 2º do artigo 2º.

Art. 2º - O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º [...]

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem munus público.

§ 3º [...]

Seguindo o entendimento deste autor, resta consolidada, assim, a prerrogativa de que o advogado, no exercício de seu ministério, ultrapassa a mera relação contratual privada, com seu cliente, visto que sua atividade contempla o apanágio de serviço público e função social.

Destarte, não se deve guardar adstrição somente ao conceito restrito de que advogado é o profissional inscrito junto à OAB, legalmente habilitado e autorizado a exercer a advocacia ou procuradoria judicial, pois este se mostra insuficiente para demonstrar a realidade jurídico-constitucional de seu mister (SILVA, 1989, p. 98).

Na realidade, não existe apenas o advogado considerado privado, ou seja, aquele que trabalha nos escritórios de advocacia, mas também a advocacia pública, que é exercida pelos integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, Distrito Federal, dos Municípios e respectivas entidades de administração indireta e fundacional. Eles estão sujeitos ao regime da Lei da Advocacia e depois ao regime próprio (BRANDÃO, 2011, p. 13).

O advogado não exerce apenas uma atividade profissional ao postular em nome do cidadão. A atuação de forma independente e desvinculada dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tem o nobre papel de contribuir com a manutenção e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Ensina o professor José Afonso da Silva (2012, p. 580) que: a advocacia não é apenas uma profissão, é também um munus, é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário.

O exercício da advocacia tem um caráter de serviço público, mesmo quando exercido em seu ministério privado. Isso significa que a atividade prestada pelo advogado não interessa de forma restrita às partes de um determinado processo ou procedimento. O seu alcance é muito maior e atinge toda a sociedade.

Nas palavras de Paulo Lôbo (2013, p. 34), o advogado realiza a função social quando concretiza a aplicação do direito (e não apenas da lei) ou quando obtém a prestação jurisdicional e quando, mercê de seu saber especializado, participa da construção da justiça social.

O advogado, ao extrapolar seus interesses profissionais e particulares, postulando perante o Judiciário em nome do cidadão, está investido de função pública, uma vez que “é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função social que exerce”, conforme preceitua o artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Nessa esteira, esclarece Ruy de Azevedo Sodré (1991, p. 148): o advogado exerce função social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advocacia. Sem a intervenção do advogado, não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescritível para que

funcione a justiça. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social.

A função de munus público não significa nenhum privilégio para o advogado, mas, essencialmente, um respeito ao cidadão e aos interesses da sociedade, e está diretamente relacionada à indispensabilidade deste profissional para a administração da justiça, cujo enfoque será dado no próximo tópico.

1.1.3 A Indispensabilidade do Advogado para a Administração da Justiça

Não obstante as referidas características da atividade advocatícia abordadas até aqui, não se pode esquecer a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, pois como bem enfatiza Miguel Arcanjo (2012, p. 31): trata-se do profissional de direito que é defensor da vida da sociedade e do indivíduo em particular. A sociedade atual, por ser complexa, exige diariamente associações, contratos, obrigações, e nesse espaço entra o profissional do direito como “decifrador” do emaranhado normativo, como conselheiro, como defensor dos direitos, posto que, conforme sabemos, na vida em sociedade, a liberdade de alguém termina quando começa a do outro. Portanto, entendo que o advogado é peça-chave na formação da sociedade atual e no seu regular funcionamento, pois dele depende vivermos uma sociedade justa, plural e democrática.

Não é à toa que a Constituição, no seu Capítulo IV do Título IV, dedicado às funções essenciais à Justiça, preceitua o papel indispensável do advogado na busca do justo. Em razão da complexidade do ordenamento jurídico, o advogado converte-se em peça fundamental no processo, assessorando as partes (PORTO, 2008, p. 01).

Esse munus público e outras prerrogativas e deveres que caracterizam a profissão e a própria inserção da advocacia na Constituição, uma vez que o artigo 133, estabelece que o advogado é indispensável à administração da Justiça, geram o compromisso com o Estado Democrático de Direito, que é também, nos termos da Constituição, o compromisso de todo e qualquer cidadão (DELGADO, 2000, p. 216).

Compartilha esse mesmo entendimento Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão (2011, p. 13) afirmando que a advocacia é considerada como uma das atividades essenciais para a administração da justiça. Daí a importância do advogado na sociedade, uma vez que ele detém a capacidade de postular os interesses das pessoas em juízo ou fora dele e também de prestar assessoria e consultoria.

Na conduta do pensamento desta mesma autora, fica clara a ideia de que não é por menos que o advogado é considerado prestador de serviço público, pois ele é indispensável à administração da justiça, exercendo, assim, função de caráter social, de forma que seus atos constituem um munus público, porque cumpre o encargo de contribuir para a realização da justiça. Assim, ele estará realizando a função social quando concretizar a aplicação do direito, quando participar da construção da justiça social, quando o interesse particular do cliente ou o da remuneração e o prestígio do advogado não sacrificarem os interesses sociais e coletivos e o bem comum.

No entendimento de Edgard de Oliveira Lopes (2002, p. 01), o status constitucional do advogado, considerado indispensável à administração de Justiça, lança sobre seus ombros maior responsabilidade perante a sociedade, que anseia pela plenitude da tutela de seus direitos, exigindo, assim, no exercício de seu ministério, plena observância da lealdade processual, da ética, da boa-fé e da legalidade.

Coaduna com essa ideia a opinião de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 220): o advogado aparece como integrante da categoria dos juristas, tendo perante a sociedade a sua função específica e participando,

ao lado dos demais, do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica justa.

Para tanto, o enfoque do advogado na contextualização do seu exercício e do papel por ele desempenhado, independe do cliente, se ente público ou não, não tem o condão de diferenciar ou imprimir maior importância ao advogado que o representa. “A advocacia é uma, e o seu exercício tem como finalidade maior garantir, de forma ampla e irrestrita, o efetivo acesso à justiça” (FERREIRA, 2014, p. 01).

De forma a complementar o tema em discussão sobre o papel desempenhado pelo causídico, bem como pela sua indispensabilidade para a administração da justiça, passe-se ao conceito de ética, que também é atributo que deve estar presente na atuação do jurista.

1.2 CONCEITO DE ÉTICA

Segundo Adolfo Sánchez Vázquez (1995, p. 12), “Ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade”. É uma ciência, pois tem objeto próprio, leis próprias e método próprio, na singela identificação do caráter científico de um determinado ramo do conhecimento. O objeto da Ética é a moral. A moral é um dos aspectos do comportamento humano. A expressão moral deriva da palavra romana *mores*, com o sentido de costumes, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática.

Com exatidão maior, o objeto da ética é a moralidade positiva, ou seja, “o conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem” (MÁYNEZ, 1939, p. 12). A origem etimológica de ética é o vocabulário grego *ethos*, que significa “morada”, “lugar onde se habita”.

Mas também quer dizer “modo de ser” ou “caráter”. Esse “modo de ser” é a aquisição de características resultantes da nossa forma de vida. A reiteração de certos hábitos nos faz virtuosos ou viciados. Dessa forma, “o *ethos* é o caráter impresso na alma por hábito”. Como os hábitos se sucedem, tornam-se por sua vez fonte de novos hábitos. O caráter seria essa segunda natureza que os homens adquirem mediante a reiteração de conduta (NALINI, 2012, p. 29).

Nesse sentido, sob a vertente desse autor, a ética seria uma teoria dos costumes, ou melhor, uma ciência dos costumes. Como ciência, a ética procura extrair dos fatos morais os princípios gerais a eles aplicáveis. “Enquanto conhecimento científico, a ética deve aspirar à racionalidade e objetividade mais completas e, ao mesmo tempo, deve proporcionar conhecimentos sistemáticos, metódicos e, no limite do possível, comprováveis”.

Repassado o conceito histórico da palavra ética, verifica-se que se trata de uma expressão secular que rege a conduta das pessoas. Enfoque será dado no tópico posterior sobre a aplicação da ética no âmbito profissional.

1.2.1 A Ética Profissional

A ética profissional é utilizada para conceituar deveres e estabelecer regras de conduta do indivíduo, no desempenho das suas atividades profissionais e em seu relacionamento com clientes e demais pessoas. Quando a ética profissional sofre regulamentação legal, as condutas qualificadas como corretas, adequadas ou exemplares, convertem-se em normas jurídicas definidas, atingindo a todos os profissionais (NEGRO, 2014, p. 50).

Quando se fala em ética e profissões, provavelmente, a referência maior recai sobre as profissões liberais, dotadas de sólida organização referente às capacidades científicas e técnicas, como requisitos pessoais, e de normas legais e morais regendo a conduta profissional

e garantindo a integridade de seu território de atuação. A primeira exigência é assegurada pelo diploma acadêmico, enquanto o código de ética profissional se encarrega da segunda exigência (SANTIN, 2011, p. 05).

A ética profissional é um conjunto de atitudes e valores positivos aplicados no ambiente de trabalho que determinam a adequação no exercício de qualquer profissão. É através dela que se dão as relações interpessoais, visando, especialmente, o respeito e o bem-estar no ambiente profissional.

O exercício de uma profissão pressupõe um conjunto organizado de pessoas, com racional divisão do trabalho, na consecução da finalidade social: o bem comum.

Hão de se conciliar os interesses: o profissional precisa realizar-se, mas não pode esquecer de que sua profissão deve atender ao bem comum (NALINI, 2012, p. 401).

A ética profissional, desde suas formas rudimentares das sociedades primitivas, passando pela rigidez dos dogmas teocêntricos, até as tentativas das éticas cognitivistas, foi sempre entendida como a parte da sabedoria, das crenças ou da racionalidade responsável pelo comportamento humano individual e coletivo segundo valores definidos e assumidos culturalmente. O ideal de uma ética universal ainda não foi alcançado na prática. As profissões, também, seguem o ritmo do desenvolvimento humano, embora sob outras formas de designação. A raiz primordial está na imposição natural de satisfazer as necessidades da espécie humana. Aos poucos, quanto mais a organização social crescia, foram surgindo diversificações de atividades correspondentes às novas necessidades de vida coletiva. A história do processo evolutivo profissional, mesmo para quem pouco conhece, oferece uma riqueza imensa de detalhes, particularmente, em relação ao aumento da complexidade das organizações sociais graças ao desenvolvimento científico e tecnológico (SANTIN, 2011, p. 02).

Algumas profissões possuem conselhos responsáveis pela criação de códigos de ética específicos, como é o caso dos códigos de ética dos médicos, dos advogados, das engenharias etc. No entanto, estes códigos se referem a procedimentos e normas padrões das áreas, e são necessários por uma questão de segurança. Eles preveem penas disciplinares em lei para violações. No entanto, há comportamentos que devem ser adotados em qualquer que seja a área, por contribuírem para o bom funcionamento do trabalho.

O juramento, feito nas cerimônias de colação de grau de todos os cursos, não deixa de ser um código de conduta ético para cada uma das profissões.

Ressalte-se que a ética profissional vale para todos, independentemente de cargo. Comportamentos antiéticos abalam o clima organizacional, prejudicando o rendimento da equipe, quebrando os círculos de confiança e diminuindo o companheirismo e dedicação.

Contudo, nas profissões intelectuais, a ética é tratada de modo sutilmente diferente, considerando que são profissionais que estão ligados às relações subjetivas e íntimas do cliente, tanto quando se referem a aspectos pessoais, como quando se referem a preferências artísticas, que será o assunto abordado no próximo tópico.

1.2.2 A Ética nas Profissões Intelectuais

Primeiramente é conveniente registrar o conceito de profissão intelectual, que será dado por Sylvio Marcondes (1977, p. 11), consagrado autor que tem a autoridade de quem participou da Comissão que elaborou o Projeto de Código Civil que deu origem ao texto da Lei nº 10.406/02. Segundo renomado autor: “Profissionais intelectuais são aqueles que produzem bens ou serviços sem que haja organização dos fatores de produção. Referimo-nos às pessoas que exercem profissão intelectual – pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como fazem os artistas; podem produzir serviços, como

fazem os chamados profissionais liberais. O esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço”.

Convém advertir que, devido às peculiaridades inerentes a determinadas atividades, sobre as relações laborais respectivas aplicar-se-ão, também, outras normas e princípios específicos. É o caso dos médicos, psicólogos, advogados e outros, cuja conduta individual, social e profissional é regulada por preceitos legais e éticos diferenciados. Assim, por exemplo, não caracteriza insubordinação a recusa do advogado empregado em defender “interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego”, pois o fato de ser empregado não retira do advogado a “isenção técnica” e a “independência profissional” inerentes à advocacia”. Por outro lado, incorrerá em infração disciplinar “o advogado que, por força da hierarquia funcional, determinar ao colega subordinado assumir defesa recusada com fundamentação na violação à independência e inviolabilidade profissionais” (Resolução 3/92 do Tribunal de Ética da OAB).

Consoante o que já foi visto até aqui, ética significa considerar a profissão como alto título de honra e não praticar nem permitir a prática de atos que comprometam a sua dignidade. Significa atuar dentro da melhor técnica e do mais elevado espírito público. Significa exercer o trabalho profissional com lealdade, dedicação e honestidade para com os clientes e chefes. Significa colocar-se a par da legislação que rege o exercício profissional, visando a cumpri-la corretamente e colaborar para sua atualização e aperfeiçoamento. Essas condutas devem ser reiteradamente praticadas por todos os profissionais, contudo com mais dedicação pelos que exercem atividades intelectuais, justamente porque sempre haverá uma relação interpessoal entre cliente e profissional mais estreita do que nas demais relações profissionais e seus clientes.

Conquanto a ética nas profissões intelectuais seja assunto superado, necessário afunilar o conteúdo delimitando a ética na profissão advocatícia, com atributos específicos direcionados a essa profissão cujo enfoque é dado no presente trabalho. A profissão advocatícia está relacionada às profissões intelectuais, com seus representantes especificamente elencados no rol dos profissionais liberais, tendo em vista que exercem serviço oriundo do esforço do próprio intelecto.

1.2.3 A Ética na Profissão Advocatícia

Antes de qualquer definição sobre a ética na advocacia, convém ressaltar que ética implica em convivência com várias morais, vários costumes culturais, individuais e/ou coletivos; implica ainda em ter-se liberdade. Não se olvidando ainda que, muitas das vezes, o agir ético também implica em contrariar a própria tendência natural do ser humano (BITTAR, 2009, p. 05). Partindo desta verdade, como forma a que uma moral não se sobreponha a outra e/ou não venha a criar elementos de instabilidade e desarmonia numa sociedade ou num segmento desta, faz -se necessário, em certas circunstâncias, uma normatização, um regramento ético imperativo de conduta – sempre visando a valores mais caros, tal qual a felicidade.

Isso se aplica a várias profissões/ofícios; via reflexa, por lógico, não fugindo à advocacia (que possui seu Código de Ética específico). Daí se defluir haver uma ética profissional do advogado, devidamente positivada.

E valendo-se da feliz doutrina de Ruy de Azevedo Sodré (1977, p. 53), a ética profissional do advogado consiste, portanto, na persistente aspiração de amoldar sua conduta, sua vida, aos princípios básicos dos valores culturais de sua missão, seus fins, em todas as esferas de suas atividades.

No caso da Advocacia brasileira, a ética profissional foi objeto de detalhada normatização, no Estatuto da Advocacia, no Código de Ética e Disciplina e no Regulamento Geral, além dos provimentos (NEGRO, 2014, p. 50).

Calcado nesse norte, ver-se-á que a ética profissional do advogado – exteriorizada em seu respectivo Código de Ética – possui emanações e/ou regramentos com um grau maior de rigidez.

No Código de Ética e Disciplina da OAB, estão capitulados alguns dos principais deveres do advogado, incluindo-se as relações com o cliente, sigilo profissional, dever de urbanidade, contratação de honorário, publicidade dos seus serviços, etc.

Resumidamente o Código estabelece os princípios norteadores da conduta a ser adotada pelo advogado, os quais devem ser observados na interpretação e aplicação do texto legal aos casos concretos. Os deveres do advogado estão capitulados no artigo 2º.

Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado:

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III – velar por sua reputação pessoal e profissional;

IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

VIII – abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;

c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;

d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.

IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

Porém, os deveres e responsabilidades dos advogados não são somente apurados com base no Código de Ética, pois, nos seus mais diversos aspectos, estão submetidos a uma preceituação complexa, também oriunda do Código Civil, do Código de Processo Civil e do Estatuto da OAB.

Tomando como exemplo esta profissão liberal e seu código de ética, verificase que a ética ajuda a orientar o profissional para agir com a dignidade das pessoas de bem e a corrigir os profissionais que não honram e engrandecem a sua classe.

Um profissional, quando fere um princípio ético, atinge toda a classe. Se a OAB defende a ética, nas eleições, na política e no judiciário, não deve ser menos rigorosa nesse ponto com os seus integrantes.

Noutra ponta, verifica-se que a esfera da conduta ética não é, contudo, delineada de maneira precisa. Muitas posturas há que podem restar na fronteira entre a

conduta ética e a conduta não ética. Vincenzo Manzini (1968, p. 533) preferia afirmar que: para conduzir-se dignamente, o defensor não tem senão que seguir a própria consciência, os conselhos dos colegas mais respeitados e as regras da educação moral. O bom senso, a prudência, a discrição, a retidão, a civilidade são coisas que não se podem ensinar com um elenco de preceitos ou com a casuística.

Segundo o que foi amplamente discutido até o presente momento acerca da ética profissional, voltada principalmente ao entendimento da ética nas profissões intelectuais, é possível concretizar a ideia de que a ética na advocacia é assunto importante quando se deseja avaliar o comportamento do bom profissional. Aqueles que agem segundo os preceitos estabelecidos pelos Códigos da profissão, com certeza são dignos de atuar em defesa dos interesses de outrem. Porém, os profissionais que agem contrariamente a todos os princípios éticos apontados como corretos à profissão, pode se dizer que estes, além de captarem clientela de modo inescrupuloso, ainda enxergam a profissão como um produto passível de mercantilização. E é exatamente sobre esse assunto que se tratará nos próximos tópicos.

1.3 A PROIBIÇÃO DE MERCANTILIZAÇÃO NA PROFISSÃO ADVOCATÍCIA

1.3.1 A Definição de Mercantilismo

O mercantilismo foi um período de transição compreendido entre o feudalismo e o capitalismo. Para se entender as mudanças mercantilistas, é necessário voltar para, aproximadamente, o século XII e XIII, onde houve a organização e formação dos Estados Modernos. Desde então, os ideais renascentistas e comerciais foram fortalecendo-se. Com a queda do Império Turco-Otomano, a igreja deixou de ser o centro da terra e passou a ser questionada de várias formas, como exemplo tem-se a Reforma Protestante. Porém, antes de haver a reforma formal, muitas mudanças já haviam acontecido na ideologia tanto dos fieis quanto da burguesia e dos líderes políticos, os reis tornaram-se mais autônomos, assim como a burguesia também pode comercializar com mais liberdade. Todos esses aspectos fizeram crescer o comércio sobremaneira que o empurrou para além das fronteiras europeias. Assim, tiveram início as grandes navegações a fim de encontrar outros mercados para os produtos europeus, assim como novos fornecedores de matéria prima. Com isso, aconteceram os grandes “descobrimentos” ou a exploração de “novas terras”, seus povos e seus produtos. Esse fator de explorar novas terras e povos e o acúmulo dos metais provenientes das colônias proporcionavam à metrópole o status de potência mercantilista (CARNEIRO, 2010, p. 01).

Portanto, o mercantilismo, segundo Francisco Falcon (1985, p. 11), deve ser entendido como um conjunto de ideias e práticas econômicas que caracterizam a história econômica europeia e, principalmente, a política econômica dos Estados Modernos europeus durante o período situado entre os séculos XV, XVI e XVII.

Deste modo, analisando-se o período compreendido entre os séculos XV, XVI e XVII, pode-se dizer que o mercantilismo abriu o caminho para que acontecesse a Revolução Industrial. Por isso, cabe aqui ressaltar alguns aspectos peculiares a respeito da Revolução Mercantil.

Segundo Alexandre Dias Carneiro (2010, p. 01), na Revolução Mercantil existiam aspectos tecnológicos que se caracterizavam pela expansão marítima e o que girava em torno dessas exigências que eram fábricas, principalmente para a construção de armamentos para a artilharia naval, já que eles iam explorar terras nunca antes visitadas, enfrentar possíveis perigos desconhecidos e, também, existia a tipografia. Referindo-se aos aspectos relacionados ao sistema associativo existiam os Impérios Mercantis Salvacionistas

que eram predominantemente islâmicos; o Capitalismo Mercantil que era composto pelas potências das navegações da época como a Holanda, Inglaterra e França. Por outro lado, havia os desassociados ou os insatisfeitos com toda essa situação como os assalariados, as colônias (escravistas mercantis), as áreas de saque e exploração (hemisfério sul), mais precisamente a África, a Ásia e as Américas e a massa escravizada.

Ainda segundo este mesmo autor, o mercantilismo gerou muitas mazelas nas sociedades da época, houve êxodo rural exacerbado, o que resultou num inchaço das zonas urbanas, o acúmulo de capital por uns em detrimento dos subjugados, aumentando a desigualdade social, o saque de dezenas de povos, milhões arrancados dos braços dos escravos e o tráfico negreiro.

No que diz respeito às ideologias, o Renascimento cultural, artístico, ideológico marcou este período e ganhou força com a Reforma. Havia nesta época um ideal de que a alfabetização chegasse a todos, buscavam um retorno ao mundo Greco-romano. Além disso, surgiram os teólogos reformistas com o ideal de enobrecer o enriquecimento, tendo como instrumento de riqueza das metrópoles, as colônias, consideradas como as culturas espúrias. Também havia neste período um ideal de despersonalização das relações de trabalho (CARNEIRO, 2010, p. 01).

Portanto, seguindo a ótica sobre o que vem a ser o mercantilismo, é possível assegurar que trata-se de atividade totalmente voltada à obtenção de lucros e riquezas, calcada em campanhas marqueteiras desregradas visando um único objetivo, o de angariar consumidores. A competição é característica indispensável a qualquer atividade mercantil, e não há limites quanto à elaboração de propaganda para divulgação do produto.

O que é necessário entender é que a atividade advocatícia, considerada uma atividade político social, possuindo munus público e teor ético, não pode se convalescer e se entregar às práticas mercantilistas.

O serviço profissional do advogado é um bem de consumo e, para ser consumido, há de ser divulgado. Todavia, a advocacia não é uma atividade mercantil (artigo 5º do Código de Ética e Disciplina da OAB), e sua divulgação, por consequência, não deve possuir nenhum traço mercantilista.

No Brasil, impera a ideia de que não se busca o trabalho de um advogado como se procura um bem de consumo numa atividade comercial qualquer. Como bem observa José Renato Nalini (1999, p. 255): “A contratação do causídico está sempre vinculada à ameaça ou efetiva lesão de um bem da vida do constituinte. Ele precisa de um profissional que atue tecnicamente, mas em quem confie suficientemente para entregar a ele informações íntimas sobre a família, bens e haveres, honra e deslizes”.

A advocacia se consubstancia em serviço público e o advogado, no seu mister, exerce função social relevante, sendo-lhe vedado a utilização de meios de publicidade mercantil ou estratégias marqueteiras comuns ao comércio em geral (MAIA, 2012, p. 02).

O Código de Ética e Disciplina da OAB, conforme salientado alhures, estabelece os regramentos alusivos à publicidade, discreta e moderada, da atividade advocatícia, com a finalidade de ordenar a prática do mercantilismo e a vulgarização da advocacia (regramento ético específico atinente à publicidade, emergido dos artigos 28 ao 34).

O Estatuto da Advocacia e da OAB pune, com sanção de censura, a publicidade imoderada. E o Provimento nº 94/2000, do Conselho Federal da OAB, regula esse dispositivo, especificando as limitações da norma e ordenando a matéria de forma sistemática.

O objetivo do Estatuto é evitar a mercantilização da advocacia, bem como a captação de clientela atraída por placas sugestivas, tendo em vista que a advocacia não é um negócio ou atividade mercantil com vistas ao lucro. Em razão do múnus público que exerce o advogado,

este deve evitar tais práticas, a fim de resguardar-lhe a dignidade e evitar a mercantilização da profissão.

Daí se extrai, em linhas gerais, que a sobriedade e a moderação, quando do anúncio dos serviços do advogado, devem ser a característica primordial, sob pena de desvirtuamento ético profissional (Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, PP. 4000/4004).

Como corolário e exemplificação extraídos do artigo 31 e respectivos parágrafos, do Código de Ética e Disciplina da OAB, referido anúncio profissional deve ter o escopo meramente informativo e sem agregação com outra atividade - de forma concisa e/ou objetiva; não se pode valer de veiculação pelo rádio e televisão e nem o uso de denominação de fantasia, (por interpretação dedutiva, permite-se o anúncio em jornais/diários escritos, revistas especializadas e, de forma extensiva e análoga, através da internet, sempre respeitado o caráter de sobriedade e seriedade da advocacia); veda-se a utilização de outdoor ou equivalente de cunho mercantilista; restringe-se o uso de qualquer elemento (figura, desenho, logotipo, etc.) que transborde a moderação e/ou que exteriorize caráter de mercantilização, tendente a captar clientes.

Extrai-se assim, que o regramento ético do advogado na seara do respectivo anúncio de seus serviços profissionais não acompanha – e nem pode acompanhar – as agressivas investidas da publicidade e/ou da propaganda, tal qual se verifica noutros ofícios e/ou atividades – comerciais ou não. Fere a ética profissional, assim, o advogado que extravase da moderação, da sobriedade e/ou seriedade no anúncio de seus serviços.

Os elementos anteriormente expostos exteriorizam que a seriedade, a discrição, a moderação e a confiança natural, não combinam com qualquer forma de mercantilização, de exposição apelativa e/ou materialista. São guias para os novos advogados não se perderem – já de início – pela cupidez, pela avidez de exposição pública e/ou de status; terem, em suma, como perene e incorporado desiderato, os princípios éticos gerais e profissionais que tanto engrandecem a nobilíssima profissão.

São exemplos de conduta dos mais experientes advogados aos mais novos, de como proceder para o encarecimento de sua pessoa e de seu ofício. De que, à parte o mero soar retórico, trata-se de efetiva prioridade a algo mais valioso de que toda e qualquer riqueza material, que é a honradez, o respeito moral para consigo e a outrem (BITTAR, 2009, p. 05).

Nesse sentido, inarredável é a lição de Clito Fornaciari Júnior (2000, p. 99): “A melhor propaganda que o advogado pode fazer está na realização do seu trabalho, contínuo e dedicado, na repercussão que suas demandas têm, não na mídia, mas, em primeiro lugar, no íntimo de seu próprio cliente, que se sentirá satisfeito e não titubeará em indicar o seu advogado para o seu amigo, parente ou voltar ele próprio a procurá-lo quando nova questão jurídica o atormentar. Essa é a única forma de propaganda capaz de valorizar o advogado”.

Portanto, pode-se dizer sem titubear que a mercantilização da profissão advocatícia não é admitida nos regramentos que regem a conduta do profissional ético.

Esclarecida, porém, não encerrada a discussão sobre a não mercantilização da advocacia, será feito um instante de pausa para abordar n o próximo tópico um breve histórico sobre os Honorários Advocatícios como remuneração condigna do Advogado, com o intuito de tentar entender o motivo pelo qual a publicidade na advocacia vem sendo banalizada e mercantilizada. Posteriormente dar-se-á continuidade às questões voltadas à proibição da mercantilização da profissão.

1.3.2 Revisão Histórica dos Honorários Advocatícios como Remuneração Condigna do Advogado

O advogado é um profissional que trabalha e precisa receber por seus préstimos. A denominação honorários advocatícios consagrou-se tradicionalmente e é a usual. “Não há critérios definitivos que possam delimitar a fixação dos honorários advocatícios, porque flutuam em função de vários fatores, alguns de forte densidade subjetiva, tais como o prestígio profissional, a qualificação, a reputação na comunidade, o tempo de experiência, a titulação acadêmica, a dificuldade da matéria, os recursos do cliente, o valor da demanda etc.” (LOBO, 2002, p. 128). Há um sem número de fatores, o que não impede que surjam recorrentes discussões a respeito da tormentosa questão remuneratória.

Contudo, nem sempre existiu um conceito engessado para definir a expressão “honorários advocatícios” tão comumente utilizada nos dias atuais.

Nos trezentos anos que seguiram a fundação de Roma, a defesa das partes perante os tribunais era função pública, inexistindo a figura do advogado e de seus honorários. Os serviços da justiça eram gratuitos, não havendo que se falar também em despesas processuais. Ainda quando a profissão de advogado se tornou possível, a atuação dos defensores no processo se dava de forma gratuita ou, na maioria das vezes, através do recebimento de recompensas de natureza não patrimonial, como favores políticos. Posteriormente, no Direito Canônico, desenvolveu-se a concepção de que a condenação do vencido teria natureza de sanção imposta ao litigante temerário e aos apelantes, ideia que acabou se consolidando também no direito comum da época (CAHALI, 1997, p. 27).

Surgia a concepção, posteriormente consagrada no artigo 20 do atual Código de Processo Civil, de que o vencido deveria responder pelas custas do processo; entretanto, o entendimento da época era de que isto ocorreria, pois o vencido teria litigado sem direito a ser tutelado, o que equivalia a um ato ilícito, punível com aquela condenação nas custas, a qual tinha, pois, o caráter de pena (SANTOS, 2004, p. 309).

Foi Chiovenda que, ao desenvolver o princípio da sucumbência, consagrou definitivamente o conceito de que tal condenação representaria um ressarcimento ao vencedor, para que, ao final do processo, não só recebesse o bem material pleiteado como também, fosse ressarcido pelas despesas em que incorreu durante o curso da demanda, podendo realmente restabelecer a situação econômica que teria caso o litígio não tivesse ocorrido (ABDO, 2006, p. 37).

O próprio mestre italiano, porém, deparou-se com situações incompatíveis com o princípio, em que o reconhecimento do direito perseguido em juízo não justificaria a condenação do vencido a arcar com as despesas e honorários. Buscou-se então a solução pelo vínculo da causalidade, estabelecendo-se uma análise acerca da inevitabilidade do processo, isto é, incumbiria o pagamento dos honorários a quem deu causa à lide, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem direito a vir a juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito (DINAMARCO, 2009, p. 666).

Parte da doutrina, entretanto, passou a compreender a causalidade como princípio autônomo, cujo indicador seria a sucumbência. No STJ percebe-se uma prevalência deste último entendimento, havendo também, decisões defendendo a dualidade dos princípios, que não são excludentes, e têm como objetivo garantir que o processo não represente uma forma de enriquecimento indevido para nenhuma das partes.

No Brasil, inicialmente o princípio da sucumbência não foi adotado. Primeiro diploma a unificar as disposições acerca da condenação em honorários, o Código de Processo Civil de 1939, acolheu em seus artigos 63 e 64, a ideia de que o pagamento de honorários pelo sucumbente seria uma pena a ser aplicada (PINHO e SALLES, 2011, p. 04).

A Lei 4.632/65 alterou a redação do artigo 64 para suprimir a exigência de dolo ou culpa, mas apenas com o Código de 73 a sucumbência foi adotada como regra, no artigo 20, estabelecendo-se que o vencido deverá pagar as despesas antecipadas pelo vencedor e também os honorários advocatícios. Posteriormente, em 1976, a redação do

artigo foi alterada para incluir a afirmação de que a verba seria devida ainda que o advogado tivesse atuado em causa própria.

Leonardo Greco (2009, p. 446) ressalta que, inicialmente os honorários visavam o ressarcimento do vencedor das despesas em que havia incorrido para a contratação de seu advogado. Entretanto, com o advento da Lei 8.906/94, os honorários passaram a representar receita do próprio advogado, tendo este direito autônomo de executar a sentença no tocante à verba honorária.

Aponta o ilustre professor que com isso, os honorários “perderam aquele sentido de ressarcimento do vencedor e passaram a ser uma receita a mais que o advogado do vencedor percebe”.

Posteriormente a fixação consoante a apreciação equitativa do julgador foi introduzida com o acréscimo do parágrafo 4º do referido artigo, pela Lei 8.952/94.

Isto dirimiu discussões acerca de se a condenação em honorários só seria possível no caso de sentenças condenatórias, uma vez que não haveria de se falar em condenação na hipótese de uma ação meramente declaratória.

Após constantes discussões sobre a possibilidade da incidência da verba honorária não só nas ações condenatórias, outro debate instaurou-se, envolvendo a base de cálculo para os honorários arbitrados, muitas vezes sendo utilizado o valor da causa ou um valor fixo, como por exemplo, no caso de condenação da Fazenda Pública, o valor do débito discutido, não havendo um único critério predominante na jurisprudência e na doutrina. Contudo, importante ressaltar que o STJ veda que a fixação dos honorários seja feita em salários-mínimos (súmula 201) e dispõe que, no caso da fixação em percentual sobre o valor da causa, deve haver correção monetária, calculada retroativamente à data de propositura da demanda (súmula 14).

Diante do exposto, verifica-se que a trajetória da aplicabilidade do termo “Honorários Advocatícios” não foi tão simples como muitos acreditam. Ressaltando-se a mudança de objetivos que essa expressão adquiriu no decorrer do tempo, tendo sido considerada até mesmo como pena ao sucumbente. Fato é que hoje, essa expressão representa para a classe de advogados o “ganha pão” diário, seu salário, que nem sempre é mensal, mas é o subsídio para sua sobrevivência e de sua família. Lamentável o profissional que utiliza-se desse benefício, abrindo mão de ganhar um valor justo com o objetivo de angariar clientes, um modo mercantil de propagar sua atuação profissional.

Finalizando este tópico, encerra-se, efetivamente, a primeira etapa da presente pesquisa.

Passa-se ao segundo capítulo que abordará questões específicas voltadas à publicidade realizada na advocacia, bem como suas proibições e permissões legais, especialmente as estampadas no Código de Ética e Disciplina da OAB (CED), no Estatuto da OAB (EOAB), no Provimento 94/2000 do Conselho Federal da OAB, e na legislação esparsa.

2 A PUBLICIDADE NA ADVOCACIA

Atualmente a informação é de fundamental importância e a publicidade possui efeito benéfico para qualquer atividade profissional, e para a advocacia não deve ser diferente.

O advogado particular é aquele que não é do Estado e também aquele que não atua para empresa privada. Esse profissional deve perquirir, através de suas condutas, atuar de maneira que se torne conhecido e admirado, sendo que um dos caminhos a ser seguido para obter sucesso na profissão é justamente a divulgação por publicidade dos serviços prestados. Contudo, como é vedado transformar a profissão em comércio mercantil deve, pois, o advogado seguir as regras de restrições à publicidade imoderada, previstas por

normas diversas, que resguardam os bons valores, a ética e conduta e que faça crer que o profissional busca a justiça e não os lucros.

É sabido que a atividade advocatícia é um bem de consumo, contratada por cidadãos em defesa de seus direitos, como assevera José Renato Nalini (2013, p. 192) que o serviço profissional é bem de consumo e, para ser consumido, há de ser divulgado mediante publicidade. Em relação à advocacia, é necessária uma postura prudencial. Não se procura advogado como se busca um bem de consumo num supermercado. A contratação do causídico está sempre vinculada à ameaça ou efetiva lesão de um bem da vida do constituinte.

Segundo o Código de Ética e Disciplina, que regula a publicidade, o advogado pode anunciar os seus serviços “com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa”, além disso, o anúncio deverá mencionar “o nome completo do advogado e o número da inscrição na OAB, podendo fazer referência a títulos ou qualificações profissionais, especialização técnico -científica e associações culturais e científicas, endereços, horário do expediente e meios de comunicação, vedadas a sua veiculação pelo rádio e televisão e a denominação de fantasia”.

Assim, não deve constar na publicidade, o que configuraria captação de clientela, qualquer cargo ou função pública que o advogado tenha exercido, como por exemplo, foi juiz federal, ministro da justiça etc. Também é vedado informações acerca da estrutura, tamanho e qualidade da sede profissional e a clientes ou casos famosos que tenha patrocinado.

Observe que diante o exposto, o que jamais será permitido é fazer da atividade advocatícia uma atividade com traços mercantilistas. O que é proibido por normas do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Código de Ética e Disciplina da OAB, bem como pelo Provimento 94/2000 do Conselho Federal da

OAB.

Ademais, a publicidade não pode ser efetuada em conjunto com outra atividade profissional, seja ela comercial ou não. Aduz o Tribunal de Ética da OAB que “não há impedimento ético para o exercício de várias profissões num mesmo prédio, desde que com salas definidas, devendo a publicidade do advogado ser feita em conformidade com o disposto na Resolução nº. 02/92, desta Casa, especialmente no que tange ao espaço e tempo, cuidando o advogado da completa individualidade entre a advocacia e as demais profissões, ou seja, procurando diferenciar totalmente o anúncio (...)”

De acordo com o Tribunal de Ética da OAB, destarte, é recomendado que se faça o anúncio em veículos de comunicação especializados, o que será estudado adiante.

2.1 REVISÃO HISTÓRICA DA PUBLICIDADE NA ATIVIDADE ADVOCATÍCIA

A Advocacia não é obra do presente, tampouco uma criação fortuita, é sim um ofício, uma atividade que há muito vem sendo desenvolvida ao longo dos tempos, tendo o fim precípua de salvaguardar os direitos e garantir a aplicação da justa medida, ou justiça. Segundo Pedro Benedito Maciel Neto (2013, p. 01), o advogado é um profissional liberal, bacharel em Direito e autorizado pelas instituições competentes de cada país a exercer o jus postulandi, ou seja, a representação dos legítimos interesses das pessoas físicas ou jurídicas em juízo ou fora dele, quer entre si, quer ante o Estado.

Quanto à origem da profissão, ressalte-se que apesar de existirem diversos estudos acerca da origem, os estudiosos são unânimes em afirmar que é impossível acertar uma data ou período histórico como marco de surgimento da atividade.

Neste sentido, diz o doutrinador Paulo Luiz Netto Lôbo (2002. p. 03): a advocacia, como defesa de pessoas, direitos, bens e interesses, teria nascido no terceiro milênio

antes de Cristo, na Suméria, se forem considerados apenas dados históricos mais remotos, conhecidos e comprovados.

No Brasil a advocacia surgiria com as Ordenações Filipinas, tendo início no período colonial e era feita de maneira ligeiramente livre, pois as pessoas aprendiam e então a exerciam, sem grandes entraves. Neste período, com as Ordenações Filipinas, foi que a atividade advocatícia atingiu maiores voos, conforme preceitua Paulo Luiz Netto Lobo (1994, p. 116):

A advocacia como profissão formal se apresentou com as Ordenações Filipinas, que foram criadas em Portugal e determinavam que para a formação advocatícia fossem necessários oito anos de curso jurídico, e então a aprovação para atuar na profissão.

No que tange a origem da publicidade na advocacia, primeiramente, convém conceituar referido termo. A palavra publicidade, deriva do latim *publicus*, que significa tornar público, divulgar, espalhar. Isto é que chega ao conhecimento de outras pessoas. Numa definição formal publicidade é "o conjunto de meios que levam o cliente ao conhecimento de determinado produto ou serviço" (GARCIA RUESCAS, 2000, p. 358).

A publicidade na advocacia é um tema polêmico onde quer que exista associação de advogados. Em regra, disputas que envolvem essa matéria giram em torno de pontos comuns, como a liberdade de expressão, a liberdade no exercício profissional e a atribuição de natureza não comercial à advocacia, em virtude de sua natureza específica. No próximo tópico, o tema abordado será sobre a normatização atual da publicidade na advocacia, uma maneira de esclarecer as providências corretas ao profissional que deseja divulgar seu serviço, sem, contudo, burlar as leis éticas da profissão.

2.2 NORMATIZAÇÃO ATUAL SOBRE A PUBLICIDADE DA ADVOCACIA

Ao contrário do que ocorre normalmente no mercado, onde as empresas e profissionais buscam, de todas as formas possíveis, persuadir o consumidor para que adquira seus produtos e serviços, a propaganda na advocacia não tem esta natureza persuasiva, ou seja, não é, apenas e tão somente, um meio para convencer, influenciar e direcionar o público, buscando uma futura contratação, ou a consolidação de uma marca, negócio etc. (KOTLER, 1996, p. 30).

Muito mais do que isso, mesmo buscando atingir, de certa forma, o mercado, a propaganda na advocacia é puramente informativa (MAMEDE, 2003, p. 332), tendo por objetivo levar ao conhecimento da sociedade em geral, ou da clientela já existente, em particular, dados e informações, objetivos e verdadeiros, acerca da atividade realizada pelo advogado ou sociedade de advogados, suas características, qualificações, objetivos, áreas de atuação etc. (artigos 1º e 2º, do Provimento 94/2000 e artigos 5º e 28, do Código de Ética e Disciplina).

Assim, o que se objetiva não é apenas proporcionar o contato do advogado com o mercado consumidor, a fim de promover e divulgar seus serviços, mas a necessidade de que este contato com o público ocorra em um ambiente negocial estritamente honesto e ético, em pleno respeito ao consumidor, à concorrência, e à dignidade da profissão, objetivo que se liga a ideia de imprescindibilidade do advogado para a administração da Justiça (artigo 133, CF).

Como se observa pelo Código de Ética, e pelo Provimento 94/2000, não há qualquer proibição absoluta de propaganda pelo advogado ou pela sociedade de advogados, muito pelo contrário, há uma permissão explícita, desde que este princípio informativo, que deve ser o objetivo da divulgação, seja integralmente seguido em respeito à profissão, que não é empresarial, aos consumidores, que necessitam de informações para

defesa e proteção de seus direitos e interesses, e em respeito a todos os demais advogados, cujo acesso ao mercado, em igualdade de condições, é livremente franqueado (LOBO, 2008, p. 195).

O respeito à profissão é imprescindível, isto porque o advogado não pratica mercância, mas uma atividade singular no seio social, de defesa não só de seus clientes, mas de toda a sociedade, da justiça e da democracia (NALINI, 2008, p. 256), sendo-lhe atribuídos deveres essenciais que não são oponíveis, por expressa definição legal, a qualquer outra atividade profissional (artigo 2º, do Código de Ética e Disciplina).

De outro lado, o respeito ao mercado consumidor é absolutamente indispensável, não só em razão dos deveres inerentes à profissão, mas porque o consumidor, por expressa disposição legal, tem o direito de ser correta e completamente informado de todos os aspectos, características, natureza, riscos etc, do serviço que pretende contratar, responsabilidade que até antecede a contratação, e é oponível em todos os planos da atividade, conforme artigo 6º, inciso III, todos da Lei nº 8.078/90.

A defesa da concorrência é algo indissociável também, pelos mesmos propósitos, de qualquer propaganda a ser realizada pelo profissional, isto porque não se poderia permitir qualquer manifestação pública, de qualquer natureza, que permitisse o estabelecimento de uma vantagem, seja qual for, em detrimento de todos os outros protagonistas do mercado (FRANCESCHINI, 2011, p. 02).

É justamente buscando a consolidação desses fundamentos, que a Ordem dos Advogados do Brasil, através do o Código de Ética e do Provimento 94/2000, possibilita que o advogado ou sociedade de advogados realizem propaganda, mas fixando conteúdos mínimos de informação ao público, observadas certas regras e proibições, e as peculiaridades da profissão.

É digno de nota, nesta ordem de ideias, que a observância ou inobservância destes fundamentos, quando da realização da propaganda, pode ocasionar efeitos benéficos ou deletérios ao advogado, ou à sociedade de advogados, do ponto de vista da sociedade, da carreira e da profissão (SILVA E NAKAYAMA, 2011, p. 01).

Os efeitos positivos são até bem óbvios, pois além de informar corretamente o público, granjeando credibilidade, respeito e consideração no seio social, também redundam na solidificação de uma imagem profissional de honestidade, honra, competência e ética, que são bens imateriais de valor absoluto, impossíveis de aferição econômica, e imprescindíveis para qualquer profissional (BIZZATO, 2000, p. 115).

Consoante ao conteúdo abordado neste título foi possível verificar que a publicidade na advocacia não é proibida em absoluto. É necessário observar que a realização da publicidade seja de forma comedida dentro dos preceitos éticos aceitáveis. Nos próximos tópicos serão estudados os instrumentos normativos que regem a profissão advocatícia.

2.2.1 O Código de Ética e Disciplina da OAB (CED)

Conforme já estudado anteriormente, ética nada mais é do que um campo de reflexões filosóficas que tem por objeto a moral nas relações entre os seres humanos e seu modo de ser e pensar.

Nesse sentido, a ética é o estudo da moral e, conseqüentemente, é preceito fundamental da advocacia, já que o advogado é o maior defensor das garantias fundamentais do ser humano em um Estado Democrático de Direito. Assim, a ética na advocacia deve ser entendida como um conjunto de princípios que regem a conduta dos advogados no exercício profissional.

As normas éticas cuja infração é sancionável disciplinarmente embora não constituam ilícito civil, penal ou contravencionista, são a rigor normas disciplinares de cuja observância prestam conta os profissionais aos órgãos a que estão subordinados (Conselhos). De sua infração não decorre mais apenas a censura moral, mas penas materiais que podem ir desde a advertência até a suspensão de atividades e eliminação do quadro profissional. São então, comandos jurídicos impostos pelo direito, e cuja eficácia prática é controlada pelo Estado. Embora através de órgãos descentralizados formados pelos próprios profissionais, segundo as várias leis que disciplinam as profissões regulamentadas (PELLIZARO, 1997, p. 105).

O Estatuto da Advocacia em seu artigo 33 preceitua que o advogado deve cumprir os deveres consignados no Código de Ética, tais deveres tratam do relacionamento do advogado com, a comunidade, com o cliente, outros profissionais, e ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os procedimentos disciplinares.

Dessa forma, visando orientar a conduta do advogado no seu exercício profissional e regulamentar os processos disciplinares o Código de Ética dos Advogados (CED) foi instituído e, dentre outras funções, estabelece a punição de censura à infringência das normas por ele estabelecida. Haroldo Cardella (2005, p. 73-74) sabiamente explica a função do CED: o Código de Ética e Disciplina, entre outras finalidades, estabelece regras deontológicas, como se verifica pelo parágrafo único do artigo 33 do Estatuto, que norteiam o advogado no seu exercício profissional, para não ser apenas um mero profissional liberal. Destacam-se do referido parágrafo os seus deveres para com a comunidade, sua função social, as relações com o seu cliente e com o colega, a observância às formas de publicidade admitidas, a recusa do patrocínio, o compromisso de assistência judiciária aos necessitados, o dever de urbanidade, e os procedimentos disciplinares.

Essas regras devem acompanhar o advogado no seu dia-a-dia, em seu escritório, na rua, no foro e em todos os espaços públicos em que sua conduta possa enaltecer ou desprestigiar a classe que representa.

O Código de Ética e Disciplina foi editado pelo presidente do Conselho Federal da OAB, e divide-se em duas partes, uma que trata especificamente da ética do advogado e a outra que apresenta as regras para o processo disciplinar. Ao abordar a ética do advogado o CED divide-se nos seguintes capítulos: as regras deontológicas fundamentais, as relações com o cliente, o sigilo profissional, a publicidade, os honorários profissionais, o dever de urbanidade e disposições gerais.

As regras deontológicas fundamentais, previstas nos artigos 1º ao 7º do CED, tratam da conduta do advogado, elencando inúmeros deveres atinentes às funções públicas e sociais da advocacia de forma exemplificativa, não é, portanto, taxativo.

O relacionamento com o cliente, abordados nos artigos 8º ao 24 do CED, versam sobre “uma real confiança do cliente em seu advogado e uma independência deste em relação àquele antes da aceitação da causa” (CARDELLA, 2005, p. 159), essa relação entre cliente e advogado deve se dar de forma muito clara, devendo o cliente sempre ser informado dos riscos e das consequências de eventuais lides. O advogado deve atuar como um conciliador, evitando litígios desnecessários.

No Capítulo III, Título I do CED, discute-se o dever de sigilo profissional, que é inerente à profissão do advogado e deve ser respeitado mesmo diante de juízes e tribunais, salvo algumas exceções admitidas por lei.

Nos artigos 28 a 34 o CED define as regras para a publicidade, pois ao advogado é vedado a mercantilização de seu serviço, devendo seus anúncios ser feito de forma moderada e discreta, com caráter meramente informativo. Sendo vedada a

divulgação de suas atividades em conjunto com qualquer outra no mesmo local, preservando-se absoluta separação em relação ao exercício da advocacia para melhor se preservar a liberdade e independência do advogado (CARDELLA, 2005, p. 171).

O capítulo que trata dos honorários profissionais (CED, artigos 35 a 43) é regido pelo princípio da livre negociação, devendo ser contratado por escrito e fixar valores não inferiores ao estabelecido na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, sob pena de infringir em falta ética. Gladston Mamede (2003, p. 299) explica que os honorários podem ser convencionais, sucumbenciais ou arbitrados e constituem créditos advindos do trabalho advocatício.

O capítulo VI aborda o dever de urbanidade, ou seja, o tratamento de conveniência social, de respeito entre o advogado e as pessoas que o cercam.

Urbanidade, segundo Haroldo Cardella (2005, p. 187), “é sinônimo de civilidade, cortesia”.

Para finalizar o Título I do CED, o artigo 47 institui a competência do Tribunal de Ética e Disciplina ou do Conselho Federal para dirimir questão de ordem ética profissional relevante para o exercício da profissão. E o artigo 48 enfatiza a necessidade do Presidente do Tribunal de Ética, do Conselho Seccional ou da Subseção, de informar ao advogado quando estiver transgredindo norma do Código de Ética, do Estatuto, do Regulamento Geral ou dos Provimentos do Conselho Federal.

O Título II do CED aborda as regras para o processo disciplinar, institui a competência do Tribunal de Ética e Disciplina e o procedimento dos processos disciplinares. Além do CED os procedimentos disciplinares estão previstos no Estatuto da OAB, nos Regulamentos e Provimentos do Conselho Federal, podendo ser instituído inclusive de ofício pelas autoridades administrativas.

O Código de Ética, portanto, é um conjunto de normas que visa orientar a conduta do advogado durante o exercício profissional e regulamentar os processos disciplinares, os quais podem estabelecer aos advogados, que infringirem as normas estatutárias, pena de censura, suspensão e, até, exclusão do quadro da OAB (OLIVEIRA, 2010, p. 01).

Passa-se agora à análise, conceito e características do Estatuto da OAB.

2.2.2 O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB)

Em primeiro plano, convém conceituar o termo Estatuto, cuja origem deriva do latim *statutum* e *statuere*, que significa estabelecer, constituir, fundar. Nos dizeres de Reinaldo Assis Pellizzaro (1997, p. 20): em sentido amplo, significa a lei ou regulamento em que se estabelecem as normas jurídicas institucionais ou orgânicas de uma coletividade, corporação pública ou particular.

O Estatuto da OAB é um conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro que estabelece os direitos e os deveres dos advogados, bem como os fins e a organização da OAB, tratando dos estagiários, das caixas de assistência aos advogados, das eleições internas da entidade e dos seus processos disciplinares. Foi instituído pela Lei Federal n.º 8.906, de 4 de julho de 1994, sendo que sua aprovação representou uma antiga reivindicação da OAB para que fosse elaborado um novo estatuto da advocacia em conformidade com os princípios da Constituição brasileira de 1988 (WIKIPÉDIA, 2014).

Conforme preconiza Rosalina Leal de Oliveira (2010, p. 01), sobre a história da OAB, o primeiro projeto do Estatuto foi apresentado em 1956, tendo sido aprovado por unanimidade no Conselho Federal da OAB e encaminhado ao Ministro da Justiça, Nereu Ramos, a fim de ser aprovado pelo Congresso Nacional como se fosse um projeto governamental. Esse primeiro projeto tramitou durante anos no Congresso e foi alvo de

várias tentativas de modificação, mas em 27 de abril de 1963 o Estatuto da Ordem, Lei n.º 4.215, foi promulgado e iniciou sua vigência em 11 de junho do mesmo ano. Esse primeiro Estatuto criou novos cargos na diretoria do Conselho Federal, sendo estes de vice-presidente, subsecretário e tesoureiro, que foram eleitos em outubro de 1963.

Com o passar dos anos esse primeiro Estatuto, representação de uma classe que muito batalhou para ter seus pilares instrumentalizados, ficou ultrapassado, principalmente depois da instituição da nova Constituição de 1988, totalmente voltada aos princípios da dignidade humana. Por isso, fez-se necessário, então, nesse contexto a elaboração de um novo estatuto que atendesse às necessidades do novo profissional da advocacia, um advogado-empregado que passou a ter encargos, necessitar de proteção diante do empregador, constituir sociedades e independência técnico-profissional que a Lei 4.215/63 não abarcava, e que agora passavam a ter singular importância para a corporação.

Diante disso, no final da década de oitenta, o projeto de um novo Estatuto começou a ser elaborado, mas foi considerado insatisfatório, pois optava apenas por atualizar o Estatuto já existente, não atendendo todas as necessidades dessa nova classe de advogados que agora já não era mais composta por uma maioria de profissionais liberais.

Posteriormente, durante o mandato de Marcelo Lavenère, priorizando-se a elaboração do novo Estatuto, os advogados de todo o País foram mobilizados para que enviassem propostas e sugestões ao anteprojeto. A partir dessas propostas, em 12 de abril de 1992, o Conselho Federal aprovou o novo texto e o enviou ao Congresso Nacional.

Ainda sobre a égide de Rosalina Leal de Oliveira (2010, p. 01), esse novo projeto ainda tramitou pela Câmara durante dois anos, tendo sido aprovado, com o acréscimo de algumas emendas, ao final de maio de 1994, depois, em junho de 1994 foi aprovado pelo Senado, sem mais emendas, e o então presidente, Itamar Franco, o sancionou em julho de 1994, sob o número de lei 8.906.

Com o advento da nova lei, concretizavam-se as ideias de lutas pela cidadania e a reafirmação da destinação democrática dos advogados brasileiros, que trouxe consigo vários pontos inovadores.

Esse novo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB) pode ser definido como um conjunto de normas dentro do ordenamento jurídico que visa estabelecer os direitos e os deveres dos advogados, e ainda os fins e a organização da OAB, abordando os estagiários, as caixas de assistência aos advogados, as eleições internas da entidade e os seus processos disciplinares.

O estagiário é aquele que se encontra em período de aprendizado da profissão e está regularmente inscrito na OAB, podendo realizar atos em conjunto com advogados e sob responsabilidade deste, está previsto no parágrafo 2º do artigo 3º do Estatuto, bem como, no artigo 9º do referido diploma legal. Haroldo Cardella (2005, p. 15) ao comentar sobre o § 2º do artigo 3º explica: o § 2º do Estatuto permite que o estagiário, regularmente inscrito, possa praticar atos, entretanto, em conjunto com o profissional e sob responsabilidade deste, pois o exercício do estágio não constitui uma atividade profissional, e sim uma função de aprendizagem prática pedagógica. Então, qualquer ato privativo praticado por estagiário, pode gerar nulidade absoluta, uma vez que ele não pode ser considerado profissional do Direito. Esses atos podem caracterizar até mesmo infração penal por exercício ilegal de profissão e acarretar medidas no âmbito administrativo perante a Seccional da OAB.

Apesar da possibilidade de nulidade absoluta dos atos praticados por estagiários e da caracterização de infração penal e sanção administrativa, o Estatuto prevê em seu artigo 29, § 1º, incisos do I ao III, situações em que o estagiário está apto a praticar atos isoladamente, por exemplo, a retirada de autos em cartório e assinatura da respectiva carga. Quanto aos estagiários, vale ressaltar ainda, que ficam sujeitos as mesmas causas de incompatibilidades e/ou impedimentos previstas ao advogado.

As Caixas de Assistência dos Advogados são instituições destinadas a auxiliar e amparar os inscritos na OAB. São órgãos dotados de personalidade jurídica própria, criadas pelo Conselho Seccional aos quais se vinculam (EAOAB, art. 45). Gisela Gondin Ramos (2001, p. 519), explica sobre a finalidade assistencial das caixas: a finalidade assistencial da Caixa de Assistência dos Advogados é alcançada pela prestação de inúmeros serviços, que vão desde a simples formalização de convênios que estabeleçam algumas facilidades específicas aos advogados, até a instituição de uma série de benefícios.

Quanto às eleições internas da entidade pode-se dizer que é “a outorga de mandato coletivo para desempenhar uma função ou ocupar um cargo numa instituição organizada” (PELLIZZARO, 1997, p. 187). A eleição está prevista no artigo 63 do Estatuto, cabendo ao Regulamento Geral estabelecer a forma e os critérios para realização da mesma.

Em regra todos os advogados regularmente inscritos na OAB podem votar ou ser votados, devendo ser observadas algumas condições para candidatura, quais sejam, comprovação de situação regular junto a OAB; não ocupação de cargo ou função pública incompatíveis com a advocacia, seja em caráter permanente ou temporário; não ter sofrido sanção por infração disciplinar, exceto se reabilitado; exercício comprovado de advocacia por mais de cinco anos (EAOAB, artigo 63, §2º).

Vale ressaltar que o voto é obrigatório e sua ausência não justificada sujeita o infrator ao pagamento de multa de 20% do valor de uma anuidade.

O novo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB), agora em consonância com o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, criou ainda os Tribunais de Ética e Disciplina nos Conselhos, responsabilizando-os pela punição disciplinar dos inscritos na OAB.

Estruturalmente o Estatuto se compõe de quatro títulos, a saber: I – Da Advocacia; II – Da Ordem dos Advogados do Brasil; III – Do Processo na OAB; IV – Das Disposições Gerais e Transitórias.

O Título I, Da Advocacia, está dividido em nove capítulos e é composto por 43 artigos, que abrangem a atividade da advocacia, os direitos do advogado, a inscrição na OAB, a sociedade de advogados, advogado empregado, honorários advocatícios, incompatibilidades e impedimentos, ética do advogado e infrações e sanções disciplinares.

No Título II, Da Ordem dos Advogados do Brasil, temos seis capítulos que abordam os temas relativos aos órgãos que compõem a OAB, as eleições e os mandatos para os respectivos órgãos, além dos fins e organização da OAB.

O Título que trata do Processo na OAB, divide-se em três capítulos que abordam os processos disciplinares e os recursos cabíveis.

E, por fim, o Título IV, Disposições Gerais e Transitórias, está contido em capítulo único que vai do artigo 78 a 87, onde se determina a competência do Conselho Federal para editar o regulamento geral, aplica-se aos servidores da Ordem o regime trabalhista etc.

César Luiz Pasold (2001, p. 73-74) diz que as normas existentes no Estatuto compõem-se de regras substantivas e adjetivas, estando as adjetivas fundamentalmente no Título III. Em outra dimensão, classifica as normas como sendo compostas por regras de política geral corporativa, de organização, de condutas de caracterização infracional e de sanção.

Em síntese, pode-se dizer que o primeiro Estatuto foi instituído em 1963 (Lei 4.215) com a finalidade de estabelecer os direitos e deveres dos advogados, bem como os fins e a organização da OAB. Posteriormente, a Lei 8.906/94, veio substituir esse primeiro Estatuto, e atuar de forma mais condizente com a nova Constituição de 1988.

Após a explanação sobre o Estatuto da OAB, entenda o que é e como atua o Provimento 94/2000 do Conselho Federal da OAB.

2.2.3 O Provimento 94/2000 do Conselho Federal da OAB O Provimento 94/2000, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, nasceu com o objetivo de sistematizar as normas sobre publicidade, propaganda e informação da advocacia, esparsas no Código de Ética e Disciplina, no Provimento nº 75, de 1992, em resoluções e em assentos dos Tribunais de Ética e Disciplina dos diversos Conselhos Seccionais, bem como para especificar adequadamente sua compreensão, conforme consta de seu introito. Em síntese, a norma resultou da compilação das normas e da jurisprudência existentes. Além disso, ela veio para esclarecer alguns pontos que se achavam obscuros, e cuja melhor interpretação estava adstrita aos Tribunais de Ética. A publicidade do advogado deve obedecer aos limites estabelecidos no Código de Ética e no Provimento 94/2000, sempre de forma moderada e discreta (artigo 28, CED), compatível com a sobriedade exigida pela profissão (CUNHA JÚNIOR, 2000, p. 16).

Evidentemente que muito do que se encontra disposto no atual provimento 94/2000, é reprodução e adaptação das determinações do Código de Ética e Disciplina, assim como da experiência acumulada nos acentos dos Tribunais dos diversos Conselhos Seccionais.

Conforme se extrai do texto de Paulo Sá Elias (2001, p. 01), o Provimento 94/2000 ordenou de forma sistemática as normas esparsas, resoluções e acentos dos Egrégios Tribunais de Ética e Disciplina dos diversos conselhos seccionais no país. Este mesmo autor destrinchou os artigos do referido Provimento, objetivando um entendimento claro e específico acerca das determinações sobre a publicidade realizada na advocacia.

O artigo 1º do Provimento 94/2000 determina: "É permitida a publicidade informativa do advogado e da sociedade de advogados, contanto que se limite a levar ao conhecimento do público em geral, ou da clientela, em particular, dados objetivos e verdadeiros a respeito dos serviços de advocacia que se propõe a prestar, observadas as normas do Código de Ética e Disciplina e as deste Provimento".

O artigo 2º traz o rol do que se entende por "publicidade informativa". São elas: a) identificação pessoal e curricular do advogado ou da sociedade de advogados; b) número da inscrição do advogado ou do registro da sociedade; c) endereço do escritório principal e das filiais, telefones, fax e endereços eletrônicos; d) áreas ou matérias jurídicas de exercício preferencial; e) diploma de bacharel em direito, títulos acadêmicos e qualificações profissionais obtidos em estabelecimentos reconhecidos, relativos à profissão de advogado (art. 29, §§ 1º e 2º, do Código de Ética e Disciplina da OAB); f) indicação das associações culturais e científicas de que faça parte o advogado ou a sociedade de advogados; g) nomes dos advogados integrados ao escritório; h) horário de atendimento ao público e i) idiomas falados ou escritos.

O Provimento, através deste artigo, tornou clara a até então duvidosa possibilidade de veiculação curricular do advogado ou da sociedade de advogados, dentro das limitações estabelecidas pelo Capítulo IV, do Código de Ética e Disciplina da OAB e artigo 4º, do Provimento 94/2000. Autoriza também a divulgação dos endereços de filiais e idiomas falados ou escritos.

O artigo 3º esclarece o que são meios lícitos de publicidade da advocacia. A saber: a) utilização de cartões de visita e de apresentação do escritório, contendo, exclusivamente, informações objetivas; b) placa identificativa do escritório, afixada no local onde se encontra instalado; c) anúncio do escritório em listas de telefone e análogas; d) comunicação de mudança de endereço e de alteração de outros dados de identificação do escritório nos diversos meios de comunicação escrita, assim como por meio de mala-direta aos colegas e aos clientes cadastrados; e) menção da condição de advogado e, se for o caso, do ramo de atuação, em anuários profissionais, nacionais ou estrangeiros; f) divulgação das informações objetivas, relativas ao advogado ou à sociedade de advogados, com modicidade, nos meios de comunicação escrita e eletrônica - § 1º – A publicidade deve ser realizada com

discrição e moderação, observado o disposto nos artigos 28, 30 e 31 do Código de Ética e Disciplina da OAB; § 2º – As malas-diretas e os cartões de apresentação só podem ser fornecidos a colegas, clientes ou a pessoas que os solicitem ou os autorizem previamente, § 3º – Os anúncios de publicidade de serviços de advocacia devem sempre indicar o nome do advogado ou da sociedade de advogados com o respectivo número de inscrição ou de registro; devem, também, ser redigidos em português ou, se em outro idioma, fazer-se acompanhar da respectiva tradução.

O artigo 4º, do Provimento 94/2000, apresenta o que não é permitido ao advogado na publicidade relativa à advocacia. São as seguintes vedações: impossível fazer menção a clientes ou a assuntos profissionais e demandas sob seu patrocínio; não se pode fazer referência, direta ou indireta, a qualquer cargo, função pública ou relação de emprego e patrocínio que tenha exercido; emprego de orações ou expressões persuasivas, de autoengrandecimento ou de comparação; impossível a divulgação de valores dos serviços, sua gratuidade ou forma de pagamento; proibida a oferta de serviços em relação a casos concretos e qualquer convocação para postulação de interesses nas vias judiciais ou administrativas e veiculação do exercício da advocacia em conjunto com outra atividade; neste sentido, é importante salientar, ainda, que não é permitida a divulgação de informações sobre as dimensões, qualidades ou estrutura do escritório; informações errôneas ou enganosas; promessa de resultados ou indução do resultado com dispensa de pagamento de honorários; menção a título acadêmico não reconhecido; emprego de fotografias e ilustrações, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia e utilização de meios promocionais típicos de atividade mercantil.

O artigo 5º diz quais são os veículos admitidos de informação publicitária da advocacia, quais sejam internet, fax, correio eletrônico (e-mail) e outros meios de comunicação semelhantes; revistas, folhetos, jornais, boletins e qualquer outro tipo de imprensa escrita; placa de identificação do escritório; papéis de petições, de recados e de cartas, envelopes e pastas.

Diz ainda o parágrafo único: "As páginas mantidas nos meios eletrônicos de comunicação podem fornecer informações a respeito de eventos, de conferências e outras de conteúdo jurídico, úteis à orientação geral, contanto que estas últimas não envolvam casos concretos nem mencionem clientes".

A importância deste parágrafo é grande, pois põe cobro às dúvidas também existentes com relação ao assunto, de forma definitiva. É dizer: as páginas dos advogados ou sociedade de advogados na Internet têm permissão para veicular conteúdo jurídico, úteis à orientação geral, serviços de atualização jurisprudencial no âmbito meramente informativo, tudo de forma a não envolver casos concretos, nem fazer menção a clientes.

Diferente é o que ocorre com a consulta "on-line", "opinião virtual" e demais abomináveis condutas do gênero, inconciliáveis que são, com a postura do advogado ético, sério e responsável.

Diz o artigo 6º, do Provimento em estudo: "Não são admitidos como veículos de publicidade da advocacia: a) rádio e televisão; b) painéis de propaganda, anúncios luminosos e quaisquer outros meios de publicidade em vias públicas; c) cartas circulares e panfletos distribuídos ao público; d) oferta de serviços mediante intermediários".

A participação do advogado em programas de rádio, televisão e de qualquer outro meio de comunicação, inclusive eletrônica, deve limitar-se a entrevistas ou a exposições sobre assuntos jurídicos de interesse geral, visando a objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos para esclarecimento dos destinatários. É o teor do artigo 7º, do recente Provimento, que se coaduna com o disposto nos artigos 32, 33 e 34, do Código de Ética e Disciplina da OAB.

O artigo 8º determina que "em suas manifestações públicas, estranhas ao exercício da advocacia, entrevistas ou exposições, deve o advogado abster-se de: a) analisar casos concretos, salvo quando arguido sobre questões em que esteja envolvido como advogado constituído, como assessor jurídico ou parecerista, cumprindo-lhe, nesta hipótese, evitar observações que possam implicar a quebra ou violação do sigilo profissional; b) responder, com habitualidade, a consultas sobre matéria jurídica por qualquer meio de comunicação, inclusive naqueles disponibilizados por serviços telefônicos ou de informática; c) debater causa sob seu patrocínio ou sob patrocínio de outro advogado; d) comportar-se de modo a realizar promoção pessoal; e) insinuar-se para reportagens e declarações públicas; f) abordar tema de modo a comprometer a dignidade da profissão e da instituição que o congrega".

Revogados o provimento nº 75, de 14 de dezembro de 1992 e as demais disposições em contrário, o Provimento nº 94/2000, entrou em vigor na data de sua publicação, dia 12 de setembro de 2000, Diário de Justiça da União, página 374, sob a presidência do Dr. Reginaldo Oscar de Castro e a relatoria do Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto – Conselheiro Federal da OAB.

Exaurido o conteúdo sobre os elementos normativos da profissão advocatícia, com suas regras de permissão e proibição, passa-se a conhecer no próximo título sobre as sanções aplicáveis ao profissional do direito que infringe as leis estatutárias de desrespeito à divulgação dos serviços.

2.3 SANÇÕES DISCIPLINARES, CIVIS E PENAS PELA PUBLICIDADE ABUSIVA DA ADVOCACIA

O Estatuto da OAB traz um capítulo que dispõe, do artigo 31 ao 33, sobre a ética do advogado. "Nesse capítulo, o Estatuto estabelece regras deontológicas referentes à conduta pessoal do advogado e ao seu dever para com a classe, devendo proceder de forma a torna-se merecedor de respeito e contribuir para com o prestígio da classe e da advocacia" (CARDELLA, 2006, p. 37).

Nos supracitados artigos, o Estatuto da OAB estabelece princípios gerais de ética do advogado, ficando a cargo do Código de Ética e Disciplina a regulamentação aprofundada sobre a matéria. Os deveres éticos devem ser respeitados e cumpridos pelos advogados, não sendo recomendações cuja observação, por parte daquele profissional, é facultativa.

Os deveres éticos consignados no Código não são recomendações de bom comportamento, mas normas jurídicas dotadas de obrigatoriedade que devem ser cumpridas com rigor, sob pena de cometimento de infração disciplinar punível com censura (art. 36 do Estatuto) se outra mais grave não for aplicável (LÔBO, 2007, p. 182).

O artigo 33 do Estatuto da OAB estabelece que o advogado obriga-se a cumprir as disposições do Código de Ética e Disciplina, diploma este que, como o próprio nome deixa claro, impõe regras deontológicas ao advogado, ou seja, estabelece os deveres do mesmo ao exercer sua atividade profissional, balizando a conduta do advogado dentro dos parâmetros da ética, da moralidade, da probidade, da honestidade, enfim, traçando o caminho ético que o profissional da advocacia tem a obrigação de trilhar quando realiza sua atividade. Estas regras deontológicas fazem-se necessárias, uma vez que, infelizmente, muitos são os profissionais que se desvirtuam do fim precípua da advocacia, não tendo postura nem conduta ética, resultando no desgaste da imagem e do prestígio de toda a classe de advogados, andando na contramão da importância dessa atividade, pois o advogado é indispensável à administração da justiça e, por esse motivo, deve manter-se íntegro em seu mister para ser merecedor da confiança, da credibilidade e da aceitação popular (CAVAZZANI, 2008, p. 02).

O Estatuto, então, não dispôs sobre as regras éticas de conduta do advogado, deixando essa matéria para o Código de Ética e Disciplina, de forma a evidenciar essas regras deontológicas.

O Estatuto evitou a duplicidade de tratamento legal dos deveres éticos, remetendo-os inteiramente ao novo Código de Ética e Disciplina, editado pelo Conselho Federal da OAB. A duplicidade de tratamentos dos deveres éticos, havida entre o anterior Estatuto e o Código, foi a principal razão para o quase desconhecimento do antigo Código de Ética Profissional no seio dos advogados, com parca aplicação pela própria OAB (LÔBO, 2007, p. 192).

O Código de Ética e Disciplina, além de dispor sobre os deveres éticos do advogado, estabelece normas gerais sobre o procedimento disciplinar na OAB para as infrações que o advogado cometa e que caibam reprimendas administrativas, cuja competência para assim proceder é da OAB, sendo o órgão responsável pelo julgamento dessas infrações punidas administrativamente o Tribunal de Ética e Disciplina, instalado em todos os Conselhos Seccionais (CAVAZZANI, 2008, p. 02).

Enquanto as regras deontológicas, ou seja, os deveres éticos impostos aos advogados são delineações da forma como esse profissional deve atuar, as infrações disciplinares regulamentadas em lei são as condutas que o mesmo deve abster-se de realizar.

Diferentemente dos deveres éticos, que configuram conduta positiva ou comportamento desejado, encartados no Código de Ética, as infrações disciplinares caracterizam-se pela conduta negativa, pelo comportamento indesejado, que devem ser reprimidos. Sob a perspectiva da tradicional classificação das normas, são imperativas as que cuidam dos deveres, e proibitivas as que tratam das infrações disciplinares (LÔBO, 2007, p. 204).

Uma vez que as infrações disciplinares são normas que restringem direito, isto é, restringem o direito de atuação do advogado, balizando seu campo de atuação dentro de limites éticos dessa profissão, são taxativamente indicadas em texto legal (EAOAB), não deixando para o Código de Ética essa missão, visando, com essa tipificação das infrações, a garantia do devido processo legal quando o Estado tiver de usar de seu poder sancionatório contra atos indevidos praticados por advogados. As infrações disciplinares não comportam interpretações extensivas ou analógicas, constituindo-se apenas nas indicadas pelo Estatuto, considerando-se, logicamente, as possíveis indeterminações de conceitos que podem surgir em função da evolução dos comportamentos profissionais, devendo haver uma adaptação às mudanças que, inexoravelmente, acontecem (CAVAZZANI, 2008, p. 02).

Segundo este mesmo autor, as infrações disciplinares são tipificadas no artigo 34 do Estatuto da OAB, incluindo, o parágrafo único desse dispositivo, mais três condutas incompatíveis. Essas infrações podem ser agrupadas em três espécies, conforme o nível de gravidade da conduta do advogado, sendo punidas com censura, suspensão e exclusão, além de multa, que é uma sanção disciplinar acessória.

Só os advogados, ou seja, bacharéis inscritos na OAB cometem infrações disciplinares. Os não inscritos, que atuam como se advogados fossem e cometem tais infrações, sujeitam-se à legislação penal comum, por se tratar de exercício ilegal da profissão.

As espécies de sanções disciplinares serão definidas, conforme a elucidação de Haroldo Paranhos Cardella (2006, p. 39-40), como: a) censura: é a mais branda das sanções, podendo ser reduzida a uma simples advertência, quando existirem circunstâncias atenuantes (falta cometida na defesa de prerrogativa, ausência de punição disciplinar, exercício assíduo de mandato ou cargo em órgão da OAB e prestação de relevantes serviços à advocacia ou à causa pública); b) suspensão: é a sanção que impede o exercício profissional em todo o território nacional, podendo ser por prazo determinado (o qual pode variar entre trinta dias e doze meses) e por prazo indeterminado, até que satisfaça a exigência legal.

Exemplos: até que salde o débito junto à tesouraria da Ordem, até que seja aprovado em novas provas de habilitação, até que preste contas ao cliente; c) exclusão: é aplicável às condutas infracionais mais graves, tornando o advogado infrator passível de eliminação do quadro de inscritos da OAB. Para a aplicação da medida extrema, entretanto, é imprescindível a votação favorável de dois terços dos membros do Conselho Seccional competente; d) multa: é a sanção disciplinar de caráter sempre cumulativo, fixada em montante que varia de uma anuidade a no máximo dez vezes esse valor, quando existirem circunstâncias agravantes. Não se admite, contudo, sua aplicação isoladamente.

Após o delineamento sobre as espécies de sanções disciplinares aplicadas aos advogados que desobedecem as normas trazidas pelo Estatuto, convém ressaltar que para o presente trabalho, somente uma espécie tem interesse relevante, que é a censura, sanção essa que será aplicada ao advogado que descumprir as medidas éticas que estabelecem o modo de realizar a publicidade da advocacia como meio de angariar ou captar clientes.

De não se olvidar que para o advogado, a infração ao Código de Ética e Disciplina – via de extensão, a inobservância ao regramento ético da publicidade – sujeita-o à sanção de censura, prevista no artigo 36, II, da Lei nº 8.906/94 – o Estatuto da OAB: art. 36. A censura é aplicável nos casos de:

I – (...);

II - violação a preceito do Código de Ética e Disciplina.

Conforme dito alhures, a censura é pena disciplinar compreendida na repreensão oficial da conduta do infrator posta a análise e a julgamento. Portanto, constitui-se em manifestação oficial da entidade, reconhecendo e condenando, repreendendo, a natureza atentatória aos preceitos deontológicos da profissão da conduta posta. A sanção de censura não pode ser objeto de publicidade ou divulgação, no entanto esse sigilo não é absoluto, porque exclui os órgãos da OAB.

A censura é, portanto aplicável em casos em que o advogado utiliza-se de quaisquer meios para angariar ou captar clientes, com ou sem a intervenção de terceiro. Significa que o profissional não pode oferecer seus serviços como se fosse uma mercadoria. A publicidade deve ser exercida com certa moderação. Deste modo, é inadmissível qualquer forma de captação de clientela.

Coadunando com as informações vistas até aqui, verifica-se que a propaganda irregular pode trazer punição disciplinar pela OAB, que é algo gravíssimo em uma carreira jurídica (artigos 33, 34 e seguintes, Lei nº 8.906/94, Estatuto da OAB). Contudo, não são somente as sanções disciplinares que são aplicadas ao profissional que infringe as leis do Estatuto e realizam a propaganda de forma incorreta, superficial ou apressada, de boa ou má-fé, existe, ainda, a possibilidade de ocasionar diversos efeitos prejudiciais, como a condenação criminal deste profissional, visto que certas atitudes podem constituir crime contra ordem econômica e concorrência desleal (artigos 20, 21 e 23, da Lei nº 8.884/94), além de crime contra as relações de consumo (artigo 66, da Lei nº 8.078/90 - Código do Consumidor).

No entanto, a pior das punições para a propaganda ilegal, é o descrédito do profissional junto de sua classe, da clientela e da sociedade, que percebe aquele advogado ou sociedade como meros corretores de interesses econômicos próprios, tendo no lucro, e não na prestação de um serviço seguro e responsável, em conformidade e em defesa da Justiça, a razão do exercício da advocacia (SILVA E NAKAYAMA, 2011, p. 01).

Para afunilar esse conteúdo, o tópico adiante estudado discutirá acerca das práticas vedadas na publicidade da advocacia.

2.4 PRÁTICAS VEDADAS NA PUBLICIDADE DA ADVOCACIA

As práticas vedadas na publicidade da advocacia já foram superficialmente abordadas no título que tratou sobre o Provimento 94/2000 do Conselho Federal da OAB, porém, de forma mais encorpada, serão vistas neste tópico as diversas proibições expressas, quanto ao conteúdo da publicidade, que podem levar o cliente a contratar de modo equivocado, e ainda realizar concorrência desleal, captação de clientela, e até configurar crime.

Nesse aspecto, são as seguintes as proibições existentes, no que pertine ao conteúdo da mensagem vinculada:

- 1) usar ou utilizar o nome, direta ou indiretamente, de clientes já atendidos em sua atividade profissional, seja individualmente, seja através de listas (alínea "a", artigo 4º, Provimento 94/2000);
- 2) mencionar publicamente assuntos profissionais ou demandas sobre seu patrocínio (alínea "a", artigo 4º, Provimento 94/2000);
- 3) fazer referência, direta ou indireta, a qualquer cargo, função pública ou relação de emprego e patrocínio que tenha exercido (alínea "b", artigo 4º, Provimento 94/2000);
- 4) utilizar expressões de comparação a outras atuações profissionais, ou expressões de auto-engrandecimento e persuasão, ou outras que possam iludir ou confundir o público, a fim de fazer captação de causa ou de clientes (alínea "c", artigo 4º, Provimento 94/2000, e artigos 31, §1º, e 32, do Código de Ética e Disciplina);
- 5) divulgar valor de honorários, formas de pagamento ou gratuidade no atendimento (alínea "d", artigo 4º, Provimento 94/2000, artigo 31, §1º, do Código de Ética e Disciplina);
- 6) oferecer serviços para casos concretos, ou seja, para determinadas demandas, ou para postular em defesa de determinados interesses (alínea "e", artigo 4º, Provimento 94/2000);
- 7) realizar promoção pessoal ou profissional, ao posicionar-se, nos meios de comunicação, sobre questão jurídica, com fins de autopromoção (artigo 32, Parágrafo Único, do Código de Ética e Disciplina);
- 8) oferecer serviços de advocacia em conjunto com qualquer outra atividade econômica (alínea "f", artigo 4º, Provimento 94/2000, e artigo 28, do Código de Ética e Disciplina);
- 9) prestar informações sobre a estrutura física do escritório, seja através de fotos, escritos etc (alínea "g", artigo 4º, Provimento 94/2000, e artigo 31, §1º, parte final, do Código de Ética e Disciplina);
- 10) prometer resultados, de forma direta ou indireta, com ou sem contraprestação pecuniária (alínea "i", artigo 4º, Provimento 94/2000);
- 11) utilizar imagens, fotografias, logotipos, marcas ou símbolos, que sejam incompatíveis com a sobriedade da advocacia (alínea "k", artigo 4º, Provimento 94/2000, e artigo 31, do Código de Ética e Disciplina);
- 12) utilizar símbolos, logotipos e marcas oficiais, ou utilizadas privativamente pela OAB (artigo 31, do Código de Ética e Disciplina);
- 13) mencionar informações errôneas ou enganosas, assim como mencionar título acadêmico não reconhecido pela autoridade brasileira (alíneas "h" e "j", artigo 4º, Provimento 94/2000).

O que se percebe, pelas proibições, acima transcritas, é não só evitar a vinculação de uma imagem profissional equivocada ou errônea ao cliente, levando-o a contratar, mas também manter a dignidade da profissão, o respeito que deve gozar no meio social, e ainda fazer com que a competição mercadológica, dentro da advocacia, seja pautada pela ética e pelo equilíbrio entre os agentes (SILVA E NAKAYAMA, 2011, p. 01).

Pelo exposto, verifica-se que existem várias práticas a que os advogados estão proibidos de realizar para propagar seus serviços. Contudo, não são só práticas que são vedadas, existem, ainda, meios de comunicação (veículos de informação) em que a profissão não poderá ser divulgada. É o que será abordado no tópico seguinte.

2.5 VEÍCULOS EM QUE A PUBLICIDADE ADVOCATÍCIA É PROIBIDA

No tópico anterior foram apresentadas as práticas vedadas na publicidade da advocacia, especialmente quanto ao conteúdo da propaganda. Neste tópico o assunto abordado será sobre os veículos de informação em que a publicidade advocatícia é proibida.

Contudo, antes de verificar os meios de publicidade proibidos, interessa verificar que não há qualquer proibição de que o advogado realize manifestações públicas, seja através de rádio, televisão, jornais ou outros meios de comunicação, sobre assuntos jurídicos, desde que para fins exclusivamente educacionais, instrutivos, pedagógicos, de informação ao público, sobre seus direitos e deveres, mas tudo sem fim de autopromoção, ou de mensagem publicitária (RAMOS, 2003, p. 44).

De outro lado, o advogado deve se abster de comentar, nos meios de comunicação, sobre situações jurídicas específicas, casos concretos, limitando-se a responder sobre hipóteses fáticas ou legais, ou quando esteja envolvido diretamente como advogado constituído, resguardado o sigilo profissional, a fim de realizar a defesa pública de seu cliente.

Para a realização de propaganda, poderão ser utilizados todos os meios e formas de comunicação existentes, ou que venham a existir, tais como cartões de visita, jornais, revistas, cartas a clientes, listas telefônicas, catálogos, folhetos, placas de identificação de escritório, materiais de escritório (papéis, pastas, adesivos, envelopes etc.), inclusive internet, através de site, blog ou e-mail, desde que seja respeitado o princípio informativo da propaganda advocatícia (artigo 5º, Provimento 94/2000).

No entanto, é proibida a propaganda em rádio, televisão, painéis, outdoors, faixas, anúncios em via pública, assim como plotagem de veículos, uso de cartas circulares e panfletos ao público, bem como a utilização de intermediação ou corretagem advocatícia, conhecidos como paqueiros (artigo 6º, Provimento 94/2000).

De qualquer forma, ressalvadas as proibições, e realizada de forma discreta e moderada, a propaganda pelo advogado poderá seguir pelos mais diversos meios de comunicação, desde que não se equipare ou se confunda, por sua forma ou modo de realização, com práticas tipicamente comerciais, que são proibidas pelo Código de Ética, e pelo próprio Provimento 94/2000 (SILVA E NAKAYAMA, 2011, p. 01).

Uma das questões difíceis de ser enfrentada é sobre qual tipo de propaganda seria mais compatível com a sobriedade da advocacia. Por óbvio, deve-se usar o bom senso ou o senso comum do significado dessas expressões.

Assim, os meios de comunicação devem ser usados com moderação, comedimento, temperança e parcimônia, a fim de mesmo seguindo as ordenações normativas, não haja descumprimento dos princípios e objetivos da norma, não de forma qualitativa, mas em razão da quantidade e frequência da propaganda junto ao público (SILVA E NAKAYAMA, 2011, p. 01).

A partir deste ponto será inaugurado um novo capítulo cujo conteúdo será específico, no que tange ao tema da obra, dando ênfase à proibição da publicidade advocatícia através de meios radiofônicos e televisivos.

3 MEIOS TELEVISIVOS E RADIOFÔNICOS: PORQUE A ADVOCACIA NÃO PODE SE VALER DESSES VEÍCULOS PARA A PUBLICIDADE?

Com efeito, é notório que a propaganda televisiva ou radiofônica é extremamente dispendiosa, de modo que apenas grandes escritórios poderiam usufruir das suas vantagens. Teríamos, se permitida tal espécie, uma publicidade aciça e monopolizadora de verdadeiras multinacionais da advocacia que vêm se implantando no Brasil, sempre em detrimento dos escritórios de menor potencial econômico. Além disso, tal espécie de publicidade acabaria por comprometer a nobreza da advocacia, conferindo-lhe um indesejável toque de especulação (ACQUAVIVA, 2007, p. 112).

Extraí-se do trecho supracitado de Marcus Cláudio Acquaviva que por serem meios dispendiosos de comunicação, justifica-se a proibição da veiculação da propaganda advocatícia através de rádio e TV, considerando, assim, a obtenção de vantagem dos grandes escritórios em detrimento dos menores. O que não é justo, e, portanto, na o necessário.

Além disso, nem sempre os profissionais que se valem de meios radiofônicos e televisivos para divulgarem seus serviços particulares podem ser considerados advogados com grande conhecimento jurídico, muitas vezes podem estar sendo patrocinados por grandes empresas ou escritórios e disseminando conteúdo incerto à população. E comumente, o alcance desse tipo de propaganda é bem mais extenso, fazendo com que a população se torne unicamente uma grande massa de manobra de uma jogada marqueteira.

O próximo tópico referir-se-á especificamente sobre a publicidade e propaganda através dos meios radiofônicos e televisivos.

3.1 A TELEVISÃO E O RÁDIO COMO MEIOS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Consoante o entendimento de Marcus Cláudio Acquaviva (2007, p. 112) os artigos 32 e 33, inciso I, do Código de Ética e Disciplina visam cobrir uma prática que se vem tornando comum hoje em dia, qual seja, utilizar-se, habitualmente, o advogado, dos meios de comunicação para responder a perguntas formuladas por ouvintes, telespectadores ou leitores aflitos com questões jurídicas.

Segundo este mesmo autor, o código não proíbe, em face do artigo 2º, parágrafo único, inciso V, que o advogado seja um canal para o cidadão leigo, por vezes carente de uma informação jurídica em tese; por isso, o artigo 32 faculta ao causídico participar de programas de televisão ou de rádio, desde que com caráter meramente ilustrativo e educacional, sem nenhum intuito de autopromoção. Daí a restrição incisiva e evidente do artigo 33, inciso I, à participação habitual do advogado em programas de consultas jurídicas, visando divulgar seu nome e qualidades.

O dispositivo justifica-se plenamente, quando se constata que tal atitude avilta a profissão, ensejando respostas equivocadas a perguntas absurdas. Não colhe argumentar que tal conduta é de utilidade social, atendendo a pessoas carentes.

Para estas, tem-se assistência judiciária gratuita e a Defensoria Pública, sem mencionar o heroico trabalho de muitas faculdades e universidades irmanadas com o Poder Judiciário, na implantação de Juizados Especiais para as causas de menor valor econômico ou infrações penais de menor potencial ofensivo.

Os conceitos de publicidade e propaganda serão assuntos do próximo tópico, cujo objetivo é esclarecer porque esses dois termos são comumente utilizados com o mesmo significado.

3.1.1 Conceito de Publicidade

Antes de estabelecer um conceito engessado do que vem a ser publicidade, é preciso mencionar que no Brasil os conceitos de publicidade e propaganda se confundem, não havendo unanimidade quanto ao uso técnico de um vocábulo ou de outro. O conceito de propaganda geralmente se refere à transmissão de ideias, sejam elas políticas, religiosas ou comerciais, enquanto que publicidade está mais ligada à divulgação de produtos, serviços ou candidatos políticos. Ou como anota Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin (1995, p. 270): a publicidade tem um objetivo comercial (...) enquanto que a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social (...).

A diferença essencial entre a publicidade e a propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz-se com a intenção de alcançar lucro, enquanto que a segunda exclui quase sempre a ideia de benefício econômico. Tanto a publicidade quanto a propaganda são formas de comunicação social, uma vez que apresentam uma mensagem, um emissor que tem como objetivo alcançar um conjunto de receptores, transmitindo-lhes uma ideia ou incentivando-lhes a um determinado comportamento. Dois elementos são essenciais: a difusão e a informação. Um é o elemento material, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico. Sem difusão não há publicidade nem propaganda, uma vez que as mesmas precisam ser levadas ao conhecimento de terceiros, da mesma forma que sem um conteúdo mínimo de informação elas inexistem.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques (1998, p. 345), publicidade pode ser definida como: [...] toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.

Para os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) o termo publicidade refere-se ao meio de incentivar a aquisição de produtos ou serviços. Segundo Neusa Demartini Gomes et al (1998, p. 342), a publicidade, efetivamente, possui três elementos que a identificam e a diferenciam de outros conceitos:

- a) caráter comercial – é necessário ter um produto ou serviço para oferecer ao mercado, em tal quantidade que sua promoção justifique o uso dos meios massivos;
- b) força persuasiva – é necessário planejar, criar, produzir um anúncio ou uma campanha a ser veiculada nos meios massivos;
- c) capacidade informativa – este anúncio ou campanha deve ser veiculado, isto é, inserida em meios de comunicação, pagos por um patrocinador.

Extraí-se do texto supramencionado que quando o objetivo principal é vender um produto, uma promoção, com apelo de vendas falando sobre a sua qualidade e atributos, ou mostrando que aquele produto é melhor, pois se diferencia da concorrência, estamos falando de publicidade. Note que ela tem um caráter propriamente de venda, baseando-se em argumentos que procuram influenciar o consumidor de modo a induzi-lo à ação de adquirir aquele produto ou contratar determinado serviço.

A seguir passa-se ao entendimento do que vem a ser propaganda e qual é o limiar em que esta se diferencia da publicidade.

3.1.2 Conceito de Propaganda

Por sua vez, a propaganda, desenvolve-se mais em cima de ideias e conceitos. O objetivo, tal qual o da publicidade, também é promover algo ou alguma coisa, porém ela é feita de forma mais elaborada em argumentações conceituais e por isso tem caráter informativo. É o caso da propaganda política que pode tanto informar a população quanto defender as ideias do partido político “X” ou a propaganda de uma ONG a favor da preservação do meio ambiente. Nesse caso, é importante que a mensagem tenha um sentido

para o receptor e fique na lembrança como algo que o fará mudar de ideia, ou ficar mais convicto a respeito dela.

Segundo Kotler (1995, p. 584), a propaganda pode ser utilizada tanto para desenvolver uma imagem duradoura para um produto, como por exemplo, uma marca de refrigerante que quer ser lembrada como a melhor e mais refrescante, visando ser a líder do mercado em seu segmento, ou para estimular vendas rápidas (liquidação de fim de semana em uma loja de calçados). Segundo o entendimento do mesmo autor, existem muitas formas e utilizações da propaganda, portanto é difícil fazer generalizações.

Em um contexto histórico, devido a origem da propaganda estar ligada a um movimento para difundir os ensinamentos da igreja católica, Guilherme Fernandes Neto (2004, p. 45) conceitua propaganda como “uma difusão de concepções, buscando por suas mensagens estimular comportamentos”. Para Fernandes Neto (2004, p. 46), propaganda é um “esforço consciente destinado a influenciar opiniões”. Para o autor o termo propaganda possui uma conotação negativa por ser entendida como uma forma de manipulação às massas.

Para Gomes, et all (1998, p. 342), os elementos identificadores e diferenciadores da propaganda também são três:

- a) caráter ideológico – é necessário ter uma ideia ou doutrina a oferecer ao público em tal quantidade que sua promoção justifique o uso dos meios massivos de comunicação;
- b) força persuasiva – é necessário planejar, criar e produzir a informação persuasiva que se quer difundir com o intento de reforçar ou modificar comportamentos ideológicos (religiosos, políticos ou mesmo filosóficos);
- c) capacidade informativa – esta informação de caráter persuasivo deve ser veiculada, isto é, inserida em meios de comunicação, não necessariamente em forma de anúncios, mas, e é aí que está a diferença básica da publicidade, pode vir sem identificação do promotor e não ocupando um espaço formal como é o da publicidade: a propaganda pode vir inserida ou travestidas em reportagens, editoriais, filmes, peças de teatro, artes plásticas e até em educação, nas salas de aula, através da seleção ou enfoque de conteúdos didáticos. A propaganda pode ser comercial, política ou religiosa.

Superada a definição e diferenciação entre publicidade e propaganda, a próxima abordagem refere-se à regulamentação geral realizada pelo Conar, a fim de regular a prática da realização da publicidade e propaganda.

3.1.3 A Regulação desses Meios pelo CONAR

Fundado em 1980 e constituído por publicitários e profissionais de áreas afins, o CONAR é uma organização não governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. Sua missão é impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimentos e inclui o atendimento a denúncias de consumidores, autoridades, associados ou formuladas pelos integrantes da própria diretoria. As denúncias são julgadas pelo Conselho de Ética. Quando comprovada a procedência de uma denúncia, é sua responsabilidade recomendar alteração ou suspender a veiculação do anúncio.

As punições previstas no artigo 50 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária apresentam-se em quatro categorias: advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação de suspensão da veiculação e, por último, divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

Adalberto Pasqualotto (1997, p. 68), no entanto, faz uma ressalva à entidade, ao observar que "as decisões do CONAR são de cumprimento espontâneo. Os estatutos da entidade não lhe outorgam nenhum poder coativo – e, de qualquer modo, esse poder sempre seria limitado, por se tratar de sociedade privada".

Do ponto de vista jurídico, este tipo de instituição é quase uma variante dos tribunais arbitrais: eles existem porque as partes que o integram assim o querem, ele é gerido e gere as partes com base em normas criadas pelas partes e, via de regra, substituem uma função que, normalmente, seria exercida pelo Estado.

O CONAR apenas repudia a publicidade enganosa, não a proíbe, uma vez que se trata de uma sociedade privada não tem poderes coercitivos para retirá-la do ar e conceder ressarcimento aos prejudicados. Pode, no máximo, sugerir aos veículos de comunicação a sua retirada, sem qualquer coercibilidade, já que suas decisões são aplicadas apenas aos seus associados.

Porém, mesmo sem contar com a força do poder coercitivo que uma organização estatal possui, verifica-se que muitas de suas decisões são acatadas pelo meio.

Cada caso, no entanto, deve ser analisado isoladamente, por uma comissão própria, para que não haja abusos nem subjetividade. É o que faz o CONAR. Apesar de não ter o poder coercitivo de uma entidade estatal, suas decisões geralmente têm sido acatadas. Várias campanhas publicitárias foram retiradas de circulação apenas com a recomendação do órgão. Caso isso não aconteça, a sociedade pode contar com a intervenção do Estado.

Verifica-se, portanto, que o CONAR, não é um órgão especializado em proibir ou fazer cumprir as determinações legais, é de fato uma organização que não está vinculada diretamente ao Estado, cujo papel é coibir a utilização de propagandas enganosas e abusivas e recomendar modificações ou extrações. Conquanto seja realmente necessária a vigilância da classe profissional responsável, no caso em estudo, a OAB.

No próximo tópico, será levantada a questão da mercantilização da advocacia através da utilização de meios radiofônicos e televisivos para promoção de publicidade.

3.2 O MERCANTILISMO E OS MEIOS TELEVISIVOS E RADIOFÔNICOS PARA A PUBLICIDADE

Conforme visto ao longo do trabalho, é cediço que é vedado ao advogado utilizar-se dos meios comuns de publicidade mercantil e a regra de ouro é a discrição e moderação, divulgando apenas as informações necessárias de sua identificação, podendo fazer referência a títulos acadêmicos conferidos por instituições universitárias (especialização, mestrado ou doutorado), a associações culturais e científicas, aos ramos do direito em que atua, aos horários de atendimento e meios de comunicação. Estes são dados que pode conter a publicidade, conforme anuncia o artigo 29 do Código de Ética e Disciplina. Nada mais. O anúncio não pode conter fotografias, ilustrações, cores, figuras ou desenhos incompatíveis com a sobriedade da advocacia. Proíbem-se igualmente referências a valores de serviços, tabelas, formas de pagamentos e estrutura da sede profissional (LÔBO, 2009, p. 193).

A divulgação não pode ser feita em rádio, televisão ou em propaganda de rua, tais como cartazes ou outdoors. “Quando o advogado faz publicidade jornalística com fito de captar e adquirir clientela, infringe o artigo 7º, do Código de Ética e Disciplina profissional, eis que o simples anúncio com tal finalidade já configura prática vedada não sendo necessário efetivamente ter angariado clientes e interpostas ações em nome destes” (CF – OAB, Ementa 008/2007/2ª T – SCA).

Segundo Paulo Lôbo (2009, p. 194) formas indiretas, tais como programas de consulta em rádios e televisão, artigos pagos na imprensa, veiculação frequente de sua imagem e nome nos meios de comunicação social, marketing ou merchandising são atitudes que ferem a ética profissional. É absolutamente condenável a publicidade frequente de opinião sobre matérias jurídicas, salvo quando afirmada de modo geral ou em tese ou como trabalho doutrinário, e em nenhuma hipótese quando esteja patrocinando interesse concreto a respeito. A participação do advogado na imprensa, para que não incida sanção disciplinar, deve ater-se exclusivamente a objetivos instrutivos, educacionais e doutrinários, sem qualquer intuito de promoção pessoal.

Consoante o entendimento deste mesmo autor, a influência dos meios de comunicação social passou a ser uma tentação aos advogados que buscam promover-se profissionalmente sob a aparência de esclarecimentos e reportagens desinteressadas. O Código de Ética e Disciplina, ao lado dos códigos deontológicos de outros países, procurou encontrar o ponto de equilíbrio entre a participação episódica do advogado nos meios de comunicação em matérias de cunho jurídico, sem intuito promocional e visando ao interesse geral, e aquela habitual, em que se presume a promoção indevida.

Para tanto, salienta-se que a publicidade por meios de comunicação radiofônicos e televisivos, em que pese a proibição legal com fito de promoção pessoal, tem se tornado um tanto atrativa para os profissionais do direito, considerando o vasto alcance encontrado e por vezes a necessidade de despender de menor tempo para ser conhecido pela população. Contudo, a hipótese de não mercantilização da profissão ainda predomina e a prática da publicidade advocatícia pelo rádio e TV ainda continua sendo proibida pelos órgãos reguladores da profissão.

3.3 A RELAÇÃO ENTRE A ÉTICA NA ATIVIDADE ADVOCATÍCIA, A PROIBIÇÃO DA MERCANTILIZAÇÃO DA PROFISSÃO E A VEDAÇÃO DOS VEÍCULOS PUBLICITÁRIOS TELEVISIVOS E RADIOFÔNICOS

Anteriormente fora discutido o conceito de ética na atividade advocatícia, e adendo a essa discussão inaugura-se este tópico que fará uma relação entre a aplicabilidade da ética com a proibição da mercantilização da profissão voltada especialmente para os meios radiofônicos e televisivos.

Conforme é cediço, o regramento ético do advogado no que tange o anúncio de seus serviços profissionais não acompanha as agressivas investidas da publicidade e/ou da propaganda, tal qual se verifica noutros ofícios e atividades.

Fere a ética profissional, assim, o advogado que extravasa da moderação, da sobriedade e seriedade no anúncio de seus serviços, bem como o que se utiliza de meios que mercantilizem a profissão.

Este mesmo regramento ético, através do caput do artigo 2º do Código de Ética e Disciplina, bem como seu respectivo Estatuto da Advocacia e da OAB, caput do artigo 2º da Lei nº 8.906/94, repisam a ideia de indispensabilidade do advogado à administração da justiça. Parelho a isso, o ventilado Estatuto (Lei nº 8.906/94), através do § 1º do artigo 2º, consigna que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”, expressão também adotada no artigo 2º, parte final, do Código de Ética; e o mesmo artigo 2º da Lei nº 8.906/94, através de seu § 2º, complementando, exterioriza que o advogado não só contribui, no processo judicial em que atue, na busca de decisão favorável ao seu constituinte, como também no convencimento do órgão julgador. E aí arremata atribuindo que “seus atos constituem múnus público”. Daí extrai-se que o ofício advocatício é diferencial aos demais (com o curial respeito votado aos mesmos) também por subsumir-se ao público e ao social (BASTOS, 1997, p. 246).

Em harmonia a tais preceitos altivos que norteiam a profissão, emerge do respectivo Código de Ética o óbice a qualquer procedimento de mercantilização por parte do advogado. Do mesmo modo, traz o referido Código, bem como o provimento 94/2000 a proibição à veiculação da publicidade advocatícia através de meios radiofônicos e televisivos, cujas justificativas já se deram em tópicos anteriores.

Irmanado com todas estas características iminentes ao advogado, de registrar-se que a palavra-chave que deve fazê-lo relacionar-se, e servir-lhe mesmo como guia, com seus clientes, com a sociedade em geral, com seus colegas de profissão e com os demais operadores do Direito, é a confiança. E confiança adquire-se e/ou conquista-se de forma natural, espontânea, pelos atributos honoríficos e de competência do advogado, e não de forma artificial, induzida, criada, forçada, tal qual poder-se-ia existir em publicidades comezinhas (FORNACIARI JÚNIOR, 2000, p. 90). Daí a previsão do artigo específico no Código de Ética profissional vedando-se procedimentos que impliquem em inculcação ou captação de clientela, de forma direta ou não.

Por conseguinte, infere dizer que tanto a mercantilização da profissão de advogado como a veiculação indevida da publicidade advocatícia através de meios radiofônicos e televisivos ferem a ética profissional, considerando que macula os preceitos estabelecidos pelo Código de Ética e Disciplina, Estatuto da Advocacia e Regulamento 94/2000.

O ponto seguinte abordará sobre as sanções aplicáveis ao profissional de direito que descumprirem as normas estabelecidas pelos órgãos reguladores. De não se olvidar que para o advogado, a infração ao Código de Ética e Disciplina, via de extensão, a inobservância ao regramento ético da publicidade, sujeita-o à sanção de censura, prevista no artigo 36, II, da Lei nº 8.906/94 – o Estatuto da Advocacia e da OAB.

3.4 A UTILIZAÇÃO DA TELEVISÃO E DO RÁDIO COMO VEÍCULOS DE PUBLICIDADE DA ADVOCACIA E AS SANÇÕES DECORRENTES

No Brasil, a regulação da publicidade na advocacia não se distancia da legislação alienígena. A Ordem dos Advogados do Brasil sustenta uma sólida normatização do tema e um amplo histórico de repressão aos causídicos que extrapolam os limites fixados.

Logo em seu artigo 1º, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil faz uma restrição quanto à publicidade na atividade. O artigo 1º, § 3º, expressamente proíbe a divulgação em conjunto com outra atividade. Gisela Gondin Ramos (2013, p. 35) afirma que essa determinação “[...] visa resguardar a dignidade da advocacia, impedindo que a mesma possa ser, de alguma forma, vulgarizada”.

Nesse sentido, o Estatuto da Advocacia pune, com sanção de censura, a publicidade imoderada. A regulamentação deste dispositivo se dá pelo Provimento 94/2000, do Conselho Federal da OAB, especificando as limitações da norma.

O motivo das restrições para publicidade de advogados se explica pelo fato de que a advocacia é a única profissão que tem status constitucional. Esta lá, no artigo 133 da Carta Magna: “O advogado é indispensável à administração da justiça”.

Sem dúvida nenhuma, a profissão de advogado é imprescindível para sociedade. Como se verifica da lição de Ives Gandra da Silva Martins (1983, p. 94): é o advogado, portanto, o mais relevante dos profissionais sociais, porque lhe cabe a função mais transcendente no organismo social, ou seja, a de defesa e interpretação da sua própria estrutura primeira, que é o sistema jurídico. É o advogado, portanto, a espinha dorsal de todos os profissionais dedicados às ciências sociais.

Prosseguindo quanto ao tema da sanção aplicada para punir os que infringem as normas do Estatuto da Advocacia, especialmente as reguladas pelo Provimento 94/2000, que

trata sobre a publicidade na advocacia, insta primeiramente caracterizar a censura, que é a pena disciplinar compreendida na repreensão oficial da conduta do infrator posta à análise e a julgamento. Portanto, constitui-se em manifestação oficial da entidade, reconhecendo e condenando, repreendendo, a natureza atentatória aos preceitos deontológicos da profissão da conduta posta. A sanção de censura não pode ser objeto de publicidade ou divulgação, no entanto esse sigilo não é absoluto, porque exclui os órgãos da OAB.

O parágrafo único do artigo 36 da lei estatutária dispõe que a pena de censura poderá ser convertida em mera advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do inscrito, desde que presente circunstância atenuante.

São circunstâncias atenuantes as previstas no artigo 40 do mesmo estatuto e serão analisadas oportunamente.

Nessa esteira, verifica-se que um dos tipos previstos no artigo 34, inciso IV, consiste na infração através da qual o advogado utiliza-se de qualquer meio para angariar ou captar clientes, com ou sem a intervenção de terceiro. Significa que o profissional não pode oferecer seus serviços como se fosse uma mercadoria. A publicidade deve ser exercida com certa moderação.

Observar-se-á, para o exercício moderado da publicidade o disposto no Código de Ética e Disciplina da OAB, especialmente no capítulo IV, intitulado "Da publicidade". Assim, não é admissível nenhuma forma de captação de clientela.

Na advocacia, a propaganda é permitida, desde que puramente informativa, tendo por objetivo levar ao conhecimento do público em geral, ou da clientela, em particular, dados e informações, objetivas e verdadeiras, acerca da atividade realizada pelo advogado ou sociedade de advogados. A propaganda ilegal não traz somente a punição disciplinar pela OAB (v. art. 33, 34 e segs, Lei nº 8.906/94, Estatuto da OAB), mas também a possibilidade de condenação criminal do profissional, visto que certas atitudes podem constituir crime contra ordem econômica e concorrência desleal, nos termos dos artigos 20, 21 e 23, da Lei nº 8.884/94, além de crime contra as relações de consumo, conforme art. 66, da Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor).

No entanto, a pior das punições para a propaganda ilegal, é o descrédito do profissional junto da própria clientela, ou do público consumidor, que vislumbra naquele profissional um mero corretor de interesse econômico próprio, tendo no lucro fácil, ou relativamente fácil, e não na prestação de um serviço seguro e responsável, a razão do exercício da advocacia.

3.5 JUSTIFICATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ÉTICA DA OAB PARA APLICAÇÃO DE SANÇÕES PELA PUBLICIDADE NA TELEVISÃO E NO RÁDIO

Os artigos 7º e 8º do Código de Ética e Disciplina da OAB estabelecem com transparência as regras para a expressão em rádio e televisão, bem como a conduta do profissional diante desses veículos. Basicamente a orientação do Código de Ética é para que o profissional do direito não se utilize dos meios radiofônicos e televisivos com intuito de autopromover-se e angariar clientela. A proibição em veicular a publicidade através desses meios não abrange a participação esporádica do profissional para esclarecimentos de cunho meramente cultural e educacional. O que é perfeitamente permitido.

Contudo, deve-se observar a índole do programa ao qual o profissional submeterá e vinculará sua imagem, pois, em que pese participar da mídia como uma fonte ou mesmo comentarista instrutivo ser fundamental para o marketing pessoal, o que precisa ser evitado são os excessos, principalmente em programas populares de rádio e televisão onde ser

uma peça fixa deste cenário acaba por tornar-se um fator que depõe contra o próprio profissional, pois pode levar a sérias consequências por parte da OAB.

Desse modo o entendimento dos Tribunais de Ética da OAB, tem sido punir os infratores do Código de Ética e Disciplina, do Estatuto da OAB, bem como do

Regulamento 94/2000, principalmente no que tange à desobservância do modo de exercer a publicidade na advocacia, conforme verifica-se em duas decisões

acostadas, ambas retiradas do Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Ética da OAB de São Paulo:

435ª sessão de 19.07.2001 - Publicidade em rádio. Vedação. Dever de atuação do presidente da subseção local. Aplicação do art. 48 do CED. Anúncios veiculados em rádio ferem o Código de Ética e o EAOAB e, principalmente, a dignidade da classe (CED, arts. 28, 31, § 2º, e 32 e EAOAB, arts. 36 a 43). O presidente de subseção tem o dever de atuação imediata para chamar atenção do responsável e instaurar procedimento administrativo (CED, art. 48). Fatos dessa natureza caracterizam captação de clientela e, quando verificados em território de subseção, devem ser imediatamente coibidos por esta, ante a clareza dos comandos normativos próprios. (Proc. E-2. 376/01 – v.u. em 19.07.2001 do parecer e ementa do Rel. Dr. Lafayette Pozzoli – Rev. Dr. Luiz Antônio Gambelli – Presidente Dr. Robison Baroni). *Grifo no original.

433ª Sessão de 17.05.2001 - Publicidade em rádio, televisão, carros de som, painéis ou placas. Vedação. Comete infração ética, por desrespeito aos arts. 5º 7º e 28 do CED, arts. 31, caput, e 34, inc. IV, do EAOAB, além do estatuído na Resolução 02/92 deste Sodalício e no Provimento 94/00 do Conselho Federal, toda e qualquer publicidade em rádio ou televisão, ainda que mediante pequenas inserções, em carros de som, estádios de futebol ou faixas colocadas em eventos variados, com a agravante, no caso da consulta, da vulgaridade dos meios utilizados. A placa identificadora do escritório de advocacia deve ser discreta no que tange ao conteúdo, forma e dimensões, sem referência a qualquer outra empresa ou atividade, de tal sorte que atenda à finalidade precípua de identificação do local, evitando a publicidade imoderada, procedimento de mercantilização, oferecimento de serviços profissionais, angariação ou captação de causas e clientes, preservando-se sempre o prestígio da classe e da advocacia. (Proc. E-2.356/01 – v.u. em 17.05.2001 do parecer e ementa do Rel. Dr. Clodoaldo Ribeiro Machado – Rev. Dr. Ernesto Lopes Ramos – Presidente Dr. Robison Baroni). *Grifo no original.

Nesse sentido, verifica-se que a punição ainda é a melhor hipótese para coibir o comportamento dos profissionais que insistem em ultrapassar os limites do regramento ético.

O assunto abordado a seguir diz respeito à proposta de modificação do Código de Ética, no sentido de permitir, ou não os veículos televisivo e radiofônico para a realização da publicidade na advocacia.

3.6 PROPOSTAS DE MODIFICAÇÃO DO CÓDIGO DE ÉTICA PERMITINDO AOS VEÍCULOS TELEVISIVO E RADIOFÔNICO: ACERTO OU TIRO PELA CULATRA?

Restou claro ao longo do desenvolvimento do presente trabalho que em nosso país é vedado ao advogado utilizar-se dos meios comuns de publicidade mercantil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos e alguns países europeus.

Em diferentes nações, é possível identificar uma tendência de liberação da publicidade na atividade advocatícia.

Numa matéria publicada no mês de julho deste ano no site jurídico Conjur, sobre as discussões acerca da modificação e liberação da publicidade na advocacia escrita por Newton Haidar Rezende, no trecho do texto subintitulado “o que o futuro nos reserva?”, acredita-se que a conveniência para que haja essa mudança, está na enorme evolução das

novas tecnologias e a nova forma de exercer a advocacia , no Brasil, e que esses fatores tornam necessária a adequação dos atuais regulamentos às novas questões e dúvidas.

Nessa esteira, o entendimento de muitos pensadores do direito, é que a publicidade, ao contrário do que muitos advogados pensam, deve e pode ser usada, permitindo que o advogado desenvolva mais livremente sua atividade profissional.

Ela, se de acordo com os parâmetros legais é sadia e estimula o crescimento socioeconômico.

Alguns juristas entendem ser absolutamente normal que os profissionais desejem dar ao conhecimento os serviços que prestam, já que as pessoas que não os conhecem não poderão considerá-los quando quiserem contratar serviço de um advogado.

Segundo a matéria supramencionada, por esses motivos foi discutida pelo plenário da OAB, no dia 14 de junho de 2015, a possibilidade de liberação da publicidade advocatícia no Brasil, bem como outras pretensões da classe de advogados. A proposta levada à pauta era que os escritórios só pudessem manter sites próprios e/ou redes sociais, e ainda assim, com bastante moderação com caráter meramente informativo, primando pela discrição e sobriedade. Todas as demais formas de divulgação ficariam proibidas. Por conseguinte a reunião foi adiada, o que foi considerado um lance de sorte para muitos que não compartilham desse entendimento e são contra esse posicionamento.

A principal vertente de discussão acerca deste assunto é que parte da classe de advogados defende a ideia de que é necessária uma revisão ao Código de Ética, porém, sem nunca perder de vista a dignidade e a seriedade da profissão, mas de forma a possibilitar cada vez mais a abertura da publicidade no campo da advocacia.

Quem defende a ideia da liberação da publicidade na advocacia acredita que está cada vez mais difícil ao advogado, que não se vale da publicidade ter considerável clientela. Claro que a publicidade por si só não tem valia. O profissional deve ser visto por seu empenho, pela execução de seu trabalho, pelo seu caráter, pela confiança que conquista entre clientes, sempre permeados pelas virtudes da serenidade e da ética.

Contudo, em que pese os diversos posicionamentos contrários, em 19 de outubro de 2015, o Novo Código de Ética e Disciplina da OAB foi aprovado pelo plenário da entidade.

A notícia retirada do site Jornal da Ordem, cuja matéria é datada de 20 de outubro de 2015, revela que o texto final do novo Código de Ética e Disciplina da OAB tem 80 artigos e será apresentado à advocacia, à imprensa e à sociedade em novembro, momento em que serão comemorados os 85 anos da OAB. O texto definitivo do novo Código, que regerá a advocacia a partir de 2016, foi aprovado pelo plenário da entidade, em sessão ordinária.

Entre as novidades introduzidas estão a aprovação da advocacia pro bono no Brasil, novas regras para a publicidade, especialmente na internet e telefonia, questões sobre honorários, advocacia pública, relações com clientes, sigilo profissional e os procedimentos dos julgamentos de infrações.

Ainda segundo o informativo do site Jornal da Ordem, no caso da publicidade, assim como nos demais meios permitidos, a apresentação do profissional em redes sociais deve ter caráter meramente informativo e primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.

Segue vedada, por exemplo, a publicidade em rádio, cinema e televisão, outdoors e painéis luminosos, muros, paredes, veículos e elevadores.

CONCLUSÃO

Após a construção do presente trabalho e ante todo o exposto acerca do tema abordado, foi possível extrair que impera no Brasil a ideia de que não se deve buscar o trabalho de um advogado como se procura um bem de consumo numa atividade comercial qualquer.

O teor do conteúdo em estudo reflete sobre o tema escolhido, cujo título é a publicidade realizada na advocacia, delimitada pelo assunto voltado à ética da publicidade feita na atividade advocatícia brasileira, suas limitações e abusos quanto aos veículos de publicidade televisivos e radiofônicos.

Consoante ao que foi desenvolvido durante este estudo, foi possível concluir que a advocacia se consubstancia em serviço de munus público e o advogado, no seu mister, exerce importante função social, cuja relevância lhe faz vedado utilizar-se de meios de publicidade mercantil ou estratégias marqueteiras comuns ao comércio em geral. Justamente por esse motivo a matéria é tratada no âmbito da ética jurídica, que trata subjetivamente do comportamento profissional do operador do direito.

No capítulo inaugural foi possível compreender que a ética está intimamente ligada às carreiras profissionais, sobretudo à carreira da advocacia que exige uma ligação interpessoal entre cliente e advogado. Foi discutido, ainda, neste capítulo sobre a não mercantilização da profissão, prática comum atualmente utilizada pelos profissionais com fito de angariar clientes. A proibição da mercantilização da advocacia remonta há tempos em que o profissional do direito não era visto como um produto e, sim, como uma pessoa disposta a auxiliar, representando o cliente perante a justiça, que ganharia força dentre os demais profissionais em consequência de sua brilhante atuação.

Após o capítulo introdutório, vieram as discussões colocadas em pauta no segundo capítulo, que tratou especificamente sobre a publicidade na advocacia.

Neste capítulo o Código de Ética e Disciplina da OAB, o Estatuto da OAB, bem como o Provimento 94/2000 foram destrinchados em prol de um melhor entendimento do conteúdo abordado. Ainda foi abordado acerca das sanções aplicadas ao profissional cujo comportamento extrapole o permitido pela legislação, bem como o tipo de propaganda permitida e proibida e os veículos ilícitos para exercer a publicidade na advocacia.

Por derradeiro, veio o terceiro capítulo que fechou esse estudo de modo peculiar, pois em face da discussão até então abordada o tema toma sua forma mais específica e adentra na esfera dos veículos de informação cuja utilização para realizar a publicidade na advocacia são definitivamente proibidos, quais sejam, rádio e televisão. Durante este capítulo, além da definição e diferenciação do que vem a ser os termos publicidade e propaganda, ainda traz à baila um assunto cuja repercussão foi polêmica há alguns meses: a reforma do Código de Ética e Disciplina da OAB. Contudo, no decorrer deste estudo, segundo o último título do capítulo, a reforma do Código já foi aprovada, e em que pese ainda não ter sido publicado oficialmente na íntegra, já se tem uma prévia do que mudou e do que permaneceu como antes.

Por oportuno convém ressaltar, que em relação à publicidade, pouca coisa mudou, e ao contrário dos anseios de muitos profissionais a proibição da publicidade por meio de rádio e televisão continua a vigor.

Desse modo, é cediço que ainda há uma tendência atual de abrandamento da proibição da publicidade dos advogados e sociedades de advogados, porém não foi desta feita.

Ainda assim, em que pese as proibições acerca da publicidade realizada na advocacia, acredita-se que a publicidade seja uma maneira para que o advogado desenvolva mais livremente sua atividade profissional, e mais que isso, autoriza que a sociedade desfrute de informação adequada para o exercício da cidadania, desde que, contudo, sejam respeitados os princípios legais e deontológicos da profissão.

Contudo, algumas formas de publicidade ou estratégias de marketing esposadas neste trabalho, além de caracterizar conotação mercantil e captação de clientela, sintetiza uma forma de concorrência desleal, na medida em que somente os grandes escritórios poderão suportar as respectivas despesas, conforme foi levantado em tópicos anteriores quando esteve em pauta a proibição dos meios radiofônicos e televisivos para a divulgação da advocacia. Além do mais, os meios de regulação ou controle pelo órgão de classe seriam extremamente dificultosos, sobretudo em face do grande número de inscritos em todo País.

Este trabalho teve como objetivo geral analisar a publicidade na atividade advocatícia pelo viés da ética, pesquisando os diplomas legislativos que norteiam a publicidade advocatícia e investigando quais são os veículos em que a publicidade advocatícia é vedada e como objetivos específicos perquirir a(s) razão(ões) de porque os meios televisivos e radiofônicos são vedados na publicidade; estudar a razão pela qual tais meios (televisivo e radiofônico) consideram-se mercantilistas e estabelecer a relação entre a ética na publicidade advocatícia e a proibição da mercantilização da profissão.

O método de abordagem foi o hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa foi bibliográfica de normas, doutrinária e jurisprudencial.

Conforme dito alhures, a escolha do tema foi estratégica por se tratar de um assunto polêmico e que envolve várias vertentes e correntes de pensamento. Além disso, é um assunto em voga que encontra-se em discussão nos plenários da OAB, o que aguça a curiosidade e acende a vontade de pesquisar e conhecer sobre este conteúdo de opiniões bastante miscigenadas.

De todo modo, a conclusão alcançada é no sentido de salientar que o cliente é quem deve procurar o advogado, não na razão direta da propaganda por este feita, mas pelo prestígio de profissional honesto, culto e dedicado, independente, que não teme os poderosos, nem os corteja, que não transige com os direitos cuja defesa lhe foi confiada e que só a lei e a moral lhe norteiam os atos.

Dito isto, imperioso ressaltar que a melhor divulgação que o advogado pode fazer de sua atuação profissional, a fim de conquistar ou manter clientes, está na realização do seu trabalho, contínuo e dedicado, na repercussão que suas demandas têm, não em estratégias marqueteiras, mas, em primeiro lugar, no íntimo de seu próprio cliente, que se sentirá satisfeito e não titubeará em indicar o seu advogado para seu amigo, parente ou voltar ele próprio a procurá-lo quando nova questão jurídica o atormentar. Essa é a única forma de propaganda capaz de valorizar o advogado.

Enquanto a propaganda é algo periódico, o serviço bem executado não o é. O profissional que se vale da publicidade para captar clientela quase sempre necessitará recorrer às mídias para ser lembrado, enquanto a satisfação do cliente com o excelente trabalho do profissional passará a ser uma informação mais valiosa do que uma simples propaganda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Notas introdutórias à ética jurídica. LTr, 2007.
02. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4º volume, tomo IV. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
03. BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1995.

04. BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
05. BIZZATO, José Ildelfonso. Deontologia jurídica e ética profissional. 2ª ed. São Paulo: Editora de Direito. 2000.
06. BLUM, Renato M. S. e DAOUN, Alexandre Jean. Opice. O advogado: Relevância social, política e jurídica. In: A importância do Advogado para o Direito, a Justiça e a Sociedade. Mário Antônio Lobato de Paiva. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 490.
07. BOMFIM, Benedito Calheiros. A função social da advocacia. Disponível em: <www.neofito.com.br>. Acesso em: 04 out. 2014.
08. BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. A advocacia como atividade e o papel do advogado como negociador. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11207&revista_caderno=13 .Acesso em: 04 out. 2014.
09. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor.
10. _____. Código de Processo Civil: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2008.
11. _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
12. _____. Código de Ética e Disciplina da OAB, VADE MECUM, Editora Saraiva, 19ª edição, 2015, São Paulo.
13. _____. Conselho Federal da OAB, 2ª Câmara, Ementa nº 144/2009/SCA, Recurso nº 0711/2006/ SCA, Rel. Cons. Fed. Zacharias Toron, DJ de 21.9.2009, p. 143.
14. _____. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil: Lei 8.906 /94, VADE MECUM, Editora Saraiva, 19ª edição, 2015, São Paulo.
15. CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios. 3ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1997.
16. CARDELLA, Haroldo Paranhos. Manual de ética profissional do advogado. Campinas, SP: Millennium Editora, 2005.
17. _____. Ética Profissional da Advocacia. São Paulo: Saraiva, 2006.
18. CARNEIRO, Alexandre Dias. Paralelo entre a revolução mercantil x revolução industrial. In: Revista Jus Navigandi. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38369/paralelo-entre-a-revolucao-mercantil-x-revolucao-industrial>>. Acesso em: 30 mai. 2015.
19. CAVAZZANI, Ricardo Duarte. Responsabilidade civil do advogado. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1953, 5 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11927>>. Acesso em: 03 maio 2015.

20. CFOAB, Informativo. 20 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.jornaldaordem.com.br/noticia-ler/novo-codigo-etica-e-disciplina-oab-aprovado-pelo-plenario-enti-da-de/38489>. Acesso em: 24 out 2015.
21. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 220.
22. COUTURE, Eduardo. Os mandamentos do advogado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1979.
23. CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. A Publicidade do Advogado na Internet. In: Publicidade do Advogado na Internet à Luz das Normas e da Jurisprudência dos Tribunais de Ética. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/de_fault/files/anexos/4499-4492-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2015.
24. DELGADO, José Augusto. O Advogado e a Democracia para o século XXI. In: A importância do Advogado para o Direito, a Justiça e a Sociedade. Mário Antônio Lobato de Paiva. Rio de Janeiro: Forense. 2000. P. 216.
25. ELIAS, Paulo Sá. A ética do advogado na publicidade eletrônica via Internet. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5505>. Acesso em: 03 mai 2015.
26. EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ÉTICA – OAB/SP. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/principal.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3603&revistacaderno=18. Acesso em: 24 out 2015.
27. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB - Lei 8.906/94, VADE MECUM, Editora Saraiva, 13ª edição, 2012, São Paulo.
28. FALCON, Francisco J. C. Mercantilismo e Transição. Coleção Tudo é História. São Paulo. Editora brasiliense, 1985.
29. FERNANDES NETO, Guilherme. Direito da Comunicação Social. São Paulo: RT, 2004.
30. FERREIRA, Antônio Oneildo. Munus público da advocacia é respeito ao cidadão e interesse da sociedade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-18/antonio-ferreira-munus-publico-advocacia-respeito-cidadao>>. Acesso em: 05 out. 2014.
31. FORNACIARI JÚNIOR, Clito. A publicidade na advocacia. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 780, p. 86-99, out. 2000.
32. FRANCESCHINI, José I. G. Disciplina jurídica do abuso do poder econômico. Disponível em <http://www.fm-advogados.com.br/images/fm_artigos/55.pdf> Acesso em: 24 mar. 201.
33. GARCÍA RUESCAS, Francisco: Historia de la Publicidad y del Arte Comercial en España (Desde tiempos remotos al final del siglo XX). Ed. Arús, Barcelona, 2000.
34. GOMES, Neusa Demartini; CORRADI, Analaura; CURY, Luiz Fernando. A dialética conceitual da Publicidade e da Propaganda. São Paulo. 1998.

35. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil – volume I. 1ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 2009.
36. INTERNET - PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO OU ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA EM SITE - MODERAÇÃO E DISCRICÃO – CUIDADOS. Não existe proibição para que advogados ou escritórios de advocacia mantenham home page na Internet, onde valem as regras para publicações em jornais e revistas. São vedadas informações de serviços jurídicos suscetíveis de implicar, direta ou indiretamente, captação de causa ou de clientes. Os parâmetros para a publicidade na Internet estão estabelecidos na Resolução 02/92 deste Sodalício, Provimento 94/2000 do Conselho Federal e arts. 28 a 31 do CED. Remessa do material encartado na consulta às Turmas Disciplinares, por caracterizar fato concreto, inclusive o noticiado movimento para alteração da Lei 8.906/94, no sentido de flexibilização da rigidez das regras éticas. Proc. E-2.236/00 - v.u. em 19/10/00 do parecer e ementa do Rel. Dr. LUIZ CARLOS BRANCO - Rev. Dr. JOÃO TEIXEIRA GRANDE - Presidente Dr. ROBISON BARONI.
37. KOTLER, Philip. Administração de Marketing. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1995.
38. _____, Philip. Trad. H. De Barros. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1996.
39. LÔBO, Paulo Luiz Neto. Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB, Brasília, DF, Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1994.
40. _____. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
41. _____. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
42. _____. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
43. _____. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
44. _____. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
45. LOPES, Edgard de Oliveira. Aspectos da responsabilidade civil do advogado-página 2/2. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56,1abr. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2874>>. Acesso em: 10 out. 2014.
46. MAIA, Roberto Serra da Silva. os limites da publicidade na advocacia. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3149, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21082>>. Acesso em: 03 mar. 2015.
47. MAMEDE, Gladston. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
48. _____. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. 2ª ed. rev. e atual.de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003.
49. MANZINI, Vincenzo. Trattato di diritto processuale penale. Torino: Utet, 1968. Vol.2.
50. MARCONDES, Sylvio. Questões de direito mercantil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 11.

51. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
52. MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função social do advogado. In: Revista do Advogado. V. 4, n. 14, p. 94-99, jul-set, 1983.
53. MÁYNEZ, Eduardo Garcia. El derecho natural em la época de Sócrates. México: Jus, 1939.
54. NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
55. _____. Filosofia e ética jurídica. São Paulo: Editora RT, 2008.
56. _____. Ética geral e profissional. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
57. _____. Ética Geral e Profissional - A Ética do Advogado, 10. ed. São Paulo, RT, 2013.
58. NEGRO, Fabiana Campos. Exame da OAB – Todas as Disciplinas.
59. NETO, Pedro Benedito Maciel. Visão da OAB sobre serviços jurídicos deve ser revista. Conjur, ano 09 de Janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/013-jan-09/pedro-benedito-visao-oab-servicos-juridicos-revista>>. Acesso em: 04 maio 2015.
60. OLIVEIRA, Rosalina Leal de. A inviolabilidade e o sigilo profissional do advogado. In: JurisWay. Disponível em: <<file:///G:/A%20INVIOLABILIDADE%20E%20O%20SIGILO%20PROFISSIONAL%20DO%20ADVOGADO%20-%20Rosalina%20Leal%20De%20Oliveira%20-%20JurisWay.html>>. Acesso em: 04 mai 2015.
61. PASOLD, César Luiz. O advogado e a advocacia. 3ª ed. rev., atual e ampliada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001.
62. PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
63. PELLIZZARO, Reinaldo Assis. Novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil comentado. 2ª ed. Londrina: Editora Cotação da Construção, 1997.
64. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. SALLES, Tatiana. Honorários Advocatícios. Evolução Histórica, Atualidades e Perspectivas no Projeto do Novo CPC. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/honorarios_advocaticioshis_toricoatualidades_e_novo_cpc_v261011.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2015.
65. PORTO, Éderson Garin. A função social do advogado - página 2/3. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1879, 23 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11634>>. Acesso em: 5 out. 2014.
66. RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. 3ª ed. Florianópolis: OAB/SC, 2001.
67. _____. Estatuto da Advocacia. 4ª Edição. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003.
68. _____. Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. 6ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

69. REZENDE, Newton Haidar. Advocacia tem oportunidade única de aparecer para a sociedade. In: *Conjur Consultor Jurídico*. 30 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-30/newton-haidar-advocacia-chance-aparecersociedade> . Acesso em: 24 out 2015.
70. ROCHA, Miguel Arcanjo Costa da. O papel do advogado na sociedade atual. Disponível em: <http://www.pucrs.br/provas/red031b6/2012.htm>>. Acesso em: 20 set 2014.
71. SANTIN, Silvino. A ética e as profissões - uma reflexão filosofante. Disponível em: http://labomidia.ufsc.br/Santin/Filosofia/6.A_ETICA_E_AS_PROFISSOES-Uma_reflexao_filosofante.pdf> Acesso em: 22 fev 2015.
72. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
73. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 98.
74. SILVA, Rodrigo Brum; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. A advocacia e a propaganda pelo advogado. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2962, 11 ago. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19757>>. Acesso em: 3 maio 2015.
75. SODRÉ, Ruy de Azevedo. *Enciclopédia Saraiva do Direito – coordenação do Prof.R. Limongi França*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 5. p. 53.
76. _____. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. 4 ed. São Paulo: LTr, 1991.
77. _____. *O advogado, seu estatuto e a ética profissional*. 2ª ed. São Paulo: Ed.RT, 1967.
78. VASCONCELOS, Fernando Antônio de. A responsabilidade do advogado à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 30. RT. 1999. pp. 89-96.
79. VÁZQUES, Adolfo Sánchez. *Ética*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
80. WALD, Arnaldo. Advogados consolidam papel de negociador em meio à crise. In: *Espaço Jurídico Bovespa*. Disponível em: <http://www.original123.com.br/assessoria/2009/advogados-consolidam-papel-de-negociador-em-meio-crise/>>. Acesso em: 19 set. 2014.
81. WIKIPÉDIA, *Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil*. 2014. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Estatuto_da_Advocacia_e_da_Ordem_dos_Advogados_do_Brasil>. Acesso em: 02 mai 2015.

ABORTO EUGÊNICO

Maxweila Menezes Viana
Milena Aparecida Lima

RESUMO - Este trabalho versa sobre o Aborto Eugênico, o qual teve como objetivo verificar a possibilidade de sua proibição ou liberação sempre que o feto não possuir nenhuma chance de vida extra-uterina plena. No primeiro capítulo intitulado Aborto, estabelece um histórico da previsão legal deste instituto através dos tempos na legislação brasileira desde as Ordenações Filipinas até os dias atuais. Em seguida, o termo aborto é definido como a interrupção da gravidez, classificando-o segundo doutrina brasileira. O segundo capítulo tratou do Aborto Eugênico, momento conceituado segundo doutrina brasileira o fator “eugenia” no crime de aborto, sendo que, para tal episódio será considerado e, também, relacionado esse conceito aos princípios constitucionais de direito à vida e dignidade. No terceiro e último capítulo intitulado de questões controversas sobre o aborto, enfatizou-se a visão religiosa e social que se colocam contra a prática do aborto em qualquer caso e sua influência cultural e legislativa. E por fim, verifica-se que não há previsão expressa de aborto eugênico na legislação brasileira, contudo a jurisprudência tem emitido alvarás para que isso ocorra o que tem posicionado os juízes nos dois polos: favoráveis e contrários.

Palavras-chaves: aborto, eugenia, Direito Penal.

ABSTRACT - This work deals with the Eugenic Abortion, which aimed to verify the possibility of banning their release or when the fetus does not contain a full extrauterine chance of life. In the first chapter entitled Abortion established a history of legal provision of this institute through the ages in the Brazilian legislation since the Philippine Ordinations to the present day. Then define the term abortion as the termination of pregnancy, ranking the second Brazilian doctrine. The second chapter dealt with the Eugenic Abortion, conceptualized moment according to Brazilian doctrine the "eugenics" factor in the crime of abortion, and, for that episode will be considered only those where the fetus is not capable of living outside the womb. It was also related this concept to the constitutional principles of the right to life and dignity. In the third and final chapter titled Controversial issues on abortion, he emphasized the religious and social vision that stood against abortion in any case and its cultural and legislative influence. Finally, it appears that there is no express provision of eugenic abortion in the Brazilian legislation, but case law has issued permits for this to occur it has placed judges in the two poles: for and against.

Keywords: abortion, eugenics, Tort law.

INTRODUÇÃO - A vida humana é um dos assuntos defendidos pelo direito que está no ápice de todos os demais. Uma vez que é tutelada desde seu surgimento até a sua extinção, ou seja, desde a concepção até o momento da morte, sendo que até mesmo os seus titulares não podem disponibilizar ou abrir mão de sua titularidade.

A verdade é que, cada vez mais está se ampliando as indicações do aborto para evitar o nascimento de crianças com alguma “deficiência”, deve-se colocar em questão a valorização do indivíduo, colocando sempre o bem-estar do ser humano em favor da vida.

Mediante análise, vemos que a condição necessária de toda e qualquer atividade humana. Seu início é verificado desde o momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dando origem ao zigoto, possuidor de uma nova e única identidade biológica, assim o novo ser dá início ao desenvolvimento de todas as estruturas auxiliares, saco amniótico, placenta e cordão umbilical.

Desta forma, este trabalho visa a pesquisar como a visão legal e jurisprudencial da prática quando o feto não possui uma possibilidade de vida extrauterina plena. Essa pesquisa buscou através dos seus objetivos específicos analisar a evolução histórica do crime de aborto na legislação brasileira, definindo e classificando segundo a doutrina brasileira. Ainda, busca conceituar aborto eugênico e assuntos correlatos, bem como ressaltar aspectos médicos sobre a inviabilidade fetal. Analisar questões controversas sobre o aborto segundo aspectos sociais e religiosos, como também visão deste tema frente à legislação pátria e jurisprudencial.

Metodologicamente, nessa pesquisa foi utilizado o método dedutivo e tecnicamente a pesquisa bibliográfica como estudo e análise de livros, revistas, legislação e jurisprudência.

No primeiro capítulo intitulado Aborto, busca-se estabelecer um histórico da previsão legal deste instituto através dos tempos na legislação brasileira. Em seguida, define-se o termo aborto e classifica-o segundo doutrina brasileira.

O segundo capítulo trata do Aborto Eugênico, momento em que é novamente conceituado segundo doutrina brasileira o fator “eugenia” no crime de aborto. Foi, também, relacionado esse conceito aos princípios de direito a vida e dignidade. Finalizando o capítulo, busca-se evidenciar opiniões sobre aspectos médicos sobre a inviabilidade fetal.

No terceiro e último capítulo intitulado de Questões controversas sobre o aborto, buscou-se enfatizar a visão religiosa e social a respeito da prática do aborto.

E por fim, faz-se um apanhado sobre a visão da legislação e da jurisprudência sobre o tema aborto eugênico.

1 ABORTO NO BRASIL E SUA LEGALIDADE

1.1 HISTÓRICO DO ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Os povos primitivos não possuem grandes registros sobre o tema aborto, sendo que sua existência varia de acordo com os costumes de cada unidade social.

Mas há relatos de que em algumas comunidades a prática do aborto era dotada de muita crueldade, como no caso das Ilhas de Formosas onde uma mulher que engravidasse antes dos 36 anos tinha seu ventre pisoteado pelas sacerdotisas. O aborto também era praticado pelos índios brasileiros em mulheres que engravidassem por homens estranhos a tribo.

A consciência da legalidade e da ilicitude sobre o aborto varia de acordo com a cultura e com o tempo em que é praticado, sendo que sua prática é tratada de forma variada na legislação punitiva através do tempo.

O aborto na época do Brasil Colônia era permeado de valores sociais e morais oriundos de uma sociedade conservadora e ainda de costumes europeus, uma vez que não havia legislações genuinamente brasileiras que regessem o território tupiniquim: em relação ao período anterior a 1808, não há um registro sistemático, no Brasil, dos atos normativos que regiam a vida na Colônia, uma vez que os registros oficiais encontravam-se

em Portugal, aplicando-se ao Brasil as normas jurídicas gerais portuguesas e as específicas de administração da Colônia. Como Colônia portuguesa, o Brasil estava submetido às Ordenações do Reino, que eram as compilações de todas as leis vigentes em Portugal, mandadas fazer por alguns de seus monarcas e que passavam a constituir a base do direito vigente. São verdadeiras consolidações gerais, que servirão de molde para as codificações futuras (Código Civil, Comercial, Penal, Processual etc). (MARTINS FILHO, 1999, s/p).

O Código Criminal de 1830 não penalizava esse crime quando praticado pela própria grávida. Todavia, havia um tipo penal que não o permitia quando era praticado sem o consentimento da gestante ou por alguma outra pessoa. Era uma espécie de criminalização do aborto consentido, mas á uma certa liberalidade no auto aborto. Assim, um terceiro que age para que ocorra o resultado estaria sujeito á penalidade, mesmo aqueles que forneciam material ou instrumentos para isso, mas nunca a gestante. Quando era praticado por médico, cirurgião ou similar, sua pena era agravada.

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco anos.

Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dois a seis anos.

Se este crime for cometido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de tais artes.

Penas- agravadas. (BRASIL, 1830).

Capez (2004, p. 109) leciona que é no Código Criminal do Império de 1830 que o aborto aparece pela primeira vez no Brasil como crime, sendo que a gestante não era penalizada pela ação nela própria, sendo punível somente terceiros que realizassem a ação.

O Código Penal brasileiro da época do Império (1830) previa a criminalização apenas do aborto praticado por terceiro e não do auto-aborto.

O aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante era punido, mas não a prática pela própria gestante. Isso dá um indicativo de uma propensão à proteção do bem jurídico vida, sem desprezo completo da proposição de defesa dos interesses da própria gestante (GONÇALVES E CARVALHO, 2013, p. 2796).

Com a normativa penal de 1890, verifica-se que o Legislador preocupa-se com esse tema, fazendo um ressaltado quando o resultado do aborto levava a grávida a morte. Nesse Código, o auto aborto era punido, porém se fosse para ocultar desonra, havia uma atenuante. O crime de aborto era regido pela norma de 1890 no capítulo IV sob o título “Do Aborto”, nos artigos 300 à 302 e respectivos parágrafos.

O artigo 300 visava a proteger a vida havendo ou não a expulsão do fruto da concepção, tendo no primeiro caso uma pena de prisão “celular” por dois a seis anos, e no segundo caso de seis meses a um ano.

Havendo morte da mulher, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, o parágrafo primeiro deste artigo institui pena seis a vinte e quatro anos. Enquanto, que o parágrafo segundo institui que se o aborto for provocado por médico ou parteira legalmente habilitada para o exercício as mesmas penas anteriores mais a privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação.

O artigo 301 do Código Penal de 1890 estabeleceu que:

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena ? de prissão cellular por um a cinco annos.

Parágrafo único. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for cometido para occultar a deshonra propria. (BRASIL, 1980).

O artigo 302, afirma que se o profissional poderá praticar aborto denominado pela própria lei de legal ou necessário com fulcro de salvar a gestante de morte inevitável. Porém, se vier ocasionar a morte por imperícia ou negligência teria uma penalização de prisão celular por dois meses a dois anos e a privação da profissão por igual tempo da condenação.

E por fim, o atual Código Penal de 1940 tipifica três espécies de figuras de aborto em seus artigos 124, 125, 126 e 127, e o artigo 128 que estabelece exceções, referindo a casos em que não há punição. Capez (2004, p. 109) enfatiza também que no Código Penal de 1940 é encontrado o aborto provocado (aquele que a gestante comete – art. 24), o aborto sofrido (realizado por terceiro sem o consentimento da gestante, art. 125), e o aborto consentido (com o consentimento da gestante, realizado por terceiro, art. 126).

O Código Penal de 1940 instituído pelo Decreto Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940 alterado pela Lei nº 9.777 em 26/12/98.

No artigo 124, fica estabelecido o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, ou seja, a gestante é o sujeito ativo deste tipo penal.

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe o provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

O Aborto pode também ser provocado por terceiros sem o consentimento da gestante, assim, a norma que incide é a do artigo 125:

Art. 125. - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

O artigo 126 aponta para o aborto consentido, ou seja, quando a gestante consente que alguém lhe provoque o aborto:

Art. 126. - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

No seu parágrafo único, verifica-se a aplicação da pena de 1 a 4 anos será aplicada se a gestante não estiver entre as hipóteses relacionadas:

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

No artigo 127 encontra-se a forma qualificada do crime de aborto:

Art. 127. - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Como expõem Gonçalves e Carvalho (2013, p. 2797): em matéria de aborto, a tendência legislativa brasileira é conservadora, o que pode vir a representar uma revisão dos dois permissivos legais do Código Penal, inclusive de forma a revogá-los ou torná-los ainda mais restritivos. Na última década, houve tentativas frustradas de emendas constitucionais para revogar os excludentes de penalidade do aborto ao sustentar o pressuposto moral do direito à vida do feto desde a fecundação (GONÇALVES E CARVALHO, 2013, p. 2797).

A evolução histórica denota uma transformação que variam em conformidade com as anotações contextuais, isto é, de acordo com os valores das pessoas, com a moral, os costumes e nisso há grande influência da religião, enquanto instrumento de controle social.

1.2 CONCEITO

A palavra aborto é originária do latim “ab”, que quer dizer privação, e “ortus”, nascimento. E que designa a ação de interromper o processo de desenvolvimento embrionário durante a gestação.

Nessa esfera Capez leciona que: considera-se aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.

A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto. (CAPEZ, 2009, p. 109).

Damásio de Jesus enfatiza em sua doutrina o conceito de aborto como sendo: “Aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)” (2007, p. 115).

Balbinot (2003, p. 94) define como aborto: o vocábulo aborto, tanto na perspectiva médica como na visão jurídica, significa a interrupção do processo de gestação, produzida por meios naturais ou artificiais e somente apresentará diversidade conforme a maneira de se considerar a matéria. (BALBINOT, 2003, p. 94).

Mirabete, também explana que: aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. Não deixara de haver no caso o aborto. (2006, p. 62).

Prado apud Carvalho e Gonçalves (2013, p. 2792) defende como definição do termo aborto: entende-se por aborto (de abortus: privação do nascimento) a interrupção voluntária da gravidez, com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O delito pressupõe gravidez em curso, sendo que a morte do feto deve ser consequência direta das manobras abortivas realizadas ou da própria imaturidade do feto para sobreviver, quando sua expulsão for praticada prematuramente por aquelas manobras. O estágio da evolução do ser humano em formação não importa para a caracterização do delito de aborto. (PRADO apud CARVALHO E GONÇALVEZ, 2013, p. 2792).

Nesse sentido, pode-se afirmar com clareza que o aborto é uma forma de interrupção a vida, mesmo que uterina e disso decorrem inúmeras consequências sociais, morais e jurídicas.

1.3 CLASSIFICAÇÃO DO ABORTO

As classificações geralmente ocorrem para um melhor entendimento no momento de estudo das regras jurídicas vigentes. Doutrinariamente existem inúmeras classificações sobre o aborto:

I) Quanto à forma:

Damásio de Jesus (2001, p. 115) diz que “o aborto pode ser natural, acidental, criminoso e legal ou permitido”.

a) Aborto Natural – é aquele em que não se tem intenção de provocar o resultado em si e geralmente ocorre de forma natural, onde o corpo expelle o embrião ou feto. “O

aborto natural não é crime e ocorre quando há uma interrupção espontânea da gravidez. ” (MORAIS, 2008, p. 50).

Costa descreve em seu estudo como sendo: o aborto espontâneo ou natural ocorre quando há a interrupção espontânea da gravidez, portanto não consiste em crime.

Ele é determinado por causas intrínsecas, tais como: maternas (defeitos uterinos, moléstias, problemas psicológicos, etc.), paternais e fetais (má-formação do feto). (2011, p. 26).

b) Aborto Acidental - segue a mesma linha de raciocínio que o natural, sendo, porém, as causas destes fatos externos, como acidente de trânsito, quedas entre outros. Nas palavras de Moraes (2008, p.58) “o acidental, também não é crime, e pode ter a origem várias causas, como traumatismos, quedas etc.”

c) Aborto Criminoso – esta situação é aquela explicitada no Código Penal como conduta típica que necessita de punição. Há nesse caso a intenção de eliminar o feto ou embrião sendo que a mãe consente com a ação.

d) Aborto Legal ou Permitido – é a situação prevista no artigo 127 Código Penal.

Moraes enfatiza que o aborto legal ou permitido se subdivide em:

a) terapêutico ou necessário: utilizado para salvar a vida da gestante ou impedir riscos iminentes à sua saúde em razão de gravidez anormal;

b) eugenésico ou eugênico: é o feito para interromper a gravidez em caso de vida extra-uterina inviável (MORAES, 2008, p. 51)

II- Quanto ao elemento subjetivo: Diniz (2001) ainda apresenta sua classificação quanto ao elemento subjetivo da ação que podem ser: sofrido, consentido, e procurado.

a) Aborto Sofrido – é quando a gestante não consente com a ação que provoca o aborto.

b) Aborto Consentido – é quando a gestante concorda que seja realizada a ação que resultará na expulsão do feto ou embrião.

c) Aborto Procurado – quando a gestante é o principal agente da conduta, ou seja, quando realizada atividades que são contrárias à sua condição gestacional.

III) Quanto à finalidade há a classificação em terapêutico, sentimental, econômico, estético, honoris causa e eugênico.

a) Aborto Terapêutico – é aquele que evidencia-se pela tentativa de salvar a vida da gestante, por haver riscos de vida da mesma. Esse é “empregado para salvar a vida da gestante ou para afastá-la de mal sério e iminente, em decorrência de gravidez anormal” (JESUS, 2001, p. 115).

b) Aborto Sentimental – acontece quando a gravidez é resultado do estupro, havendo o consentimento da gestante ou representante legal, uma vez comprovada a violência sexual independente de autorização legal.

c) Aborto Econômico – é aquele realizado com o fundamento de impedir a penúria ou miséria da gestante, uma vez que os mesmos não obtêm recursos necessários e suficientes para a criação e desenvolvimento dos filhos. “O aborto miserável ou econômico social praticado por motivos de dificuldades financeiras, prole numerosa.” (MORAES, 2008, p. 50).

d) Aborto Estético – é denominado assim, considerando a sua prática uma forma de a gestante impedir o desenvolvimento intrauterino no intuito de preservar seu corpo com fins estéticos.

e) Aborto Honoris Causa – é aquele que a gestante por motivos morais e sociais provoca para esconder e evitar retaliações, na busca de preservação da honra e da reputação social. “O aborto honoris causa é feito para salvaguardar a honra no caso de uma gravidez adulterina ou outros motivos morais” (MORAES, 2008, p. 50).

f) Aborto Eugênico – nesse caso (e objeto desse estudo) é aquele em que a sua prática decorre em situações em que houver provas suficientes de que a criança nascerá com doenças congênitas.

IV) Quanto à legalidade pode ser legal ou criminoso:

a) Aborto Legal – é aquele em que sua prática está autorizada pela lei. Sendo sua previsão estabelecida pelo Código Penal em seus artigos.

b) Aborto Criminoso – é aquele que contraria a permissividade da lei. A intenção nesse tipo classificatório se dá consciente de que está se realizando um ato antijurídico.

Damásio de Jesus esclarece que entre nós, o CP só permite duas formas de aborto legal: o denominado aborto necessário ou terapêutico, caso em que o fato, quando praticado por médico, não é punido, desde que não haja outro meio de salvar a vida da gestante. O segundo caso de aborto permitido, hipótese em que a gravidez resulta de estupro. É chamado aborto sentimento ou humanitário (JESUS, 2001, p. 115-116).

A classificação dos tipos de abortos depende da direção que cada teórico dá a sua pesquisa e sua visão jurídica. O que cabe aqui é afirmar que ela serve de ponto de partida para a análise posterior de questões práticas.

1.4 ELEMENTOS DO TIPO PENAL ABORTO

O aborto dentro de circunstâncias de ilegalidade pretende defender o bem mais precioso do ordenamento jurídico brasileiro: a vida humana, mesmo que seja em formação.

Damásio de Jesus explana que: “o objeto tutelado é a vida do feto. Não se cuida de vida independente, mas o produto da concepção vive, o que é suficiente para ser protegido” (2001, p. 116). O aborto quando provocado por pessoa diversa a grávida e sem o seu consentimento, pretende tutelar além da vida intrauterina, a da gestante.

Nucci (2014, p. 520) define que: aborto é a cessação da gravidez, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião (de ab ortus, ou seja, parto sem nascimento, cuida-se de palavra latina, que expressa a ação e o efeito da interrupção do processo reprodutivo da espécie, vale dizer, da gestação, antes do término normal, com consequências eliminatórias. (NUCCI, 2014, p. 520)

Segundou a doutrina de Damásio de Jesus (2001, p. 118) verifica que os sujeitos variam de acordo com as circunstâncias em que ocorrem o fato delituoso.

Verifica-se nessa possibilidade como sujeito ativo a pessoa que pratica o ato que está escrito na legislação penal. Quando há consentimento da gestante a mulher é sujeito ativo da conduta, bem como os demais que auxiliarem na execução.

Um fato importante a se destacar, é que se a mulher não consentir com a ação que resultará no fato criminoso, ela passa a ser sujeito passivo da situação. É de suma importância trazer à memória que o sujeito passivo desta ação não é o produto. O tipo objetivo da prática delituosa denominada aborto tem como núcleo o verbo provocar.

É de salutar importância destacar que o crime de aborto é punível apenas quando houver dolo, ou seja, quando tiver vontade de produzir o resultado, seja ele direto – praticam-se ações visando a tal resultado, ou eventual, quando se aceita o risco de provocar esse resultado.

O Código Penal Brasileiro traz em seu corpo limitações às ações relativas a prática do aborto em território brasileiro. O Aborto pode ser provocado pela gestante ou com seu consentimento, nesse caso, pauta-se no artigo 124, do CP.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.

Figueiredo (2013, p. 263) comenta esse artigo dizendo que “consiste o crime em a gestante provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem o provoque. Trata-se de crime de mão própria.”

Do primeiro tipo, a gestante, por intermédio de meios executivos químicos, físicos ou mecânicos, provoca em si mesma a interrupção da gravidez, causando a morte do feto.

Na segunda figura típica, a gestante presta consentimento no sentido de que terceiro lhe provoque o aborto. (DAMÁSIO DE JESUS, 2001, p. 120).

Nucci (2014, p. 523) auxilia nessa compreensão dizendo que: provocar significa dar causa ou determinar; consentir quer dizer dar aprovação, admitir, tolerar. O objeto das condutas é a cessação da gravidez, provocando a morte do feto ou embrião. Este artigo é uma exceção à teoria monística (todos os coautores e partícipes respondem pelo mesmo crime quando contribuírem para o mesmo resultado típico). Se existisse somente a figura do art. 124, o terceiro que colaborasse com a gestante para a prática do aborto incidia naquele tipo penal. Entretanto, o legislador, para punir mais severamente o terceiro que provoca o aborto, criou o art. 126, aplicando a teoria pluralística do concurso de pessoas. (NUCCI, 2014, p. 523).

No que tange ao aborto provocado por terceiro, rege-se pelos artigos 125 e 126 do CP. Ele pode ser com o consentimento da gestante ou sem o seu consentimento. Sendo que o artigo 127 figura a forma qualificada.

O artigo 125 que traz em sua estrutura a seguinte redação: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. “ Assim, O crime é comum, pois qualquer pessoa pode ser sujeito ativo.

O dissentimento da ofendida pode ser real ou presumido. Real, quando o sujeito emprega violência, fraude ou grave ameaça. Presumido ela é menor de 14 anos, alienada ou débil mental (CP, art. 126, parágrafo único). (DAMÁSIO DE JESUS, 2001, p. 121).

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

No artigo 126, é previsto o delito do aborto consensual, ou seja, quando o consenso prestado pela gestante constitui elemento do tipo. O consenso não coloca o dolo em situação distante da configuração penal, pelo contrário trata de dupla subjetividade passiva. Sendo que a gestante deve ter a capacidade para consentir, não sendo essa a capacidade civil. (DAMÁSIO DE JESUS, 2001, p. 212). Outro fato importante é que os agentes devem ter clareza no que estão realizando, podendo muitas vezes ocorrer em erros.

O Código Penal postula a forma aumentada e qualificada do crime de aborto: art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Damásio de Jesus (2001, p. 123) enfatiza que, as formas qualificadas são aplicáveis exclusivamente aos crimes descritos nos arts. 125 e 126 do CP. Não se aplica ao aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento o art. 124, uma vez que a legislação penal brasileira não pune a autolesão.

Trata-se de crime qualificado pelo resultado, de natureza preterdolosa ou preterintencional. Pune-se o primeiro delito a título de dolo (aborto); o resultado qualificador, que pode ser morte ou lesão corporal de natureza grave, a título de culpa (CP, art. 19).

Ainda, na seara do aborto qualificado caso o aborto ou os meios empregados para provocá-lo decorram na gestante lesão corporal de natureza leve, o sujeito responderá pelo tipo aborto, não se qualificando. A lesão leve é resultado natural do processo que resulta o aborto.

O artigo 128 do CP estabelece que não se pune quando praticado por médico em algumas condições.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário.

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO).

Decorre da doutrina o seguinte:

- a) Aborto necessário ou terapêutico – para a configuração da hipótese, que configura verdadeiro estado de necessidade, são necessários dois requisitos: o aborto deve se praticado por médico; e finalidade de salvar a vida da gestante. (FIGUEIREDO, 2013, p. 262).
- b) Aborto ético, sentimental, piedoso ou humanitário – para a configuração da hipótese, que, para alguns, é o exercício regular de direito e, para outros, a inexigibilidade de conduta diversa, são necessários três requisitos: - aborto deve ser praticado por médico; - a gravidez deve resultar de estupro, e o consentimento da gestante ou, se incapaz, do representante legal (FIGUEIREDO, 2013, P. 262).

Damáσιο de Jesus (2001, p. 124) enfatiza que “só é permitido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Assim, subsiste o delito quando provocado a fim de preservar a saúde”.

Damáσιο de Jesus põe em evidência a seguinte assertiva: o CP também permite a prática do aborto no caso de resultar a gravidez e preceder o consentimento da gestante ou, quando incapaz, do seu representante legal (art. 128, II). Se a gravidez é resultante de estupro, crime previsto no art. 213 do CP, o aborto só é permitido em face de prévio consentimento da gestante. É possível, porém, que ela seja incapaz (menor, doente mental, etc). Nesse caso, deve estar presente o consentimento de seu representante legal (2001, p. 125)

O aborto no Brasil é permeado de discussões e polêmicas, principalmente porque a Carta Maior estabelece que o direito à vida como direito absoluto é indisponível. Todavia, correntes surgem como força apontando para outras direções dizendo que a mulher deve ter o direito sobre seu próprio corpo e também como forma de minimizar sofrimentos futuros com a gestação indesejada levada até o fim. Porém, nada é pacífico e claro nesse patamar jurídico e teórico.

2 ABORTO EUGÊNICO

Apesar da eugenia ser uma situação de desenvolvimento que existe há muitos anos, ainda é tratada por muitos legisladores e doutrinadores como um ponto de discussão polêmico. Embora haja possibilidades de saber antecipadamente que o feto em desenvolvimento não sobreviverá fora do útero materno, pois o mesmo é anencefalo, a legislação não permite que se interrompa a gravidez.

As possibilidades de aborto no ordenamento jurídico brasileiro contemplam quando objeto de estupro com o consentimento da mãe e quando a gravidez gerar perigo de morte da gestante. O aborto eugênico de fetos anencefalos não possui autorização expressa no Código Penal, contudo é um assunto que gera polêmica e discussões dentro e fora do âmbito jurídico, pois se trata na questão da disponibilidade da vida humana, e foi objeto de deliberação do Supremo Tribunal Federal que julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 17 de junho de 2004 (ADPF-54), e declarou a constitucionalidade da antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de feto anencefalo, o que não caracteriza o aborto tipificado nos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal.

O aborto eugênico possui diversas definições na doutrina a respeito. Por exemplo, Damáσιο de Jesus aponta que ele seria “permitido para impedir a continuação da gravidez quando há possibilidade de que a criança nasça com taras hereditárias” (DAMASIO DE

JESUS, 2001, p. 115). Brito (2010, p. 27) contribui para o debate afirmando que “entende-se que a gestação de uma criança com malformação traz repercussões clínicas, psicológicas e econômicas para a família.”

Dipp apud Gonçalves e Carvalho conceitua dizendo que “é o aborto fundado em indicações eugenésicas, equivalente a dizer, em indicações referentes à qualidade da vida” (2013, p. 2798).

Sanches apud Mondini (2010, p. 161) instrui que: a eugenia nasce como a pretensão de ser uma ciência que melhora as qualidades inatas da raça e as desenvolve ao máximo, acreditando que os traços favoráveis são sempre inatos. Assim a eugenia entendida como ciência na época, surge manipulando o dúbio e complexo conceito de raça e projetando uma perspectiva determinista e fechada para as gerações vindouras.

Matos (2005), por sua vez, estabelece em seu estudo sobre reflexos do aborto um conceito sobre sua espécie eugênica: por abortamento eugênico entende-se a eliminação do embrião ou feto atingido, ou com elevada probabilidade de o ser, por uma grave deficiência.

Julgamos que se trata de uma questão cada vez mais pertinente devido às grandes evoluções ao nível da descoberta do genoma humano e das técnicas de diagnóstico pré-natal. (MATOS, 2005)

Igualmente, Noronha (2005, p. 125) posiciona contra tal hipótese: ocorre esta espécie quando há série e grave perigo para o filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doença da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomada, durante esse período, tudo podendo acarretar para aquele, enfermidades psíquicas, corporais, deformidades, etc. Não é o aborto eugenésico admitido por nossa lei.

Interessante é destacar as palavras de Barbatto Jr: o aborto eugênico não se refere apenas à conduta de interrupção da gravidez por anencefalia ou acrania. Considera-se eugênico o aborto realizado em virtude da malformação fetal, sendo ela de qualquer tipo.

Assim, o aborto de fetos acránicos ou anencéfalos é uma espécie do gênero aborto eugênico. Essa não é uma informação de somenos importância, posto que a especificidade do aborto de fetos anencéfalos é o que pretendemos discutir. Ela não pode, em nenhuma hipótese, ser confundida ou associada de modo genérico e vago com a prática abortiva que se processa como consequência da constatação de desenvolvimento pouco exitoso do feto. Não está prevista nesse caso, portanto, a gestação de seres com simples anomalias. A deformidade que nos interessa é específica: a ausência de cérebro ou da abóboda craniana. Posto isso, a título de exposição, toda vez que nos referirmos ao aborto eugênico, estaremos nos reportando ao aborto eugênico de fetos anencéfalos. (2012, s/p).

Continuando nas palavras de Teodoro (2007, p. 87) ele é enfático em seu posicionamento: no final desse século e início do século XXI, a sombra da eugenia negativa cai definitivamente sobre o ordenamento jurídico pátrio. Surgem contra legem, autorizações judiciais para interrupção de gravidezes cujos quadros revelam gravíssimas anomalias nos fetos. O jurista diz que observando a legislação penal brasileira, no que concerne ao aborto, percebe-se ter havido um regresso muito grande, um lamentável retorno à vida selvagem, em que pese toda a evolução médico-científica relativa aos exames de diagnóstico de pré-natais.

O que se verifica nesse aspecto é que acontece frequentemente a liberação de casos de abortos classificados como eugênicos, mesmo não tendo apoio jurídico no Código Penal Pátrio, tem-se conseguido a liberação através de alvarás emitidos por juízes que abrem precedentes a essas situações. No entanto, os contrários a essa prática afirmam que essas decisões contrariam os princípios de direito à vida e de sua indisponibilidade por ser bem

maior. Enquanto que outros defendem que é uma forma manter o direito a dignidade, embora haja um desenvolvimento gestacional aparentemente normal na vida intrauterina não teria chances de sobreviver ao nascer, e ainda, que com o avanço da medicina e da ciência é possível ter certeza da situação real do feto/nascituro.

Mattos Fáy apud Mondini (2010, p. 166), esclarece que o aborto eugênico não é definido por lei para sua prática legal no Brasil. Tudo isso, deve-se ao fato de que é preciso claramente esclarecer em que circunstâncias ele é considerado um aborto “piedoso” tanto para a mãe e para o feto. É preciso uma definição de tais fatores, e defende que assim será um ato nobre para a vida e bem estar físico e psicológico da gestante. E não numa visão de purificação de raças.

2.1 DIREITO À VIDA, INDISPONIBILIDADE E DIREITO A DIGNIDADE

Um dos bens que o homem tem e é considerado indisponível pelo ordenamento jurídico brasileiro é a vida, tanto que o Brasil não é adepto a pena de morte, ou seja, a vida é um bem que nem o próprio Estado em sua supremacia possui esse poder. Muito se tem debatido sobre a questão de disposição de vidas em reformas normativas, porém, pouco se avança, porque cada vez mais o legislador olha para o homem com olhar humano.

Nessa perspectiva cabe fazer um resgate do significado da palavra “vida”. Originariamente, a palavra vida deve ser considerada em seu aspecto etimológico [...] o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º estabelece de forma universal o direito à vida sem distinção de qualquer natureza. É sua redação: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

Importante trazer à tona que o Código Civil tutela em seu artigo 2º: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". (BRASIL, 1988)

Direito da Personalidade: a ideia dos direitos da personalidade está vinculada ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, imprescindíveis ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais, tais como a vida, a incolumidade física e psíquica, o próprio corpo, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, entre outros...pode-se afirmar que a dignidade humana é o objeto, ao final dos direitos da personalidade. (BESSA, 2002, s/p).

A vida é uma espécie de pilar que sustenta a existência e assegura a garantia aos demais direitos estabelecidos pela constituição. Essa perspectiva de concepção tuteladora da vida deve ser entendida de forma ampla, incluindo a vida uterina.

Resgata-se aqui as palavras de Diniz no reforço ao direito a vida: o direito à vida, por ser essencial ao direito do ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado especificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorrem de um dever absoluto erga omnes, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer; (...) garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétreia (art. 5º), que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar. (2009, p. 21-22).

Mondini (2010) milita que não se justifica “que alguém tenha o direito de infligir o direito à vida de um ser que nem nasce” (2010, p. 167). Da mesma forma que muitos outros autores e juristas defende o direito à vida frente a práticas abortivas.

Gonçalves e Carvalho (2013, p. 2799) suscitam a opinião de outros autores que se posicionam contra a prática do aborto eugênico em prol da defesa do direito à vida: muitos autores questionam esta postura em relação à admissão do aborto eugênico.

Para eles a vida humana não pode ser mensurada segundo critérios indefesos de proveito à coletividade. A má-formação física ou mental não pode servir de justificativa para se sobrepor ao direito, universalmente reconhecido, de que todos possuem gozo a vida. A Declaração Universal dos Direitos do Homem que reconheceu em seus artigos 1º e 2º que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e que todos têm capacidade para gozar os direitos e as liberdades sem distinção de raça, cor, sexo, entre outros e a Constituição Brasileira que elevou o princípio da dignidade da pessoa humana como pressuposto para a realização do Estado Democrático de Direito (art. 2, II, CF).

Teodoro (2007, p. 111) manifesta-se contrariamente a essa prática: [...] no que tange ao aborto eugênico, o interesse de um ser em potência ser em formação, nem sequer será conhecido, prevalecendo o interesse da gestante, quer dizer, de uma pessoa já inserida em uma cultura consumista e imediatista, em uma vida livre de limitações e provocações, do ponto de vista predominantemente emocional e financeiro. Neste contexto em que a mulher vive, a ideia de se despendar cuidados perenes a um filho não desejado ou a um filho com prerrogativas essenciais, faz qualquer sentimento de amor por este descendentes ser suprimido pelo sentimento aflitivo e penoso de uma vida privada sem prazeres e voltada para a assistência de uma pessoa impedida de gozar destes mesmos prazeres. (TEODORO, 2007, p. 111).

Diniz (2002) é enfática ao discorrer sobre a legalidade do aborto de uma forma geral: o art. 128, I e II, do Código Penal está apenas autorizando o órgão judicante a não punir o crime configurado, por eximir da sanção o médico que efetuar prática abortiva para salvar a vida da gestante ou para interromper gestação resultante do estupro. Tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime. Sem embargo dessa opinião, há quem ache que o art. 128 é uma hipótese de exclusão de antijuridicidade, por conter uma espécie de estado de necessidade ou legítima defesa (CP, art. 23, I e II), ou seja, uma situação eventual, imprevista e não provocada pelo agente. Todavia, pela interpretação desse artigo, fácil é perceber que não se ajusta aos caracteres das excludentes de antijuridicidade. Se assim é, no Brasil não há nem poderia haver aborto "legal", ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida humana, consagrado em cláusula pétreia (CF, art. 5º).

Portanto, se o art. 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, estaria eivado de inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988. É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito.

Por esses comentários a apontamentos pode-se verificar claramente que a vida é um bem tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro e que possui uma condição de direito supremo e primordial, isto é, a partir da garantia de defesa deste direito é que se pode pensar em buscar a efetivação dos demais direitos.

É nesse sentido que Pontes de Miranda apud Barbato Jr. enfatiza tal direito em análise: o direito à vida é inato; quem nasce com vida, tem direito a ela. Em relação às leis e outros atos, normativos, dos poderes públicos, a incolumidade da vida é assegurada pelas regras jurídicas constitucionais e garantida pela decretação da inconstitucionalidade daquelas leis ou atos normativos. O direito à vida é direito ubíquo: existe em qualquer ramo do direito,

inclusive no sistema jurídico supraestatal. O direito à vida é inconfundível com o direito à comida, às vestes, a remédios, à casa, que se tem de organizar na ordem política e depende do grau de evolução do sistema jurídico constitucional ou administrativo. O direito à vida passa à frente do direito à integridade física ou psíquica. O direito de personalidade à integridade física cede ao direito de personalidade à vida e à integridade psíquica. (BARBATO JR. 2013, p.7).

Ao lado do direito à vida, ou mesmo, vinculado a ele ou em decorrência daquele, tem-se o que se denomina de indisponibilidade de direitos, e o direito à vida se enquadra nesse aspecto. O direito à vida é um direito indisponível no sistema jurídico constitucional brasileiro, ele está acima da lei, dos atos do Poder Público, devendo ser tutelada a qualquer custo, tanto que nem mesmo o titular do direito não pode dispor dela como bem entender. Essa ótica torna-o como um direito indisponível, irrenunciável e inviolável.

Weissheimer (2015, p. 1230) esclarece muito bem o fator indisponibilidade de direitos: dentre as características dos direitos fundamentais tem-se a indisponibilidade/inalienabilidade, designando que os direitos fundamentais são insusceptíveis de serem transferidos onerosa ou gratuitamente. Esse caráter não se aplica indistintamente a todos e quaisquer direitos fundamentais. É admissível principalmente aos ligados à própria sobrevivência do indivíduo, assim como a direitos concernentes à liberdade, à saúde, à integridade física entre outros. Ressalta-se que apesar de determinados direitos serem indisponíveis, não quer dizer que não podem ser ocasionais e temporariamente limitados. (WEISSHEIMER, 2015, p.1230).

Aragão defende sua posição afirmando que a indisponibilidade de direitos fundamentais está arraigada no caráter transindividual da dignidade humana, pois ele engloba não só o interesse do titular do direito, mas de terceiros individualizáveis e da coletividade. Implicando afirmar que o desrespeito à dignidade humana, atinge não só o ofendido, mas a própria pessoa humana, de modo que a lesão deste princípio fundamental abala toda a sociedade. Exemplificando que quem se coloca em situação indigna, mediante a disposição de um direito fundamental, “não viola somente um direito seu, o que já justificaria a indisponibilidade, mas afronta, também, a dignidade de todos os que tomam conhecimento do fato”. (2013, p. 170).

Outro ponto que deve ser considerado na discussão sobre a proibição da prática do aborto quando o feto não possuir uma possibilidade de vida extrauterina plena é a dignidade humana enquanto direito fundamental. A dignidade humana é uma expressão muito subjetiva, dependendo muito do que se tem em pauta a discutir e a situação de cada indivíduo, podendo variar de acordo com a cultura e a região em que procura exercitá-la.

A Norma Maior da República Brasileira expõe em seu artigo 1º, III: art.º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Ingo Wolfgang Sarle apud Guerra (2006, p. 382) fala que: temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

A pessoa humana poderá dizer que possui dignidade, segundo o que emana dos princípios constitucionais quando tiver reconhecimento de seus valores morais, religiosos,

sociais, os quais fazem parte da própria formação do ser. Guerra (2006, p. 384) destaca: a dignidade da pessoa humana encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental da República, à dignidade da pessoa humana (um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988. (GUERRA, 2006, 384).

Portanto, a pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro tem como garantia de direitos fundamentais o direito à vida e a dignidade humana, considerando que o primeiro é um bem jurídico indisponível.

2.2 ASPECTOS MÉDICOS-LEGAIS SOBRE A INVIABILIDADE FETAL

É notável que gestações em primeiros meses com anomalias estruturais são a grande arte dos abortos. Essas anomalias podem ser compatíveis com a vida intrauterina, contudo muitos fetos morrem ao nascer, já que não conseguem adaptar-se às primeiras horas da vida fora do útero materno.

Gestores e profissionais de saúde não podem ignorar que o nascimento de uma criança com malformação congênita gera forte impacto familiar, requer atendimento em genética clínica e assistência médica especializada que assegure estimulação precoce, ainda no berçário, para favorecer o desenvolvimento infantil. É imprescindível de uma rede social de apoio que oriente a mãe para os cuidados básicos de sobre-vivência do bebê. (BRITO, 2010, p. 27).

As malformações congênitas são “portas de entrada” para demais doenças que debilitam e muitas vezes impossibilitam a vida dentro da normalidade. Tais casos, às vezes, são visíveis apenas com a análise laboratorial de tecidos. Essas anomalias congênitas podem ser definidas como uma anormalidade estrutural presente ao nascimento, na forma aparente ou não, sendo quatro tipos: malformação, perturbação, deformação e displasia.

Brito et al e outros (2010, p. 27) define malformações congênitas: as anomalias congênitas são defeitos na forma, estrutura e/ou função de órgãos, células ou componentes celulares presentes antes do nascimento e surgidas em qualquer fase do desenvolvimento fetal. No Brasil, elas constituem a segunda causa de mortalidade infantil, determinando 11,2% destas mortes. E podem ser identificáveis durante a gestação, na fase neonatal, ou mesmo em um tempo considerável após a concepção, levando a danos persistentes e irreversíveis de funcionamento ou de aceitação social. (BRITO, 2010, p. 27).

No que tange a viabilidade da vida fora do útero, a medicina concluiu com base em estudos rigorosos que não é viável à geração de fetos anencefálos, ou seja, sem atividade do cérebro, uma vez separado da mãe não há como sobreviver. (GONÇALVES E CARVALHO, 2013, p. 2806).

Dessa forma, Armelin (2003, p. 30) destaca que: ainda, quanto à inviabilidade da vida, distinção nenhuma pode haver entre a vida da mãe e do feto, por serem ambas merecedoras da proteção legal, disposta no art. 5ª, da CF, assim, alvo dessa preservação constitucional encontrando-se tanto uma quanto a outra num mesmo patamar. Então, data venia, absolutamente estrábico o enfoque da proteção exclusiva da vida da mãe, pelo desrespeito se assim o fosse ao princípio e igualdade entre humanos. (ARMELIM, 2003, p.30).

Guerra ao falar sobre a viabilidade de fetos ressalta que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe “um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade”. (GUERRA, 2006, p. 386).

Gonçalves e Carvalho 92013) lecionam que: não seria a anencefalia meramente uma má-formação física, mas a inexistência de um importante órgão do encéfalo, o cérebro, sem o qual a viabilidade existencial extrauterina fica comprometida. Trata-se de uma má formação irreversível e gravíssima, em razão da qual o feto não sobreviverá. É condicionante de sobrevida não podendo ser confundida com a discriminação em razão de deformidade física ou mental, posto não se poder falar em viabilidade de vida. (GONÇALVES E CARVALHO, 2013, p. 2799).

Atualmente, umas das formas mais eficientes de verificar tais anomalias são os exames de ultrassom, que com as tecnologias atuais tornam-se mais eficazes na identificação de tais problemas. As malformações podem ser desencadeadas por diversos fatores como: mutação genética, aberrações cromossômicas, fatores ambientais intrauterinos adversos e combinação dos fatores anteriores.

O Conselho Federal de Medicina em Resolução nº 1989/2012 dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. E, em seu art. 1º normatiza que: “Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez”.

A referida Resolução estabelece em seu artigo 2º que o diagnóstico deve ser realizado por exame ultrassonográfico, devendo obedecer a um procedimento estabelecido em seus incisos: art. 2º - o diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:

I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;

II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

Esse procedimento documental deve ficar estabelecido segundo as regras do artigo 4º da mesma resolução, que prevê que será lavrada em ata, bem como constar o consentimento da gestante, expressamente.

Art. 4º. Será lavrada ata da antecipação terapêutica do parto, na qual deve constar o consentimento da gestante e/ou, se for o caso, de seu representante legal.

Parágrafo único. A ata, as fotografias e o laudo do exame referido no artigo 2º desta resolução integrarão o prontuário da paciente.

Esse estudo não tem o objetivo de descrever todas as deformidades e anormalidades oriundas de malformação fetal, sendo mais parte de estudos clínicos e não jurídicos. Uma vez que, sua comprovação real e inequívoca é requisito clínico para que se proceda os procedimentos de interrupção de uma gravidez.

3 QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE O ABORTO

3.1 ASPECTOS SOCIAIS E RELIGIOSOS

A influência da religião nos aspectos sociais sempre foi muito forte, principalmente em sociedades mais conservadoras. E essa concepção de religiosidade varia de acordo com cada tipo de religião, suas crenças e o contexto em que desenvolvem-se. Cada uma delas encara os acontecimentos sociais de forma diferente.

Os argumentos apresentados pelos documentos oficiais da Igreja apresentam-se como um verdadeiro bloco discursivo, constituindo-se numa espécie de fortaleza doutrinal estabelecida em torno da condenação do aborto. O elemento central dessa argumentação é a defesa da vida, reiterada como um princípio absoluto, imutável e intangível. A existência de uma pessoa humana, sujeito de direitos, desde o primeiro momento da concepção é o

pressuposto para se considerar a interrupção de uma gravidez como um ato homicida em qualquer momento da gestação e sob quaisquer condições. Assim, esses dois elementos – a sacralidade da vida humana e a condição de pessoa do embrião – fundam a condenação incondicional do aborto, integrando argumentos de ordem religiosa, moral e biológica. A autoridade da Igreja em questões éticas associa-se à desconfiança em relação aos valores morais da sociedade contemporânea e à proposição da universalidade de princípios estabelecidos como inerentes à natureza humana. (NUNES, 2010, p. 23).

A Igreja Católica é uma igreja conservadora que não admite o aborto em qualquer hipótese e circunstância. Acredita que o ser em formação já possui alma e por isso não aprova tais condutas, dissipando a ideia de que seus praticantes precisam ser excluídos da comunhão da igreja e sua condenação será eterna. O direito à vida do feto é considerando da mesma forma que um adulto ou outros indivíduos. A visão católica modifica-se de acordo com a mutação social e as circunstâncias.

Nunes ainda complementa as assertivas sobre a posição da Igreja Católica quanto ao aborto: o argumento da defesa da vida escuda-se ainda na ideia do nascituro como pessoa possuidora de direitos desde a sua concepção, antes mesmo da concessão destes pela sociedade, dada sua essência humana. Assim, o direito à vida apresenta-se como um direito ao mesmo tempo sagrado, natural e social. Ainda que a realização de um aborto possa conduzir ao alcance de certos bens, como a saúde ou a vida da mãe, ele é sempre injustificável. Outras razões, como as dificuldades que possa significar um filho a mais, especialmente se apresenta anomalias graves, a desonra, ou o desprestígio social, ainda que consideráveis, também não legitimam o ato abortivo: “deve-se sem dúvida afirmar que jamais alguma dessas razões possa conferir objetivamente o direito de se dispor da vida de alguém, mesmo em sua fase inicial” (NUNES, 2010, p. 27).

Balbinot (2003, p. 94) leciona que “os protestantes dividem-se em duas correntes: uma é a doutrina do caráter sagrado, outra aceita as determinações do legislador civil. O islamismo permite o aborto até o quarto mês de gestação”.

No que tange ao judaísmo, verifica-se que o aborto é visto como ofensa moral, sendo aceitável por recomendações médicas ou de igual gravidade. E também optam em caso de necessidade por salvar a vida da mãe (sendo que a vida materna seria mais que o feto).

Balbinot (2003, p. 103) enfatiza que: o judaísmo entende que, no caso do aborto terapêutico, ou seja, aquele em que há risco de vida para a gestante, a sua realização não será um ato errôneo. Mas somente nesses casos é que se deverá proceder ao abortamento. Já a tradição islâmica entende que até o quarto mês de gestação pode ser realizado o aborto, porque o feto ainda não está animado. Assim, o entendimento pela aceitação do aborto, desde que realizado até as 16 primeiras semanas, também como forma de auxiliar no controle populacional.

A concepção como momento de ligação entre corpo e matéria completada com o nascimento, sendo que o aborto é uma ação contrária aos desejos de Deus.

Concordando com a defesa da vida materna quando correm riscos de vida, os espíritas acreditam que sendo fruto de estupro devem levar a gravidez até o fim, visto que esses possuem um caminho de aprendizado e reconciliação de erros da vida passada.

O aborto é sempre lamentável porque se já estamos na Terra com elementos anticoncepcionais de aplicação suave, compreensível e humanitária, porque é que havemos de criar a matança de crianças indefesas, com absoluta impunidade, entre as paredes de nossas casas?”, escreveu ele. E continua: “Isto é um delito muito grave perante a Providência Divina, porque a vida não nos pertence e, sim, ao poder divino.

Se as criaturas têm necessidade sexual para revitalização de suas próprias forças, o que achamos muito justo, seria melhor se fizessem sem alarme ou sem lesão espiritual ou

psicológica para ninguém. Se o anticoncepcional veio favorecer esta movimentação das criaturas, por que vamos legalizar ou estimular o aborto? Por outro lado, se nossas mães tivessem esse propósito de criar uma lei do aborto no século passado, ou no princípio e meados deste século, nós não estaríamos aqui (DAMASCENO, s/d).

Balbinot ressalta essas discrepâncias referente a temas sociais e as diversas correntes: o aborto é um tema recorrente na Medicina, no Direito, na Filosofia, na Psicologia, na Religião, enfim, é improvável que exista uma pessoa (e esse conceito compreende aquele ser humano que tem consciência de si e do mundo) que em nenhum momento de sua existência tenha ao menos se deparado com essa questão. Exatamente por ser uma questão tão polêmica, todas as pessoas têm uma opinião formada sobre o assunto, a qual pode estar associada aos mais diversos enfoques: religiosos, jurídicos, médicos, filosóficos, éticos. (BALBINOT, 2003, p. 115).

No que tange as religiões é de fácil verificação que há a defesa do processo de desenvolvimento intrauterino em que o feto já dispõe de vida e uma ligação com o mundo divino e espiritual, por isso não seria permitido o aborto em linhas gerais.

3.2 LEGISLAÇÃO

O aborto é tratado em primeira instância no Código Penal nos artigos 124 a 128. Nessa legislação verifica-se que existe aborto em que a gestante pratica o ato, em que ela consente que façam nela, e sem o consentimento da gestante. A pena para a prática desse crime varia em detenção de 1 a 3 anos para que faz em si ou consente.

Sendo que para a pessoa que faz o aborto a pena varia em reclusão de 3 a 10 anos. Há uma forma qualificada em que a pessoa que faz aborto com o consentimento da gestante menor de 14 anos, da alienada ou da débil mental, ou ainda se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Há uma majoração na pena quando resultar lesão corporal grave e duplicada se morrer por causa da lesão.

Na legislação trabalhista há previsão de que duas semanas de descanso, caso em que receberá sua remuneração normalmente, não perdendo direito às férias, visto que são faltas justificadas quando não intencional.

Os profissionais de saúde (médicos) que praticam tais ações estão protegidos pela lei, sempre que a mulher corra riscos de vida ou quando a mulher engravide por estupro. Havendo essa possibilidade real de riscos, o médico pode, de posse de atestado de junta médica especializada, fazer a ação, com intuito de salvar a vida da gestante.

Neste tipo de interrupção de gravidez, o médico não precisa do consentimento da gestante nem do consentimento do representante legal (em caso de menor ou doente mental).

Contudo, Verardo e Souza falam: apesar de constar no Código Penal a legalidade do abortamento quando a gravidez é consequência de estupro ou risco de vida da mãe, nenhum médico de hospital público dispunha-se a atender esses casos sem a autorização de um juiz. O que significava peregrinação da gestante por meses a fio, até que a gravidez estivesse num momento em que já não era mais possível o abortamento. Esta era a técnica do médico para esquivar-se de atender. (VERARDO E SOUZA, 2010).

Em ocorrendo a prática de estupro, deve a mulher providenciar o registro de um Boletim de Ocorrência e um exame de corpo de delito. Sendo assim, havendo a concepção como fruto deste ato criminoso, estará resguardado o direito de proceder com o aborto.

No que tange ao aborto eugênico, a lei brasileira não autoriza expressamente. Todavia, a jurisprudência vem agindo de forma antecipada e concedendo alvarás judiciais para a execução de aborto com fetos anencéfalos.

É importante destacar que “estima-se que, desde 1989, mais de 5.000 alvarás judiciais já tenham sido concedidos no Brasil para permitir a antecipação do parto em casos de anencefalia.” (GONÇALVES E CARVALHO, 2013, p. 2805).

Todavia, “já há precedentes jurisprudenciais no sentido de que, provada a anomalia grave, o aborto deve ser autorizado, mas os alvarás concedidos ainda não encontram apoio nem no direito material nem no direito processual” (BARBATO JR, s/p).

Diniz (2010) explica o funcionamento de tais alvarás judiciais: os alvarás são fruto de um processo dialógico que tem início na relação médico-paciente (ou médico-casal). De posse da decisão familiar pela ISG, o médico recorre ao juiz em busca do veredicto oficial que, na maior parte dos casos, é consoante à solicitação clínica (pouquíssimos são os casos de quadro clínico fetal extremo em que há recusa judicial da ISG). Sob esse enfoque, os alvarás são a materialização de um processo argumentativo, no sentido habermasiano do conceito, em que se consideram vários pontos de vista concernentes à questão. É comum encontrar nos textos que acompanham as decisões legais tratados sobre a posição religiosa do juiz, sobre os limites eugênicos do procedimento, sobre a política de autonomia reprodutiva no país etc. Como resultado, obtemos documentos que acreditam fundamentar moralmente a ilicitude do ato. Isto é possível, já que os alvarás correspondem ao instante da reflexão sobre a ação, ou seja, por ser um momento anterior à ação os alvarás são a ponderação moral da ISG. (DINIZ, 2010, s/p).

Contrariamente a essa posição de expedição de autorização judicial: TJ-PR – Apelação Crime ACR 680959 PR Apelação Crime 0068095-9 (TJPR) Data de publicação: 28/05/1998. Ementa: AUTORIZAÇÃO JUDICIAL-ABORTO EUGÊNICO-PEDIDO INDEFERIDO-SENTENÇA CONFIRMADA - APELAÇÃO NÃO PROVIDA. Se o aborto por indicação eugênica não é admitido pelo Código Penal, impossível falar de prévia autorização judicial para interromper a gravidez.

É sabido que tramita um projeto de lei (2010) que quer modificações a respeito do aborto no Brasil e que incluiria um inciso no artigo 128 do CP: exclusão de ilicitude - art.128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se: [...]

III - há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

§ 1º. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inc. I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, cônjuge ou de seu companheiro;

§ 2º. No caso do inc. III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou do companheiro.

A classe conservadora também propôs um projeto de lei (em 2003) que aumentaria a pena para abortos por razão de anomalia na formação do feto, e que possui a seguinte redação: PROJETO DE LEI Nº 1.459, DE 2003 .

Autor: Deputado Severino Cavalcanti

Acrescenta um parágrafo ao artigo 126 do Código Penal. O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. O art. 126 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 126 (...). (...)§ 1º. (parágrafo único original).

§ 2º. Aplica-se a pena deste artigo aos casos de aborto provocado em razão de anomalia na formação do feto.” (AC)

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

Nosso sistema jurídico constitucional tutela a vida humana como bem supremo, desde a concepção até o último fio de vida autônoma.

Tradicionalmente, a sociedade brasileira não aceita a realização de aborto eugênico, assim entendido como aquele praticado contra feto viável, porém com probabilidade de apresentar anomalias físicas ou mentais. Esse sentimento reflete-se na legislação brasileira que também não autoriza o aborto eugênico.

[...]

Todavia, o que se tem observado é o uso de subterfúgios para autorizar esta prática. Nesse sentido, o presente projeto de lei, ao fixar pena para a prática de aborto eugênico, visa a eliminar esse odioso procedimento de “higiene racial” que se contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nenhum homem, pode invocar para si o direito de autorizar a morte de crianças, por meio da prática do aborto. A medicina em todo o mundo vem demonstrando estágios tão avançados de desenvolvimento que milhares de crianças, que antes estavam condenadas a uma vida vegetativa, hoje – graças aos avanços da ciência médica – contam com uma vida normal.

Essas crianças estão trazendo a felicidade a muitos lares que souberam respeitar o seu Direito à Vida.

O que observa é que a lei ou sua construção se dá com base na concepção dos grupos de proponentes.

3.3 JURISPRUDÊNCIAS

As decisões judiciais a respeito do aborto eugênico estão divididas, uma vez que não há na legislação uma ponte que o autorize. Assim, os juristas têm se dividido em duas categorias:

a) favoráveis:

O Ministro Marco Aurélio em decisão em procedimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental direciona tal entendimento:

ADPF-QO 54 / DF - DISTRITO FEDERAL QUESTÃO DE ORDEM NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 27/04/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-01 PP-00021

Ementa

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO – POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada sequência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ -GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de

descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

No mesmo sentido, Des. Jorge Mussi de Tribunal de Santa Catarina decide que:

ABORTO – Pedido de autorização judicial instruído com laudos médicos e psicológicos – feto portador de anencefalia – Admissibilidade da interrupção da gravidez eis que evidenciado risco à saúde da gestante, especialmente psicológica. Ementa oficial: Diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudos médicos e psicológicos favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivência extrauterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez. Ap 98.003566 -0 – 2º Câmara – j. 05.05.1998 – rel. Des. Jorge Mussi. Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCrim 98.003566-0, da Comarca de Videira (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante N.C dos S.; sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor. ACORDAM, em 2ª Câm. Crim. Por v.u.; prover o recurso para conceder o alvará judicial para realização do aborto. Florianópolis, cinco de maio de 1998. JORGE MUSSI, Relator.

Ayres Brito em decisão monocrática defende que para ser permitido o ato voluntário de cessação da gravidez de feto anencéfalos é necessária autorização judicial:

Rcl 4223 / CE – CEARÁ RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 28/03/2006

Publicação: DJ 03/04/2006 PP-00021

Despacho

DECISÃO: Vistos etc. Trata-se de reclamação, movida por Leiviane Rodrigues da Silva, contra decisão proferida pelo D. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Juazeiro do Norte/CE. Ato decisório, esse, que indeferiu o pedido de interrupção da gravidez da reclamante. Com o que -aduz a autora - restou ofendida a autoridade da medida liminar tomada pelo Min. Marco Aurélio na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. 2. Prossigo neste breve relato para consignar que, após declinar os fundamentos jurídicos da sua pretensão de ver julgada procedente esta reclamação, a reclamante formula o seu pedido, pugnando pela cassação do ato jurisdicional em xeque. Antes, porém, pede seja deferida a antecipação da tutela jurisdicional requestada, para o fim de permitir a interrupção da gestação mediante intervenção médica apropriada. 3. Este o resumo da questão. 4. Passo a decidir. Ao fazê-lo, observo que não se juntou instrumento de mandato, falha que, se fosse única, poderia ser objeto de sanção. Noves fora essa questão formal, entendo ser manifestamente incabível o pedido que se veicula neste processo. Isto porque a reclamação constitucional prevista na alínea "I" do inciso I do artigo 102 da Carta-cidadã se revela como uma importante ferramenta processual para o fim de preservar a competência desta colenda Corte e garantir a autoridade das suas decisões. Nesta última hipótese, contudo, sabe-se que as reclamatórias podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, tanto quanto em processos de índole subjetiva (desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado). 5. Muito bem. Da leitura da petição inicial, infere-se que a reclamante se insurge contra a decisão de primeira instância, denegatória do pretense direito à interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Direito, esse, alegadamente reconhecido pelo provimento liminar concedido, com eficácia vinculante e efeito erga omnes, nos autos da ADPF 54. 6. Sucede que as

informações processuais sobre o andamento da precitada arguição dão conta de que a decisão liminar proferida pelo Relator da ADPF 54 foi parcialmente modificada pelo Plenário desta Excelsa Corte em 20.10.04. Nessa ocasião, o Tribunal - contra o meu voto pessoal, enfatizo --, "... revogou a liminar deferida (...) em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos". Quero dizer: a decisão que a acionante entende desrespeitada restou revogada pelo Plenário desta Casa de Justiça, não subsistindo nenhum pronunciamento jurisdicional do Supremo Tribunal Federal que assegure à reclamante o automático direito à interrupção de gravidez de feto anencéfalos. 7. Bem vistas as coisas, então, nota-se que não há como sustentar que o ato judicial em foco feriu a autoridade da decisão tomada, em sede de medida liminar, na ADPF 54. Assim me posiciono porque, ao reformar parcialmente o provimento cautelar proferido na precitada arguição, esta Corte assentou o entendimento de que o ato voluntário de cessação da gravidez de feto anencéfalos não dispensa autorização judicial. Daí porque, no caso de indeferimento dessa pretensão, caberá à interessada agitar o seu interesse recursal perante o órgão jurisdicional competente. Órgão, esse, que, pelo menos no atual estágio processual, não é a Corte Suprema, porém o Tribunal de Justiça cearense. 8. Esse o quadro, e mesmo ressalvando o meu ponto de vista pessoal, rendo-me democraticamente ao pensar majoritário desta Corte para, nos termos do § 1º do art. 21 do RI/STF, negar seguimento ao pedido. Em consequência, julgo prejudicado o requerimento de antecipação de tutela.

Publique-se. Brasília, 28 de março de 2006. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator O Desembargador Manuel José Martinez Lucas em julgado de 02/04/2003 decide que: PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ. FETO QUE APRESENTA SÍNDROME DE PATAU.DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. DIFÍCIL POSSIBILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA. NESSE CASO, OLIGOFRENIA ACENTUADA E FREQUENTES CONVULSÕES. EXCLUSÃO DA ILICITUDE. APLICAÇÃO DO ART. 128, I, DO CP, POR ANALOGIA IN BONAM PARTEM.

Considerando-se que, por ocasião da promulgação do vigente Código Penal, em 1940, não existiam os recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outra anomalias fetais, inclusive com a certeza de morte ou de deficiência física ou mental do nascituro, e que, portanto, a lei não poderia incluir o aborto eugênico entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto, impõe-se uma atualização do pensamento em torno da matéria, uma vez que o Direito não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, indiferente aos avanços tecnológicos e à evolução social. Ademais, a jurisprudência atual tem feito uma interpretação extensiva do art. 128, I, daquele diploma, admitindo a exclusão da ilicitude do aborto, não só quando é feito para salvar a vida da gestante, mas quando é necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica. Diante da moléstia apontada no feto, que provavelmente lhe causará a morte e, em caso de sobrevivência, provocará oligofrenia acentuada e frequentes convulsões, e da circunstância de que o casal de requerentes já possui um filho com retardo mental e dificuldade motora, pode-se vislumbrar na continuação da gestação sério risco para a saúde mental da primeira apelante, o que inclui a situação na hipótese de aborto terapêutico previsto naquele dispositivo.

APELO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Crime nº 70006088090, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas, Julgado em: 02/04/2003).

Nesse sentido, na Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS a Relatora Des.ª Elba Aparecida Nicolli Bastos Julgado em: 14/04/2005).

APELAÇÃO – ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRA LEGAL DE

INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA – ANENCEFALIA -IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA. PROVIDO.

O “aborto eugênico” decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto. Embora não incluída a interrupção da gravidez, neste caso, nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, tem embasamento na causa supralegal autônoma de exclusão da culpabilidade, de inexigibilidade de outra conduta. Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida”, legitimada a pretensão da mulher de interromper a gravidez. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencefalo é impossível fora do útero materno, não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe. Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade de natureza supralegal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento.

PROVIDO. (Apelação Crime nº 70011400355, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Des.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em: 14/04/2005).

E por ainda, verifica-se que: PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. FETO QUE APRESENTA SÍNDROME DE PATAU. DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. DIFÍCIL POSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA. NESSE CASO, OLIGOFRENIA ACENTUADA E FREQUENTES CONVULSÕES. EXCLUSÃO DA ILICITUDE. APLICAÇÃO DO ART. 128, I, DO CP, POR ANALOGIA IN BONAM PARTEM.

Considerando-se que, por ocasião da promulgação do vigente Código Penal, em 1940, não existiam os recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outra anomalias fetais, inclusive com a certeza de morte ou de deficiência física ou mental do nascituro, e que, portanto, a lei não poderia incluir o aborto eugênico entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto, impõe-se uma atualização do pensamento em torno da matéria, uma vez que o Direito não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, indiferente aos avanços tecnológicos e à evolução social. Ademais, a jurisprudência atual tem feito uma interpretação extensiva do art. 128, I, daquele diploma, admitindo a exclusão da ilicitude do aborto, não só quando é feito para salvar a vida da gestante, mas quando é necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica. Diante da moléstia apontada no feto, que provavelmente lhe causará a morte e, em caso de sobrevivência, provocará oligofrenia acentuada e frequentes convulsões, e da circunstância de que o casal de requerentes já possui um filho com retardo mental e dificuldade motora, pode-se vislumbrar na continuação da gestação sério risco para a saúde mental da primeira apelante, o que inclui a situação na hipótese de aborto terapêutico previsto naquele dispositivo. **APELO PROVIDO, POR MAIORIA.** (Apelação Crime nº 70006088090, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas, Julgado em: 02/04/2003). Os argumentos favoráveis à liberação do aborto eugênicos de fetos anencefalos são os mais diversos e abrangem desde a preservação da saúde e da vida da gestante até as condições de desenvolvimento plena do nascituro.

b) Os contrários:

Da mesma forma que se tem decidido nos tribunais brasileiros sobre a liberação de aborto para aqueles que são comprovadamente anencefalos, também há uma gama de defensores da vida a qualquer custo que posicionam-se contrariamente a essa liberação.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA

RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO (STJ - HABEAS CORPUS: HC 32159 RJ 2003/0219840-5).

Nesse mesmo sentido: Literalmente, anencefalia significa falta do encéfalo. Porém, segundo os especialistas, essa definição é falha, uma vez que o encéfalo compreende, além do cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral. Os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando. O tronco cerebral é constituído principalmente pelo bulbo, que é um alongamento da medula espinhal. Ele controla importantes funções do nosso organismo, dentre elas: respiração, ritmo dos batimentos cardíacos e certos atos reflexos (como a deglutição, o vômito, a tosse e o piscar dos olhos). A anencefalia, para os defensores do aborto, seria equiparada à ausência de vida no bebê e, em tal caso, o aborto não seria aborto. Seria uma mera expulsão de um ente não-vivo (um cadáver) ou não-humano (uma coisa), cuja presença serviria apenas para incomodar a gestante. Já para os opositores, o anencéfalo seria um ser vivo, porque a Lei dos Transplantes (Lei 9.434/97) não utiliza a expressão "morte cerebral", o que daria a entender que a simples parada de funcionamento do cérebro seria um sinal suficiente de morte. A lei sempre fala em "morte encefálica", o que significa que todo o encéfalo (incluindo aí o tronco cerebral) deve parar de funcionar para que um paciente seja considerado morto e, assim, a sua retirada da barriga da gestante constituiria, em tese, crime de aborto. [...] No entanto, não encontro no ordenamento jurídico autorização para a prática do aborto pretendido pela requerente. [...] Também no Código Penal não há autorização para tal prática. O art. 128 do Estatuto Repressivo estabelece não ser punível o aborto praticado por médico "se não há outro meio para salvar a vida da gestante" ou "se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal". [...] Desse modo, na falta de autorização do ordenamento jurídico pátrio para a prática de aborto do bebê anencéfalo, deve ser provido o apelo ministerial, para cassar a licença concedida pelo juiz de primeiro grau, pois o anencéfalo não pode ser considerado "ser morto", sendo que a provocação de sua morte, se feita antes do nascimento, pode configurar crime de aborto, e se feita depois do nascimento, homicídio ou infanticídio. (Apelação Crime nº 70021944020, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em: 28/11/2007).

Ainda, decidem nesse sentido:

ALVARÁ JUDICIAL – ANENCEFALIA - PEDIDO DE INTERRUÇÃO TERAPÊUTICA DA GESTAÇÃO - DIREITO A VIDA. IMPOSSÍVEL DECRETAR OU MESMO ANTECIPAR A MORTE, MESMO DIANTE DA SITUAÇÃO APRESENTADA NOS AUTOS, POIS O FETO É INCONTROVERSO PODE NASCER COM VIDA, NÃO SENDO POSSÍVEL UTILIZAR A ANALOGIA E/OU PRINCÍPIOS GENÉRICOS PARA FUNDAMENTAR SUPOSIÇÕES E ILAÇÕES DESPROVIDAS DE QUALQUER FUNDAMENTO LEGAL.

[...] Colhi na literatura consultada que, anencefalia significa ausência do encéfalo. Essa definição é falha, uma vez que o encéfalo compreende, além do cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral. Os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando. O tronco cerebral é constituído principalmente pelo bulbo, que é um alongamento da medula espinhal. Controla importantes funções do nosso organismo, entre elas: a respiração, o ritmo dos batimentos cardíacos e certos atos reflexos (como a deglutição, o vômito, a tosse e o piscar dos olhos).

[...] Diante deste quadro, a questão jurídica da tensão entre dois direitos humanos fundamentais deve ser solucionada. De um lado, o direito à vida a todos assegurado após a concepção, tal como tradicional e cientificamente aceitos; e, de outro, o direito à dignidade, expressamente consagrado na Constituição e que busca por a vida humana à

salvo de todo tipo de dor e injustiça. Não basta viver, é necessário viver com dignidade. Direitos que naturalmente se completam, agora se conflitam, reclamando conciliação por parte do intérprete e operador do Direito para preservar seus núcleos mínimos de existência. Deve prevalecer o direito do FETO acéfalo de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto.

[...] A condição em que se encontra o ser humano não importa: se ele está doente, se está em fim de vida, se gostamos dele, se sua existência nos faz sofrer, tudo isso é secundário em relação ao direito primário a vida. [...]

Considero impossível decretar ou mesmo antecipar a morte, mesmo diante da situação apresentada nos autos, pois o FETO é incontroverso pode nascer com vida, não sendo possível utilizar a analogia e/ou princípios genéricos para fundamentar suposições e ilações desprovidas de qualquer fundamento legal. (MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação cível nº 1.0024.06.199818-3/001. Relator: Des. Nilo Lacerda, julgado 08 nov.2006.) Portanto, fica evidente que o aborto eugênico diante de nossa realidade é um ponto de debates e ideias conflituosas, além de ser uma prática constante (embora executada de forma ilegal). No que se refere à visão judicial fica mais evidente essa divisão, enquanto uns defendem e argumentam sobre a necessidade de reconhecimento legal dessa prática em benefício da mãe, outros resguardam-se em dizer que não há embasamento legal para tal ação, tutelando a vida do nascituro a qualquer custo.

CONCLUSÃO

O aborto tem sido um tema que gera muitas discussões prós e contras não somente nos debates político-legislativos, mas também nas rodas sociais e religiosas. A divisão a que se adentra com tal debate propicia inúmeros modificações na legislação brasileira, tanto para o lado de legalização para um aumento da pena.

Historicamente o tema aborto aparece como sendo um tabu na legislação. O aspecto cultural dos povos da floresta dava contornos específicos a cada tribo, uma vez que essas variações possuíam características específicas. Da mesma forma que a condição de sua legalidade sofre variações considerando sua contextualidade sócio-cultural. No Brasil Colônia, a influência moral e social tinha grande importância na hora de estabelecer regras sobre as condutas, e ainda estava arraigados nos costumes europeus (colonizadores) sendo que ainda estavam guiados pela legislação do País desbravador.

Com a instituição do Código de 1830, houve a inserção do aborto – primeira vez que aparece como crime na legislação brasileira genuína - tendo como objetivo criminalizar o aborto consentido e certa liberdade no caso do auto aborto, onde a gestante não era penalizada.

O interessante é ressaltar que o fato do terceiro ser alguém profissional resultar em uma majorante da pena. E isso evolui com o Código Criminal de 1890 onde o tema mais uma vez recebe tratamento especial e coloca o aborto de forma a criminalizar sua prática.

E assim, o Código Penal vigente de 1940 tipifica três espécies de figuras de aborto em seus artigos 124, 125, 126 e 127, e o artigo 128 que estabelece exceções, referindo a casos em que não há punição. O que se verifica nesse período é que a sociedade, ainda conservadora (e nessa classe se enquadram os representantes religiosos) possui grande influência sobre a questão do aborto, não obstante existam propostas de lei para alterar suas especificações normativas.

A definição do tema aborto, em resumo, pode ser vista como a interrupção do ciclo gestacional normal (em qualquer fase, o que é comum para muitos doutrinadores que definem o termo) de forma voluntária ou involuntária, independente da expulsão do feto do

útero. Na acepção legalista do termo é visto como uma prática que se enquadra num tipo penal e da qual decorrem certas sanções a seus agentes.

Não obstante, a doutrina eleja inúmeras classificações sobre o aborto considerando alguns elementos aos quais podem se relacionar, é importante ressaltar que o CP elenca a forma criminal (somado às suas qualificadoras) e duas formas de aborto legal: o denominado aborto necessário ou terapêutico.

Quando se analisam os elementos do tipo penal do aborto verifica-se em primeira mão que o que essa tipificação tutela é um objeto do princípio da vida enquanto direito fundamental, podendo ser do feto ou da gestante conforme o caso.

Dessa forma, pode-se dizer que também variam conforme o fato os sujeitos ativos e passivos da ação (que devem provocar).

No que tange ao aborto provocado por terceiro, rege-se pelos artigos 125 e 126 do CP. E nesse caso visa proteger a integridade da mãe e do nascituro. É interessante destacar que o legislador previne-se em não qualificar os abortos em que a gestante tem participação ou com o seu consentimento. No entanto, há uma lacuna, diferente da posição das normas de 1890, que os profissionais da saúde estão protegidos das penas da lei quando agirem nas hipóteses dos incisos do artigo 128 do CP (aborto necessário/terapêutico ou aborto ético, sentimental, piedoso ou humanitário).

O que se sabe é que no Brasil nada é pacífico quando se trata de aborto e a eugenia tem sido fortemente debatida e discutida principalmente nos bancos acadêmicos e tribunais. Longe do entendimento de ciência que busca um melhoramento de raças, a eugenia hoje deve ser vista com uma forma de melhoria na condição de vida. Não obstante a eugenia hoje, ao contrário de décadas passadas, poder ser confirmada com exames e diagnósticos precisos, ela ainda não encontra abrigo na legislação penal brasileira.

A doutrina é quase unânime em afirmar que o desenvolvimento de um feto anencéfalo como algo que traria sofrimentos para as famílias, para a gestante e que seria uma forma de indignidade a condição humana do feto. O eugenismo em linhas gerais não pode ser entendido como sendo apenas a interrupção da gravidez por motivos de anencefalias, mas ampliado a questões de má formação que inviabilizem a gestação até o final. Contudo o eugenismo destacado nessa pesquisa será aquele onde há casos de acrânicos ou anencéfalos.

O que vem acontecendo nos últimos anos com frequência é que a justiça tem liberado o aborto eugênico de fetos anencéfalo através de alvarás judiciais, não obstante não tenham nenhum respaldo direto na legislação, o que abre margem para posicionamentos contrários (que defendem a valorização da vida e a indisponibilidade) e favoráveis (que argumentam pela manutenção da dignidade).

Considerando como direito à vida aquele defendido constitucionalmente (art. 5º), superior aos demais direitos do ordenamento jurídico, tido como indisponível, essa disponibilidade é negada até para o Estado. Tem-se como vida numa acepção civil o início com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, nesse último caso, muitos outros autores e juristas defendem o direito à vida frente a práticas abortivas.

No que tange ao direito a dignidade enquanto expressão subjetiva prevista no art. 1º inc. III é que varia de acordo com a posição de quem alega. Mas a pessoa humana poderá dizer que possui dignidade, segundo o que emana dos princípios constitucionais quando tiver reconhecimento de seus valores morais, religiosos, sociais, os quais fazem parte da própria formação do ser.

Porém, quando se adentra a esfera do aborto é visível uma resistência acerca do aborto de forma geral e a força religiosa possui grande influência nas decisões de liberalidade legislativa. Essa influência varia de acordo com as religiões e o contexto a que se manifestam.

Segundo a ótica da religião muitas são as disposições. A Igreja Católica é contra a prática do aborto pela defesa da vida como absoluto, imutável e intangível, não admitindo em nenhuma hipótese. Acreditam que desde a concepção já há uma ligação com a alma. O feto é igualado em direitos (sagrado, natural e social) com os adultos. Os protestantes se posicionam de forma menos radical que a igreja católica em relação ao aborto, admitindo sendo para salvar a vida da mãe. No que tange a concepção, os evangélicos possuem as mesmas vertentes e crenças. O judaísmo vê o aborto como ofensa moral, porém aceitado por recomendações médicas ou de igual gravidade. Sempre optando pela vida materna em caso de riscos. A tradição islâmica entende que até o quarto mês de gestação pode ser realizado o aborto, porque o feto ainda não está animado. Utilizam essa prática como forma de controle.

Desta forma, na legislação brasileira, o aborto pode ser verificado no Código Penal em seus artigos 124 a 128, sendo eles: o auto aborto em que a grávida pratica em si mesma; o consentido ou sem o consentimento da gestante em que um terceiro pratica; e as excludentes em que um médico pratica o aborto para salvar a vida da gestante que corre riscos ou em gravidez resultado de estupro a pedido da própria mulher, desde que apresente laudos que comprovem o perigo a gestante. Todavia, o aborto eugênico de fetos anencéfalos ou acrânicos não tem previsão permissiva legal no ordenamento jurídico.

O aborto necessário ou terapêutico, além da necessidade de ser praticado por um médico, deve ter a finalidade de salvar a vida da gestante, o que se comprova com laudo de uma junta médica, e alguns ainda solicitam autorização do juiz.

Da mesma forma os médicos que se dispuserem a realizar um aborto em função da gravidez ser resultado de estupro, é necessário que o mesmo tenha em mãos o boletim de ocorrência, um exame de corpo de delito como forma comprobatória, uma declaração de consentimento da gestante ou seu representante legal.

Sendo então, no que diz respeito ao aborto eugênico, a lei brasileira não autoriza expressamente. Todavia, a jurisprudência vem agindo de forma antecipada e concedendo alvarás judiciais para a execução de aborto com fetos anencéfalos.

Alguns juízes são contra a expedição dessa autorização via alvarás e argumentam que se o aborto por indicação eugênica não é admitido pelo Código Penal, impossível falar de prévia autorização judicial para interromper a gravidez.

As decisões judiciais estão divididas entre favoráveis e contrários. Os favoráveis argumentam que o Pedido de autorização judicial instruído com laudos médicos e psicológicos – feto portador de anencefalia – Admissibilidade da interrupção da gravidez eis que evidenciado risco à saúde da gestante, especialmente psicológica. Que para sua realização é necessária autorização judiciária. Diante da moléstia apontada no feto, que provavelmente lhe causará a morte e, em caso de sobrevivência terá consequências terríveis, pode-se vislumbrar na continuação da gestação sério risco para a saúde mental da primeira apelante, o que inclui a situação na hipótese de aborto terapêutico previsto naquele dispositivo.

E ainda, que o “aborto eugênico” decorre de anomalia comprometidora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto. Embora não incluída a interrupção da gravidez, neste caso, nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, tem embasamento na causa supralegal autônoma de exclusão da culpabilidade, de inexigibilidade de outra conduta.

E, como argumentos contrários verifica-se que é necessária a comprovação da anencefalia de forma inequívoca e de que o feto não sobreviverá fora do útero. A Des.^a Elba

Aparecida Nicolli Bastos do TJ RS decide que a criança tendo condições de nascer com vida é preciso negar provimentos.

Portanto, fica manifesto que o aborto eugênico diante de nossa realidade é um ponto de debates e ideias conflituosas, além de ser uma prática constante (embora executada de forma ilegal). No que se refere à visão jurisprudencial fica mais evidente essa divisão, enquanto uns defendem e argumentam sobre a necessidade de reconhecimento legal dessa prática em benefício da mãe, outros resguardam-se em dizer que não há embasamento legal para tal ação, tutelando a vida do nascituro a qualquer custo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Conceito analítico de Direitos Fundamentais. Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 7, n° 22, p. 170-193, jan/março 2013.
02. BALBINOT, Rachele A. A. O Aborto: perspectiva e abordagem diferenciadas. Revista Sequência, n.º 46, p. 93-119, jul. de 2003.
03. BARBATO JR. Roberto. O aborto de fetos anencéfalos: O direito e a realidade atual. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13630-13631-1-PB.pdf>. Acesso em: 10/10/2015.
04. BARBOSA, Ana. Aborto: abordagem do tipo penal e suas espécies. 2015.
05. BESSA, Leonardo Roscoe. Disponível em: www2.correioweb.com.br/cw/2001-06-18/mat_42326.htm. Acesso em 14/10/2002. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
06. _____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
07. _____. Lei de 16, de dezembro de 1830. Manda Executar o Código Criminal. Rio de Janeiro: Senado, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20/08/2015.
08. _____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro: Senado, 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 20/08/2015.
09. BRITO, Virgínia Rossana de Sousa, et all. Malformações Congênitas e fatores de risco em Campina Grande – Paraíba. Rev. Rene. Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 27-36, abr./jun. 2010.
10. CAPEZ, Fernando. Curso direito penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva 2003. v. 1.
11. CFM. Conselho Regional de Medicina. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989/2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br>.
12. CONTI, Paulo Henrique Burg. Aborto eugênico: aspectos éticos e jurídico-penais em face da Constituição Federal. – Porto Alegre, 2008.
13. COSTA, Amanda. Descriminalização do aborto. Monografia. Governador Valadares. 2011. Universidade do Rio Doce.

14. DAMASCENO, Chico, Divaldo e a visão espírita sobre o aborto. Disponível em: <http://www.damasceno.info/damasceno/MeuSite/Espiritual/VisaoEspiritaAborto.pdf> Acesso em: 10/10/2015.
15. DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 2ª ed. aum. Atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
16. FIGUEIREDO, Fabio Vieira, et al. Teoria Unificada. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
17. GONÇALVES, Deivid Wilson P. de O e CARVALHO, Jô de. A legalização do aborto em casos de anencefalia no Brasil. Ano 2 (2013), nº 4, p.p. 2791-2830. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>
18. GUERRA, Sidney. O principio da dignidade humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006.
19. HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001.
20. IVES GRANDA DA SILVA MARTINS FILHO. O Ordenamento Jurídico Brasileiro. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 1, n. 3, julho 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/ordenamento%20jur%20brasil.htm. Acesso em: 02/09/2015.
21. JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. 2º vol; parte especial. 23ª ed. São Paulo, 2001.
22. KALSING, Vera Simone Schaefer. A votação do projeto de regulamentação do aborto legal na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul: o projeto de lei nº148/97. Dissertação de Mestrado em Sociologia, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.
23. MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
24. MONDINI, Camila, et all. Eugenia: a ovelha negra da Ciência. Disponível em: www2.pucpr.br/reol/index.php/3jointh?dd99=pdf&dd1=7728. Acesso em: 29/08/2015.
25. MORAES, Lorena. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher. 2008, p.p. 50 – 58, Senatus, Brasília, V. 6 n. 1 maio 2008.
26. NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal – Dos crimes contra a pessoa e Dos crimes contra o Patrimônio. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v2.
27. NUNES, Maria José Rosado. O tema do aborto na igreja católica. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a12v64n2.pdf> Acesso em: 10/10/2015.
28. SCHOR, N.; ALVARENGA, A. T. O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados. Rev. Bras. Cresc. Dás. Hum., São Paulo, IV(2), 1994.
29. TEODORO, Frediano José Momesso. Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação. Curitiba, PR: Juruá, 2007.
30. WEISSHEIMER, Loreno. Direitos fundamentais, perspectiva histórica, características e função. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NO ACIDENTE DE TRABALHO

Mônica Rossato
Sirlene Moreira Fideles.

RESUMO - Este trabalho teve como escopo principal evidenciar se pode existir responsabilização civil nos casos de acidente de trabalho e em que casos esta pode ocorrer. Para tanto, foram realizadas pesquisas que fossem capazes de atrelar duas áreas diversas mas que mantêm relação entre si quando se trata do tema em comento, vez que o instituto jurídico do acidente de trabalho desenvolve-se no Direito do Trabalho e o instituto da responsabilização civil no Direito Civil. O trabalho deixa claro que o empregador responde por todos os danos ocorridos com o empregado em seu ambiente laboral, ainda que não haja culpa de sua parte, ou seja, basta a ocorrência do dano e do nexo de causalidade para que o empregador possa ser responsabilizado civilmente. Ademais, foi possível inferir que os acidentes de trabalho ensejam para o empregado tanto o amparo da Previdência Social, quanto a possibilidade de arguição de indenização civil em virtude do acidente de trabalho ou equiparados. Por fim, foi possível observar que, atualmente, a preocupação do empregador com a saúde e bem estar físico do empregado tem aumentado na medida em que o empregado tem buscado a reparação do dano através das indenizações cíveis.

Palavras-chave: responsabilização civil, acidente de trabalho, indenização, empregado; empregador.

ABSTRACT - This work had as main scope evidence can be civil liability in case of accidents at work and in what cases this may occur. To this end, surveys were conducted that were able to tow two different areas but maintain a relationship with each other when it comes to the topic under discussion, since the legal institute of industrial accident develops the labor law and civil accountability Institute on Civil right. The work makes it clear that the employer is responsible for all damages incurred by the employee in his workplace, even though there is your share of the blame, that is, simply the occurrence of damage and causation for the employer may be held responsible civilly. Furthermore, it was possible to infer that accidents at work ensejam to the employee both the protection of Social Security, as the possibility of civil indemnity complaint under industrial accident or equivalent. Finally, it observed that currently the employer's concern for the health and wellbeing employee physicist has increased to the extent that the employee has sought to repair the damage through civil damages.

Keywords: civil liability, work accident, indemnity, employed, employer.

INTRODUÇÃO - O tema central do presente trabalho é discorrer acerca da existência ou inexistência de responsabilidade civil do empregador nos acidentes de trabalho.

Inicialmente, é necessário frisar que a indenização evidenciada neste trabalho é decorrente da responsabilização civil, não se confundindo com qualquer outra indenização.

Pessoas leigas na área jurídica tendem a acreditar que se o empregado receber o auxílio previdenciário (seja ele auxílio-acidente, auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), já estará fazendo jus a todos os seus benefícios derivados do acidente de trabalho. Todavia, o que não sabem é que, além do acidente gerar consequências na esfera previdenciária, também pode gerar efeitos na esfera cível, sendo que tal questão será abordada neste trabalho.

O trabalho é dividido em 3 (três) capítulos: dos acidentes e doenças ocupacionais, da responsabilidade civil e segurança e medicina do trabalho.

O primeiro capítulo abordará o que são acidentes de trabalho, bem como suas variantes, tais como, acidentes de trajeto, acidentes de trabalho por equiparação, doenças profissionais, doenças do trabalho e outras causas de acidentes. Se estabelecerá um paralelo entre acidente de trabalho e doenças ocupacionais, explicitando suas diferenças mas, ao mesmo tempo, ressaltando o motivo das doenças ocupacionais serem equiparadas a acidentes de trabalho.

O segundo capítulo tratará de uma matéria de suma importância na prevenção dos acidentes de trabalho: a segurança e medicina no trabalho. No que tange a esta matéria serão abordadas quais as medidas que o empregador pode e deve adotar a fim de evitar acidentes de trabalho, a importância do uso dos equipamentos de proteção individual e a fiscalização do ambiente de trabalho.

Por fim, o terceiro e último capítulo tratará da responsabilidade civil, esclarecendo quais os requisitos necessários e em que casos é possível haver a responsabilização do empregador e conseqüentemente a indenização em decorrência do sinistro.

Em regra, de acordo com nossa legislação, o empregador responde pelos atos de seus empregados e/ou prepostos. Partindo dessa afirmativa, surgem alguns questionamentos. Será sempre aplicada a teoria da responsabilidade objetiva aos casos de acidentes do trabalho? E quando o empregado concorre para a ocorrência do acidente? Seria justo responsabilizar o empregador pelos atos de seus empregados mesmo que estes atos não mantenham relação direta com o fato gerador do acidente? São esses e outros questionamentos que serão respondidos, utilizando-se dos institutos da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade objetiva, baseando-se principalmente na existência de três requisitos da responsabilidade civil: dano, ato ilícito e nexô causal. Ainda neste capítulo, será abordada a existência da indenização por dano moral nos acidentes de trabalho, bem como de outras possíveis indenizações, tais como estéticas, por danos reflexos e por danos indiretos.

1 DOS ACIDENTES E DOENÇAS OCUPACIONAIS

Antes de qualquer explanação sobre acidente de trabalho, há que se definir, em linhas gerais, o que vem a ser acidente de trabalho, doenças do trabalho e suas nuances.

De acordo com o Ministério da Previdência Social: acidente do trabalho é aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional, permanente ou temporária, que cause a morte, a perda ou a redução da capacidade para o trabalho. Consideram-se acidente do trabalho a doença profissional e a doença do trabalho. Equiparam-se também ao acidente do trabalho: o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a ocorrência da lesão; certos acidentes sofridos pelo segurado no local e no horário de trabalho; a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade; e o acidente sofrido a serviço da empresa ou no trajeto entre a residência e o local de trabalho do segurado e vice-versa (BRASIL, 2015).

Sob o prisma dado pelo Ministério da Previdência Social é possível inferir que existem subdivisões do gênero acidente de trabalho, sendo elas divididas no presente trabalho da seguinte forma: acidente de trabalho típico, acidente de trajeto, acidente por equiparação, doença profissional, doença do trabalho e outras causas de acidente. Vejamos cada uma delas.

1.1 ACIDENTES DE TRABALHO TÍPICOS

Empreendendo a análise do art. 19 da Lei da Previdência Social (Lei 8.213/91), é possível extrair o conceito de acidente de trabalho típico, ora apresentado: acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (BRASIL, 1991).

Nestes termos, acidente de trabalho típico é aquele que foi ocasionado diretamente pela atividade profissional desempenhada pelo empregado, ou seja, desenvolveu-se no próprio local de trabalho, tendo provocado lesão corporal, perda ou redução da capacidade laboral e/ou morte.

Oliveira, (2013, p. 48) aduz que: o fato gerador do acidente típico geralmente mostra-se como evento súbito, inesperado, externo ao trabalhador e fortuito no sentido de que não foi provocado pela vítima. Os efeitos danosos normalmente são imediatos e o evento é perfeitamente identificável, tanto com relação ao local da ocorrência quanto no que tange ao momento do sinistro, diferentemente do que ocorre nas doenças ocupacionais.

Verifica-se que, no caso do acidente de trabalho típico ele se desenvolve em um só momento fático, sendo que suas consequências geralmente se desenvolvem também no mesmo momento, diferentemente do que ocorre com as doenças ocupacionais que, como veremos adiante, se desenvolvem pela prática reiterada, de forma não súbita, razão pela qual é difícil precisar o momento exato em que a doença foi adquirida e passou a se desenvolver.

1.2 ACIDENTE DE TRAJETO

O acidente de trajeto tem como característica principal não a forma como ocorre (como no caso do acidente típico), mas sim o local em que ocorre. Esse tipo de acidente é aquele que não ocorreu no local de trabalho propriamente dito, mas sim, no desenvolvimento do trajeto entre a residência do empregado e seu local de trabalho. É o que dispõe o art. 21 da Lei 8.213/91: art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para os efeitos desta Lei: [...]

IV — o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

[...]

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado (NBR 8213: 1991).

O dispositivo legal deixa claro que caracteriza-se acidente de trajeto aquele sofrido no percurso da residência ao local de trabalho e vice-versa e, ainda, que independe o meio de locomoção utilizado pelo empregado, seja veículo disponibilizado pelo empregador ou seja veículo próprio do empregado.

Entretanto, o texto legal deixou brecha no que concerne ao que seria percurso para o trabalho ou não. A doutrina aponta essa falha afirmando que nossa legislação não define os limites ou distâncias em que pode-se afirmar ser um acidente de trabalho. Essa

hipótese é levantada vez que normalmente o empregado se desloca para o trabalho em seu veículo próprio, e, em algumas vezes, pode sair da rota habitual para fazer alguma atividade pessoal como passar na farmácia, fazer alguma refeição, etc. Daí surge a pergunta: nestes casos, ainda que o empregado saia de sua rota habitual, caso ocorra um acidente de trabalho, seria caracterizado acidente de trajeto e, conseqüentemente, caberia ao empregador prestar-lhe alguma reparação cível caso seja cabível?

Oliveira, (2013, p. 60) apresenta seu posicionamento a fim de dirimir esse problema, vejamos: surgem grandes controvérsias quanto ao entendimento do que seja o percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela. O trabalhador com frequência desvia-se desse percurso por algum interesse particular, para uma atividade de lazer ou compras em um supermercado ou farmácia, por exemplo.

Como será necessário estabelecer o nexo causal do acidente com o trabalho, são aceitáveis pequenos desvios e toleradas algumas variações quanto ao tempo de deslocamento, desde que “compatíveis com o percurso do referido trajeto”, porquanto a Previdência Social, na esfera administrativa, não considera acidente do trabalho quando o segurado, por interesse pessoal, interrompe ou altera o percurso habitual. Se o tempo do deslocamento (nexo cronológico) fugir do usual ou se o trajeto habitual (nexo topográfico) for alterado substancialmente, resta descaracterizada a relação de causalidade do acidente com o trabalho.

O posicionamento adotado por este autor é o da grande maioria da doutrina, a qual prescreve que caso o desvio do percurso para o trabalho não seja alterado de forma relevante, ainda que saia da rota habitual, seria sim considerado acidente de trajeto. Ressalta-se que este não é o entendimento da Previdência Social vez que, para esta, basta que o empregado saia de seu percurso habitual que já não se falaria em acidente de trajeto.

1.3 DO ACIDENTE DE TRABALHO POR EQUIPARAÇÃO

Os acidentes de trabalho por equiparação nada mais são do que as doenças ocupacionais que ganharam “status” de acidente.

Como regra geral, acidentes são aqueles que decorrem de uma causa abrupta e que se desenvolvem em um único contexto fático, como é o caso do empregado que perde um membro do seu corpo após acidente em uma máquina cortante. Já as doenças ocupacionais costumam ter suas conseqüências delineadas após lapso temporal, caso em que não se amoldaria ao conceito de acidente de trabalho em sentido estrito.

Entretanto, em que pese haver essas diferenças de cunho temporal, as doenças ocupacionais foram elevadas por nossa legislação ao patamar de acidentes de trabalho por equiparação, conforme dita o art. 20 da Lei 8.213/91:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

- I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;
- II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I (BRASIL, 1991).

Desta feita, em que pese as doenças ocupacionais não se amoldarem ao conceito stricto sensu de acidente de trabalho são portadoras das mesmas normatividades estabelecidas ao acidente de trabalho, gerando as mesmas conseqüências jurídicas daqueles.

1.4 DA DOENÇA PROFISSIONAL E DA DOENÇA DO TRABALHO

De relevante, há que se dizer que o termo doenças ocupacionais é utilizado tanto para se referir as doenças profissionais quanto as doenças do trabalho, vez que é um termo lato sensu. Passemos agora para o mérito do tema supramencionado.

Em linhas gerais, pode-se dizer que doenças profissionais são aquelas tipicamente derivadas da atividade funcional desempenhada pelo empregado.

Oliveira (2013, p. 51) nos ensina que: o exercício de determinada profissão pode produzir ou desencadear certas patologias, sendo que, nessa hipótese, onexo causal da doença com a atividade é presumido. É o caso, por exemplo, do empregado de uma mineradora que trabalha exposto ao pó de sílica e contrai a silicose.

Neste caso, por exemplo, há uma presunção do nexo causal entre a atividade desempenhada pelo empregado e a doença adquirida, vez que a silicose é doença que só se adquire em contato com o pó de sílica, restando absorvida a produção de provas por parte do empregado.

Em toda atividade em que a doença tiver uma causa específica e restrita a casos bem delineados, estaremos falando de doenças profissionais.

Já as doenças do trabalho, também denominadas mesopatias:

[...] não têm nexo causal presumido, exigindo comprovação de que a patologia desenvolveu-se em razão das condições especiais em que o trabalho foi realizado. O grupo atual das LER/DORT é um exemplo das doenças do trabalho, já que podem ser adquiridas ou desencadeadas em qualquer atividade, sem vinculação direta a determinada profissão. (OLIVEIRA, 2013, p. 51).

Podemos afirmar que sempre que a atividade desenvolvida pelo empregado for determinante para o desenvolvimento da doença será então uma doença profissional, da mesma forma que quando a atividade desenvolvida pelo empregado não implicar o desenvolvimento direto da doença trata-se de doença do trabalho.

Desta forma, quando uma doença for desenvolvida no lapso laboral mas que puder ser ocasionada por fatores externos, ou seja, puder ser ocasionada e/ou desenvolvida por outras atividades, fala-se em doença do trabalho. Já no caso das profissionais, a própria atividade por si só já é causa única e exclusiva da doença, não havendo qualquer interferência do meio externo.

É importante se fazer essa diferenciação vez que se for constatada o caso de doença do trabalho o empregado tem o dever de demonstrar a relação de causalidade existente entre a doença e o trabalho desempenhado. Todavia, se se considerar doença profissional, o nexo causal entre a doença e o trabalho é presumido, não necessitando de nenhuma prova de causalidade. Nesta conjuntura, o empregado que sofreu doença do trabalho de plano já faz jus a benefícios previdenciários, bem como indenizações cíveis, fato que não ocorre com empregados com doenças profissionais, pois este deverá provar este nexo de causalidade, prova que algumas vezes se mostra difícil.

Ademais, tem-se ao alcance uma ferramenta previdenciária que pode auxiliar na produção de prova do nexo causal entre a função desempenhada pelo empregado e a doença adquirida, qual seja: o Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP).

O Nexo Técnico Epidemiológico nada mais é do que um estudo realizado por profissional da área, visando esclarecer, através de correlações, se a doença ocupacional adquirida pelo empregado tem vinculação com a atividade exercida por ele em seu local de trabalho, ou seja, busca determinar o liame entre o dano (doença adquirida) e sua atividade laboral.

Tal ferramenta foi introduzida pelo o art. 21- A da Lei 8.213/91, in verbis :

Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o

agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

§ 1.º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexa de que trata o caput deste artigo.

§ 2.º A empresa poderá requerer a não aplicação do nexa técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social. (BRASIL, 1991)

Observa-se que o Nexa Técnico Epidemiológico pode ser de grande valia na produção de provas do empregado, vez que este é parte hipossuficiente na relação em comento, entretanto, as conclusões dadas por ele consiste em uma presunção de veracidade, e, portanto, admite prova em contrário.

1.5 OUTRAS CAUSAS DE ACIDENTES

Além das hipóteses supramencionadas, também existem os acidentes concausa que, assim como as doenças ocupacionais, são equiparadas a acidentes de trabalho. Vejamos sua previsão legal no art. 21 da Lei 8.213/91:

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para os efeitos desta Lei:

I — o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para a redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação. (BRASIL, 1991).

Valendo-se do dispositivo legal é possível extrair que o acidente concausa é aquele ligado ao trabalho mas que, sua causa principal ou sua causa inicial não derivou da atividade laboral. São acidentes que têm sua causa desencadeadora por fatores externos, sendo que a atividade laboral tem apenas o condão de agravar o caso. “As concausas podem ocorrer por fatores preexistentes, supervenientes ou concomitantes com aquela causa que desencadeou o acidente ou a doença ocupacional.” (OLIVEIRA, 2013, p. 58).

Exemplo desta, é a perda da capacidade auditiva que pode se dar pela exposição do empregado a ruídos no local de trabalho e também a fatores externos como a faixa etária.

Outro caso a ser considerado como concausa é aquele em que um empregado que possui diabetes sofre um pequeno corte e vem a falecer por conta de uma hemorragia, fato que não ocorreria em qualquer outro empregado que não fosse diabético.

Perceba que, nas concausas o acidente em *latu sensu* não se desenvolve apenas por causas externas, mas também por características pessoais do empregado que, de alguma forma, contribuem para o desenvolvimento ou agravamento do acidente.

Por fim, o art. 21, inc. II, III e IV da Lei 8.213/91 também nos traz a hipótese de outros fatos que, assim como os descritos acima, são equiparados a acidente de trabalho e consequentemente possuem todas as consequências jurídicas destes.

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

[...]

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:

- a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
- b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
- c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;

- d) ato de pessoa privada do uso da razão;
- e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

- a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;
- b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
- c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado (BRASIL, 1991).

Assim, analisando este dispositivo legal é possível extrair vários pontos importantes para nosso estudo como o fato de que o empregador responde pelos atos de seus empregados uns contra os outros enquanto estes estiverem sob sua guarda ou autoridade, bem como responde pelos danos que sobrevierem ao empregado que estiver fora do seu local de trabalho, porém desempenhando atividades sob a ordem do empregador.

2 SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO

A legislação brasileira vigente tem buscado cada dia mais proteger a integridade física e psíquica do trabalhador. Essa busca se dá em virtude do número expressivo de acidentes de trabalho e doenças decorrentes do trabalho ocorridas ano a ano no Brasil, assim como pelo fato de que o trabalhador ser parte hipossuficiente, razão pela qual a legislação busca resguardar seus direitos e equilibrar as relações de trabalho.

A saúde do trabalhador é tema tão significativo que nossa Carta Magna, em seu artigo 7º elencou os direitos gerais dos trabalhadores, dentre estes, muitos voltados para o bem estar físico e psíquico do trabalhador, conforme se observa nos incisos IX, XIII, XIV, XV, XXII, XXIII, XXVIII, XXXIII, dentre outros disseminados no corpo dela.

Dentre os incisos ora apontados, cabe ressaltar alguns deles que tratam especificamente sobre o tema deste trabalho, a saber:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (BRASIL, 1988, p. 10).

Além da Constituição Federal também encontramos junto a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), normas explícitas e implícitas preocupadas com a saúde do trabalhador, de tal maneira que encontramos nela o capítulo V totalmente voltado para a segurança e medicina do trabalho.

No âmbito internacional também percebemos essa preocupação materializada através das Convenções, tais como a Convenção nº 12 de 1921 que trata de acidentes de trabalho na agricultura, a Convenção nº 17 de 1925 que trata sobre a indenização por acidente do trabalho, a Convenção nº 18 de 1925 que trata sobre a indenização por enfermidades profissionais, a Convenção nº 155 de 1981 que trata sobre a segurança e a saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, dentre várias outras.

Mas afinal, tanto se fala em saúde do trabalhador, mas o que é saúde?

Segundo a Organização Mundial de Saúde, saúde “é o completo bem estar psíquico, mental e social do indivíduo”.

No intuito de proteger esse completo bem estar do trabalhador foi criado, dentro do Direito do Trabalho, o ramo denominado Segurança e Medicina do Trabalho, o qual é definido por Martins, (2011, p. 657) como: “A segurança e medicina do trabalho são o segmento do Direito do Trabalho incumbido de oferecer condições de proteção à saúde do trabalhador no local de trabalho, e de sua recuperação quando não estiver em condições de prestar serviços ao empregador”.

No mesmo sentido, Nascimento, (2013, p. 870) preceitua que: a segurança do trabalho é o conjunto de medidas que versam sobre condições específicas de instalação do estabelecimento e de suas máquinas, visando à garantia do trabalhador contra a natural exposição aos riscos inerentes à prática da atividade profissional.

Assim, esse segmento do Direito do Trabalho é desenvolvido através de orientações preventivas destinadas ao empregador e ao empregado, que didaticamente é subdividido em: medidas preventivas de acidente do trabalho, equipamentos de proteção individual (EPI) e fiscalização do trabalho, os quais serão desenvolvidos a seguir.

2.1 MEDIDAS PREVENTIVAS DE ACIDENTE DE TRABALHO

As medidas preventivas como o próprio nome nos permite definir são medidas a serem observadas a fim de que os acidentes de trabalho sejam evitados e/ou ao menos atenuados.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 157 e 158, dispõe acerca de algumas medidas que as empresas, ou seja, o empregador e os empregados devem tomar, conjuntamente, a fim de evitar possíveis acidentes de trabalho. Vejamos:

Art. 157 - Cabe às empresas:

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Art. 158 - Cabe aos empregados:

- I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;
- II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo (BRASIL, 1943).

Em que pese a legislação trazer orientações acerca dessas medidas mitigadores dos acidentes de trabalho, infelizmente a realidade brasileira nos revela um número expressivo de acidentes e doenças do trabalho. Cassar, (2011, p. 1025) indica uma possível origem para esse índice, afirmando que: as doenças profissionais, os acidentes de trabalho, as enfermidades físicas e psíquicas e a redução da capacidade laborativa muitas vezes decorrem das más condições em que o trabalho se realiza ou do ambiente hostil de trabalho. Acresça-se a isso as jornadas excessivas, a postura inadequada na execução do serviço, a mecanização do trabalho; a supressão ou redução das pausas e descansos, a falta de alimentação adequada, a cobrança de maior produtividade, as tarefas repetitivas, os agentes químicos, físicos e biológicos do ambiente de trabalho. Todos esses fatores abalam a saúde do empregado.

Uma das principais medidas indicadas pela legislação é o exame médico.

Conforme, Martins, (2011, p. 658) “O exame médico é uma das medidas preventivas de medicina do trabalho”.

Nossa legislação exige que o trabalhador se submeta a exame médico, no momento de sua admissão, demissão e periodicamente, com o intuito de identificar possíveis problemas de saúde. Essa previsão está disposta no artigo 168 da Consolidação das Leis do Trabalho, abaixo transcrito:

Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

I - na admissão;

II - na demissão;

III – periodicamente (BRASIL, 1943, p. 897)

A legislação também impõe aos empregadores que forneçam a seus empregados equipamentos de proteção individual, vez que estes equipamentos são, sem sombra de dúvidas, os instrumentos mais eficazes na prevenção dos acidentes de trabalho, instrumento com tamanha importância que será melhor desenvolvido adiante.

Ademais, a legislação trabalhista também previu que toda empresa que possuir determinado número de empregados (comumente 50 empregados) é obrigada a constituir uma Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), conforme as instruções do Ministério do Trabalho, que estão contidas na NR 5 da Portaria nº 3.214/78.

Essa Comissão Interna tem por objetivo observar e relatar as condições de risco nos ambientes de trabalho e solicitar as medidas para reduzir até eliminar os riscos existentes e/ou neutralizá-los, discutindo os acidentes ocorridos e solicitando medidas que os previnam, assim como orientando os trabalhadores quanto a sua prevenção (MARTINS, 2011, p. 661).

O dirigente dessa comissão, que é constituída por representantes dos empregados, tem como função “indicar a área de risco de acidente e solicitar as medidas necessárias para recuperação, manutenção e prevenção de riscos” (CASSAR, 2011, p. 1204).

Por força de lei, as empresas, ainda: estão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, nos quais será necessária a existência de profissionais especializados exigidos em cada empresa (médico e engenheiro do trabalho). São os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) (MARTINS, 2011, p. 660).

Como medida de mitigação das consequências dos acidentes o artigo 168, § 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, preceitua que:

§ 4.º. O empregador manterá, no estabelecimento, o material necessário á prestação de primeiros socorros médicos, de acordo com o risco da atividade (BRASIL, 1943, p. 897).

Esse último instrumento traz, principalmente, a ideia de uma medida reparadora, vez que os equipamentos de primeiros socorros são utilizados após a ocorrência de um acidente; todavia, não deixa de ter uma essência de medida preventiva, haja vista que se os primeiros socorros forem realizados por profissionais e de forma eficiente podem evitar o desenvolvimento de danos de maior extensão.

2.2 EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

Por equipamento de proteção individual Cassar, (2011, p. 1026) entende que é: “todo instrumento, vestimenta, dispositivo, equipamento ou produto destinado a proteger, eliminar, neutralizar ou reduzir os riscos inerentes ao trabalho ou ao ambiente”.

Diante do conceito apresentado é possível inferir que esses equipamentos devem ser utilizados pelos trabalhadores no momento de suas atividades a fim de evitar possíveis acidentes de trabalho e/ou doenças do trabalho que possam vir a ocorrer. Assim, “a empresa é obrigada a fornecer gratuitamente os equipamentos de proteção individual [...] sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados” (NASCIMENTO, 2013, p. 873).

No mesmo sentido Martins, (2011, p. 660) aduz que “as empresas devem fornecer obrigatoriamente aos empregados o equipamento de proteção individual (EPI), gratuitamente, de maneira a protegê-los contra os riscos de acidentes de trabalho e danos a sua saúde”.

São exemplos de equipamentos de proteção individual: protetores auriculares, luvas, máscaras, capacetes, calçados específicos, óculos, vestimenta adequada à função exercida pelo trabalhador, dentre outros.

Porém, o simples fato do empregador fornecer os equipamentos de proteção individual não é suficiente se os equipamentos não forem adequados à função desenvolvida pelo trabalhador e as especificidades desta, haja vista que cada função necessita de um equipamento adequado, capaz de impedir determinado risco inerente aquele trabalho.

Martins (2011, p. 660) nos alerta que: “Quanto ao epi, o empregador deverá adquirir o tipo adequado às atividades do empregado; treinar o trabalhador para o seu uso; substituí-lo quando danificado ou extraviado; e tornar obrigatório seu uso”.

Importante salientar que a NR 6 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho dispõe acerca dos equipamentos de proteção individual e descreve precisamente para quais atividades determinado equipamento possui eficácia, de forma que o empregador deve estar atento a esta portaria por questão de segurança.

Denota-se, entretanto, que além do fornecimento dos equipamentos de proteção individual deve o empregador fiscalizar se os seus empregados estão utilizando diariamente referidos equipamentos, bem como se o uso está adequado aos parâmetros de segurança. No mesmo sentido Martins, (2011, p. 660), complementa que “há a necessidade de que o empregador e seus prepostos fiscalizem o efetivo uso dos epis”.

2.3 FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

Infelizmente, grande parte das empresas não possui a preocupação com a saúde do trabalhador de forma espontânea, tampouco respeitam as normas de segurança e saúde do trabalho ora apontadas. Diante disso, fazem-se necessárias constantes fiscalizações a fim de que a legislação trabalhista seja devidamente observada.

Atento a essa necessidade, a Constituição Federal, em seu artigo 21, inciso XXIV dispõe que:

Art. 21. Compete a União:

XXIV – organizar, manter e executar a inspeção do trabalho (BRASIL, 1998).

Atualmente, compete ao Ministério do Trabalho, através de seus auditores/ fiscais, a incumbência de desenvolver os trabalhos de fiscalização do trabalho, visto que este órgão tem como função principal velar pelo cumprimento das leis trabalhistas.

Conforme Martins, (2011, p. 676): o fiscal deve autuar a empresa quando verificar a inobservância da lei por parte desta, sob pena de responsabilidade administrativa. Quando da expedição de novas leis, regulamentos ou instruções ministeriais, ou em se tratando de primeira inspeção em estabelecimentos recém-inaugurados, deverá o fiscal obedecer ao critério da dupla visita, sendo que na primeira deverá instruir sobre a maneira de ser aplicada a lei (art. 627 da CLT).

Diante dessa fiscalização o fiscal poderá encontrar irregularidades sanáveis ou não sanáveis, ocasião em que poderá proceder de duas maneiras distintas, assim referidas por Martins, (2011, p. 680): quando as irregularidades forem sanáveis, o inspetor deverá conceder um prazo à empresa para que cumpra as determinações. Se a infração for insanável, a fiscalização autuará a empresa, impondo-lhe multa.

Assim, podemos constatar que a função do fiscal do trabalho não se restringe tão somente à imposição de penalidades decorrentes do não cumprimento da lei, mas,

também a de orientar os empregadores acerca da legislação trabalhista vigente, explicitando quais diretrizes o empregador deve seguir. Nas palavras de Martins (2011, p. 675)

O fiscal do trabalho, porém, não tem apenas a função de aplicador de multas ou de fiel cumpridor das leis, mas também de orientador, de mostrar às empresas como a lei deve ser aplicada, principalmente em se tratando de legislação recente. Na verdade, o fiscal do trabalho vai mostrar os erros cometidos pela empresa, para esta enquadrar-se na legislação trabalhista, inclusive quando à medicina e segurança do trabalho.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é o instituto jurídico que preceitua que o agente causador de um dano tem o dever de repará-lo. Tal instituto é regulado pelo Código Civil, em seus artigos 196 c/c 927, que aduz:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002, p. 208).

Através do texto legal é possível extrair alguns requisitos (também chamados de elementos) da responsabilidade civil, quais sejam: dano, ato ilícito e nexa causal. Assim, estando presentes tais requisitos, cumulativamente, a vítima, no caso do presente trabalho o empregado, pode pleitear em juízo indenização em virtude deste dano.

Portanto, é de suma importância analisarmos cada elemento da responsabilidade civil a fim de inferir se a vítima faz jus a indenização ou se a ação ou omissão do agente não passou de fato atípico para o Direito. Vejamos cada um deles: o dano é o principal elemento da responsabilidade civil, vez que: é o fato gerador da responsabilidade de pagamento de indenização ou de reparação. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Mesmo que o agente pratique conduta culposa ou dolosa, viole a lei ou abuse de direito, se não causar dano não há que se cogitar em responsabilidade de reparação. Se, por exemplo, o empregador não conserva a máquina e mesmo assim nenhum acidente de trabalho ocorre, não há o que indenizar. (CASSAR, 2011, p. 936).

Verifica-se que, dano é qualquer conduta que implique a violação a direito de outrem, assim definido em lei, seja ele patrimonial (material) ou extrapatrimonial (imaterial).

O dano material, segundo dispõe o Código Civil, art. 402, abrange tanto os danos já consumados (emergentes) quanto o prejuízo decorrente do que a vítima deixou de auferir em razão do sinistro (lucro cessante). (DALLEGRAVE, 2010, p. 99)

No mesmo sentido Cassar (2011, p. 937) preceitua que “o dano patrimonial é aquele que atinge os bens materiais da vítima. Tudo que puder ser apreciado, mensurado em dinheiro e pertencer ou for direito da vítima é considerado bem patrimonial ou material.

O legislador do Código Civil previu o tema da indenização acidentária por dano material da seguinte forma:

- a) Indenização no caso de morte da vítima (art. 948, CC);
 - b) Indenização no caso de incapacidade temporária (art. 949, CC);
 - c) Indenização no caso de incapacidade permanente, total ou parcial (art. 950, CC).
- (DALLEGRAVE, 2010, p. 99).

Já o dano extrapatrimonial é aquele que abrange todo prejuízo imaterial que possa ocorrer com a vítima, como é o caso de uma depressão em virtude de um acidente de trabalho que ocasionou a perda de um membro do corpo, ou seja, é toda aquela ação que resultou em danos psíquicos, morais, estéticos, que não mantém relação direta com valores monetários.

O segundo elemento da responsabilidade civil é o ato ilícito. Cassar (2011, p. 938) afirma que “se houver dano sem que o ofensor tenha praticado ato ilícito ou abuso de direito, não haverá obrigação de reparação.”

Este elemento deve ser aplicado com muito cuidado vez que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil nos diz que:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002, p. 208).

Tem-se que, em regra o empregador responde pelos atos praticados por seus empregados e prepostos, ainda que não haja dolo de sua parte. Contudo, Cassar (2011, p. 938) nos alerta que “não tem direito a indenização se o acidente de trabalho ocorreu por culpa exclusiva do empregado. Isto se explica porque neste caso o patrão não praticou qualquer ato ilícito ou abusivo.”

O terceiro e último elemento da responsabilidade civil é o nexa causal. “O nexa causal é o vínculo existente entre o dano e o ato praticado pelo empregador ou pela atividade de risco.” (CASSAR, 2011, p. 944).

Já Dallegrave (2010), relata que: nos termos do art. 403 do Código Civil, nem todas as causas têm relevância jurídica para caracterizar o nexa, mas apenas aquelas que forem as mais diretas e determinantes. Com efeito, no terreno acidentário, o nexa causal traduz-se na relação de causalidade entre o dano e o ato culposo do empregador. Com outras palavras: o dano do trabalhador, material ou moral, há que ter como fator determinante a execução regular ou irregular do contrato de trabalho. (DALLEGRAVE, 2010, p. 116).

Extrai-se que deve existir uma relação de causa e efeito entre o acidente de trabalho ocorrido com o empregado e a conduta adotada pelo empregador, de forma que, não havendo relação entre elas, o nexa causal não existe e, conseqüentemente, a responsabilização é inaplicável. Suponhamos que haja uma enchente na região em que o empregado labora e que, em virtude disso o empregado venha a ser atingido e morra em virtude de afogamento. Neste caso, há que se provar o nexa causal entre a enchente e a conduta do empregador, visto que o acidente só se desenvolveu por razões climáticas e/ou naturais.

Superada a explanação acerca dos elementos da responsabilidade civil, resta abordarmos acerca dos tipos de responsabilização.

3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Em nosso Direito pátrio, existem duas formas de responsabilidade civil: a objetiva e a subjetiva. Nas palavras de Oliveira (2013, p. 95): a responsabilidade será subjetiva quando o dever de indenizar surgir em razão do comportamento do sujeito que causa danos a terceiros, por dolo ou culpa. Já na responsabilidade objetiva, basta que haja o dano e o nexa de causalidade para surgir o dever de indenizar, sendo irrelevante a conduta culposa ou não do agente causador.

Observa-se que, na responsabilidade subjetiva há a necessidade de provar que houve dolo ou culpa do agente, enquanto que na responsabilidade objetiva havendo o dano e o nexa de causalidade, a culpa resta presumida.

Versando sobre o assunto, Oliveira (2013, p. 96) aduz que “Pela concepção clássica da responsabilidade civil subjetiva, só haverá obrigação de indenizar o acidentado se restar comprovado que o empregador teve alguma culpa no evento, mesmo que de natureza leve ou levíssima”, enquanto que, “como já mencionado, para o cabimento da indenização com apoio na teoria da responsabilidade objetiva, basta a ocorrência do dano e a presença do nexa causal.” Oliveira (2013, p. 97)

Neste contexto, nos deparamos com o seguinte questionamento: mas afinal, nos acidentes de trabalho aplica-se a responsabilidade subjetiva, objetiva ou ambas?

Anteriormente, no Código Civil de 1916 a responsabilidade adotada era a subjetiva vez que o artigo 1523 preconizava que:

Art. 1523: Excetuadas as do art. 1521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorrem para o dano por culpa, ou negligência de sua parte. (BRASIL, 1916).

Com o novo Código Civil, atualmente em vigor, a responsabilidade do empregador passou a ser objetiva, conforme se vê pelo texto legal:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (grifo nosso) (BRASIL, 2002).

Observa-se que o novo dispositivo legal deixa evidente que não há necessidade de haver culpa do empregador, ou seja, resta claro tratar-se de responsabilidade de cunho objetivo.

A fim de sanar qualquer tipo de dúvida acerca da aplicação da responsabilidade objetiva em acidentes de trabalho, o Supremo Tribunal Federal elaborou a súmula 341 a qual diz que: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

Nesse sentido, cabe registrar um Enunciado aprovado por ocasião da V Jornada de Direito Civil, promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no ano de 2011, com o seguinte teor: enunciado 451 — arts. 932 e 933: a responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida (OLIVEIRA, 2013, p. 97 - 98).

É importante frisar que o empregador responde não só por culpa ou dolo praticado por si próprio, mas também responde por aqueles atos (dolosos ou culposos) praticados por seus prepostos ou empregados. Neste sentido Oliveira (2013, p. 98) confirma que “o empregador responde não só pelos atos ilícitos causados por seus empregados diretos, mas por todos os trabalhadores que lhe prestem serviços ou alguma atividade em seu nome ou proveito, pouco importando a natureza jurídica do vínculo.”

No que tange ao tema, surgiram diversas teorias ou correntes buscando discorrer acerca da reparação do dano. Oliveira (2013, p. 115) nos ensina que: uma vez consolidada a estrutura básica da responsabilidade objetiva, surgiram várias correntes com propostas de demarcação de seus limites, criando modalidades distintas da mesma teoria, mas todas gravitando em torno da ideia central de reparação do dano tão somente pela presença do risco, independentemente da comprovação de culpa do réu. Assim, podem ser indicadas as teorias do risco proveito, do risco criado, do risco profissional, do risco excepcional e do risco integral.

Sucintamente podemos dizer que a teoria do risco proveito nos trouxe que, uma vez que o empregador se beneficia com o trabalho do empregado, ele também deve arcar com os ônus advindos da própria atividade.

A teoria do risco criado, por sua vez, nos traz a ideia de que basta que a atividade desenvolvida pelo empregado tenha algum risco para o empregado, que já há o dever de responsabilização do empregador.

A teoria do risco profissional ainda, aduz que a reparação do dano é advinda pela própria atividade desenvolvida pela empresa.

Já a teoria do risco excepcional, semelhante a teoria do risco criado, afirma que se a atividade do empregado contiver alto grau de nocividade, já estaria caracterizado, desde logo, o dever de reparação.

Por fim, a teoria do risco integral afirma que basta a ocorrência do dano para que haja a indenização, sendo a responsabilização presumida.

O nosso atual Código Civil resolveu adotar a teoria do risco, conforme é possível aferir observando o teor do parágrafo único do art. 927. Vejamos: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Contudo, como já foi dito, existem hipóteses em que o empregador não será responsabilizado objetivamente, é o caso da culpa exclusiva da vítima, a qual já foi abordada outrora, ou, ainda, a culpa concorrente da vítima que ocorre quando a vítima contribuiu para que o acidente pudesse ocorrer.

Assim, caso haja responsabilização do empregador, deverá ser aferido o grau de sua culpa no sinistro, bem como a indenização decorrente deste deverá ser proporcional a sua conduta.

Cabe ressaltar que o posicionamento adotado por esta subscritora não é o posicionamento majoritário entre a doutrina e a jurisprudência, que, ainda entendem que a responsabilidade nos casos de acidente de trabalho é de cunho subjetiva, ou seja, é necessário que esteja nítido a ocorrência do dano, o nexo de causalidade entre o acidente de trabalho e a atividade desempenhada pelo empregado e, ainda, é necessário que haja culpa ou dolo por parte do empregador, de forma que, somente com a ocorrência cumulativa destes três requisitos é que se poderá haver a responsabilização civil do empregador.

3.2 DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Atualmente, o dano moral tem ganhado espaço no mundo jurídico, vez que é um instituto relativamente novo e que algumas vezes tem sido usado indiscriminadamente como forma de enriquecimento ilícito. Por este motivo, abordaremos em que casos é possível sua aplicação.

O dano moral é espécie de dano extrapatrimonial vez que sua conduta reflete no íntimo da pessoa, em sua honra subjetiva. Conforme Delgado (2012, p. 620): o dano moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas – e sua respectiva indenização reparadora - são situações claramente passíveis de ocorrência no âmbito empregatício (por exemplo, procedimento discriminatório, falsa acusação de cometimento de crime, tratamento fiscalizatório ou disciplinar degradante ou vexatório etc.).

Considerando que o dano moral advém de toda dor física ou psíquica sofrida pela vítima, no âmbito dos acidentes de trabalho o dano moral pode ocorrer quando, por exemplo, o empregado sofre um acidente de trabalho e em virtude de sua situação pós-sinistro, não

conseguiu sua recolocação no mercado de trabalho na função desempenhada por ele anteriormente.

Corroborado essa ideia, Dallegrave (2010, p. 100) nos ensina que: quanto ao dano moral, a sua caracterização se dará quando os efeitos da ação originarem angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Não se pode negar que todos esses sentimentos afloram na vítima do acidente e das doenças do trabalho. Isso sem falar dos inúmeros constrangimentos perante familiares, amigos e a sociedade em geral em face da ofensa sofrida em sua imagem original de pessoa sadia e fisicamente perfeita. Essas aflições persistem no tempo e as sequelas são irreversíveis, conforme já decidiu o STF: ‘O dano moral exsurge do fato de a autora ter que conviver como defeito físico oriundo do acidente, sem possibilidade de recuperação, e impedida, igualmente, de desenvolver as costumeiras tarefas diárias, por mais singelas que sejam, necessitando de ajuda externa. (STF, RE 431977/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ: 08.09.2004)’.

3.3 OUTRAS INDENIZAÇÕES DECORRENTES DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Além dos danos patrimoniais ou materiais, que são aqueles que, conforme mencionados, envolvem valores pecuniários, bem como, além do dano moral, existem outros tipos de danos que também podem gerar indenização. Exemplos disso são os danos estéticos, danos reflexos e danos patrimoniais indiretos.

O dano estético é aquele pelo qual, a pessoa sofre alguma lesão acidentária que a deixe com sequelas físicas, como por exemplo cicatrizes.

Desta feita, o dano estético é como se fosse uma subespécie do dano moral, sendo que nesses casos: pode ser cabível a indenização por dano estético, quando a lesão decorrente do acidente do trabalho compromete ou pelo menos altera a harmonia física da vítima. Enquadra-se no conceito de dano estético qualquer alteração morfológica do acidentado, como, por exemplo, a perda de algum membro ou mesmo de um dedo, uma cicatriz ou qualquer mudança corporal que cause repulsa, afeição ou apenas desperte a atenção por ser diferente. (OLIVEIRA, 2013, p. 256)

O dano reflexo, ou também denominado dano em ricochete “está caracterizado quando os efeitos do ato ilícito repercutem não apenas diretamente sobre a vítima, mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica (...)” CASSAR (2011, p. 935).

Esse tipo de dano é aquele que afeta outra pessoa que não a vítima ou afeta concomitantemente outra pessoa e a vítima. Consiste em dano que ocorreu à vítima e que trouxe reflexos práticos a vida de terceira pessoa.

Cassar (2011, p. 936), nos traz um exemplo deste tipo de dano, vejamos: podemos imaginar o pedido da viúva de indenização por danos que lhe foram causados porque, em virtude do falecimento do marido por acidente de trabalho, por culpa do patrão, deixou de ser custeadas as suas despesas domésticas, ou de filho que deixou de receber correta educação escolar em decorrência da morte do pai por doença profissional.

Por fim, pode ocorrer indenização decorrente de dano patrimonial indireto.

Nas palavras de Cassar (2011, p. 937) o dano patrimonial indireto: é o dano patrimonial decorrente da violação de um bem imaterial da vítima. É consequência ou acessório do dano não patrimonial. Assim, se o empregador pratica assédio moral contra seu empregado, além da indenização do dano moral daí decorrente, tem o trabalhador direito, também, à reparação do dano material para ressarcir os gastos com médicos, remédios, etc., decorrentes de uma depressão, por exemplo.

Hipótese que se amolda especificamente nas relações trabalhistas com acidente de trabalho é, por exemplo, o empregado que sofre acidente de trabalho e quando de sua

recolocação no mercado de trabalho, sofrer discriminação por parte do empregador que o acha incapaz de exercer determinada função, ou em virtude de danos estéticos advindos do sinistro é impedido de trabalhar em funções de atendimento ao público.

Estes são casos derivados do acidente de trabalho e que são tidos como danos indiretos, vez que, além dos danos do sinistro, também existem danos advindos de um tratamento psicológico ou doença psicológica que a discriminação pode acometer o empregado.

Ante as considerações expendidas, nota-se que a indenização é a consequência jurídica derivada de um ato ilícito causado por outrem. Assim nos casos de acidente de trabalho, estando presentes o dano, a conduta ilícita e o nexo de causalidade, a indenização é presumida.

Ademais, importante frisar que a indenização tratada neste trabalho, ou seja, a indenização cível, ela independe de qualquer outra indenização que porventura o acidentado faça jus. Muitas pessoas confundem as indenizações cíveis com os benefícios assegurados aos acidentados pela Previdência Social. Entretanto, é importante que fique claro que os benefícios da Previdência Social independem de outros benefícios. É o que preconiza o art. 7º da Constituição Federal:

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

XXVIII — seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; (BRASIL, 1988)

Assim, o empregador é responsável tanto por seguro contra acidentes de trabalho (seara do Direito Previdenciário) quanto por indenizações na seara cível, ressaltando que o deferimento de uma não impede o deferimento da outra.

CONCLUSÃO

Apresentado o trabalho em apreço, é possível inferir que o empregador está sujeito a responsabilização cível em casos de acidentes de trabalho, sendo que, essa responsabilidade é objetiva, ou seja, é necessária somente a ocorrência do dano e do nexo de causalidade para que esta seja configurada.

Contudo, existem hipóteses em que o empregado concorre para a ocorrência do acidente ou, ainda, hipóteses em que haja a ocorrência de concausas do acidente de trabalho, ou seja, hipóteses em que não houve ato ilícito derivado da conduta do empregador ou que não houve culpa do empregador na ocorrência do acidente. Nestes casos, deverá o magistrado apreciar o caso levando em consideração tais hipóteses as quais, sem dúvida, podem alterar o quantum da indenização, vez que, se houve culpa do empregado na ocorrência do dano, este valor deve ser reduzido na medida de sua culpabilidade, bem como se há a existência de concausas, a indenização poderá ser reduzida em virtude da existência de fatores preexistentes, supervenientes ou concomitantes que influam nas consequências do acidente.

Denota-se, portanto, que o empregador terá o ônus de indenizar civilmente o empregado, haja vista que a responsabilidade adotada por nosso Código Civil é a responsabilidade objetiva, todavia, existem fatores que podem determinar a redução do quantum de indenização devido ao empregado, o que dependerá das circunstâncias fáticas do caso, sendo impossível aqui mensurar tal valor. O que se pode afirmar, desde já, é que havendo a existência do dano e a ocorrência do nexo de causalidade, por certo o empregado faz jus a indenização cível.

Neste sentido, é nítido que o empregador atual busca reduzir os índices de acidentes em seu ambiente de trabalho, através de medidas preventivas de acidentes como o

incentivo e fiscalização ao uso de equipamentos de proteção individual, palestras informativas sobre como usar adequadamente os equipamentos de proteção e a importância deste uso, bem como o alerta da ocorrência de danos caso não seja utilizados padrões mínimos de segurança no ambiente laboral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. BRASIL. Código Civil, promulgado em 10 de janeiro de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em : 21 jul. 2015.
02. BRASIL. Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, promulgada em 24 de julho de 1991. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213_cons .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213_cons.htm)> Acesso em: 15 ago. 2015.
03. _____. Código Civil, promulgado em 1º de janeiro de 1916. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em : 10 jul. 2015.
04. _____. Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada em 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 24 maio 2015.
05. _____. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 24 maio 2015.
06. _____. Ministério da Previdência Social, Brasília, 2015. Disponível em <http://www1.previdencia.gov.br/aeps2006/15_01_03_01.asp> Acesso em: 14 ago. 2015.
07. _____. Organização Mundial da Saúde, Brasília, 2015. Disponível em<<http://www.paho.org/bra/>>. Acesso em: 24 maio 2015.
08. _____. Portaria MTB, nº 3.214 promulgada em 08 de junho de 1978. Disponível em < <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/63/mte/1978/3214.htm>>. Acesso em 24 maio 2015.
09. _____. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2015. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400> Acesso em: 27 maio 2015.
10. CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
11. DALLEGRAVE, José Affonso Neto. Elementos da responsabilidade civil nos acidentes do trabalho, Rev. TST, vol. 76, 1º jan/mar, 2010: Brasília.
12. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012.
13. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
14. MONTEIRO, Antonio; BERTAGNI, Roberto. Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
15. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho, 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
16. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional, 7ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

ASSÉDIO PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS

Nathália Geovana Oliveira Gomes
Sirlene Moreira Fideles

RESUMO - A duração razoável do processo, garantida constitucionalmente a todos, no âmbito administrativo e judicial, justamente por causa das possíveis consequências da demora nas resoluções dos conflitos, acarretando possíveis prejuízos para as partes e também para o judiciário. Além dos prejuízos econômicos existem também os prejuízos morais. Portanto, devem ser rigorosamente combatidos por que se tornam a cada dia mais claramente, inimigos do Estado Democrático de Direito, afrontando além de tudo os princípios e garantias constitucionais. Felizmente as orientações jurisprudenciais a respeito do assédio processual na justiça trabalhista tem considerado este como espécie do assédio moral, oferecendo esclarecimentos na diferenciação entre assédio e litigância de má-fé facilitando a aplicação de sanções coerentes e inibidoras. Desta forma, o assédio processual trata-se da negação do regime de cooperação que deve ter entre todos os participantes da relação processual, o qual tem o mesmo objetivo, a solução adequada e tempestiva dos conflitos entre os interesses e a administração da justiça. Colocando em descrédito a competência do judiciário em resolver os conflitos, dando causa ganha a realmente a quem possui a razão do bem jurídico em que se busca.

Palavras-chave: constitucionalidade, prejuízos, conflitos, consequências, sanções.

ABSTRACT - The reasonable duration of the process, constitutionally guaranteed to all, the administrative and legal framework, precisely because of the possible consequences of the delay in the resolution of conflicts, causing possible damage to the parties and to the judiciary. Besides the economic losses there are also moral damages. Therefore must be closely fought by that become every day more clearly, Democratic enemies of the state of law, confronting addition to all the principles and constitutional guarantees. Fortunately the jurisprudential guidelines regarding procedural harassment in labor courts have considered this as kind of bullying, providing clarification on the difference between harassment and bad faith litigation facilitating the implementation of coherent and inhibitory penalties. Thus, the procedural harassment it is the denial of the cooperation arrangements that must be between all participants in the procedural relationship, which has the same objective, proper and timely resolution of conflicts between the interests and the administration of justice. Putting into disrepute the competence of the judiciary in resolving conflicts, giving cause gains really who has the right of legal interest in seeking it.

Keywords: constitutionality, loss, conflict, consequences, sanctions.

INTRODUÇÃO - A duração razoável de um processo atualmente tem gerado muita preocupação aos juristas na esfera do trabalho, principalmente pelo intuito dos créditos trabalhistas discutidos. O processo do Trabalho, norteado por princípios de simplicidade,

informalidade, entre outros que o tornam mais eficaz e ágil. Mas mesmo assim, não tem conseguido inibir, coibir e até evitar a morosidade, que ainda traz variados empecilhos e contratemplos. As normas de direito processual são perfeitamente aplicadas ao processo do trabalho de acordo com o art. 769 da CLT.

O legislador sempre se preocupa em facilitar as normas, tornando-as um instrumento mais ágil que seja perfeitamente aplicável à justiça de fato. É preciso combater as várias causas de morosidade do processo que podem ocorrer na atuação das partes, na burocracia e naturalmente no formalismo que ainda se faz gritante no Poder Judiciário, além de outros inúmeros mecanismos protelatórios, entre eles se destaca o assédio processual, que tem sido debatido e refletido entre os estudiosos do direito, com participação significativa da doutrina e jurisprudência nacional.

Questões concernentes a sua natureza jurídica e aplicação das penalidades ao litigante assediador tem gerado polêmicas e a jurisprudência mesmo se posicionando sempre contra a procrastinação, torna-se refém, em vezes, ao passo que nem ao menos chega-se a um senso uniforme da questão que se faz bastante complexa, porém urgente de reparação.

Infelizmente, alguns tribunais têm persistido em confundir assédio do processo, com litigância de má-fé, mesmo sendo visíveis as várias diferenças existentes entre ambas, além da ausência de previsão legal e específica do assédio processual tem sido utilizada como principal argumento para afastar, ou simplesmente protelar a condenação do litigante assediador por tais práticas abusivas.

São principalmente os problemas ocasionados pelo assédio processual no direito do trabalho que nos motivou a esta pesquisa, que traz além da exposição do problema, a conceituação do assédio processual, assim como também a definição de sua natureza jurídica, as principais formas de identificação das situações onde tem ocorrido.

Classificar e esclarecer as diferenças existentes entre o assédio e a litigância de má-fé e as formas de reparação dos danos, oriundos de tais práticas. Ressaltando sempre o quanto o assédio processual é um instituto que atualmente tem ganhado com merecimento, notoriedade nos tribunais pátrios. Mas, entretanto, essa notoriedade se dá apenas em razão de ser uma prática abusiva que deve ser rigidamente combatida no sentido de garantir ao indivíduo um processo judicial com razoável duração de fato.

O direito constitucional à razoável duração do processo é elemento notoriamente, essencial para que exista boa prestação jurisdicional trazendo efetividade da tutela jurídica, o acesso facilitado à Justiça e assim, para o devido processo legal. O objeto principal deste estudo foi de demonstrar a realidade da Justiça Trabalhista atual, no que concerne a efetividade da prestação jurisdicional e sua relação recorrência do assédio processual que tem resultado em afronta à duração do processo em tempo razoável.

1 DOS DIREITOS TUTELADOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Existem duas espécies de direitos que podem ser almejados nas relações de trabalho, que seriam os direitos econômicos e os direitos a personalidade. No que se refere ao direito econômico, podemos dizer que estes visam remunerar o trabalhador devidamente, por serviços prestados ou simplesmente pela rescisão contratual e, no caso de violação de direitos ou descumprimento de obrigações trabalhistas que podem gerar o dever de indenizar por danos materiais emergentes dos lucros que cessaram (BELMONTE, 2008, p. 1329).

Para Barros (2010, p. 626), no que se refere aos direitos de personalidade pode-se dizer que são aqueles naturais do ser humano e necessários a sua dignidade como o direito à integridade física, à integridade intelectual e igualmente à integridade moral.

Assim, a violação de tais direitos gera responsabilidade de indenizar por danos morais.

Os direitos da personalidade formam o patrimônio da pessoa física ou jurídica.

Mas o direito à honra, liberdade, imagem, intimidade, não discriminação e ao bom nome profissional tratam do patrimônio valioso, porém intangível do indivíduo, principalmente dos trabalhadores.

Ainda de acordo com Barros (2010, p. 650), o dano moral consiste no constrangimento sofrido individual ou coletivamente em consequência de ato ilícito ou de atividade de risco realizada por outra pessoa capaz, de ferir direitos da personalidade além de princípios axiológicos do direito, mesmo não ocasionando perdas econômicas.

1.1 ESPÉCIES DE ASSÉDIO

Assediar significa perseguir alguém, com insistência, molestando, importunando, oriundo do latim o obsidio significa cerco, bloqueio (FELKER, 2010, p. 259). Tratando-se mais especificamente de uma prática repetitiva de abuso de direitos, visando constrangimento de outra pessoa.

Essa prática pode-se materializar através de palavras, insinuações, indiretas e diretas, em ataques a vítimas psicologicamente fragilizadas e sensíveis ao cansaço da situação em si. Paroski (2008, p. 36) complementa que: o assédio pode assumir variadas formas, ensejando igualmente múltiplas reações por parte da vítima e pode se materializar por meio de gestos e palavras, insinuações e críticas agressivas, públicas ou não, podendo ocorrer estritamente no campo sexual, ou ainda, no âmbito das lesões a outros bens imateriais, e finalmente, em juízo, durante o desenvolvimento da relação processual, significando em breve síntese, o cerco que se faz a alguém, atacando-o de forma direta ou indireta, através de conduta ostensiva ou velada, importunando e quebrando resistências, fragilizando a vítima emocional e psicologicamente, com o escopo de alcançar vantagens indevidas.

Entretanto, é preciso alertar e até desiludir, no sentido de caracterização imediata ou simplificada, porque não bastam práticas isoladas para a caracterização de fato do assédio processual.

Para Belmonte (2008, p. 1329) existem três espécies de assédio que são passíveis de serem observadas nas relações trabalhistas, que seriam: o assédio moral, o assédio sexual e, finalmente, o assédio processual.

1.1.1 Assédio moral

São uma série de condutas abusivas que caracterizam o assédio moral. Trata-se um comportamento de uma pessoa determinada, em relação a outra pessoa na tentativa de constranger, deixar desconfortável, e sensivelmente desestabilizado emocionalmente para que este não permaneça mais no ambiente de trabalho, aparentemente por livre e espontânea vontade. Segundo o posicionamento de Felker (2010, p. 2011):

Sob as denominações de mobbing, bullying, harcèlement moral, bossing, harassment, psicoterror, ijime ou muraachibu, os juristas, psicólogos e legisladores de diversos países vêm denominando um fenômeno que está se tornando cada vez mais frequente, que é o assédio moral, o terrorismo psicológico, ou seja, uma degradação do ambiente de trabalho por meio de condutas abusivas de superiores hierárquicos sobre subordinados, ou destes sobre aqueles (assédio vertical, descendente e ascendente), ou de colegas (assédio horizontal), tornando extremamente penoso ao trabalhador, braçal ou intelectual, continuidade na relação laboral.

É possível perceber que o assédio moral pode acontecer tanto por parte do superior em relação ao subordinado quanto do subordinado em relação ao superior, dentro de um ambiente de trabalho, em todos os níveis. É comum, inclusive, confundir com

conflitos no cotidiano do ambiente de trabalho, por se manifestar de forma repetitiva, insistente e corriqueira que de certa forma isole o agredido.

A intensa violência psicológica está presente no assédio moral nos casos de período prolongado de tempo, a conduta dolosa, com o intuito principal de causar dano psíquico ou moral ao assediado, entretanto, é necessário que ocorra o dano de fato, somente assim dará origem a possível indenização (BARROS, 2010, p. 930-932).

O assédio moral pode, no entanto, se manifestar de diversas formas como na escrita, verbal, não verbal, com objetivo direto de influenciar e levar o indivíduo a um extremo tão vexatório que ele mesmo acabará por pedir demissão além dos muitos outros efeitos que podem ser constatados.

1.1.2 Assédio sexual

O assédio sexual, que também tem sido denominado chantagem sexual, sexual harassment, ocoso sexual, hostigamiento sexual ou molestie sessuali, configura um tipo de perseguição, importunação, com principal objetivo de natureza sexual, de origem provavelmente, na Idade Média. Entretanto, outros autores defendem que as origens deste tipo de assédio é mais antiga do que possamos imaginar (FELKER, 2010, p. 259).

O ordenamento jurídico brasileiro através do Código Penal, em seu artigo de número 216, rege o seguinte acerca do assédio sexual: “Art. 216- A: Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”. (BRASI, 1940).

No entendimento de Cassar (2011, p. 978), o assédio sexual nas relações trabalhistas é questão mais ampla do que se tem debatido nos tribunais. Pode ser praticado não somente pelo empregador como se tem inquirido, mas também pelo empregado e ainda mais naturalmente e mais comumente, entre colegas de trabalho.

Entretanto, sua tipificação legal abrange apenas o assédio sexual do empregador em relação ao empregado.

É possível observar duas espécies de assédio sexual, que seriam o assédio sexual por intimidação ou ambiental e ainda o assédio sexual através de chantagem ou “quid pro quo”, de acordo com Barros (2010, p. 946): o primeiro caracteriza-se por incitações sexuais importunas, ou por outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil de intimidação ou abuso no trabalho. Já o “assédio sexual por chantagem”, traduz, em geral, exigência formulada por superior hierárquico a um subordinado para que se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de emprego.

O assédio sexual pode manifestar-se de forma verbal, não verbal e física, entretanto, na maioria das vezes pode ser observado através de condutas reiteradas, portanto, existirá com apenas um ato, variando apenas de gravidade. O objetivo principal do assediador é obter favores de natureza sexual (CASSAR, 2011, p. 978).

1.1.3 Assédio processual

Um dos problemas mais preocupantes no Judiciário hoje, é, sem sombra de dúvidas, a demora na prestação jurisdicional efetiva. Tornando-se muitas vezes, insuportável para alguma das partes e concretizando triunfo de outra, caracterizando assim, a infeliz fragilidade real da relação processual se tornando paradoxo do direito efetivo.

No entendimento de Uchôa (2008, p. 1241): “[...] dentro de um processo o dito “a Justiça tarda, mas não falha” é falso, porquanto só o fato de tardar – o que repercutirá em consequências opostas para um litigante e outro – já é uma prova cabal de falha da Justiça.”

Assim, torna-se cada dia mais, imprescindível um posicionamento firme dos tribunais em busca da inibição de atos como este, que praticados de forma tão odiosa, atentam não somente contra alguém, mas, contra um Estado Democrático, devendo seus guardiões, zelarem condenando práticas dos atos que configurem claramente o assédio processual.

1.1.3.1 Conceitos e elementos do assédio processual

A Doutrina e jurisprudência são quase unânimes ao apontar os elementos e formar um conceito comum de assédio processual que no entendimento de Paim e Hillesheim (2006, p. 112-1113): o assédio processual vem sendo concebido como a procrastinação do andamento do processo, por uma das partes, em qualquer de suas fases, negando-se ou retardando o cumprimento das decisões judiciais, respaldando-se ou não em norma processual, provocando incidentes manifestamente infundados, interpondo recursos, agravos, Embargos, requerimentos de provas, contraditas despropositadas de testemunhas, petições inócuas, ou quaisquer outros expedientes com o fito protelatório, inclusive no decorrer da fase executória, procedendo de modo temerário e provocando reiteradas apreciações estéreis pelo juiz condutor do processo, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária.

Ao contrário das demais espécies de assédio, o assédio processual não se caracteriza por uma conduta isolada, é necessário um conjunto de condutas antijurídicas que objetivam, de fato, procrastinar o andamento do feito. Pode ser que essas condutas ocorram em um mesmo momento, ou ainda, em momentos distintos, tanto de forma comissiva ou omissiva, ao passo em que o assediador negar-se a cumprir decisões judiciais.

Para Paroski (2008), o verdadeiro propósito do litigante é claramente dissimulado, escondendo-se sob a desculpa de exercício regular das inerentes faculdades processuais, desejando na verdade, um resultado ilícito ou reprovável moral e eticamente, procrastinando assim a tramitação dos feitos causando prejuízos à parte que tem razão, sendo assim, quem tem a tutela jurisdicional colabora para a morosidade processual, contribuindo para aumento da carga e:

[...] trabalho dos órgãos Judiciários e consumindo recursos públicos com prática de atos processuais que, sabidamente, jamais produzirão os efeitos (supostamente lícitos) desejados pelo litigante assediador (PAROSKI, 2008, p. 38).

O assediador age de forma velada, usa instrumentos jurídicos para alcançar fins imorais, “tem consciência de que os meios utilizados não mudarão em nada o mérito da questão” e mesmo assim insiste e segue violando o direito fundamental à tutela judicial efetiva, “da parte adversária que vê desrespeitada sua dignidade enquanto trabalhador e enquanto cidadão, constituindo o assédio processual uma dupla violência” (UCHÔA, 2008, p. 1241/1242).

É preciso pensar no quanto os efeitos do assédio processual podem ser tão complexos e negativos. É abrangente atingindo não somente a outra parte, mas, como já mencionado, insultando todo um ordenamento que se vê dando brechas para um crime do qual nem se deu nome com exatidão de acordo com a esfera de abrangência de sua nefasta negatividade. Neste contexto, de acordo com Chehab (2010, p. 418):

O Estado Democrático de Direito, particularmente o Poder Judiciário, aparece também como vítima do agressor. No assédio, o aparato judicial é movimentado inutilmente. O tempo e os recursos humanos e materiais despendidos na demanda

poderiam ser utilizados em outros feitos. A sociedade diante desse fenômeno, passa a desenvolver um sentimento de impunidade, de descrédito na Justiça.

Assim, todas as pessoas envolvidas em determinado processo, podem incorrer em alguma prática de assédio processual. Para a Justiça do Trabalho, a parte mais frágil da ação é sempre o trabalhador, tido como parte hipossuficiente dispondo de menor poder econômico em relação ao empregador.

Uchôa (2008, p. 1244/1245) observa que podem haver vários coadjuvantes na concretização do assédio processual não sendo apenas o advogado, representante da parte, mas também o próprio Judiciário, que de forma dolosa ou mesmo culposa, pode colaborar através de seus juízes e servidores e, “até mesmo, membros do Ministério Público poderão incorrer na prática de atos configuradores do assédio processual.”

No entendimento de Paim e Hillesheim (2006, p. 1113), são quatro elementos que compõem o assédio processual:

I - a dimensão da violência empregada, ou seja, os incidentes processuais utilizados pelo agressor, as oportunidades usadas para conseguir seu objetivo;

II - duração dos ataques, representado pelas investidas do agressor, que durante o processo pode ocorrer por diversas vezes;

III - o objetivo, consistente em vencer o assediado pelo cansaço, fazendo com que o mesmo passe a negligenciar nos cuidados com o processo, chegando, até mesmo, a abandonar a causa;

IV- potencialidade das agressões, que devem ser suficientes para que o assediador obtenha êxito no sentido de vencer o assediado pelo cansaço.

Conceituar o assédio processual é um pouco mais simples do que definir sua natureza jurídica, entretanto, a doutrina e a jurisprudência são quase unânimes no entendimento de que o assédio processual pode ser classificado como uma espécie de assédio moral. São as semelhanças e seus elementos que levam os tribunais a este entendimento.

1.1.3.2 Assédio processual como espécie de assédio moral

A figura do assédio moral pode ser comparada ao assédio processual “uma vez que pode prolongar-se no processo a continuidade e sistematização da conduta abusiva, a fim de desestabilizar o assediado também no âmbito processual, por meio do uso de instrumentos protelatórios do feito, provocando no ofendido a sensação de angústia” inclusive desmotivação na efetividade jurídica (SILVA, 2009, p. 59).

Um verdadeiro afrontamento dissimulado ao direito constitucional, que afeta não só a parte adversa, mas além de tudo o Estado, a sociedade, quiçá o país, por razões torpes e nefastas trazem sem sombra de dúvidas, enormes prejuízos e desarranjos difíceis de serem sanados, e ainda mais contribui negativamente com o descrédito na justiça do país no que se refere a defesa efetiva dos mais frágeis.

De acordo com Silva (2009) a Meritíssima Juíza do Trabalho do TRT da 2ª Região, Mylene Pereira Ramos, em julgamento do processo nº 02784/2004-063-02-00.4, reconheceu o primeiro caso de assédio processual onde claramente existia “violação à dignidade da pessoa humana por meio da procrastinação” dos trâmites processuais. Sua Sra. Exa. reconheceu a figura do assédio processual tratando-o como uma espécie de gênero assédio moral, assim algumas das práticas que podem caracterizar assédio processual, como a simples interposição de recursos, agravos, embargos e petições e demais requerimentos de provas cabíveis, embora, somente como mecanismos protelatórios. A juíza fundamentou sua sentença da seguinte maneira: praticou a ré assédio processual, uma das muitas classes em que se pode dividir o assédio moral. Denomino assédio processual a procrastinação por uma das partes no andamento de processo em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir

decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária (TRT da 2ª Região, 63ª Vara do Trabalho de São Paulo, decisão publicada em 15/7/2005 (SITRAEMG, 2012).

Mesmo que a sentença tenha sido reformada, convertida em grau de recurso ordinário, não há como negar a importância deste posicionamento, porque foi a partir dele que a doutrina buscou definir mais claramente, com objetivo de caracterizar suas formas e natureza jurídica para que outros juristas pudessem se posicionar contra o assédio que causa procrastinação e dificulta o andamento célere dos tribunais.

Para Paim (2007), o assédio moral se apresenta como um fenômeno mostrando alguns elementos que o identificam, e ao adentrar o instituto é possível identificar alguns elementos que são essenciais para entendimento da problematização desse fenômeno, que seriam: dimensão da violência relacionada a quantidade de investidas contra a vítima e também sua repercussão além do prolongamento do tempo, lembrando que não basta um único atentado e, por fim, a potência das agressões e a finalidade única de fazer a vítima ceder aos interesses do agressor.

1.1.3.3 Distinção entre assédio processual e litigância de má-fé

Uma das diferenças mais visíveis e significativas entre assédio processual e litigância de má-fé é que no assédio processual existe não só um ato, um amplo conjunto que gera prejuízo a outra parte. Na demanda trabalhista, muito se tem observado a esse respeito, demandas que apresentam simplicidade e objetividade para instrução e julgamento, em razão do assédio processual são postergadas sem necessidade.

Para o juiz Paroski (2015, s/p) da Vara Trabalhista 9ª região no Paraná: “o maior responsável pelo atraso na prestação jurisdicional, em ofensa à garantia constitucional do art. 5º, inciso LXXVIII, CF/88 - duração razoável do processo e celeridade de seu trâmite - é o demandado, com as manobras e ardis perpetrados por seu patrono”.

Nas primeiras observações de assédio processual a doutrina não fazia distinção da litigância de má-fé. O posicionamento atual, felizmente é bastante diferente e animador porque nitidamente existe entendimento da diferenciação de ambos os institutos. Uma das principais distinções é no sentido de que a litigância de má-fé tem amparo legal específico no Código de Processo Civil e assevera referente a “qualquer” ato nocivo previsto nos arts. 17 e 600 do CPC.

Para Uchôa (2008, 1244), o assédio processual se dá com a: “prática reiterada de qualquer desses atos de má-fé, e de outros atentatórios à regularidade processual e à dignidade judiciária.” Em relação a vítima, que na litigância de má-fé existe somente a parte contrária da questão, já no assédio processual, além da outra parte, o Estado e toda a sociedade também são prejudicados, tendo em vista que o assédio afronta princípios relativos a economia processual além de ferir o direito a razoabilidade do processo. Na litigância de má-fé o litigante é reprimido no próprio processo em que se pratica o ato ilícito. Entretanto, “o assédio tem demanda própria, com possibilidade ampla de defesa”, existindo apuração dos efetivos danos causados a outra parte.

Um exemplo claro a esse respeito é a sentença proferida pelo Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Gustavo Carvalho Chehab, que entende que “o assédio processual configura-se com a ação praticada pela parte reclamada” atingindo os bens inerentes à personalidade do reclamante. O direito assegurado pela referida sentença, tornou irrecurável com a decisão proferida através do Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário, não podendo ser exercido “in natura”. O reclamante aguardou a

Justiça, mas o tempo foi torturante. Exigindo-lhe paciência que aos poucos sugou-lhe a esperança, e, por fim, impiedosamente aniquilou o direito fundamental ao labor, assegurado judicialmente.

No âmbito de suas relações sindicais, o reclamante tornou-se um dirigente sindical, sem ter trabalho. Representava empregados, mas não era, de fato, um deles, ainda que o fosse de direito (em face da decisão judicial).

Sua dignidade, enquanto representante de uma categoria, ainda que como conselheiro fiscal à época, foi maculada; sua imagem perante os colegas atingida.

De 2001 até 2008 nada recebeu, apesar da decisão que assegurou salários e vantagens vencidos e vincendos.. Somente recebeu parte do valor executado em 4/4/2008, após o bloqueio de fls. 528 (cf. fls. 179). A demora na execução, que ficou paralisada, inclusive para aguardar o retorno do Agravo de Instrumento no TST, atingiu, de maneira especial, à dignidade do reclamante e a sua subsistência e de sua família.

O bem da vida, perseguido incansavelmente pelo reclamante, era essencial ao seu bem-estar e a sua felicidade. Mais ainda, o seu salário é primordial para sua própria sobrevivência, para trazer-lhe conforto e para dar-lhe dignidade perante si, sua família e o seio social no qual está inserido. Por isso, recordando a lição de Marinoni, acima transcrita, os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções não podem ser desprezadas pela Justiça.

O conjunto de atos processuais despropositados ocasionou dano moral no reclamante, atingindo, de modo particular, sua dignidade, imagem, vontade e capacidade de trabalho e crença na Justiça e no Direito. Frustrou desejos e vontades. Impediu-o, durante o atraso no andamento do feito, de consumir bens e serviços e de dar conforto à sua família. Tornou-o mais infeliz, mais dependente. Ameaçou sua subsistência e de seus familiares. É devida a reparação.[...]Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para deferir ao reclamante indenização por danos morais, por assédio processual, no valor de R\$ 15.000,00 (TRT da 5ª Região, 2ª Vara do Trabalho de Itabuna, Processo nº 0173-2009-462-05-00-6, decisão publicada em 24/07/2009, conforme informação disponível:< www.trt5.jus.br/ >. Acessado em: 04 out. 2009) (BAHIA, 2009).

Para Alves (apud SILVA, 2008, p. 64), [...] os meios processuais protelatórios devem ser capazes de produzir o retardamento do curso regular do processo, impedindo o acesso da parte adversa ao bem da vida, fazendo com que suporte individualmente, o ônus do tempo do processo.

Ou seja, no tocante a distinção entre litigância de má-fé e assédio processual a indenização cabível no caso de assédio processual passa pelo artigo nº 18 do CPC estabelecendo multa entre 1 e 20% a serem calculados com base no valor da causa (PAIM, 2007). No caso de assédio processual, juiz poderá ainda, arbitrar a multa de forma subjetiva, baseando-se nas circunstâncias concretas do caso.

É a eficiência do cumprimento do serviço judiciário que está em cheque, deixar imperar a impressão “natural e justa” de que o judiciário é comumente lento, ou, simplesmente não funciona. Ou, punir de forma mais rigorosa e repudiar tais comportamentos que venham a prejudicar a eficiência e mister do judiciário decorrente “de práticas tanto da litigância de má-fé, quanto do assédio processual” que tem sido combatidas, mas, de forma muito tímida e embrionária ainda (SILVA, 2009).

2 A REALIDADE DA DURAÇÃO DOS PROCESSOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO DO BRASIL

2.1 POR UMA JUSTIÇA DO TRABALHO MAIS EFICAZ

A Justiça do Trabalho possui imagem de grande eficácia, no que refere, principalmente às suas atividades jurisdicionais, inclusive, pode ser considerada, como a justiça mais dinâmica e célere se comparada à Justiça Federal e/ou Justiça Estadual. As estatísticas apresentadas foram disponibilizadas pelo CNJ que compartilha da ideia de que a Justiça do Trabalho é uma das mais competentes e que atua com maior eficácia nas demandas (CNJ, 2009).

Ainda de acordo com dados estatísticos do CNJ, percebe-se que o número de magistrados para cada 100.000 mil habitantes é de 1,7 magistrados, o que à primeira vista, sabe-se que, teoricamente, é inviável, ainda mais levando-se em conta as dimensões reais do Estado brasileiro, além do público quantitativo que faz uso efetivo e recorrente da tutela jurisdicional trabalhista (CNJ, 2009).

Entretanto, a agilidade dessa Justiça pode não durar muito se não defendermos os meios que inibam as constantes e repetitivas interposições de instrumentos que retardam os processos e impedem o desenvolvimento progressivo da celeridade.

O número de recursos interpostos e igualmente as inúmeras demandas originárias dos Tribunais que compõem a Justiça Trabalhista podem travar o desenvolvimento e mantimento da efetividade digna de tal justiça especializada.

2.2 CELERIDADE AMEAÇADA

O texto do art. 765 da CLT apresenta, in verbis que, “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas” (SARAIVA, 2009). Sendo assim, é nítida a preocupação com a durabilidade do processo trabalhista. Os processos relativos ao trabalho em todas as formas devem tramitar de forma mais célere possível para que a área trabalhista consiga cumprir de forma satisfatória e ética o seu papel. Um entendimento claro da questão é exposto por

PAIM que corrobora o seguinte: embora permeada por normas processuais permissivas, como todos os demais ramos do direito, e contando com um grande número de recursos, o Processo do Trabalho tem como, já mencionado em capítulo anterior, pilares principiológicos: a simplicidade, a informalidade, a conciliação, a economicidade, e instrumentalidade das formas, a oralidade e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Isso torna o processo mais dinâmico e célere (PAIM, 2007, p. 156).

Assim, o abuso do direito de defesa acaba por tornar a justiça lenta, e, deve ser portanto, rigidamente combatido por colocar em risco as conquistas de tramitação célere da Justiça Trabalhista. A resistência imperante das partes para transigirem, as inúmeras formas de assédio no processo, juntamente com o aumento de interposições de tais recursos escusos, são exemplos de problemas reais, que a justiça mais célere do Brasil tem enfrentado.

Não existe mágica para a solução do problema da lentidão nos processos judiciais, elas simplesmente tem se tornado um grande empecilho a resolução justa. Será preciso uma reformulação profunda da sistemática no que tange às matérias processuais.

Não é possível dizer que apenas a reforma anunciada do CPC será de grande valia, ou se pelo menos será um passo rumo a mudança de mentalidade caso sejam especificadas as procrastinações a serem combatidas e condenadas ou se elas ainda continuarão sendo uma arma torpe e amoral daqueles que tem como único objetivo entravar o andamento perfeito do processo jurídico.

Se adentrarmos a importância estremecida no que se refere a respeitabilidade e confiabilidade do Poder Judiciário, a esta altura do debate: notoriamente vamos concluir que está diretamente relacionada a eficácia das demandas tuteladas pela justiça. Neste sentido,

segundo o entendimento de Humberto Theodoro Junior, “a primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a façam respeitada e acatada pela sociedade” (THEODORO JÚNIOR, 2009, s/p).

A verdade é que não se pode descansar sobre a sombra de fama de celeridade, mesmo porque, sabe-se que diante da realidade dos inúmeros impasses seria possível que ela fosse ainda mais ágil. E o que impede que a sua tutela eficiente seja ainda mais ágil é com certeza justamente pela questão do abuso do direito de petição e também do assédio ao processo.

2.3 DIREITO DE DEFESA OU PROCRASTINAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Mesmo sendo considerada atualmente a Justiça mais célere na prestação jurisdicional, a verdade é que o assédio tem prejudicado cada vez com mais frequência a efetividade da justiça, decepcionando e constringendo muitos indivíduos que somente buscam a resolução de seus conflitos na justiça.

O ordenamento jurídico brasileiro ainda não enfrentou de frente o assédio processual, nem ao menos formalizou seu conceito e designou-lhe redação específica.

Sendo que hoje se aplicam muitas das vezes as mesmas preposições designadas para litigância de má-fé e em outras vezes, que concordamos ser mais assertiva ou simplesmente menos pior, a caracterização do assédio processual como um dos tipos de assédio moral.

Para Paroski (2008, s/p) a definição mais aproximada de assédio processual é: “[...] não é o exercício moderado dos direitos e faculdades processuais, mas o abuso e o excesso no emprego de meios legalmente contemplados pelo ordenamento jurídico, para a defesa de direitos ameaçados ou violados”.

É claro, deve-se analisar cada caso, para que se possa identificar assim, o assédio processual, uma vez que sua identificação não é tão simples e, portanto, o juiz deve estar atento durante o andamento do processo, casos em que a parte interpõe recursos incabíveis, ou até cabíveis, porém, infundados, até provas desnecessárias, são algumas características claras da intenção de prejudicar a parte contrária.

Geralmente a parte que adota tal prática, encontra-se desarmada de argumentos que comprovem que o que foi imputado a ela é uma acusação falsa, então encontra no assédio processual uma forma de defesa, ou pelo menos, uma forma de retardar a decisão judicial e conseqüentemente, a sua suposta condenação. Quando uma das partes apresenta defesa, provas ou testemunhas, o que se busca é que o fato seja esclarecido. A finalidade da prestação jurisdicional é a pacificação social, mas com a adoção do assédio processual, essa pacificação não é alcançada de forma plena, pois mesmo que o litígio seja solucionado, o decurso do tempo já causou prejuízos e sofrimento a parte vítima (SILVA, 2011, p. 22).

O que estamos questionando não é o direito de defesa adquirido constitucionalmente. A questão é um pouco mais abrangente, o direito de recorrer de uma decisão da qual ele não concorda, entretanto, nem todos os recursos interpostos nas ações são questionáveis, falamos e condenamos aqueles que ousam abusar inescrupulosamente do direito à defesa, de modo que apenas em caso de dano por interposição de qualquer que seja o recurso, se faz necessária a aplicação de penalidade visando combater inibição de tais procedimentos vis.

O ideal é que cada caso concreto seja devidamente avaliado pelo juiz e assim possa identificar maldade. O assédio processual é uma prática de atos que inicialmente deveriam

demonstrar a realidade dos fatos, mas o direito à ampla defesa resultou em mecanismo de protelação do direito adquirido. A ideia é que a prática do assédio processual deve ser combatida, para que assim o Poder Judiciário possa fazer cumprir seu papel sem qualquer obstáculo, uma vez que todos os cidadãos têm direito ao julgamento justo e agilidade da resposta a sua demanda.

2.4 PREJUÍZOS CAUSADOS PELO ASSÉDIO PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

“A pratica do assédio processual deve ser combatida com veemência” em todos os âmbitos do direito, com base na complexidade dos danos causados à parte contrária.

Os prejuízos são ainda maiores na esfera trabalhista, se julgarmos pelo fato de que sendo o trabalhador a parte a ser prejudicada, necessita do recebimento dos seus direitos para sua subsistência e assim cumprir outras obrigações pessoais (SILVA, 2009).

Além dos diversos prejuízos oriundos da questão econômica, também existe o constrangimento e a sensação de insegurança, fragilidade e descrença do cumprimento dos direitos. Neste sentido os prejuízos não se limitam a parte, envolve todo o Poder Judiciário que empreende diversos esforços e tempo para resolver, analisar e entender a questão, procurando acima de tudo respeitar o direito a razoabilidade da duração do processo.

Quando o assédio se concretiza o Poder Judiciário fica impedido de fornecer solução para a questão em tempo ideal e aplicável deixando de analisar outros casos que também merecem e precisam de solução. A relatora Margareth Rodrigues Costa do TRT da 5ª Região acredita que além de causar prejuízo à outra parte, o assédio contribui para a morosidade processual, aumentando desnecessariamente a carga de trabalho do Poder Judiciário, causando também, uma utilização desnecessária de recursos públicos.

Pàroski (2015) corrobora com o entendimento da relatora, condenando a prática pelo fato grave de causar prejuízos a parte que detêm a razão, a qual se aplica a prestação jurisdicional, contribuindo apenas “para a morosidade processual, aumentando a carga de trabalho” do judiciário e consumindo recursos públicos. Não são poucos, mas muitos os prejuízos causados, afetando também grande número, sendo que em decorrência dessa abrangência de prejuízos é que se deve punir rigidamente para que qualquer pessoa que busque praticar o assédio processual saiba das consequências advindas dela.

2.5 POSICIONAMENTO DA JUSTIÇA SOBRE A QUESTÃO

O tema assédio processual é relativamente novo, sua novidade, entretanto, não se dá em relação a sua prática, mas, em relação a dissociação e autonomia em relação a outras práticas como má-fé no que se difere quanto a aplicabilidade na Justiça do Trabalho. O trecho extraído da sentença prolatada pela juíza Mylene Pereira Ramos a onze anos: praticou a ré "assédio processual", uma das muitas classes em que se pode dividir o assédio moral. Denomino assédio processual a procrastinação por uma das partes no andamento de processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária.

[...]TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. 63ª vara de São Paulo processo nº 02784200406302004. Mylene Pereira Ramos. (SÃO PAULO, 2004).

Na sentença aqui apresentada é possível observar que a ré pretendia procrastinar a prestação jurisdicional de forma clara, sendo inadmissível em qualquer ramo de direito atos

contra a celeridade do direito. Na certeza da prática do assédio, os magistrados estabelecem o pagamento de multas como meio de condenação a parte autora, como é o caso da sentença apresentada abaixo:

Tribunal Regional do Trabalho - TRT 5ª Região. 2ª. TURMA RECURSO ORDINÁRIO Nº 01224-2008-016-05-00-2-RecOrd. Assim sendo, conheço e dou provimento ao recurso para, ultrapassada a tese de falta de interesse de agir, reconhecer a existência de assédio processual, condenando a empresa ré a pagar danos morais no valor de R\$70.000,00 (setenta mil reais), além de danos materiais, que serão apurados em execução, tomando por base todos os gastos efetuados pelo autor com médicos, hospitais, clínicas e medicamentos, até que seja implementada a sua inclusão no plano de saúde mantido pela TELOS, conforme decisão exarada nos autos do processo de n.º 01225-2006-023-05-00-3. Acordam os Desembargadores da 2ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, unanimemente, conhecer e, no mérito, também por unanimidade, dar provimento ao recurso para, ultrapassada a tese de falta de interesse de agir, reconhecer a existência de assédio processual, condenando a empresa ré a pagar danos morais no valor de R\$70.000,00 (setenta mil reais), além de danos materiais, que serão apurados em execução, tomando por base todos os gastos efetuados pelo autor com médicos, hospitais, clínicas e medicamentos, até que seja implementada a sua inclusão no plano de saúde mantido pela TELOS, conforme decisão exarada nos autos do processo de n.º 01225-2006-023-05-00-3. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 5º região 2º turma. Recurso Ordinário nº 01224-2008-016-05-00-2-Rec Ord. Relatora Juíza Margareth Rodrigues da Costa. (SÃO PAULO, 2008).

Sentenças e decisões como estas configuram importantíssimo passo do entendimento e mentalidade saudável dos tribunais brasileiros, sendo essenciais para desencorajar a adoção de tais práticas sob a égide de defesa mas com teor agressivo, gerador de prejuízos a parte que detêm a razão.

0076000-12.2008.5.03.0112 RO EMENTA: ASSÉDIO PROCESSUAL - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - FRAUDE À VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO - LITIGAÇÃO DE MÁ-FÉ - A utilização da merchandage constitui fraude à própria imposição constitucional de arregimentação de trabalhadores pela via do certame público. Na verdade há dois ilícitos praticados. O primeiro de ordem constitucional, o outro de ordem infraconstitucional, ao perpetrar terceirização ilegal. Nessa ordem de ideias, a alegação da CEF constitui verdadeiro assédio processual, pois se vale de patente desvio hermenêutico, para descumprir a Constituição da República. A prática do assédio processual deve ser rechaçada com toda a energia pelo Judiciário. Os Tribunais brasileiros, sobretudo os Tribunais Superiores, estão abarrotados de demandas retóricas, sem a menor perspectiva científica de sucesso. Essa prática é perversa, pois além de onerar sobremaneira o erário público-dinheiro que poderia ser empregado em prestações do Estado - torna todo o sistema brasileiro de justiça mais lento e por isso injusto. Não foi por outro motivo que a duração razoável do processo teve de ser guindado ao nível constitucional. Os advogados, públicos e privados, juntamente com os administradores e gestores, têm o dever de se guiar com ética material no processo. A ética formal já não mais atende aos preceitos constitucionais do devido, eficaz e célere processo legal. A construção de uma Justiça célebre eficaz e justa é um dever coletivo, comunitário e vinculante, de todos os operadores do processo. A legitimação para o processo impõe o ônus público da lealdade processual, lealdade que transcende em muito a simples ética formal, pois desafia uma atitude de dignidade e fidelidade material aos argumentos. O processo é um instrumento dialógico por excelência, o que não significa que possa admitir toda ordem de argumentação. TRIBUNAL REGIONAL DO

TRABALHO. 3º Região 4º turma. Recurso Ordinário nº 0076000-12.2008.5.03.0112. Relator José Eduardo Resende Chaves Junior.(SÃO PAULO, 2008).

É evidente o descontentamento dos magistrados diante de tais práticas, tratando-as como é na realidade, uma verdadeira afronta a jurisdição do país. Na sentença exposta anteriormente ao parágrafo, a condenação do Poder Judiciário assevera que tal prática deva ser rechaçada com rigidez merecida.

2.5.1 Indenização por assédio Processual

Para tratar com a seriedade que pede a questão analisemos o texto Constitucional em seu 5º artigo, que dispõe o seguinte da questão: “[...] o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. A previsão de reparação está contida, também, no artigo 927 do C/C Brasileiro, que dispõe relativo a matéria “impondo àquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem”, a obrigação de repará-lo.

Quem comete a figura do assédio processual, causando dano a outrem, deverá repará-lo na medida proporcional aos eventuais prejuízos. De forma que, o magistrado deve mensurar o dano causado, e aplicar a indenização, conforme a extensão da manobra nociva relativa e seus respectivos prejuízos.

É bom lembrar que o assédio processual não está restringido à esfera trabalhista e pode ocorrer em qualquer âmbito da Justiça como já mencionado no conteúdo deste trabalho. O direito à indenização é reservado em qualquer esfera, portanto, a vítima deve ser reparada pelo sofrimento causado pela demora processual de forma intencional provocada pelo assediador. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso assim entendeu:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ASSÉDIO PROCESSUAL – INTERPOSIÇÃO REPETIDA DE INCIDENTES PROCESSUAIS INFUNDADOS – FINALIDADE PROCRASTINATÓRIA – EXISTÊNCIA – PENALIDADE DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EXCLUÍDA DE RECURSOS ANTERIORMENTE INTERPOSTOS – IRRELEVÂNCIA – CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL ADVINDO DO ASSÉDIO PROCESSUAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Configurado está o assédio processual quando a parte, abusando do seu direito de defesa, interpõe repetidas vezes medidas processuais destituídas de fundamento com o objetivo de tornar a marcha processual mais morosa, causando prejuízo moral à parte que não consegue ter adimplido o seu direito constitucional de receber a tutela jurisdicional de forma célere e precisa. A exclusão da pena de litigância de má-fé em recursos relacionados à presente questão, anteriormente interpostos, em nada influencia a configuração do assédio processual in casu, posto que só a análise de todos os atos que formam a relação processual permite verificar a conduta da parte e o seu intento procrastinatório. A quantificação do dano moral pela prática do assédio processual deve observar o número de incidentes praticados com intuito procrastinatório, bem como o tempo despendido na espera processual TJMT, 6ª Câmara Cível, Recurso de Apelação Cível nº 89150/2007, Rel. Des. Mariano Alonso Ribeiro Travassos, DJMT 17-09-2008. Disponível em http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_89150-2007_11-09-08_105774.pdf, Acessado em 23 de outubro de 2015.

A indenização constitui um instrumento capaz de inibir a ação do assediador, podendo ser de caráter desestimulante para a possível investida. Sendo assim, a reparação tem três funções básicas, quais sejam: pedagógica, repressiva ou compensatória (PAROSKI, 2015, s/p).

2.5.2 Da reparação do dano

O assédio processual precisa ser reprimido e punido adequadamente, uma vez em que atenta não apenas contra os princípios constitucionais afrontando e prejudicando o litigante assediado o qual deve ser ressarcido pelos danos sofridos, mas toda a corte. Portanto, o dever de indenizar que deriva do art. 927, do CC, que estabelece a obrigação de reparação a todo aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, torna-se além de um meio de inibição, realizando reajuste.

Nos primeiros debates sobre o tema, a doutrina entendia ser possível a condenação por assédio processual em ofício pelo juiz da causa, porque a moralização do processo é de interesse público. Para Paim; Hillesheim (2006, p. 1116) é dever do magistrado advertir a parte e prescrever o valor da indenização, a medida em que se torne possível avaliar a extensão dos danos.

Neste sentido, Paroski (2008, p. 43) entende ser, possível a imposição reparar o dano ao assediador, independente de solicitação do lesado, uma vez que tal reparação possui além de um caráter compensatório para a vítima, também, caráter pedagógico e repressivo para o assediador.

Entretanto, uma parte da doutrina entende que não é possível a condenação de ofício por assédio processual, porque na ocorrência de assédio moral, o magistrado não poderá condenar o assediador ex officio e, por causa da semelhança dos institutos, o mais sensato seria aplicar o mesmo entendimento para o assédio processual e pelo mesmo motivo, ou seja, a indenização será destinada à parte lesada.

Já Ferrari e Martins (2008, p. 177) corroboram que a pretensão de indenização com fundamento no assédio processual sempre vai depender da parte prejudicada que deverá comprovar a prática de atos que sejam diferentes da litigância de má-fé e também dos atos atentatórios à dignidade da Justiça, para só então, seja feita a configuração do assédio processual, possibilitando também o contraditório e a ampla defesa à parte adversa, uma vez que são direitos inegáveis, assegurados pela Carta Magna (art. 5º, LV).

A ação de indenização é hoje, o instrumento mais adequado para alcançar reparação dos danos decorrentes do assédio processual (CHEHAB, 2010, p. 421). Ela possibilita às partes o direito à ampla defesa, ao contraditório, e poderá, ainda, ter por objeto não apenas a reparação por danos morais como também a reparação dos danos materiais decorrentes do assédio processual (PEREIRA, 2011, p. 259).

A competência será do juiz do processo, ele terá maiores elementos para aferir se, de fato, as condutas expostas caracterizaram assédio processual. Já quanto ao prazo prescricional, Pereira (2011, p. 259) explica que: no que concerne à prescrição, prevalece o entendimento de que será observada a Teoria da actio nata, ou seja, o prazo prescricional somente começará a correr depois de violado o direito, ou seja, após o último ato do assediador, observando-se o tempo de 3 anos, com fulcro no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, por tratar-se de dano com natureza essencialmente civil.

Para Chehab (2010, p. 423) em relação as obrigações de reparação, na ocorrência de pluralidade de litigantes, aplicar-se-á, a regra exposta no art. 18, § 1º, do Código de Processo Civil, assim, se apenas um deles praticou assédio processual, apenas este responderá por atos ilícitos. Por outro lado, se vários praticaram o assédio com interesses distintos, a condenação será baseada no interesse de cada um deles na causa, na proporção específica de cada um e finalmente, caso os litigantes compartilharem da mesma pretensão para provocar o dano, aliando entre si, responderão, mesmo com interesses distintos na forma do artigo citado e dos arts. 124, I, 263 e 924, do Código Civil Brasileiro.

No que se refere à responsabilidade do Estado, somente poderá ser chamado a reparar a vítima, no caso de assédio processual praticado pelo magistrado sendo

membro do Ministério Público ou ainda, serventário da justiça, em face do exposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, cabendo o direito de regresso. Fora de tais hipóteses, o Estado também é vítima do agressor.

Para entendimento da quantificação da indenização por dano moral decorrente de assédio processual, é preciso analisar, elementos como a gravidade da ofensa praticada, a intensidade da lesão de direitos não patrimoniais da vítima, o tempo gasto na espera processual, a capacidade econômica das partes, e também o caráter punitivo e pedagógico de tal reparação (CHEHAB, 2009, p. 204).

Para Schiavi (2010, p. 331) não é possível tarifar a reparação adequada ou equilibrada como ocorre na litigância de má-fé, e no que se refere ao ato atentatório à dignidade da justiça, pela impossibilidade de quantificar a extensão do dano, uma vez que a vítima sofreu violação em seus direitos de personalidade, de modo que a indenização pode ser fixada conforme em comparação a reparação por danos morais.

Infelizmente, parte da jurisprudência resiste em condenar o litigante assediador, baseando-se no fato de que tal figura não está devidamente tipificada no ordenamento jurídico brasileiro. Este é, por exemplo, o posicionamento do juiz Jonas Santana de Brito que pronunciou com Recurso Ordinário, no TRT da 2ª Região (Processo TRT/SP Nº 0035020084460200-0) o seguinte: alguns doutrinadores e juristas têm admitido que o assédio processual pode gerar direito a reparação por danos morais ou patrimoniais. Considero que ainda existe vazio legislativo sobre esse pretensão direito. Isso porque a Constituição Federal garante o acesso ao Judiciário com possibilidade de uso de todos os recursos cabíveis. E se houver excesso, compete ao Juiz Natural da causa tomar as medidas cabíveis impondo multa por litigância de má-fé, multa diária, restrição de direitos, intervenção em empresas, apreensão de bens e numerário; deferir tutela antecipada, impor penalidade por ato atentatório à dignidade da Justiça, além de outras medidas. E o Juiz do Trabalho detém a ampla direção do processo, conforme garante o artigo 765 da CLT [...] Deve haver mitigação entre o direito à duração razoável do processo e o amplo direito de defesa, com uso dos recursos cabíveis. E isso deve ser estabelecido por lei porquanto no Brasil a Justiça ainda é lenta e vários são os motivos dessa lentidão. Não se pode atribuir apenas à parte adversa o ônus do processo ter duração demasiada longa. Se a parte contrária faz uso indevido dos instrumentos processuais o interessado deve, nos próprios autos, requerer ao juízo a aplicação das medidas punitivas.

Assim, diante do subjetivismo quanto ao assédio processual e da ausência de lei específica estabelecendo critérios claros e com penalidade prevista, não entendo, ainda, que seja possível estabelecer, em processo autônomo, indenização por assédio processual.

Já a desembargadora Leila Calvo, do TRT da 23ª Região, também em Recurso Ordinário (RO 1229200900123009 MT 01229.2009.001.23.00-9), ainda vai além, ao declarar que a simples divergência que paira sobre o assédio processual por si só, afasta a possível condenação do litigante assediador porque segundo ela: sem preocupação de alinhamento com qualquer das correntes doutrinárias e jurisprudenciais contrárias ou às que defendem a cominação da multa em discussão, a meu ver, a simples constatação da existência dessas divergências, afastaria, de plano, a condenação da Reclamada à advertência de pagamento da multa por suposto assédio processual, sendo este caracterizado, por aqueles que o admitem, como espécie do gênero assédio moral. Ademais, a legislação processual traz em seu bojo todos os instrumentos necessários com vistas a coibir os movimentos protelatórios das partes dentro do processo, como por exemplo, os artigos 16, 17, 18, §§ 1º, 2º e 3º, o parágrafo único do art. 538, os artigos 599, 600, 601, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil.

Não é possível concordar com tal entendimento, pois, não parece ser o mais adequado, uma vez que o juiz não pode ter um posicionamento meramente positivista, e

limitar-se simplesmente a interpretação literal da lei. Conforme Leite (2010, p. 418) apresenta:

Se o processo é instrumento ético de composição de conflitos e se o juiz tem o dever de zelar pela boa administração da justiça, observando os princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, e norteiam os atos da Administração Pública (CF, art. 37), como a moralidade e a eficiência, cremos ser factível o reconhecimento do assédio processual na Justiça do Trabalho, máxime se considerarmos a possibilidade de aplicação das normas fundamentais que alicerçam a reparabilidade de danos por assédio moral (CF, art. 5º, V e X), bem como as previstas no plano infraconstitucional (CC, arts. 186, 187 e 927).

Certamente que a ausência de tipificação legal do assédio processual não pode constituir obstáculo plausível para que haja punição do assediador que se sujeita a tais práticas, sob pena de se estabelecer uma verdadeira injustiça e contribuir ainda para a corrupção em geral. Paim; Hillesheim (2006, p. 1118) concordam, que não devemos nos acomodar com a inércia legislativa, interpretações restritivas de dispositivos legais que tendem a reforçar um legalismo rude, nem tão pouco nos conformar com a falta de previsão legal diante das novas demandas jurídicas. Devemos ser contribuintes de uma verdadeira Justiça Social, que é baseada em princípios éticos, jurídicos e sobretudo constitucionais, assim como o do respeito à dignidade da pessoa humana.

É inaceitável para qualquer que seja o jurista, tolerar condutas como está, e mais ainda, confundi-las com exercício da ampla defesa, nem tão pouco confundir celeridade com limite de defesa. Cabe ao magistrado portanto, analisar caso a caso e ponderar sempre, no sentido de alcançar a verdadeira finalidade do processo, que sempre será o resultado equilibrado para todos.

CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa cumpriu-se o intento de tornar público o problema enfrentado atualmente na Justiça do trabalho, no que se refere ao assédio processual que tratando da clara demora da prestação jurisdicional, gerando inúmeros prejuízos de ordem econômica e moral para as partes e para o Judiciário brasileiro. O assédio processual juntamente com todos os mecanismos protelatórios existentes, deve ser combatido rigorosamente. Felizmente a doutrina já tem se posicionado de forma clara e objetiva frente aos processos apresentados do referido assunto, entendendo que o assédio processual além de causar dano à outra parte traz problemas ainda mais complexos e perigosos para a prestação jurídica do país. Nem é preciso ocorrer o dano, para que o assediador seja condenado à reparação por assédio processual, neste caso, basta o comportamento do litigante assediador e assim como ocorre no assédio moral o dano efetivo trata-se de mero exaurimento.

Sendo caracterizado por um conjunto de atos que acabam por procrastinar o andamento do processo como um todo, o assédio processual antes era confundido com a litigância de má-fé, mas, hoje é claro o entendimento da devida diferenciação, pois o assédio processual é bem mais amplo e abrangente, sendo o campo de atuação do litigante assediador. O uso de instrumentos processuais previstos em legislação vigente é aceitável e compreensível, mas em muitos casos torna-se uma das principais armas do assediador para retardar o andamento do feito com único intuito de postergar direito a outra parte. É inadmissível e amoral confundir ou usar exercício de ampla defesa com assédio processual, é o mesmo que permitir ao litigante assediador agir deliberadamente abusando do direito, prejudicando a parte contrária, que depende da resolução de sua demanda.

Embora seja uma constatação, a falta de legislação específica em relação ao assédio processual também não serve de desculpas para o livre acesso e uso dos recursos com intenções nocivas, ofensivas e deploráveis. Se existe um obstáculo à rigidez de punição a cada dia mais evidentes, é sem sombra de dúvidas, a conivência ou acomodação dos operadores do direito. Uma mudança na mentalidade, no conhecimento profundo da questão precisa vir, juntamente com a legislação que se aproxima com a reforma do CPC, com visão estritamente positivista do processo, além da questão social de interesse no desenvolvimento de um processo justo para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. ALVES, Jeane Sales. Assédio Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jeane_sales_alves.pdf>. Acesso em: 12 de out. de 2015.
02. BELMONTE, Alexandre Angra. O assédio moral nas relações de trabalho - uma tentativa de sistematização. Revista LTr (ISSN 1516-9154), São Paulo, v. 72, n. 11, nov. de 2008.
03. BRASIL, Constituição da República federativa do Brasil. Brasília. Senado 1988.
04. _____. Art. 216A. Código Penal Brasileiro – Decreto. Lei 2848/40.
05. CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 34ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
06. CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2011.
07. CHEHAB, Gustavo Carvalho. Celeridade e Assédio Processual. Revista LTr, São Paulo, v. 74, n. 4, p. 415-424, abr. 2010.
08. CNJ – Conselho Nacional de Justiça - Estatísticas – relatórios da Justiça em Números. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_volume_2.pdf>. Acesso em: 12 de out. de 2015.
09. FELKER, Reginald. Dano moral, assédio moral, assédio sexual nas relações de trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010.
10. FONSECA, Ana. Assédio processual na justiça do trabalho. Publicado em julho de 2015. Disponível em: <<http://anajfs.jusbrasil.com.br/artigos/200605606/assedioprocesso-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 01-11-2015.
11. MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
12. PAIM, Nilton Rangel Barreto; HILLESHEIM, Jaime. Assédio Processual no Processo do Trabalho. Revista LTr, São Paulo, v. 70, n. 9, p. 1112-1118, set. 2006.

13. PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões sobre a morosidade e o assédio processual na Justiça do Trabalho. Revista LTr, São Paulo, v. 72, n. 1, p. 33-44, jan. 2008.
14. PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões sobre a morosidade e o assédio processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12003>>. Acesso em 28-09-2015.
15. PAIM, Nilton Rangel Barreto e HILLESHEIM, Jaime. O assédio processual no Processo do Trabalho. CESÁRIO, João Humberto (Coord.). Justiça do Trabalho e dignidade da pessoa humana: algumas relações do direito do trabalho com os direitos civil, ambiental, processual e eleitoral. São Paulo: LTr, 2007.
16. SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.
17. SITRAEMG – Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.sitraemg.org.br/trt-3-juiz-identificacade-assedio-processual/>. Acesso em: 26-09-2015.
18. SILVA, Juliana Ferreira. O Direito à Duração Razoável do Processo, mitigado em face do Assédio Processual na Justiça do Trabalho. Brasília, 2009.
19. SILVA, Layana Tátilla da. Assédio Processual na Justiça do Trabalho. Brasília, 2011.
20. THEODORO JUNIOR. Curso de Direito Processual Civil. 47ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2007.
21. TRT da 2ª Região, 63ª Vara do Trabalho de São Paulo, decisão publicada em 15/7/2005, conforme informação disponível em <http://trt.srv.trt02.gov.br/cgi-bin/db2_www/cp1/hhhh2.mac/totalhtm>. Acesso em: 23 set. 2015
22. TRT da 5ª Região, 2ª Vara do Trabalho de Itabuna, Processo nº 0173-2009-462-05-00-6, decisão publicada em 24/07/2009, conforme informação disponível:<www.trt5.jus.br/>. Acesso em: 04 out. 2015) (BAHIA, 2009).
23. TRT 5º Região 2ª turma. Recurso Ordinário nº 01224-2008-016-05-00-2-Rec Ord. Relatora Juíza Margareth Rodrigues da Costa. (SÃO PAULO).
24. TRT 3º Região 4ª turma. Recurso Ordinário nº 0076000-12.2008.5.03.0112. Relator José Eduardo Resende Chaves Junior. (SÃO PAULO).
25. UCHÔA, Marcelo Ribeiro. O assédio processual como dupla violência ao trabalhador. Revista LTr (ISSN 1516-9154), S. Paulo, v. 72, nº 10, outubro, 2008.
26. VADE MECUM. – 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

A CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO DELEGADO DE POLÍCIA NA REPRESENTAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL

Otávio José Lima de Oliveira
Geisla Prado Lima

RESUMO - Esta pesquisa teve como objetivo mostrar as vertentes favoráveis e contrárias, no que tange à capacidade postulatória do Delegado de Polícia na representação das medidas cautelares no âmbito do Inquérito Policial. Como é um tema recente, teve como fonte: artigos jurídicos, legislações diversas, doutrina e julgados pelas diferentes instâncias do Poder Judiciário. Para facilitar o entendimento, iniciou-se pelos pressupostos processuais para contextualizar a expressão “capacidade postulatória”. Posteriormente, apresentou-se sistemas processuais para explicar as características do Inquérito Policial. Além disso, este trabalho expôs o conceito de medidas cautelares, para, por conseguinte, apresentar, de forma inédita, as controvérsias no uso dos termos “representação” e “requerimento”, na legislação infraconstitucional, quanto à solicitação de alguma medida ao Poder Judiciário pela autoridade policial, querelante ou Ministério Público.

Palavras-chave: direito processual penal, capacidade postulatória, medidas cautelares, inquérito policial.

ABSTRACT - This research aims to show the for and against aspects, regarding the postulator capacity of Chief of Police in the representation of precautionary measures under police investigation. As it is a recent theme, it was to supply legal: articles, various laws, doctrine and judged by different instances of the Judiciary. To facilitate understanding, started by inadmissibility to contextualize the expression “postulator capacity”. Later, introduced himself procedural systems to explain the characteristics of Police Investigation. In addition, this paper expounded the concept of precautionary measures to therefore present in an unprecedented way, controversies in the use of “representation” and “application” terms, the infra-constitutional legislation, on the request of some measure to the courts by the police, prosecutor or rosecutors.

Keywords: criminal procedural law, postulator capacity, precautionary measures, police investigation.

INTRODUÇÃO - Depois da discussão sobre a exclusividade do poder de investigação criminal pela polícia, que foi encerrado, por meio da rejeição da Proposta de Emenda à Constituição 37/2011, o Ministério Público tem questionado, atualmente, que o Delegado de Polícia não possui capacidade postulatória para representar as medidas cautelares diretamente

ao magistrado no âmbito do Inquérito Policial, sob a alegação de que as diligências realizadas pelo órgãos policiais, se não passar pelo crivo do Parquet, não poderiam ser utilizadas na Ação Penal, o que tornaria em vão o trabalho policial, que teve dispêndio de recursos humanos e materiais na realização das investigações, ferindo, assim, os princípios constitucionais da eficiência e economicidade.

Dessa forma, o órgão ministerial, seja na esfera estadual, distrital ou federal, tem representado pela nulidade de todas as representações de medidas cautelares pela autoridade policial, sem a sua manifestação prévia; ou recorrido das decisões judiciais que concederam tais medidas representadas diretamente pelo Delegado de Polícia, sem o seu parecer.

Por outro lado, se essas medidas cautelares tiverem que passar pela análise a priori do Parquet, corre o risco das investigações criminais perderem a sua efetividade, pois para investigar delitos de forma eficiente, é preciso rapidez na concessão de medidas cautelares, senão perderia a oportunidade de se identificar a autoria, a materialidade e as circunstâncias desses crimes, que, quando mais tempo se passa, as provas desaparecem e, por sua vez, o perecimento do direito punitivo estatal.

Além disso, é oportuno frisar que os termos “representação” e “requerimento”, utilizados, respectivamente, pelo Delegado de Polícia e pelo membro do Ministério Público e querelante, encontram-se aplicados, de forma equivocada, na legislação infraconstitucional.

Diante dessas ponderações, trata-se de um tema inovador e atual, pois esta monografia tem a responsabilidade de expor os argumentos favoráveis e contrários à capacidade postulatória do Delegado de Polícia durante a investigação criminal, utilizando-se tanto do ordenamento jurídico e da doutrina, quanto dos julgamentos judiciais, de forma isenta, para que os leitores e pesquisadores tirem as suas próprias conclusões.

1 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Segundo o doutrinador Theodoro Júnior (2011, p. 79), os pressupostos processuais são “aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. E, em consequência, não atinge a sentença que deveria apreciar o mérito da causa”.

Assim, caso o processo não possua os requisitos ou pressupostos processuais para se formar e desenvolver regularmente, será extinto sem resolução de mérito, conforme o art. 267, IV, do CPC:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

Nesse contexto, pode-se extrair que o próprio Código de Processo Civil conceituou pressupostos processuais como sendo os elementos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Daí a importância dos pressupostos processuais, que o próprio Theodoro Júnior (2011, pág. 495) os elenca como requisitos de ordem pública, pois condicionam a própria jurisdição: os pressupostos processuais são requisitos de ordem pública, que condicionam a legitimidade do próprio exercício da jurisdição. Por isso, não precluem e podem, a qualquer tempo, ser objeto de exame, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, desde que ainda não decidido o mérito da causa.

Desse modo, para o processo ser considerado existente, válido e regular, é necessário obedecer algumas regras e requisitos, que são os pressupostos processuais. Esses pressupostos se dividem em existência e validade.

Os pressupostos de existência, por sua vez, subdividem-se em subjetivos e em objetivo. Aqueles compõem-se de um órgão jurisdicional (o juiz regularmente investido na jurisdição) e da capacidade de ser parte (é a aptidão para ser sujeito – polo ativo ou passivo – de um processo). Já o objetivo é a petição inicial (propositura de uma demanda).

É necessário tecer algumas considerações sobre a capacidade de ser parte dentro do processo. Essa espécie de capacidade refere-se à existência de personalidade civil. Para a pessoa natural, a personalidade civil inicia-se com o nascimento, embora o Código Civil coloque a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, por força do art. 2º, do CC. Para a pessoa jurídica, a personalidade é adquirida a partir da inscrição do seu ato constitutivo na Junta Comercial. Além disso, a legislação atribui a capacidade de ser parte a entes despersonalizados, como ocorre na massa falida, no espólio, no condomínio e na herança jacente.

Presentes os pressupostos processuais de existência, passa-se à análise dos pressupostos processuais de validade, que também se subdividem em subjetivos e objetivos. Estes podem ser intrínsecos ou extrínsecos. Os intrínsecos são os pressupostos que devem ser vistos dentro do processo, como o adequado desenrolar dos atos processuais. Os extrínsecos, também chamados de negativos, são pressupostos que não devem estar presentes no processo (a litispendência, a coisa julgada, preempção ou a convenção de arbitragem), pois impede o julgamento do mérito.

Os pressupostos processuais de validade subjetivos referem-se ao magistrado (sua competência e imparcialidade) e às partes (que devem ter capacidade processual e capacidade postulatória).

1.1 CAPACIDADE PROCESSUAL

É a possibilidade de a parte praticar atos no processo, de forma autônoma, sem o acompanhamento de outra pessoa, seja para defender seu direito ou de outrem. Assim, capacidade processual é a capacidade de integrar um dos polos processuais, exercendo o direito por si só. Essa é a visão de Theodoro Júnior (2011, p. 190), que prega a capacidade processual “na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio”.

Complementa Dinamarco (2001, p. 284) ao mencionar que: a capacidade processual ou capacidade de estar em juízo está intimamente ligada ao conceito de capacidade civil. As pessoas físicas têm essa capacidade quando se acham no pleno exercício de seus direitos (CPC, art. 7º). Trata-se dos maiores de dezoito anos que não se encontram em nenhuma das situações nas quais a lei civil os dá por incapazes para os atos da lei civil.

Nessa perspectiva, há situações em que os incapazes ou capazes sem a capacidade civil plena são polos do processo, mas não tem a capacidade de estar em juízo sozinhos. Assim, a pessoa precisa ser representada ou assistida pelo representante legal. Por exemplo: uma criança possui a capacidade de ser parte, pois pode ser parte dentro de um processo, em virtude de possuir personalidade jurídica. No entanto, em virtude de suas limitações legais decorrentes de sua idade, esse menor não possui a capacidade de estar em juízo, razão pela qual deve ser assistido ou representado por seus genitores ou responsável, se for, respectivamente, relativo ou absolutamente incapaz.

Caso o menor não possua responsável ou havendo conflito de interesses entre eles, o juiz nomeará curador especial para a sua defesa. Há outros casos, em que o magistrado também nomeará curador: réu preso e revel citado por edital ou com hora certa.

Não se pode confundir capacidade para ser parte com capacidade processual. Aquele é pressuposto de existência e basta ter personalidade jurídica para figurar no polo ativo ou passivo da demanda. Já para deter a capacidade processual é necessária a

existência de capacidade de exercício de direitos de forma autônoma, sendo um pressuposto de validade.

1.2 CAPACIDADE POSTULATÓRIA

É o objeto de estudo desta monografia, sendo a habilitação de postular ou de requerer direitos em juízo, de peticionar ao judiciário, ou seja, é a capacidade técnica exigida para a prática de alguns atos processuais, que são os pelos quais se pretende, se pede ou se postula algo.

A capacidade postulatória deriva do Princípio Jus Postulandi, termo em latim que significa "direito de postular". Nas lições de Martins (2009, p.184), o instituto do Jus Postulandi “é uma locução latina que indica o direito de falar, em nome das partes, no processo, que diz respeito ao advogado”.

Sussekind et al (2005, p. 1408) conceitua e destaca jus postulandi como a capacidade de “praticar todos os atos processuais necessários ao início e ao andamento do processo: a capacidade de requerer em juízo”.

Partindo desses ensinamentos, a capacidade postulatória é o direito de agir, postular algo em juízo, ora em seu nome, ora em nome das partes, sendo, em regra, exclusiva aos advogados regularmente inscritos na OAB, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Para os advogados, o art. 36, do CPC, e o art. 1º, I, da Lei 8906/94 (Estatuto da Advocacia), regulamentam a capacidade postulatória aos seus membros:

Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; (Vide ADIN 1.127-8)

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

§ 1º. Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.

É bom frisar que o último texto legal acima foi objeto da ADI 1.127-8, em que o Supremo Tribunal Federal (2006) demonstrou que não há monopólio da OAB para postular em juízo, pois a capacidade postulatória pode ser exercida por outras instituições, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, por força constitucional; bem como, a postulação em juízo sem advogado nos seguintes casos:

a) nas causas cíveis, com valor menor do que vinte salários mínimos, podem ser propostas pelos próprios interessados, por força do art. 9º da Lei nº 9.099/95:

Art.9º. 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;

b) na Lei Maria da Penha, prevê que a mulher vítima de violência solicite diretamente medidas de proteção contra o ofensor, conforme o art. 19 da Lei nº. 11.340/2006: “As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida”;

c) no Habeas Corpus, de acordo com o art. 654 do Código de Processo Penal, pode ser impetrável por qualquer pessoa: “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”;

d) pelo princípio do “Jus Postulandi”, não é necessário contratar advogado para iniciar uma ação trabalhista ou defender-se de uma ação em seu desfavor. A postulação em juízo pela própria parte encontra-se amparo no art. 791, da CLT:

Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final;

e) a postulação diretamente pela parte, quando advogar em causa própria ou mesmo quando não sendo advogado, não houver causídico no lugar ou os que existam tenha recusado o patrocínio da causa, nos termos do art. 36, do CPC.

A capacidade postulatória, quanto à habilitação de postular ou de requerer algo em juízo, deve ser vista sob o ponto de vista do autor (se no processo verificar a ausência de pressupostos processuais, ele será extinto sem resolução de mérito) e não em relação ao réu, que se não manifestar, reputar-se-á revelia.

O doutrinador Rodrigues (1998, p. 234) atenta-se para essa importante questão: outro aspecto importantíssimo com relação à capacidade postulatória, diz respeito ao fato de que este instituto só é pressuposto de validade positivo da relação jurídica processual com relação ao autor e não com relação ao réu, vez que, se este deixa de fazer-se representar por advogado, e, mesmo após o juiz determinar o prazo para suprir tal irregularidade, continua a postular sem advogado, a consequência não será a mesma se no lugar do réu fosse o autor. Se o vício for causado pelo autor, a consequência será a extinção do processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, IV, do CPC (art. 13, I, do CPC). Todavia, se o vício é causado pelo réu, aplicar-se-á a regra do art. 13, II, do CPC.

Dessa forma, se o ato for praticado por quem não tem capacidade postulatória, de acordo com o art. 4º do Estatuto da OAB, será considerado nulo, pois foi praticado por um agente incapaz:

Art. 4º. São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento - suspensão, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.

Mesmo sendo o impetrante originário, se a inscrição da OAB estiver suspensa, naquele momento, o advogado não possui capacidade postulatória. Essa foi a posição do Supremo Tribunal Federal (2014) no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 121722/MG: advogado com inscrição suspensa na OAB não possui capacidade postulatória para a prática de atos processuais. O recorrente deve possuir capacidade postulatória para interpor recurso ordinário em "habeas corpus", ainda que tenha sido o impetrante originário, por tratar-se de ato privativo de advogado. São nulos os atos privativos de advogado praticados por aquele que esteja com a inscrição suspensa - EOAB, art. 4º, parágrafo único. (STF, 2ª Turma. RHC 121722/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 20 de maio de 2014. Info 747 – grifo nosso)

Em relação ao assistente, não se pode confundir com o advogado do assistente, apenas este possui capacidade postulatória. O assistente só pode atuar em juízo, se representado por um advogado. Essa é a vertente defendida por Capez (2012, pág. 186):

Não confundir assistente com advogado do assistente. Assistente é qualquer das pessoas do art. 268 do Código de Processo Penal que, não possuindo capacidade postulatória, necessita constituir advogado para representá-la em juízo, outorgando-lhe os poderes especiais de que trata o art. 44 do mesmo Código.

Depois dessa exposição sobre os pressupostos processuais, em atenção à capacidade postulatória, esta monografia mostrará as vertentes favoráveis e contrárias, no que tange à capacidade postulatória do Delegado de Polícia na representação das medidas cautelares diretamente ao juízo, durante a investigação criminal, sem a manifestação prévia do Parquet.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS

No decorrer da história, três sistemas processuais podem ser identificados no ordenamento jurídico dos países: a) sistema inquisitivo ou inquisitório; b) sistema acusatório; c) sistema misto, reformado, napoleônico ou acusatório formal.

2.1 SISTEMA INQUISITIVO OU INQUISITÓRIO

O sistema inquisitivo tem sua origem no Direito Romano, quando o magistrado poderia iniciar o processo de ofício. A nomenclatura desse sistema deriva da inquisição (Santa Inquisição/Tribunal Eclesiástico) e teve o seu ápice na Idade Média, pois possuía como finalidade a investigação e a punição dos hereges pelos membros do clero. Para garantir essa punição, não havia separação entre as funções de acusação, de defesa e de julgamento, ou seja, quem acusa é o mesmo que julga e defende o investigado.

Além disso, o sistema inquisitivo é marcado por outros pontos: a) as provas são colhidas de maneira sigilosa; b) não há regras de liberdade e igualdade; c) a confissão é absoluta e irretirável, sendo considerada como a “rainha das provas”; d) o julgador concentrava toda gestão de provas e, preferencialmente, deveria obter a confissão do acusado, inclusive por intermédio da tortura; e) procedimento e defesa totalmente escritos; f) as provas são tarifadas/valoradas. Assim sendo, o testemunho de um clero ou nobre era mais valorosa do que o de uma mulher ou plebeu; f) não há contraditório e nem presunção de inocência.

Percebe-se que o acusado é um objeto do processo (devendo ser utilizado para se alcançar a condenação), não sendo considerado como sujeito de direitos.

O professor Antônio Magalhães Filho (1997 apud CAPEZ 2012, p. 286) descreve bem esse sistema: o método inquisitivo aperfeiçoou-se, sobretudo, no seio das jurisdições eclesásticas, diante da necessidade de repressão da heresia e das condutas irregulares do clero, que exigiam uma permanente atividade de investigação por parte das autoridades religiosas. Corolários dessas exigências eram o segredo, face ao perigo da propagação das condutas heréticas ou contestadoras do poder real, bem como o caráter ilimitado da pesquisa da verdade, que consistia em verdadeira obsessão do inquisidor, daí ser natural, nessa perspectiva, a utilização do saber do próprio acusado como fonte de informação; se culpado, o acusado tem certamente conhecimento preciso da realidade, e a confissão, se obtida, constitui a melhor forma de se alcançar a verdade real; assim, acabava por transformar-se toda a atividade probatória em uma desenfreada busca da confissão, inclusive com a admissão do recurso à tortura.

Embora não seja o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja vista ir em contramão aos princípios constitucionais (dignidade da pessoa humano, contraditório, ampla defesa e outros), há resquícios dessa sistema no Inquérito Policial, que é um procedimento administrativo de caráter inquisitivo, escrito, sigiloso e sem contraditório durante a realização das diligências), sendo conduzido por apenas uma pessoa, o Delegado de Polícia, que possui a exclusividade do indiciamento, conforme o art. 2^a, §6^o, da Lei 12830/2013.

Nessa perspectiva, o mestre Fernando Capez (2012, p.28) lembra que "o contraditório é um princípio típico do processo acusatório, inexistindo no inquisitivo".

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (1998, p. 256): o contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

Esse é o entendimento da 6^a turma do Superior Tribunal de Justiça (2010), em que afirma "o inquérito policial ser uma mera peça informativa, destinada à formação da

opinio delicti do Parquet, simples investigação criminal de natureza inquisitiva, sem natureza judicial" (STJ, 6ª Turma. HC nº 2.102-9/RR. Rel. Min. Pedro Aciole. 06 de dezembro de 2010. Ementário STJ, 09/691).

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

Apesar de ter origem na Grécia e em Roma, o sistema acusatório floresceu a partir da Revolução Francesa, com a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que repercutiu na premissa de que alguém somente poderia ser processado em juízo, mediante uma acusação formulada por uma pessoa diversa do julgador.

Assim, esse sistema possui como principal característica a separação entre as funções de acusação (Ministério Público), defesa (Advocacia ou Defensoria) e julgamento (Juiz), que são realizadas por pessoas distintas e independentes, fazendo com que as partes participem da gestão das provas, durante toda a persecução penal.

Segundo a doutrina majoritária, o sistema acusatório é o adotado no Brasil, principalmente, posterior a promulgação da Carta Magna. No entanto, a doutrina clássica defende que o sistema misto ainda permanece, pois o processo compreende duas fases: a investigativa (inquisitiva) e a judicial (acusatória).

O argumento dos estudiosos clássicos não corresponde os anseios da doutrina atual, cuja tese é que como o Inquérito Policial não é processo, mas procedimento administrativo inquisitivo, o sistema processual misto não teria espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Essa é a posição de Oliveira (2013, p. 31): no que se refere a fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.

Dessa maneira, até mesmo no Inquérito Policial, que possui caráter inquisitivo, a autoridade policial deve disponibilizar ao investigado, se solicitado, o teor das diligências realizadas em seu desfavor, para que possa exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, que são princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado, por isso é necessária a distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos. Assim, a investigação prévia incumbe à Polícia Judiciária, que, funcionando como órgão auxiliar do Ministério Público, apresenta uma série de informações, por meio do Inquérito Policial, com a finalidade de subsidiar a formação do convencimento do dominus litis quanto à viabilidade da Ação Penal. O Parquet, por sua vez, como órgão acusador, exerce a sua função, através da denúncia, quando presentes indícios de autoria e materialidade em algum delito.

Outrossim, a função de julgar resta ao magistrado que, graças aos princípios do juiz natural e da imparcialidade, fica adstrito ao julgamento do processo, sendo vedado interferir seja no Inquérito Policial, seja na Ação Penal, salvo se for provocado para tomar medidas cautelares que garantam os direitos fundamentais do acusado.

O sistema acusatório é marcado pelos seguintes traços: a) o processo é público; b) o duplo grau de jurisdição; c) a presença do contraditório e da ampla defesa; d) o acusado é presumidamente inocente; e) a igualdade entre acusação e defesa; f) a confissão deixa de ser a prova absoluta, passando a ser analisada com outros elementos do processo, a fim de formar a convicção do juiz.

Ao mencionar sobre o sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, Capez (2012, p. 74) aponta a separação das funções do investigador, acusador e julgador: a Consolidação Federal de 1988 vedou ao juiz a prática de atos típicos de parte, procurando preservar a sua imparcialidade e necessária equidistância, prevendo

distintamente as figuras do investigador, acusador e julgador. O princípio do *ne procedat iudex ex officio* (inércia jurisdicional) preserva o juiz e, ao mesmo tempo, constitui garantia fundamental do acusado, em perfeita sintonia com o processo acusatório.

Além disso, Smanio (1997 apud CAPEZ 2012, p. 82) defende que o sistema acusatório é o adotado pela legislação brasileira, pois o relaciona com as garantias fundamentais constantes na Constituição Federal: o sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). É o sistema vigente entre nós.

2.3 SISTEMA MISTO

Este sistema, também conhecido por acusatório formal, foi instaurado por meio do Código de Instrução Criminal, de 1808, na época de Napoleão. É misto, pois teve fortes influências do sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo. Destarte, o sistema misto é marcado pela dualidade, pois o processo possui duas fases distintas: a primeira refere-se à investigação preliminar e à instrução preparatória, com matriz inquisitória (sigiloso e sem contraditório). Já na segunda, judicial, a acusação é feita por órgão distinto do que irá realizar o julgamento.

Mesmo alguns doutrinadores defenderem que o ordenamento jurídico brasileiro tenha adotado o sistema misto, tendo o Inquérito Policial, na fase preliminar, de caráter inquisitório; e a Ação Penal, na fase processual, de caráter acusatório, o estudioso Lopes Júnior (2012, pág. 130) vê justamente o contrário. Sob essa ótica, a prova produzida no Inquérito seria judicializada no processo. O que seria uma afronta aos direitos e garantias constitucionais, já que na fase inquisitorial, a prova não passou pelo crivo do contraditório:

[...] a prova é colhida na inquirição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquirição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

O ilustre doutrinador Tourinho Filho (2006, p. 93) defende que há 03 etapas no sistema misto, sendo as duas primeiras de caráter inquisitorial e a última, acusatória.

[...] desenvolve-se em três etapas: a) investigação preliminar (de la policie judiciaire), dando lugar aos procès verbaux; b) instrução preparatória (instruction préparatoire); e c) fase do julgamento (de jugement). Mas, enquanto no inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do Juiz, no processo misto ou acusatório formal, somente as duas primeiras fases é que eram e continuaram secretas e não contraditórias. Na fase o julgamento, o processo desenvolve-se oralement, publiquement et contradictoirement. As funções de acusar, defender e julgar são entregues a pessoas distintas.”

E, por fim, a Constituição da República sedimentou o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, pois a Carta Magna é balizada nos direitos e garantias fundamentais (princípios da igualdade, da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da presunção de inocência, da licitude das provas, dentre outros), bem como dispõe ser atividade privativa do Ministério

Público promover a Ação Penal Pública, conforme o art. 129, I, CF, o que afastaria qualquer possibilidade da persecução ser controlada pelo órgão julgador.

3 CONTROVÉRSIAS NO USO DOS TERMOS "REPRESENTAÇÃO" E "REQUERIMENTO" QUANTO À CAPACIDADE POSTULATÓRIA.

No ordenamento jurídico brasileiro, os termos "requerer" e "representar" são utilizados, respectivamente, pelo membro do Ministério Público e pela autoridade policial, para solicitar alguma medida cautelar ao Poder Judiciário.

Segundo o dicionário Houaiss, o vocábulo "requerer" significa: "pedir por meio de requerimento; exigir, por necessário ou essencial; demandar; fazer ou dirigir petições a alguém; pedir; solicitar". Esse termo está utilizado de forma adequada, quando, no Código de Processo Penal e na legislação extravagante, o Ministério Público e o querelante ou assistente requerem algo, em virtude de serem partes da Ação Penal.

Não é o acontece com o termo "representação", que, conforme o dicionário Houaiss, é utilizado no sentido de "substituir; estar no lugar de; fazer as vezes de".

Assim, é por isso que a autoridade policial representa e não requer alguma medida cautelar ao Poder Judiciário, pois a representação é um instrumento que o Delegado de Polícia, mesmo não sendo parte interessada no processo penal, tem interesse na persecução penal, agindo em nome, ora os interesses individuais (vítima de algum crime) ora da coletividade (tráfico de entorpecentes).

No entanto, é bom frisar que o termo "representação" não é o melhor emprego às solicitações do Delegado de Polícia durante o Inquérito Policial, já que, na fase pré-processual, a autoridade policial não é parte, nem substituto processual, pois não pode agir em nome de terceiros. Nesse âmbito, os termos corretos são, por exemplo, "interpor" ou "solicitar".

É preciso acentuar que a palavra "requerimento" também não está aplicada de forma adequada, pois o Delegado de Polícia não é parte no processo, nem substituto processual. Assim, aplica-se o vocábulo "requerimento", exclusivamente, às partes ou ao Ministério Público, quando estiverem atuando em nome próprio ou de seus interesses.

Quanto ao termo "representação", no art. 3º, do Código Civil, encontra-se o rol dos absolutamente incapazes que são representados para o exercício da vida civil pelos pais ou responsáveis, tutores ou curadores. Nesse sentido, "representação" é o ato pelo qual o representante age em nome do absolutamente incapaz nos atos da vida civil, ou seja, o responsável age em nome dos interesses do representado no processo.

Esse entendimento, aliás, deve ser aplicado ao Ministério Público, pelo fato de atuar ora em interesse de outrem, ora da coletividade. Nesse sentido, o termo "representação" é o que melhor descreve essa situação, pois nesses casos, o Parquet está atuando em nome de terceiros na fase processual, isto é, substituindo as partes no campo da acusação na Ação Penal Pública. O que diferencia do Delegado de Polícia, é que o Ministério Público é dominus litis, o titular exclusivo da Ação Penal, podendo recorrer das decisões judiciais, incluindo as medidas cautelares. Já a autoridade policial não pode recorrer de tais decisões, pois não é parte e nem substituto processual.

Nesse contexto, o "requerimento" ofertado seja pelo Parquet, seja pelas partes, tem o sentido de pedido, de solicitação. Caso o pedido seja indeferido pelo Poder Judiciário, o interessado pode interpor recurso, a fim de modificar a decisão do juiz, pois ambos possuem capacidade postulatória. Por outro lado, a "representação" não se caracteriza como pedido, mas uma recomendação, substituindo alguém, dirigida ao magistrado, para dar andamento ao Inquérito Policial. Como não é parte no procedimento administrativo, o Delegado de Polícia não pode recorrer, caso a decisão seja denegatória.

No art. 6º, da Lei 1058/51, qualquer do povo pode provocar a iniciativa do Ministério Público para atuar na apuração de alguma contravenção penal, por meio de uma representação. Nessa legislação, o termo "representação" é o ato pelo qual qualquer do povo pode denunciar algum ato, que seja tipificado como contravenção penal. Conforme ressaltado, os termos "representação" e "requerimento" seriam melhor aplicados se, respectivamente, o popular fosse solicitar a investigação: a) em nome de outra pessoa ou da coletividade; b) em seu próprio nome, quando for vítima.

Caso tal representação seja arquivada, o impetrante pode interpor recurso em sentido estrito contra a negativa ministerial. Isso demonstra que, nessa situação, qualquer do povo possui capacidade postulatória para provocar o Ministério Público, pois pode interpor recurso, em face da omissão do Parquet.

Entretanto, se o Ministério Público encampar tal pedido do popular, o substituirá, sendo, a partir de então, parte do procedimento criminal; ou seja, o Parquet atua em nome de outrem, prosseguindo com o feito. Nesse sentido, o termo "representação" está aplicado de forma certa.

Há de convir que a Lei 1058/51 reforça a vertente de que o Delegado de Polícia não possui capacidade postulatória, em virtude de nenhuma legislação brasileira permitir à autoridade policial o atributo de recorrer das decisões judiciais.

Nessa legislação, tal atributo de recorribilidade cabe ao popular, por força do art. 6º, parágrafo único:

Art. 6º Quando qualquer do povo provocar a iniciativa do Ministério Público, nos termos do art. 27 do Código do Processo Penal, para o processo tratado nesta lei, a representação, depois do registro pelo distribuidor do juízo, será por este enviada, incontinenti, ao Promotor Público, para os fins legais.

Parágrafo único. Se a representação for arquivada, poderá o seu autor interpor recurso no sentido estrito.

Sob esse enfoque, a autoridade policial não possui capacidade postulatória para poder pleitear medidas cautelares, haja vista não ser parte no Inquérito Policial, nem substituto processual, pois esse atributo pertence ao Ministério Público por força constitucional, para, por exemplo, propor Ação Penal de forma exclusiva e/ou Ação Civil Pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, bem como promover a defesa dos interesses da criança, adolescente, idoso e outros.

O art. 311, do Código de Processual Penal, emprega a utilização dos termos "requerimento" e "representação", respectivamente, aos membros do Ministério Público, querelante ou assistente; e a autoridade policial:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Não obstante, os termos "requerimento", "representação" e "solicitação/interposição" seriam melhores aplicados nas seguintes hipóteses:

- a) Representação – direcionado às partes do processo - Ministério Público (quando postula uma medida cautelar em desfavor de uma pessoa ou em favor da sociedade – interesse de outrem) ou querelante (quando solicita algo em nome de terceiros, na qualidade de cônjuge, ascendente, descendente ou irmão);
- b) Requerimento - direcionado às partes do processo - Ministério Público (quando postula uma medida cautelar em favor dos interesses institucionais do próprio órgão – interesse próprio) ou querelante (quando solicita algo em desfavor de alguém, em seu próprio nome – interesse próprio);

c) Solicitação/Interposição – não é parte no processo Delegado de Polícia (mesmo não sendo parte no processo, age em nome de interesses individuais ou coletivos).

A diferença dos termos "representação" e "solicitação/interposição" refere-se ao fato deste ser melhor empregado ao Delegado de Polícia, em virtude de não ser parte no processo, pois não pode recorrer de uma decisão judicial que indeferiu a medida cautelar por ele proposta. Já no caso da representação, o Ministério Público ou o querelante pode recorrer em caso de decisão denegatória do magistrado.

No art. 24, caput, do Código de Processual Penal, o emprego do termo "representação" está de forma equivocada, pois o ofendido não está agindo em nome de outrem, mas defendendo seus próprios direitos. Nesse caso, aplica-se "requerimento", no sentido de "demandar; fazer ou dirigir petições a alguém; pedir, solicitar". No entanto, no parágrafo primeiro, do mesmo dispositivo legal, o vocábulo "representação" está aplicado de forma correta, pois como a morte do ofendido, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão podem agir em nome do falecido, representando-o como substitutos processuais.

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Isso demonstra que tanto a doutrina, quanto o Código de Processo Penal, utiliza de forma errônea o termo "representação", que é condição sine qua non para o início da Ação Penal Pública Condicionada à representação do ofendido, como citado no art. 24, do CPP. Nessa situação, o termo correto é "requerimento", pois, novamente, deve-se frisar que o ofendido está solicitando a abertura da Ação Penal Pública, na qualidade de parte e não em substituição ao interesse de outrem.

Entretanto, em relação ao Ministério Público, é aplicável o léxico "representação", pois depois que o ofendido solicita o início da Ação Penal Pública Condicionada, o Parquet assume tal ação, substituindo o próprio ofendido, na titularidade da Ação Penal Pública. Em caso de inércia do órgão ministerial, o ofendido pode intentar a Ação Penal Privada Subsidiária da Pública.

No que tange à Ação Penal Privada, ela só será iniciada, mediante requerimento do ofendido, conforme o art. 5º, II, do CPP. Esse termo está aplicado de forma precisa, pois reflete justamente o significado da palavra "requerimento", que é "dirigir petições a alguém; pedir; solicitar" em seu nome.

Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

[...]

Esse ensinamento também reflete no Inquérito Policial, pois, nos casos de crimes, da esfera da Ação Penal Privada, esse procedimento administrativo apenas pode ser iniciado, mediante requerimento da vítima, conforme o art. 5º, § 5º, do CPP. Caso a autoridade policial indefira a abertura do Inquérito Policial, o ofendido poderá interpor recurso ao Chefe de Polícia. Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

[...]

§ 2º. Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

[...]

§ 5º. Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Em suma, ao ofendido, se estiver atuando em prol de seus próprios interesses, o termo é "requerimento", pois é parte no processo. No entanto, se estiver atuando em nome de outrem ou da coletividade, o léxico correto é "representação" nos casos da morte do ofendido, que pode ser representado pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Nessa situação, não está levando em consideração se a Ação é Pública, mediante a representação, ou privada, mas se o ofendido está atuando em seu nome ou de terceiros no processo.

Esse deve ser o mesmo entendimento do Ministério Público. Se estiver atuando em prol dos interesses de outrem (individual, coletivo ou difuso), cabe "representação". Se for em prol de seus próprios interesses, aplica-se "requerimento", pois no primeiro caso é substituto processual e, no segundo, a própria parte. Em relação ao Delegado de Polícia, frisa-se que não caberia os termos "representação" e "requerimento", pois não é parte no processo penal, nem substituto processual. Desse modo, aplica-se os vocábulos "solicitação" e "interposição", como forma de pedido das medidas cautelares ao Poder Judiciário.

4 MEDIDAS CAUTELARES

Antes de verificar se o Delegado de Polícia possui ou não capacidade postulatória para representar pelas medidas cautelares diretamente ao Juízo, em fase de Inquérito Policial, é necessário ter o conhecimento do que venha ser ação cautelar, processo cautelar e medida cautelar. Essas medidas, quando o magistrado as concede no começo do processo, são chamadas de decisões liminares.

No processo civil, é possível a concessão da liminar inaudita altera pars (sem ouvir a parte contrária), para tornar eficaz o processo cautelar, pois se o réu ou acusado for citado, tal medida pode ser ineficaz, conforme o art. 804, do CPC:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Em geral, no processo penal, as medidas cautelares são concedidas de forma inaudita altera pars, como medidas assecuratórias, para que o investigado ou acusado não desapareça ou saiba que está sendo investigado, pois assim tornaria a investigação ineficaz.

Complementando essa visão, o doutrinador BONFIM (2011, p. 19) argumenta: frise-se que até mesmo no CPP as medidas cautelares já eram previstas, sob forma de medidas assecuratórias (arts 125 a 144), que são aquelas providências tomadas no curso da ação penal ou do inquérito policial para garantir uma eventual e futura indenização ou reparação à vítima do processo penal, bem como assegurar o pagamento das custas processuais existentes, ou, mais ainda, evitar que ele venha a se locupletar dos ganhos obtidos com a prática criminosa, que consistiria numa forma de incentivo velado à delinquência.

Dessa forma, no âmbito penal, as medidas cautelares são providências estatais que buscam garantir a utilidade e a efetividade do resultado da tutela jurisdicional, por meio da sentença condenatória ou absolutória.

Os conceitos ligados à medida cautelar são oriundos da Teoria Geral do Processo, tendo os principais expoentes doutrinadores do Código de Processo Civil, pois é essa legislação que esmiúça mais sobre esse assunto.

Primeiramente, é necessário distinguir medida cautelar de tutela antecipada.

Esta visa satisfação de uma parte antes do momento normal, que seria na sentença.

Já aquela deseja proteção contra ameaças, para que ao fim do processo principal o bem jurídico tutelado ainda exista.

A ação cautelar é o direito da parte à cautela, concedido pela legislação, para garantir a eficácia do processo principal, ou seja, para o processo ter um curso regular, da petição inicial até a sentença.

O processo cautelar, por sua vez, é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares. É o instrumento hábil, para que o juízo analise a viabilidade da concessão ou não dessas medidas. É bom frisar que nem todas as medidas cautelares são determinadas ou deferidas em processo cautelar, há situações em que são deferidas no processo de execução, como é o caso do arresto.

Já a medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo, ou dos direitos subjetivos dos litigantes. É o mérito do próprio processo cautelar, condicionado à existência do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo da demora), de tal forma que não se possa aguardar o desfecho da ação principal; ou se tal medida não for deferida pelo juízo, o processo não terá o seu curso normal. No processo penal, por exemplo, quando uma testemunha é ameaçada pelo autor, a prisão preventiva é o meio eficaz da cessação dessa ameaça, por meio do enclausuramento do autor. Essa medida pode ser nominada, quando a legislação especifica tal medida para determinada situação; ou inominada, quando as partes se utilizam das regras gerais das medidas cautelares para uma situação não especificada pela legislação.

Assim, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são pressupostos essenciais para a concessão das medidas cautelares e devem ser verificados de forma cumulativa. O primeiro refere-se à probabilidade de êxito da pretensão na ação principal. É uma probabilidade genérica, tendo a existência provável de um direito, cujo reconhecimento ocorrerá no processo principal, pressupondo uma situação material favorável. O segundo, por sua vez, é a probabilidade de dano iminente (próximo e imediato), consubstanciado num perigo fundado (objetivo) a uma das partes, caso haja demora no processamento e julgamento dessa medida. Em suma, havendo risco de que a demora produza dano grave e de difícil reparação ou irreparável, está presente esse pressuposto.

No âmbito processual penal, a doutrina não obsta a utilização dos pressupostos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para a concessão das medidas cautelares. No entanto, na seara penal, as expressões *fumus commissi delicti* (fumaça de cometimento do crime) e *periculum in libertatis* (o risco da liberdade) são as mais adequadas para denominar os pressupostos imprescindíveis para a decretação das medidas cautelares penais, principalmente, aquelas restritivas de direitos ou de liberdade.

Nesse sentido, para configurar o *fumus commissi delicti* devem ser constatados pelo menos indícios de autoria e a razoável ocorrência do crime. No caso em concreto, Bonfim (2011, pág. 26) descreve como esse pressuposto "cobra a existência de um lastro probatório mínimo sobre a existência do crime e do elemento subjetivo dele (dolo ou culpa)."

Ao passo que o *periculum in libertatis* consiste na demonstração do efetivo risco da liberdade ampla e irrestrita do agente, que pode repercutir, de forma lesiva, ora na fase investigativa, ora na fase processual.

Além dos pressupostos acima listados, que são imprescindíveis para a concessão das medidas cautelares, deve-se observar também o princípio da proporcionalidade, sob a ótica de seus dois requisitos: necessidade e adequação, por força do art. 282, I e II, do CPP.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

- I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Bonfim (2011, p. 29) defende que os pressupostos *fumus commissi delicti* e *periculum in libertatis* são genéricos. Ao passo que "necessidade" e "adequação" são requisitos específicos do princípio da proporcionalidade. Tanto estes, quanto aqueles não se confundem, mas se completam.

[...] A Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011 previu requisitos específicos, ou, em outras palavras, requisitos que diretamente mencionados pelo texto legal, de certa forma, podem mesmo confundir ou se completar com os pressupostos genéricos, sem que com estes, jamais, colidam.[...]

Mesmo esses requisitos estejam listados no Código de Processo Penal, esse princípio estende-se às medidas cautelares previstas nas legislações extravagantes, como a prisão temporária.

O douto Capez (2012, p. 344) detalha bem esses dois requisitos do princípio da proporcionalidade:

necessidade - qualquer providência de natureza cautelar precisa estar sempre fundada no *periculum in mora*. Não pode ser imposta exclusivamente com base na gravidade da acusação. Maior gravidade não pode significar menor exigência de provas. Sem a demonstração de sua necessidade para garantia do processo, a prisão será ilegal;

adequação - a medida deve ser a mais idônea a produzir seus efeitos garantidores do processo. Se a mesma eficácia puder ser alcançada com menor gravame, o recolhimento à prisão será abusivo. O ônus decorrente dessa grave restrição à liberdade deve ser compensado pelos benefícios causados à prestação jurisdicional. Se o gravame for mais rigoroso do que o necessário, se exceder o que era suficiente para a garantia da persecução penal eficiente, haverá violação ao princípio da proporcionalidade.

As medidas cautelares penais podem ser decretadas em dois momentos, conforme redação do art. 282, § 2º, do CPP. No curso da investigação criminal, mediante representação da autoridade policial, ou requerimento do Ministério Público. No trâmite do processo, de ofício pelo juiz, ou a requerimento de qualquer das partes.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 2º. As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Interpretando literalmente esse artigo, vislumbra-se que o juiz não pode decretar as medidas cautelares durante a investigação criminal, pois o texto legal omite a participação do magistrado nesse momento. Entretanto, isso não procede, pois o juiz, ao receber os autos de prisão em flagrante, poderá relaxar a prisão se constatar alguma irregularidade; conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança; ou converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou em outra medida cautelar alternativa, por força do art. 310, I, II e III, do CPP.

Como demonstrado no capítulo anterior, o Código de Processo Penal utiliza de forma inadequada os termos "requerimento" e "representação". As palavras corretas seriam: a) "solicitação" e "interposição" - para o Delegado de Polícia, pois não é parte no processo penal; b) "requerimento" - para as partes ou membro do Ministério Público se estiver atuando em prol de seus próprios interesses, pois são partes no processo; c) "representação" - para as partes (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do falecido querelante) ou membro do Ministério Público, se estiver atuando em nome de outrem ou da coletividade, por serem substitutos processuais e, conseqüentemente, partes no processo.

O objetivo das medidas cautelares é a proteção contra o risco de perecimento do objeto da lide principal. Para o processo penal, as cautelares são medidas garantidoras

que visam o regular curso do processo principal, sem obstáculos, durante toda a persecução penal.

Em relação às partes no processo cautelar, frisa-se que são as mesmas pessoas que figuram no processo principal, independentemente de estarem ou não no mesmo polo. Esse é o entendimento de Bueno (2012, p. 236): as partes da medida são aquelas que, no “processo principal”, litigarão como autoras ou como réis e perante quem se pretenderá produzir a prova cuja realização é antecipada. É dizer: a prova deve ser colhida em face de quem ela, oportunamente, será utilizada. Trata-se, em última análise, de entendimento que se afina adequadamente ao “modelo constitucional do processo civil”, em especial dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por meio desse argumento, o Ministério Público justifica a sua posição de que apenas o órgão ministerial poderia deliberar sobre a oportunidade das medidas cautelares, pois como possui o poder de interpor, privativamente, a Ação Penal, que é ação principal, todas as medidas cautelares, que servem para substanciar a Ação Penal, também devem ser requeridas pelo Parquet de forma exclusiva, inclusive, na fase do Inquérito Policial, já que sua finalidade é subsidiar a Ação Penal Pública.

Essa posição sobre a vinculação da medida cautelar com o processo principal pode ser ratificada pelo art. 796, do CPC, quando expõe que o procedimento cautelar é sempre dependente do processo principal; bem como, no art. 800, do CPC, quando as medidas cautelares serão processadas e julgadas pelo juízo competente da ação principal. Se a medida cautelar for antecedente à ação principal, será competente o juízo da futura ação de mérito. Isso reforça a vinculação entre a ação principal com as medidas cautelares. Esse é também o posicionamento de Theodoro Júnior (2010, p. 514): se já existe a ação principal, nenhuma dificuldade haverá para determinar a competência para a medida cautelar. O juiz da causa principal em curso será, também, o juiz do procedimento acessório. Trata-se de competência absoluta e improrrogável.

Se a medida cautelar é antecedente, ou preparatória, como fala o Código, a determinação da competência se faz examinando, segundo as regras comuns do processo de cognição ou de execução (arts. 91 a 111, e 575 a 579), qual seria o órgão judicial competente para a futura ação de mérito.

Além disso, o art. 809, do CPC, mostra que os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal. Desse modo, pode-se concluir que extinto o processo principal, arquiva-se, por conseguinte, a medida cautelar, pois este como possui caráter acessório segue o principal.

Mesmo tendo campo de atuação distintos, tanto o direito processual penal, quanto o direito processual civil, admite o sistema de medidas cautelares, que tem por objetivo assegurar o resultado do processo principal, tendo os pressupostos que possuem a mesma finalidade: *fumus boni iuris/fumus commissi delicti* e *periculum in mora/periculum in libertatis*.

Em suma, o sistema de cautelares do processo penal tem por escopo medidas de restrição e salvaguarda das várias formas de liberdade; de preservação da prova do processo; de preservação dos direitos e interesses do ofendido, sendo todas com a finalidade de assegurar efetividade do processo principal, para que tenha o trâmite regular até a sentença.

5 POSICIONAMENTO DESFAVORÁVEL À CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO DELEGADO DE POLÍCIA NAS MEDIDAS CAUTELARES

Depois da promulgação da Constituição Federal de 1998, o Ministério Público tornou-se independente e autônomo em relação aos demais poderes da República, com as mesmas garantias e prerrogativas dos magistrados, para atuar, de forma exemplar, as suas

principais funções: promover, privativamente, a Ação Penal Pública; exercer o controle externo da atividade policial; e requisitar diligências investigatórias e a instauração de Inquérito policial, conforme o art. 129, I, VII e VIII, da CF.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

[...]

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

Nesse aspecto, o papel da polícia, num Estado Democrático de Direito, é exercer um papel auxiliar do sistema penal, especificamente, em identificar indícios de autoria e materialidade, para substanciar a Ação Penal, promovida, de forma privativa, pelo Ministério Público.

No Estado autoritário, período anterior a promulgação da atual Carta Magna, o caráter inquisitivo e sigiloso marcava, de forma absoluta, o Inquérito Policial, em que a autoridade policial tinha o poder cumprir as medidas cautelares, seja de forma unilateral, quando o próprio Delegado de Polícia expedia o mandado de busca, a

condução coercitiva, a incomunicabilidade do preso e a prisão para averiguação, seja oriunda de representação ao Poder Judiciário, nas demais medidas cautelares.

Apesar de continuar sendo inquisitivo e sigiloso, para garantir o bom andamento das investigações, a marca do autoritarismo, que impregnava o Inquérito Policial, está sendo substituída por uma nova tendência: a judicialização das práticas processuais, como o respeito do direito de vista pelo advogado aos autos do Inquérito Policial das diligências já documentadas, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal (2006) no julgamento do Habeas Corpus 88190/RJ:

EMENTA: ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte. (STF, 2ª Turma, HC, nº 88190/RJ. Rel. Min. Cezar Peluzo. 28, de agosto de 2006, un. DJ 1, 06 de outubro de 2006, p. 67 – grifo nosso)

Esse entendimento foi pacificado pela Suprema Corte, com a edição da Súmula Vinculante nº 14, de 2009, em que o advogado tem acesso amplo a todas as diligências constantes no Inquérito Policial, desde que concluídas, para resguardar, mesmo num procedimento administrativo inquisitivo, o direito ao contraditório e à ampla defesa de seu cliente.

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (STF. Súmula Vinculante nº 14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em 10/03/2015).

É oportuno frisar que o advogado terá acesso apenas às informações já documentadas no Inquérito Policial, conforme a referida súmula. Assim, as diligências em curso, compreendendo as medidas cautelares, não serão disponibilizadas ao defensor, sob pena de frustrar a investigação policial. Nesse aspecto, é imprescindível que o Inquérito Policial seja inquisitivo, para que as diligências sejam realizadas regularmente, sem que o acusado tenha conhecimento que está sendo investigado, pois no art. 20, do CPP, a autoridade policial "assegurarà no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade".

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (2010), no julgamento de Apelação Criminal 200903823734, reportou-se a não existência do princípio do contraditório no Inquérito Policial: 50153272 - APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ARTIGO 184, PARAGRAFO SEGUNDO DO CP). PRELIMINAR ARGUIDA PELO ORGAO MINISTERIAL DE CUPULA. ANALISE DA CULPABILIDADE. I - não há que se falar em nulidade da sentença no tocante a individualização da pena, precisamente quanto a culpabilidade, quando analisadas todas as elementares da mesma e demais circunstancias previstas no artigo 59 do Código Penal, respeitando integralmente o que determina a Lei. II- preliminar rejeitada. Preliminar defensiva: Cerceamento de defesa. Não arguição oportuna. Mérito: Teoria da adequação social. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância. Absolvção por insuficiência de provas. III- a investigação preliminar corresponde a fase pré-processual da persecução criminal e consiste no inquérito policial, presidido pelo delegado de polícia. Assim como no inquérito policial não é exigido o respeito ao contraditório, repercutindo na ampla defesa, trata-se de procedimento meramente informativo na persecução criminal. (...) VI - Recurso conhecido e não provido. (TJGO; ACr 200903823734; Edéia; Rel. Des. Benedito do Prado; DJGO 28/01/2010, pág. 353 – grifo nosso)

Nesse paradigma, verifica-se que a polícia exerce um papel auxiliar no sistema penal, no que tange à relação entre a atividade investigatória e a acusatória.

Aquela, no Estado Democrático de Direito, deve ser sempre acessória em relação à atividade principal, que é acusatória, de exclusividade do Ministério Público. O inverso disso, reforça a atividade inquisitorial da apuração do delito por parte da polícia, implicando o retorno ao autoritarismo, no Estado policialesco.

Em contramão à judicialização das práticas investigatórias, há resquícios da atividade executiva na apuração das infrações penais, consubstanciado, por meio de leis infraconstitucionais, na manutenção da capacidade postulatória do Delegado de Polícia em representar diretamente ao Juiz pelas medidas cautelares no âmbito do Inquérito Policial, sem anuência do Parquet.

Após a Constituição cidadã, o Ministério Público tornou-se o titular exclusivo da Ação Penal Pública. Nesse contexto, como titular desse tipo de ação, somente o órgão ministerial poderia deliberar sobre a oportunidade das medidas cautelares em toda a persecução penal, que inclui as fases inquisitorial e judicial. Naquela fase, o Inquérito Policial tem por objetivo a exposição da materialidade, das circunstâncias e indícios de autoria do delito, que irá subsidiar a futura Ação Penal. Já nesta, o Parquet tem total controle sobre a Ação Penal Pública, pois é o titular exclusivo.

Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal (2006) no julgamento do Habeas Corpus 88589/GO: EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO DA SUPOSTA PARTICIPAÇÃO DE SARGENTO DE POLÍCIA NA PRÁTICA DE ILÍCITOS. ARQUIVAMENTO, PELO JUÍZO, SEM EXPRESSO REQUERIMENTO MINISTERIAL PÚBLICO. REABERTURA DO FEITO. POSSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE DO APELATÓRIO MANEJADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA, DADA A EXISTÊNCIA DE RECURSO DE

OFÍCIO (ART. 574 DO CPP). CRIAÇÃO DE NOVA COMARCA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. INEXISTÊNCIA. 1. O inquérito policial é procedimento de investigação que se destina a apetrechar o Ministério Público (que é o titular da ação penal) de elementos que lhe permitam exercer de modo eficiente o poder de formalizar denúncia. Sendo que ele, MP, pode até mesmo prescindir da prévia abertura de inquérito policial para a propositura da ação penal, se já dispuser de informações suficientes para esse mister de deflagrar o processo-crime. 2. É por esse motivo que incumbe exclusivamente ao Parquet avaliar se os elementos de informação de que dispõe são ou não suficientes para a apresentação da denúncia, entendida esta como ato-condição de uma bem caracterizada ação penal. Pelo que nenhum inquérito é de ser arquivado sem o expresse requerimento ministerial público. (...) 5. Ordem denegada (STF, 1ª Turma, HC, nº 88589/GO. Rel. Min. Carlos Britto. 28, de novembro de 2006, un. DJ 1, 23 de março de 2007, p. 107 – grifo nosso) Dessa forma, como a finalidade do Inquérito Policial é subsidiar a Ação Penal Pública, cujo titular privativo é o Ministério Público, cabe a este, portanto, especificar quais provas, que, na fase inquisitorial, poderiam ser realizadas; bem como, o momento de realização das mesmas, sob o argumento de que essas provas, sem o crivo do órgão ministerial, não poderiam ser utilizadas na Ação Penal.

O que tornaria em vão toda a investigação policial, ferindo os princípios constitucionais da economicidade e eficiência, pois iria ocupar um efetivo policial numa investigação, sem resultados na Ação Penal, sendo que esses policiais poderiam estar realizando uma outra investigação, com resultados positivos para a sociedade.

Nesse prisma, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (2014), por meio da Corregedoria-Geral de Justiça, publicou o Provimento nº 20/2014, que dispõe sobre a tramitação direta de Inquéritos Policiais entre a Polícia Civil e o Ministério Público do Estado de Goiás, sem a intervenção do Poder Judiciário. Para justificar tal medida, o TJGO mencionou o seguinte na referida portaria:

CONSIDERANDO ser função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública;

CONSIDERANDO ser o órgão ministerial o destinatário final das investigações realizadas no curso dos inquéritos policiais pelos delegados de polícia;

CONSIDERANDO ser o inquérito policial destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público;

CONSIDERANDO a necessidade de desburocratizar a tramitação do inquérito policial e, conseqüentemente, agilizar a conclusão das investigações criminais.

Por meio desse provimento, o Egrégio Tribunal goiano sedimenta a posição de que a função do Inquérito Policial, como procedimento acessório, é subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, materializada por meio da Ação Penal.

Assim, a prorrogação de prazo do Inquérito Policial para a continuidade das investigações deve ser autorizada pelo Parquet, pois ele é o destinatário de tais diligências para, a posteriori, avaliar se o procedimento administrativo proporciona justa causa para o oferecimento da denúncia. Dessa maneira, deve haver consonância entre os órgãos policial e ministerial, para que a investigação, desde o Inquérito Policial, se transforme em Ação Penal e, conseqüentemente, numa resposta estatal, por meio da sentença.

Essa posição não é isolada do Tribunal goiano. No âmbito da Justiça Federal, há a Resolução nº 63/2009, do Conselho da Justiça Federal (2009), que regulamenta a tramitação direta dos Inquéritos Policiais entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. É oportuno frisar que esse tipo de tramitação passou também a ser instituída por outros órgãos do Poder Judiciário, por meio dos seguintes normativos: a) resolução nº 03/2011 do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas; b) resolução administrativa nº 05/2012 do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia; c) resolução nº 518/2013; d) provimento nº 01/2013 da

Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão; e) provimento nº 05/2010 da Corregedoria-Geral do Estado de Sergipe; f) provimento nº 66/2010 da Corregedoria-Geral do Rio Grande do Norte. Além disso, tal tramitação está prevista no Manual Prático de Rotinas das Vara Criminais e de Execução Penal do Conselho Nacional de Justiça.

Nessa perspectiva, o Ministério Público, por ser titular da Ação Penal Pública, dirige a investigação criminal, colhendo as provas que convierem para a Ação Penal, conforme decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (1996): correição parcial. Indeferimento de diligência requerida pelo Ministério Público nos autos de Inquérito Policial. O Ministério Público é dominus litis.

Compete a ele dirigir a investigação criminal, colhendo os elementos de prova de que entender necessários à perfeita instrução do feito. Se requer ao Juiz a realização de diligência junto à autoridade policial para elucidar questão técnica – relevante para a tipificação do delito e competência – somente na hipótese de que a medida requerida fosse manifestamente inútil ou protelatória caberia o seu indeferimento. (TRF/4ª Região. 1ª Turma. Correição parcial nº 95.04.34951-0. Rel: Juiz João Surreaux Chagas. 19 de março de 1996, um DJ 2, 03 de abril de 1996. p.21.325 – grifo nosso)

Esse posicionamento também é sustentado por Mendonça (2011, p. 68): como possui a prerrogativa de decisão sobre o início da ação penal principal, com muito maior razão deve possuir legitimidade para decidir se é o caso ou não de requerimento das medidas cautelares na fase das investigações.

Num sistema acusatório e democrático, o caráter acessório da atividade policial tem por finalidade subsidiar a acusação estatal, que é de responsabilidade exclusiva do Ministério Público, um órgão independente (não militar e não policial) diverso do juiz, que possui as mesmas prerrogativas e garantias da magistratura, para desempenhar as suas atribuições com total isenção e autonomia. Já não é o caso da polícia, que é subordinada ao Poder Executivo em todos os aspectos, inclusive com a indicação dos cargos de direção. Portanto, sendo passível de ingerências políticas em suas ações.

Pelo fato da polícia ser um órgão pertencente ao Poder Executivo, suas ações devem ser fiscalizadas pelos órgãos de controle interno, bem como pelo Ministério Público, por meio do controle externo, por força constitucional (art. 129, VII, CF). Isso corrobora o caráter acessório da atividade policial em subsidiar o órgão acusador, o Parquet, já que esse órgão detém o poder de fiscalização da atuação policial, devido ao trabalho da polícia ter, por finalidade, a Ação Penal Pública.

Dessa maneira, o Ministério Público, ao mesmo tempo, resguarda o devido processo legal, por ser um órgão autônomo e independente, na função de órgão acusador; bem como exerce o controle da atividade policial no que diz respeito à observância aos direitos fundamentais. Essa é a posição do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (2012), por meio do Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial: essa perspectiva viabiliza, a um só tempo, o resguardo do devido processo legal na restrição cautelar de direito fundamental, tendo o Ministério Público como titular privativo da capacidade postulatória para adoção de medida judicial preventiva, além de possibilitar, sobretudo, um efetivo controle da atividade policial no respeito aos direitos fundamentais. (grifo nosso)

Nesse sentido, em função de o Parquet ser o titular privativo da Ação Penal, que é uma ação principal, as medidas cautelares nas fases investigatória e judicial, que são medidas acessórias, só devem ser representadas pela autoridade policial, com a manifestação prévia do órgão ministerial, já que o Delegado de Polícia não detém interesse de agir, legitimidade para agir, nem capacidade postulatória para a Ação Penal, pois não é parte e nem poderá ser substituto processual do titular da Ação Penal. Assim, apenas o Ministério Público, titular exclusivo da Ação Penal, pode propor qualquer ação cautelar para viabilizar a ação principal,

que, no caso da pública, se inicia com a denúncia. Dessa forma, só o Parquet possui legitimidade para requerer medidas cautelares penais. Imagine se a medida cautelar representada pela autoridade policial fosse indeferida pelo magistrado. Não é possível recurso pelo Delegado de Polícia, pelo fato de não deter a capacidade postulatória em juízo. Esse entendimento consta no Parecer 1535/2007, da Procuradoria Regional da República da 5ª Região (2007): como dito, a Autoridade Policial não tem legitimidade de parte na Ação Penal e muito menos capacidade postulatória para estar em Juízo. Ora, se ocorrer o caso do Juiz indeferir o pedido de prisão temporária formulado em Ação Cautelar, promovida pela Autoridade Policial, será que esse poderia fazer uso dos recursos cabíveis? Claro que não, pois ela não tem legitimidade para tanto. Só quem pode recorrer dessa decisão, é o Ministério Público, pois possui legitimidade e capacidade postulatória na hipótese. (Procuradoria Regional da República da 5ª Região. Parecer nº 15235/2007. Processo nº 2007.05.00.052914-7. TRF/5ª Região, disponível na internet: <http://www.prr5.mpf.mp.br/pr5/conteudo/espaco/pr5/pecas/1535par07.pdf> – grifo nosso)

O mestre Greco Filho (2012, p. 296) ratifica a posição de que a autoridade policial não possui capacidade postulatória, em virtude de não poder recorrer, em caso de decisão judicial denegatória, quanto às medidas cautelares por ele solicitadas.

No caso de recusa ou demora da concessão da fiança pela autoridade policial, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante petição, diretamente ao juiz, que decidirá depois de ouvir aquela autoridade. Da decisão cabe recurso, no sentido estrito, do acusado, se denegatória, ou do Ministério Público, mas não da autoridade policial que não é parte no processo e não tem capacidade postulatória.

Em 10 de dezembro de 2014, a Procuradoria-Geral da República (2014), por meio da 7ª Câmara de Coordenação e Revisão, órgão responsável pelas diretrizes da atividade do controle externo da atividade policial e sistema prisional, no âmbito federal, considerando a ausência da capacidade postulatória do Delegado de Polícia, emitiu as Orientações 04 e 05, cujo objetivo é estabelecer um controle adequado do Parquet sobre a tramitação de Inquéritos Policiais e das medidas cautelares que devem ser requeridas em juízo durante as investigações.

A orientação nº 04 trata, especificamente, de medidas cautelares referentes a investigações em Inquéritos Policiais, cujo objetivo é nortear os Procuradores da República pelo não conhecimento dos pedidos de medida cautelar realizados pelas autoridades policiais diretamente ao Poder Judiciário. Caso, o membro do Ministério Público Federal entenda que tal medida seja pertinente, poderá pleitear, em petição própria ao Judiciário, tal pedido do Delegado de Polícia, pois este não possui capacidade postulatória.

Já a orientação nº 05 é voltada ao “declínio de atribuições” nos Inquéritos Policiais, quando o Poder Judiciário concede as medidas cautelares representadas pelo Delegado de Polícia diretamente ao juízo. Nesse caso, os membros do Ministério Público Federal são orientados a recorrer de tais decisões judiciais, sob o argumento de que a autoridade policial não possui capacidade postulatória em representar diretamente ao Poder Judiciário pelas medidas cautelares, sem a manifestação ministerial.

Além dessas orientações do Ministério Público Federal, partindo da premissa de que o Processo Penal deve se submeter às determinações da Teoria Geral do processo, a autoridade policial não pode propor medida cautelar, que é uma medida acessória, já que a Ação Penal, a ação principal, é de titularidade exclusiva do órgão ministerial. O estudioso Oliveira (2013, p. 64), embora seja favorável à capacidade postulatória do Delegado de Polícia, expõe esse argumento: a resposta a essa indagação não nos parece possível sem a delimitação prévia da perspectiva teórica com que se vê e se aplica o processo penal.

Para quem ou aqueles que entendem que o processo penal deve se submeter às determinações (teóricas!) de uma teoria geral do processo, a polícia não poderia postular

qualquer medida cautelar, na exata medida em que o processo principal (ação penal) reserva a titularidade ao Ministério Público. E nesse sentido a posição da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, conforme decisão no Procedimento MPF - 1.00.001.000095/2010-86, julgado em 2.12.2010.

Assim, a titularidade privativa do Parquet para propor a Ação Penal Pública, decorrente da Carta da República, também deve se estender às medidas cautelares no bojo da investigação criminal, que compreende o Inquérito Policial e a Ação Penal. Sob essa vertente, eliminaria, por completo, a possibilidade de o Delegado de Polícia ter capacidade postulatória durante o trâmite do Inquérito Policial.

Nesse âmbito, seriam inconstitucionais todos os dispositivos legais posteriores à Carta Magna, que outorgassem à autoridade policial a capacidade postulatória das medidas cautelares; bem como, a derrogação de toda a legislação infraconstitucional anterior à Constituição cidadã, que confere à autoridade policial a representação das medidas cautelares diretamente ao Poder Judiciário.

Diante do exposto, todas as representações de medidas cautelares, durante a investigação criminal realizadas pelo Delegado de Polícia, devem ser enviadas ao Ministério Público, que, aquiescendo-se, iria se manifestar sobre o pedido da autoridade policial, ou requerer em petição própria. Se o Parquet concordar, integralmente, com o pedido policial, não haveria necessidade de petição própria, por economia processual. Apenas caberia a petição própria, se houver alguma alteração da representação policial por parte do órgão ministerial.

Essa manifestação do Ministério Público é imprescindível, pois se o juízo deferir uma medida cautelar representada diretamente pela autoridade policial, é possível que tal medida não seja aceita em fase de Ação Penal, o que repercutiria no desperdício do trabalho policial.

Há dispositivos legais que respeitam essa nova égide, de que se deve ter a manifestação do Ministério Público antes da análise da medida cautelar pelo magistrado, pois nada adianta se o Delegado de Polícia representar por uma cautelar, se as provas colhidas através dessa medida não forem aproveitadas na Ação Penal. Seria um trabalho policial em vão. Eis os dispositivos:

- a) art. 7º. Lei 8429/92 (Lei de atos de Improbidade administrativa), quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado;
- b) art. 60. Lei 11343/2006 (Lei de combate a Drogas), o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal;
- c) art. 4º. Lei 12683/2012 (Lei de Lavagem de Dinheiro), o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes;
- d) art. 4º, § 2º. Lei 12850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas), o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha

colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§ 2º. Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

É importante destacar que mesmo na legislação infraconstitucional o termo “representação” não está sendo utilizado de forma adequada, já que o Delegado de Polícia não é parte no processo, nem substituto processual. Dessa maneira, os termos melhor aplicados seriam os vocábulos “solicitação” e “interposição”, como forma de pedido das medidas cautelares ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, a forma que deveria constar na legislação infraconstitucional seria que as medidas cautelares poderiam ser “solicitadas” ou “interpostas” pelo Delegado de Polícia, com anuência do Ministério Público, no curso da investigação policial.

É preciso acentuar que a resposta ministerial à solicitação da autoridade policial por alguma medida cautelar deve ser breve, num prazo não superior a 24 horas, para não atrapalhar o andamento das investigações, que utilizam os recursos das medidas cautelares para apurar, de forma célere, a autoria, as circunstâncias e a materialidade dos delitos.

Outro ponto a ressaltar é que como o Inquérito Policial é uma peça meramente informativa, as provas ali produzidas devem ser repetidas no processo, para que possam passar pelo crivo da ampla defesa e do contraditório. As exceções seriam as provas irrepitíveis, como as periciais, que não podem ser refeitas depois de colhidas.

Nos dizeres de Oliveira (2013, p. 33): convém insistir que o inquérito policial, bem como quaisquer peças de informação acerca da existência de delitos, destina-se exclusivamente ao órgão da acusação, não se podendo aceitar condenações fundadas em provas produzidas unicamente na fase de investigação. A violação ao contraditório e a ampla defesa seria manifesta. As exceções ocorrem em relação as chamadas provas irrepitíveis, necessariamente realizadas na fase de investigação e de (materialmente) impossível reprodução e repetição no processo.

Nesse contexto, como peça de informação, o Inquérito Policial destina-se exclusivamente ao Parquet, com informações no que tange à materialidade, à autoria e às circunstâncias de algum delito, para, por conseguinte, ter elementos para promover ou não a Ação Penal. Caso necessite de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, o Ministério Público devolverá o Inquérito Policial à autoridade policial, conforme dispõe o art. 16, do CPP:

art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Como se pode ver, o Inquérito Policial subsidia, exclusivamente, a Ação Penal, com elementos de provas. Assim, as medidas cautelares no âmbito daquele devem servir a futura denúncia, para que o Ministério Público possa exercer com mister a sua função de acusação na fase processual e, enfim, o processo tenha seu trâmite regular com uma sentença com resolução de mérito, seja condenatória, seja absolutória.

Desse modo, não adianta o Delegado de Polícia solicitar uma medida cautelar, cujas provas obtidas não sejam aproveitadas na Ação Penal. Isso seria uma perda de tempo e desperdício de pessoal, já que poderia se empregado em outras tarefas em prol da sociedade. Nessa perspectiva, a autoridade policial caberia solicitar medidas cautelares ao Ministério Público, que, encampando-se, poderia representar ao Poder Judiciário. Só assim,

os Inquéritos Policiais teriam mais efetividade, pois, especificamente na Polícia Federal, um dos órgãos mais respeitados do país, apenas vinte e sete por cento das investigações de crimes de corrupção resultou em denúncias promovidas pelo Ministério Público Federal à Justiça Federal, conforme pesquisa divulgada por SASSINE (2015) no jornal O GLOBO:

[...] Uma pesquisa pioneira sobre o resultado das investigações desse tipo de crime em todo o país revela, porém, que a Lava-Jato pode ser uma ilha, até mesmo no Paraná. Apenas 27,7% dos inquéritos policiais concluídos em todos os Estados e no Distrito Federal resultaram em denúncias à Justiça Federal, conforme o estudo. A grande maioria dos procedimentos acaba arquivada — seguindo a tendência identificada em inquéritos que investigam outros tipos de crimes.

Recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário 593727/MG, o Supremo Tribunal Federal (2015) reconheceu o poder de investigação do Ministério Público. Assim, o Parquet pode conduzir investigações de natureza penal, independentemente da Polícia Judiciária. Esse julgamento comprova que como a função do Inquérito Policial é subsidiar a Ação Penal, assim o órgão ministerial, que é o titular exclusivo desse tipo de ação, tem o poder de também investigar de forma autônoma, pois o próprio Inquérito é dispensável para o oferecimento da denúncia.

Esse entendimento solidifica o caráter acessório do procedimento investigatório à Ação Penal.

Em seu voto nesse Recurso, a ministra Carmem Lúcia reconhece a competência do Ministério Público para promover investigações de natureza penal, enfatizando que “as competências da polícia e do Ministério Público não são diferentes, mas complementares”. Além disso, a ministra ressaltou que “quanto mais as instituições atuarem em conjunto, tanto melhor”.

Segue o teor da decisão do RE 593727/MG: decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. (STF, Plenário. RE nº 593727/MG. Rel. Min. Cezar Peluzo. 14 de maio de 2015. DJ nº 175, 08 de setembro de 2015. – grifo nosso)

6 POSICIONAMENTO FAVORÁVEL À CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO DELEGADO DE POLÍCIA NAS MEDIDAS CAUTELARES

Antes de defender a capacidade postulatória dos Delegados de Polícia nas medidas cautelares durante a investigação, é necessário, primeiramente, apresentar as principais funções das polícias judiciárias civil e federal no art. 144, da Constituição Federal: art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha [...]

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

[...]

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Percebe-se que a principal função das polícias judiciárias elencadas é a apuração de infrações penais, por meio de procedimentos administrativos, seja o Inquérito Policial, seja o Termo Circunstanciado de Ocorrência ou outro instrumento hábil, a fim de identificar a autoria, as circunstâncias e a materialidade dos delitos.

Dessa forma, o constituinte atribuiu à polícia, o desempenho da investigação criminal, de acordo com o art. 144, §§ 1º e 4º, na função de Estado-investigador; bem como, ao Ministério Público a titularidade exclusiva da Ação Penal, conforme o art. 129, I, na função de Estado-acusador.

No Estado Democrático de Direito, as funções de investigação e de acusação devem ser atribuídas a órgãos distintos, pois se o ciclo completo da produção de prova, que abrange as fases inquisitorial e processual, ficasse a cargo de um único órgão: Ministério Público, toda investigação seria tendenciosa para acusação do indivíduo, pois quem está promovendo a investigação é justamente aquele que acusa.

O sistema acusatório é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio estatal. Desse modo, é fundamental que as funções de acusar, defender e julgar sejam distribuídas, respectivamente, a órgãos distintos: Ministério Público, Defensoria/advocacia e Juiz. Em relação à investigação prévia, deve ser realizada pela Polícia Judiciária, órgão diverso da acusação, pois as informações oriundas do Inquérito Policial só tornarão o investigado em denunciado, se houver justa causa: indícios de autoria e materialidade do delito.

Nesse sentido, numa visão constitucional, o Inquérito Policial é o instrumento que promove uma verdadeira garantia individual, pois impede que acusações infundadas tornem um investigado em réu, pois a autoridade policial, sendo imparcial, presidirá a investigação, visando ao esclarecimento de um fato aparentemente criminoso. Assim, a investigação preliminar não apresenta qualquer tipo de vínculo com a acusação ou com a defesa, estando compromissada apenas com a verdade dos fatos.

Outrossim, o Inquérito Policial reforça o princípio constitucional da presunção de inocência, expresso no art. 5º, LVII, da CF: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Desse normativo, depreende-se que a acusação deve demonstrar a culpabilidade do acusado, sem que haja qualquer dúvida razoável na ocorrência do delito. O Delegado de Polícia apenas indicará o investigado, tornando-o acusado, se houver indícios de autoria e materialidade do crime. Sem um desses elementos, a autoridade policial irá solicitar o arquivamento do Inquérito Policial ao Poder

Judiciário. Imagina se a investigação fosse conduzida pelo Ministério Público, o investigado já seria visto como réu, expondo-o, na fase processual.

Nessa visão, o Inquérito Policial deve ser sigiloso, para não expor o investigado perante a sociedade, pois se prioriza a inocência, se não for comprovada a sua culpa no delito. Já na fase processual, pelo princípio da publicidade dos atos processuais, o réu fica exposto publicamente e esse estigma permanece mesmo sendo comprovada a sua inocência. Assim, antes de ser réu, deve haver uma investigação prévia para averiguar a sua culpabilidade, por meio do Inquérito Policial, pois caso não seja comprovada a sua participação no fato aparentemente criminoso, o investigado não terá sido exposto publicamente. Essa é a visão de Carnelutti (1995, p. 22): o homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. [...] Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços.

Também é o posicionamento de Beccaria, em sua obra clássica *Dos Delitos e Das Penas* (2011, pág. 69):

[...] um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.

Mesmo o STF ter reconhecido o poder de investigação em sede penal, de forma autônoma, do Ministério Público, no julgamento do Recurso Extraordinário 593727/MG, não vedou a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, por meio do Inquérito Policial ou outro instrumento hábil.

É oportuno frisar que nesse recurso, o ministro Celso de Melo ressaltou, em seu voto, que cabe ao Delegado de Polícia a presidência do Inquérito policial:

[...] os inquéritos policiais – nos quais se consubstanciam, instrumentalmente, as investigações penais promovidas pela Polícia Judiciária – serão dirigidos e presididos por autoridade policial competente, e por esta apenas (CPP, art. 4º, “caput”, na redação dada pela Lei nº 9.043/95). (STF, Plenário. RE nº 593727/MG. Rel. Min. Cezar Peluzo. 14 de maio de 2015. DJ nº 175, 08 de setembro de 2015. – grifo nosso)

Dessa forma, o Ministério Público possui o poder de investigação criminal, já que é dominus litis da Ação Penal Pública, bem como desempenha o controle externo da atividade policial, exercendo, então, o controle constitucional e legal dos atos do Delegado de Polícia. No entanto, não cabe ao Parquet intervir na forma de como a autoridade policial irá investigar, pois este possui discricionariedade no seu poder-dever de investigar. Nesse caso, se o Delegado de Polícia entender que determinada medida cautelar é imprescindível para o andamento das investigações, ele pode representar diretamente ao Poder Judiciário, pois a autoridade policial possui discricionariedade na condução das diligências constantes no procedimento administrativo. Só é cabível a intervenção do Ministério Público, se esse pedido incorrer em alguma ilegalidade. Caso contrário, não há em que se falar da atuação ministerial.

Assim, mesmo tendo essa complementariedade de atribuições na fase de investigação entre o Ministério Público e os órgãos policiais, a condução da investigação criminal, por meio do Inquérito Policial ou outro procedimento previsto em lei, pertence ao Delegado de Polícia, tendo o indiciamento como ato privativo da autoridade policial, que deverá indicar a autoria, a materialidade e as circunstâncias do fato aparentemente criminoso. Além disso, para melhor desempenhar as suas funções, durante a investigação criminal, o poder de requisição de perícia, informações, documentos e dados foi atribuído ao Delegado de Polícia, por força do art. 2º, §§§ 1º, 2º e 6º, da Lei 12830/2015.

Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º. Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º. Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

[...]

§ 6º. O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Nesse sentido, se a autoridade policial pode requisitar perícia, informações, documentos e dados que interessem à investigação, em matérias não sujeitas à reserva de jurisdição, nada mais coerente, ele também está habilitado a representar pelas medidas cautelares tendentes restringir direito e garantias individuais diretamente ao juízo, pois são matérias afetas à violabilidade de direitos constitucionais. Assim, como o Delegado não pode ser parte no processo principal, a Ação Penal, ele possui capacidade postulatória imprópria, em virtude de possuir capacidade técnico-formal de provocar o Estado-Juiz, no que tange às atividades de polícia judiciária, que, em princípio, o Ministério Público não pode intervir.

Além do poder de requisição para instrução do Inquérito Policial e do indiciamento, o Delegado de Polícia pode ofertar a delação premiada, que é um instituto da legislação brasileira que beneficia, com redução de pena, um dos acusados de uma investigação caso delate, de forma efetiva, o envolvimento dos demais membros da organização criminosa.

Nos dizeres de Boldt (2005), a delação premiada é: a possibilidade que tem o participante ou associado de ato criminoso de ter sua pena reduzida ou até mesmo extinta, mediante a denúncia de seus comparsas às autoridades, permitindo o dismantelamento do bando ou quadrilha, ou ainda facilitando a libertação do sequestrado, possível no caso do crime de extorsão mediante sequestro cometido em concurso de agentes.

Esse instituto é tão importante para o combate das organizações criminosas, que está prevista no Código Penal e em diversas legislações infraconstitucionais:

- a) art. 159, § 4º, Código Penal – Extorsão mediante sequestro;
- b) art. 8º, parágrafo único, Lei 8072/90 - Lei de Crimes Hediondos;
- c) art. 16, parágrafo único, Lei 8137/90 – Lei de Crimes contra a Ordem Tributária;
- d) art. 41, Lei 11343/2006 – Lei de Drogas;
- e) art(s). 13 e 14, Lei 9807/99 - Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas;
- f) art. 4º, § 6º, Lei 12850/2013 – Lei de combate ao Crime Organizado;
- g) art. 1º, § 5º, Lei 9613/98 – Lei de Lavagem de Capitais.

Convém ressaltar que a função da Polícia Judiciária, como o próprio diz, é auxiliar o Poder Judiciário, atendendo as suas requisições. Assim, como a finalidade do Inquérito Policial é identificar a autoria e demonstrar a materialidade e as circunstâncias de algum delito, o Delegado de Polícia, para exercer suas atribuições com excelência, deve reunir provas e elementos de informações, incluindo a representação pelas medidas cautelares, para que o processo penal seja iniciado, subsidiando, inclusive, a própria sentença final.

Essa é a posição defendida pelo doutrinador Neto (2014):

[...] Ora, o fato de o Delegado de Polícia não ter legitimidade para recorrer apenas demonstra que ele não é parte no processo. Mas daí a negar a sua capacidade de provocar o Poder Judiciário nos parece haver uma certa distância. [...] Não podemos olvidar que o Delegado de Polícia é o titular da investigação criminal e dirigente da polícia judiciária, que, por

sua vez, é uma instituição que serve de apoio ao Poder Judiciário, visando reunir provas e elementos de informações que justifiquem o início do processo e, às vezes, subsidiem a própria sentença final. Em outras palavras, a Autoridade Policial funciona como “os olhos” do Juiz nesta fase préprocessual, um verdadeiro longa manus do Poder Judiciário na preparação para eventual persecução penal em juízo. Justamente por isso, o Delegado de Polícia, sempre que entender necessário, de acordo com o seu livre convencimento jurídico sobre os fatos, deve alertar o Juiz sobre a necessidade da adoção de alguma medida de polícia judiciária sujeita à reserva de jurisdição e que tenha aptidão para neutralizar qualquer tipo de risco ao correto exercício do direito de punir pertencente ao Estado. [...]

Para considerar a capacidade postulatória do Delegado de Polícia, as medidas cautelares não devem ser entendidas, literalmente, como processos cautelares, no âmbito do processo civil, pois assim exigiria todos os pressupostos processuais. No entanto, é necessário vislumbrar que o Inquérito Policial é apenas um procedimento administrativo (e não um processo) que tem por objetivo precípuo subsidiar a Ação Penal, por meio de indícios de autoria e materialidade. Desse modo, a fim de cumprir esse objeto de forma efetiva e célere, a autoridade policial deve estar autorizada a solicitar as medidas cautelares. Essa é a posição de Oliveira (2013, p. 65): e mais. Não se pode dizer que as medidas cautelares do processo penal configurem, rigorosamente, processos cautelares, a exigir parte legítima, capacidade postulatória e outros. São providências acauteladoras, e certo, mas sem quaisquer requisitos legais que as equiparem ao processo cautelar de nosso processo civil. A polícia judiciária (que, aliás, deveria ser ministerial) tem legitimidade para pleitear a concessão judicial de diligências cautelares (interceptação telefônica, prisão cautelar, busca e apreensão etc.), independentemente da concordância prévia do Ministério Público.

Nesse viés, transferindo a conveniência e oportunidade da representação das medidas cautelares da autoridade policial ao órgão ministerial, estaria transferindo o próprio comando da investigação criminal, o que contraria a Carta Magna, em que as polícias civis e federal exercem, com exclusividade, as funções de polícia judiciária, dentre elas a apuração das infrações penais.

Assim, como o Ministério Público é a parte acusadora no processo penal, não se pode admitir que também tenha o poder de investigação, pois retrocederia ao sistema inquisitivo (acúmulo das funções de investigação e acusação). O que é expurgado pela atual Carta Magna. A investigação preliminar, por meio do Inquérito Policial ou outro instrumento hábil, deve ser imparcial, pois não se direciona exclusivamente à acusação, mas à elucidação de algum fato criminoso, por meio da indicação da autoria, circunstâncias e materialidade. Nesse sentido, o procedimento administrativo indicará se determinada pessoa é responsável por um delito, não tendo vínculo nem com a acusação, nem com a defesa, mas apenas com a verdade e justiça.

Desse modo, para a perfeita observância do sistema acusatório, é necessário que a investigação seja conduzida por um agente estatal, que seja desvinculado dos agentes acusador e julgador. Daí, na persecução penal, as funções devem ser bem definidas e delineadas: o Estado-investigador (Polícia Judiciária); o Estado-acusador (Ministério Público) e o Estado-Julgador (Poder Judiciário).

Como o próprio texto constitucional aduz que a Polícia Federal exerce, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, utilizando-se da teoria dos poderes implícitos, preceito norte-americano, em que para cada poder outorgado pela Constituição há instrumentos implícitos que lhe são conferidos, a fim de ter eficácia. Partindo desse preceito, como as polícias judiciárias possuem o poder/dever de promover apuração das infrações penais, devem ter instrumentos a seu dispor para desempenhar com mister suas atribuições. Um desses instrumentos seriam as medidas cautelares, imprescindíveis para o desenvolvimento de qualquer investigação criminal.

Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão legal expressa de que todas as medidas cautelares representadas pelo Delegado de Polícia devem possuir a intimação prévia do Parquet. Essa foi a posição adotada pelo STJ em dois julgados: HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BUSCA E APREENSÃO. DEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. INOCORRÊNCIA.

1. Não havendo previsão legal acerca da necessidade de manifestação prévia do Ministério Público para o deferimento da medida cautelar de busca e apreensão, não se pode reputar nulo o ato praticado com tal omissão, mormente em razão da urgência verificada no caso e da ausência do representante do Órgão Ministerial na subseção judiciária na qual o pleito foi deferido.

[...]

3. Ordem denegada. (STJ, 1ª Turma. HC nº 200802362632. Rel. Min. Jorge Mussi, DJE de 16 de novembro de 2009 – grifo nosso)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS (1) PRESTÍGIO AO EMPREGO DO RECURSO PREVISTO NO ART. 105, II, "A", CF. CONHECIMENTO DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE: NÃO OCORRÊNCIA. (2) INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. RESOLUÇÃO 59 DO CNJ. NÃO CUMPRIMENTO. ATENDIMENTO DOS PRECEITOS DA LEI 9296/96. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. (3) BUSCA E APREENSÃO. (A) PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO INSURGÊNGICA DO PARQUET. (B) MANDADO ASSINADO PELO CHEFE DO CARTÓRIO. IRREGULARIDADE SANADA. MANDADO RATIFICADO PELA MAGISTRADA. CONSTRANGIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. (C) TESTEMUNHAS NO AUTO DE APREENSÃO. POLICIAIS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

[...]

3. Não há vício na determinação de busca e apreensão sem a prévia oitiva do Ministério Público, não só porque a medida pode ser decretada de ofício, mas também quando o Parquet, tomando ciência da diligência, não aponta qualquer eiva em seu deferimento/execução. Igualmente, embora constitua irregularidade, não desponta invalidade na expedição, pelo diretor do cartório, de mandado de busca, porque lastreado em hígida decisão judicial, tendo a magistrada ratificado tal mandado. Da mesma forma, não se vislumbra nulidade na diligência de busca em que policiais comparecem no auto como testemunhas.

4. Ordem não conhecida.

[...]

No tocante à ausência de prévia oitiva do Ministério Público, acerca da realização de busca e apreensão, penso que a decretação da nulidade não se mostra apropriada. Isso porque sequer o Parquet se insurgiu contra tal situação, o que leva à conclusão de que, a despeito de, num primeiro momento, não ter sido ouvida, a instituição entendeu que a diligência se justificava e foi realizada de modo regular. Ainda, de acordo com a lei processual penal vigente, a medida pode ser decretada de ofício pelo juiz, não constituindo, assim, nulidade a ausência de prévia manifestação do órgão acusatório sobre a diligência. (STJ, 6ª Turma. HC nº 200901335190. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE de 17 de outubro de 2012 – grifo nosso)

Outro ponto a frisar é que se toda medida representada pela autoridade policial tiver que passar pelo crivo do Ministério Público para ser encampada, a investigação criminal terá

perdido o princípio da oportunidade. Atualmente, as medidas cautelares devem ser céleres para combater efetivamente as organizações criminosas.

Nesse contexto, deve-se encarar que a tutela cautelar penal é uma medida de urgência, utilizada pela Delegado de Polícia, a fim de evitar o perecimento da prova, buscando a efetividade da futura Ação Penal. Assim, se para concessão judicial de alguma medida cautelar, fosse necessário o parecer ministerial, que demora, aliás, alguns dias, a prova iria esvaír-se com o tempo, bem como a sua vinculação ao autor.

Além disso, o risco do perecimento do direito não decorre apenas do transcurso do tempo ou do perigo da demora da prestação jurisdicional, mas também do conhecimento do investigado acerca da medida, que fatalmente comprometeria a eficácia da obtenção de prova. Assim, os órgãos policiais devem agir de forma célere, para pegar o criminoso “de surpresa”, a fim de frustrar a sua empreitada criminosa.

Essa é a posição do doutrinador Gonçalves (1997, p. 435) sobre as medidas cautelares policiais:

[...] as medidas cautelares e de polícia, destinadas a “acautelar a obtenção de meios de prova, que sem elas poderia perder-se, mediante uma tomada imediata de providências pelos órgãos de polícia criminal, mesmo sem prévia autorização da autoridade judiciária competente, e isto pelo carácter urgente das diligências a praticar ou pela natureza perecível dos meios de prova a recolher.

Para corroborar a viabilidade da capacidade postulatória do Delegado de Polícia na representação das medidas cautelares no âmbito do Inquérito Policial, a legislação infraconstitucional permite à autoridade policial, durante a investigação criminal, representar por várias medidas cautelares, desde o Código de Processo Penal até a legislação extravagante. Eis os artigos:

a) Código de Processo Penal:

a.1) artigo 127 (decretação do sequestro dos bens do investigado): o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa;

a.2) artigo 149, § 1º (instauração de incidente de insanidade mental): quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º, o exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente;

a.3) artigo 311 (prisão preventiva): em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial;

b) art. 3º, I, Lei 9296/96 (Lei de Interceptação telefônica): a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

c) artigo 11, Lei 12850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas): o requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Mesmo a legislação infraconstitucional permitindo que o Delegado de Polícia possa representar pelas medidas cautelares, é oportuno frisar novamente que o termo “representação” não está sendo utilizado de forma adequada, já que a autoridade policial não é parte no processo, nem substituto processual. Dessa forma, os vocábulos “solicitação” e

“interposição” preencheriam essa realidade, como forma de pedido do Delegado de polícia diretamente ao Poder Judiciário, no que tange às medidas cautelares.

CONCLUSÃO

Nesta monografia, comprovou-se que os termos “representação” e “requerimento” devem ser direcionados às partes do processo. A “representação” é devida quando o Ministério Público postula algo em favor ou desfavor de outrem; ou querelante, no momento que postula algo em nome de terceiros. Já “requerimento” deve ser aplicado, se o Parquet postular algo em favor dos interesses do próprio órgão; ou o querelante, na situação em que solicita algo, visando interesse próprio.

Em relação ao Delegado de Polícia, embora a legislação ressalta, expressamente, que “representação” é o termo utilizado para a autoridade policial solicitar alguma medida cautelar ao Poder Judiciário, as palavras corretas, semanticamente falando, seriam “solicitação” e “interposição”, já que o Delegado de Polícia não é parte no processo principal, pois não pode recorrer das decisões judiciais que deneguem o seu pedido.

Partindo do conceito de medidas cautelares, tanto do direito processual penal, quanto do direito processual civil, que tem por objetivo assegurar o resultado do processo principal, o Delegado de Polícia não teria capacidade postulatória, haja vista o processo principal, nesse caso, a Ação Penal, ser exclusiva do Ministério Público, assim, todas as medidas cautelares no âmbito do Inquérito Policial, que é um procedimento administrativo, cuja finalidade é subsidiar a Ação Penal, devem ter a manifestação ministerial.

Sobre a posição desfavorável da capacidade postulatória do Delegado de Polícia na representação das medidas cautelares no âmbito do Inquérito Policial, a doutrina e os julgados apontam que a autoridade policial não possui tal capacidade, pois a polícia exerce, por meio da investigação, um papel auxiliar no sistema penal, no que tange à atividade acusatória, de exclusividade do Ministério Público.

Desse modo, apenas o Ministério Público pode deliberar sobre a oportunidade das medidas cautelares em toda a persecução penal: as fases inquisitorial e judicial, pois é o órgão ministerial que pode promover, privativamente, a Ação Penal. Nessa posição, o Parquet resguarda o devido processo legal, por ser um órgão autônomo e independente, na função de órgão acusador; bem como exerce o controle da atividade policial, devido ao Inquérito Policial ter por finalidade subsidiar a Ação Penal, com indícios de autoria, materialidade e circunstâncias de um fato aparentemente criminoso.

Enquanto isso, na vertente favorável da capacidade postulatória do Delegado de Polícia na representação de tais medidas durante a investigação criminal, pode-se delinear que a Constituição da República atribuiu à polícia, o desempenho da investigação, na função de Estado-investigador; bem como, ao Ministério Público a titularidade exclusiva da Ação Penal, na função de Estado/acusador. Assim, no Estado Democrático de Direito, como foi o desejo do constituinte originário, essas funções devem ser atribuídas a órgãos distintos, pois se a produção de prova for a cargo apenas do órgão ministerial, a investigação seria tendenciosa para acusação do indivíduo, pois quem está promovendo a investigação é justamente aquele que acusa.

Nessa perspectiva, o Inquérito Policial, por ser sigiloso, não expõe o investigado perante à sociedade. Dessa forma, esse procedimento preliminar é o instrumento que promove a verdadeira garantia aos direitos fundamentais do cidadão, pois impede que acusações infundadas tornem um investigado em réu, em virtude de ser conduzida, de forma imparcial, pela autoridade policial, que tem o indiciamento como seu ato privativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. Coleção obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2011.
02. BINDER, Alberto M. Introdução ao Direito Processual Penal. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
03. BOLDT, Raphael. Delação premiada: o dilema ético. Jus Navigandi. Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7196/delacaopremiada>>. Acesso em: 26/10/2015.
04. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
05. _____. Código de Processo Penal. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
06. _____. Código de Processo Civil. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
07. _____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
08. _____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
09. _____. Lei nº 8.137, de 28 de dezembro de 1990. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
10. _____. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
11. _____. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
12. _____. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
13. _____. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
14. _____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
15. _____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
16. _____. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

17. _____. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
18. BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Volume 04: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
19. BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.
20. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do Inquérito Policial no Sistema Acusatório – O modelo brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 35, jun./set., p. 185 – 201, 2001.
21. CABRAL, Bruno Fontenele. Sistema policial: a separação das funções de investigar, acusar e julgar no Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2807, 9 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18640>>. Acesso em: 08 de outubro de 2014.
22. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
23. _____. Curso de Direito Penal: legislação penal especial, volume 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
24. CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Tradução de José Antônio Cardinalli. São Paulo: Pilares, 1995.
25. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Resolução CJF nº 63, de 26 de junho de 2009. Publicado no DOU em 30/06/2009.
26. CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO. Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial. 2ª Edição - revisada e ampliada Brasília – 2012. Disponível em: <<http://www.cnpq.org.br/images/arquivos/grupoatividadepolicial/manual/Manual%20do%20Controle%20Externo%20C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 03/11/2014.
27. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, volume 2. São Paulo: Malheiros, 2001.
28. GONÇÁLVES, Manuel Lopes Maia. Código de processo penal anotado. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.
29. GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
30. HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Sales. Dicionário da Língua Portuguesa. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

31. LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
32. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
33. MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
34. MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
35. MORAES, Bismael Batista de. O Inquérito Policial é o vilão no Direito Brasileiro? Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 28, out/dez, p. 255 – 264, 1999.
36. MUCCIO, Hidejalma. Curso de Processo Penal. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
37. NETO, Francisco Sannini. Qual a natureza jurídica da representação do Delegado de Polícia? Disponível em: <http://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/15164_2392/qual-a-natureza-juridica-da-representacao-do-delegado-e-polica>. Acesso em: 14 de junho de 2015.
38. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
39. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Orientação 04 – Orienta os Membros do Ministério Público Federal acerca das proposituras de medidas cautelares referentes a investigações em inquéritos policiais. Disponível em <http://7ccr.pgr.mpf.mp.br/orientacoes/orientacoes/Orientacon4_Assinada.pdf>. Acesso em 14/09/2015.
40. _____. 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Orientação 05 – Orienta os Membros do Ministério Público Federal sobre declínio de atribuições em inquérito policial. Disponível em: <http://7ccr.pgr.mpf.mp.br/orientacoes/orientacoes/Orientacon5_Assinada.pdf>. Acesso em 14/09/2015.
41. PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 5ª REGIÃO. Parecer nº 15235/2007. Processo nº 2007.05.00.052914-7. TRF/5ª Região. 2007. Disponível em : <<http://www.prr5.mpf.mp.br/prr5/conteudo/espaco/prr5/pecas/1535par07.pdf>>. Acesso em 10/09/2014.
42. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. 1ª ed. São Paulo: RT, 1998.
43. SASSINE, Vinícius. Só 27% das investigações de crimes de corrupção viram denúncias. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/so-27-das>>

investigacoesde-crimes-de-corrupcao-viram-denuncias-17198150#ixzz3oNLZE sIL>.
Acesso em: 12 de outubro de 2015.

44. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e Juizado Especial Criminal*. São Paulo: Atlas, 1997.
45. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1ª Turma. HC nº 200802362632. Rel. Min. Jorge Mussi, DJE de 16 de novembro de 2009.
46. _____. 6ª Turma. HC nº 2.102-9/RR. Rel. Min. Pedro Acioli. 06 de dezembro de 2010. Ementário STJ, 09/691.
47. _____. 6ª Turma. HC nº 200901335190. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE de 17 de outubro de 2012.
48. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno. ADI 1127-8. Rel. Min. Marco Aurélio. 15, de maio de 2006, un. DJ 1, 17 de maio de 2006, ata nº 13.
49. _____. 2ª Turma. HC nº 88190/RJ. Rel. Min. Cezar Peluzo. 28, de agosto de 2006, un. DJ 1, 06 de outubro de 2006, p. 67.
50. _____. 1ª Turma. HC nº 88589/GO. Rel. Min. Carlos Britto. 28, de novembro de 2006, un. DJ 1, 23 de março de 2007, p. 107.
51. _____. 2ª Turma. HC, nº 88190/RJ. Rel. Min. Cezar Peluzo. 28, de agosto de 2006, un. DJ 1, 06 de outubro de 2006.
52. _____. Súmula Vinculante nº 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em 10/03/2015.
53. _____. 2ª Turma. RHC 121722/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 20 de maio de 2014. Info 747.
54. _____. RE nº 593727/MG. Rel. Min. Cezar Peluzo. 14 de maio de 2015. DJ nº 175, 08 de setembro de 2015.
55. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTR, 2005.
56. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Volume II - Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
57. _____. *Curso de Direito Processual Civil – Volume I – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
58. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

59. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. Corregedoria-Geral da Justiça. Provimento nº 20/2014. Edição 1606, suplemento, seção I. Disponibilização em 13/08/2014, publicado em 14/08/2014.
60. _____. ACr 200903823734. Edéia; Rel. Des. Benedito do Prado; DJGO 28/01/2010, pág. 353.
61. _____. Corregedoria-Geral da Justiça. Provimento nº 20/2014. Edição 1606, suplemento, seção I. Disponibilização em 13/08/2014, publicado em 14/08/2014.
62. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. 1ª Turma. Correição parcial nº95.04.34951-0. Rel: Juiz João Surreaux Chagas. 19 de março de 1996, um DJ 2, 03 de abril de 1996. p.21.325.
63. TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
64. ZULIANI JÚNIOR, Giancarlos. A capacidade postulatória do delegado.

UNIÃO ESTÁVEL: DIREITOS SUCESSÓRIOS À LUZ DA LEGISLAÇÃO, DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Roberta Garcia Martins
Alessandra Gonçalves Heronville da Silva.

RESUMO

O tema abordado nesta pesquisa pertence ao Direito Sucessório, com foco exclusivo na sucessão do companheiro na união estável, uma relação que, mesmo reconhecida como entidade familiar pela Constituição de 1988, não garante unanimidade quanto aos posicionamentos da doutrina e jurisprudência, no que se refere à participação do supérstite na herança do de cujus, uma vez que a Carta Magna ao declarar a união estável como instituição familiar não foi devidamente respeitada ou simplesmente seguida, e esse desrespeito foi reforçado pelo artigo 1.829 do Código Civil de 2002, pois o companheiro não se encontra de fato na lista dos herdeiros legítimos da ordem da vocação hereditária, diferentemente do tratamento dado ao cônjuge. O principal debate do tema gira em torno dessa inconstitucionalidade do artigo do texto civil que tomou rumo oposto ao tratamento de igualdade das instituições familiares, outrora concedidos pela Constituição, o que gerou muitos posicionamentos ambíguos da questão e tem deixado desamparados os companheiros na união estável em diversas situações. Para tanto, foi preciso buscar os fatos históricos que dão origem à discussão, para que sejam analisados todos os fatores e situações contraditórias do assunto, à medida em que a maior discriminação é em relação aos quesitos constitucionais em questão de desigualdade de tratamento gerada para o companheiro, em detrimento do cônjuge na esfera do Direito Sucessório, uma vez que essa discrepância tem gerado muita discussão e controvérsia nos tribunais do país.

Palavras-chave: união estável, sucessão, discriminação, companheiros, cônjuge.

ABSTRAT

The theme approached in this research belongs to the law of probate and succession, with an exclusive focus on the succession of the partner in a stable union, a relationship that, even being recognized as family entity by the Constitution of 1988, does not guarantee unanimity when it comes to the positions of doctrine and jurisprudence, as regards to the participation of the surviving partner in the inheritance of the deceased, since the Magna Carta, when it declared the stable union as familiar institution was not properly respected or even followed, and such disrespect was reinforced by the 1.829 article from the Civil Code of 2002, as the companion, in fact, is not found on the list of legitimate heirs of the order of heredity, differently from the treatment given to the spouse. The main debate of the theme revolves

around this unconstitutionality of the article from the civil text which took an opposite direction to the equal treatment of family institutions, once granted by the constitution, which generated many ambiguous positioning of the issue and has left the partners, in stable union, in various situations. Therefore, it was necessary to search for historical facts that give rise to discussion, in order to analyze all contradictory factors and situations of the issue to the extent to which the biggest discrimination is in relation to the constitutional questions in a matter of unequal treatment generated by the partner at the expense of the spouse in the succession law

sphere, since this discrepancy has generated much discussion and controversy at the courts of our country.

Keywords: stable union, succession, discrimination, partners, spouse.

INTRODUÇÃO - Foi no Direito Romano que a convivência entre homem e mulher já produzia efeitos de casamento, denotando, assim, o começo do tratamento para união estável, que era um casamento natural, mas no Brasil foi a partir da Constituição da República de 1988 que surgiu o reconhecimento da união estável como entidade familiar.

A partir do artigo 226, §3º da CF/88 que foi reconhecida a união estável como entidade familiar para fins de proteção do Estado, momento em que começou a surgir as principais desigualdades em relação ao instituto do casamento, se poderiam ser ou não ser consideradas constitucionais em questões relativas a sucessão.

Houve um tempo em que os tribunais, para proteger os direitos das mulheres que viveram em União Estável, quando estas separavam de seus companheiros, concediam alimentos como forma de indenizações por serviços domésticos prestados pelas mesmas e que não eram remunerados, tomando por base sempre a equidade.

Com a vigência do Código Civil de 2002, tornou-se mais polêmica a inconstitucionalidade dos direitos, inclusive no ramo das sucessões, outrora concedidos aos companheiros pela CF/88 com intuito de encerrar as desigualdades, o qual baseado nos questionamentos e debates de juristas e cortes de todo o país, não conseguiu alcançar tal objetivo. Importante mencionar, que o constituinte de 1988 apresentou texto adequado à evolução da sociedade existente àquela época, entretanto existem muitas divergências quanto ao texto constitucional, uma delas do professor Monteiro (2002, p. 20) que entende que o dispositivo concede direitos que contribuem com o aniquilamento da família tradicional, reconhecendo como forma legítima de convivência familiar a união estável, como já mencionado, são inúmeros entendimentos acerca do assunto.

A partir do nascimento da união estável, com a Constituição de 1988 eram necessárias leis para regulamentação de tal instituto, as quais surgiram nos anos de 1994 e 1996, Lei n. 8.971/1994 e Lei n. 9.279/1996, conseguindo dar alguma proteção ao companheiro supérstite no que se refere ao direito sucessório.

Com o Código Civil de 2002, tudo estremeceu, de forma muito superficial, pois ao invés de somar, multiplicar tais direitos e deixá-los mais claros, fez o oposto no instituto da sucessão, deixando o companheiro novamente em uma situação de desigualdade.

É possível dizer que foi um tipo de retrocesso, voltando às formalidades restritas do texto do CC de 1916, pois mesmo sendo mais bem escrito e expressado o texto do CC de 2002, em comparação ao de 1916, de fato o legislador não solucionou os problemas oriundos da sociedade atual.

Esta pesquisa não visa questionar ou dirimir o Código Civil de 2002, tem por objetivo apenas refletir e expor o quanto tratou de forma superficial o instituto da União Estável, entendendo que ele também não foi inócua aos direitos outrora concedidos aos companheiros na união estável, mas não aproveitou a oportunidade de aplicar isonomia entre cônjuges e companheiros de uma vez por todas e diminuir tantas desigualdades e confusos entendimentos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL

A maioria dos povos na Antiguidade aceitava a poligamia, visto que ela ainda não gerava problemas em relação aos bens, ao contrário, ajudava a sobrevivência. Entretanto, a poligamia era permitida apenas aos homens, e se as mulheres fossem infiéis eram punidas para os casos de concubinato e a pena era a morte. Concubinato era a relação entre um homem e uma mulher sem que casados fossem, e era sub classificado em duas espécies, o concubinato puro e o concubinato impuro. (KÜMPEL, 2014).

No concubinato puro, as pessoas se unem com a finalidade de constituir família como se casadas fossem, mas que por algum motivo não queiram celebrá-lo, nessa modalidade os concubinos não são impedidos de se casarem, eles não se enquadram nos incisos do artigo 1521, CC/02, com exceção do inciso VI ,que trata das pessoas casadas, ou seja, dos impedimentos para o casamento, somente o inciso VI do referido artigo não se aplicará a esta modalidade, desde que estas se encontrem separadas de fato ou judicialmente, artigo 1723, §1º, CC/02. Como exemplos temos os solteiros, viúvos, divorciados, separados de fato ou judicialmente etc.

Já no concubinato impuro, temos o inverso, essa modalidade é aquela em que as pessoas são impedidas de se casarem, seus interesses não são o de constituir uma família, e sim ter uma relação íntima e muitas das vezes eventual, neste caso é considerada relação concubinária até a atualidade, essa modalidade não ganhou amparo pela CF/88, apenas o concubinato puro se enquadra nos moldes delimitados pela CF/88 para ser considerados como entidade familiar. Com a evolução da propriedade, surgiu diferenciação entre esposas e concubinas com objetivo de privilegiar os filhos, a esposa era a principal, a ela e seus filhos eram garantidos todos os direitos, as concubinas ficavam em segundo plano e pouco direito tinham.

Um pouco mais à frente: “Por meio do Código de Hamurabi, a Babilônia adotou a monogamia, com rigidez no que se refere à fidelidade conjugal. A mulher adúltera era punida com a morte por afogamento e podia ser repudiada pelo marido, sendo lançada à rua sem suas roupas”. (PAULA, 2010).

No Direito Romano as uniões entre homem e mulher eram diversificadas, recebendo nomes e características diferenciadas a depender de quem eram as pessoas que se uniam. A *justae nuptiae* era a união dos cidadãos romanos, que era a modalidade do casamento civil, chamada de *jus civile*, modalidade essa que se baseava no consentimento dos esposos, e era a base da família e sociedade romana. (CAVALCANTI, 2003, p. 79).

A união entre romanos e peregrinos e destes entre si era conhecida como *injustum*, essa união não era regulada pelo *jus civile*, e sim pelo *jus gentium*, modalidade esta regulamentada pelo direito nacional dos estrangeiros. A união de fato dos escravos era conhecida como (*contubernium*), a qual não surtia nenhum tipo de efeito jurídico, somente após Justiniano assumir o trono do Império Romano do Oriente e tornar-se imperador que foi reconhecido o efeito do parentesco originado dessas uniões de escravos, *cognatio servilis*. E por último havia o concubinato, concubinato esse na modalidade concubinato puro, com o intuito de constituir família, não era considerado imoral e nem proibido. (CAVALCANTI, 2003, p. 80).

Na Idade Média, mesmo reprovando o concubinato, a verdade é que a Igreja tolerou até certo tempo e segundo Monteiro (2004) “Os Concílios de Toledo (ano 400), Basileia (ano 431) e Latrão (ano 1516) insurgiram-se contra a tolerância por ele desfrutada, até merecer condenação no Concílio de Trento”.

A união estável sofreu bastante influência da Igreja Católica, uma vez que esta monitorava e dominava as relações familiares e sociais. A partir daí, o casamento se tornou um ato solene, formal e acima de tudo de caráter religioso, tornando-se indissolúvel.

A família, naquele tempo, iniciava-se com o matrimônio aprovado por Deus e então para o Direito Canônico era indiscutível seu rompimento. Para o Direito Canônico, o

concubinato sempre foi condenado, tanto que em algum momento era considerado pecado severo necessário de punição rigorosa.

Com o surgimento do Concílio de Trento, reunião de cunho religioso, convocada pelo Papa Paulo III em 1546 na cidade de Trento, os casamentos clandestinos foram proibidos e o concubinato considerado relação não reconhecida por lei, pela igreja e sociedade, assim ficou determinada a celebração do matrimônio na presença de um representante de igreja e duas testemunhas em uma cerimônia pública.

Segundo Bittencourt (1975, p. 23):

[...] a união sem o matrimônio só gerou negociação jurídica a partir do século XVI com a Instituição do casamento, somente após esta época foi possível legislar sobre esta questão. Antes disso, as relações estranhas ao matrimônio estabelecidas eram consideradas inferiores, de segundo grau e poucos direitos eram reconhecidos.

Os concubinos eram advertidos três vezes, se não colocassem fim ao relacionamento ou oficializasse a união, eram-lhe aplicadas as mais severas punições, além de serem considerados hereges, também eram excomungados da igreja que se voltava inteiramente contra o casal. (AZEVEDO, 2011, p. 133).

No Código Civil de 1916, era requisito fundamental da família o casamento.

De acordo com Dias (2007, p. 155): o Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi além. Restou por puni-las, vedando doações, a instituição de seguro e a possibilidade de a concubina ser beneficiada por testamento. Até 1977 não existia o divórcio. A única modalidade de separação era o desquite, que não dissolvia a sociedade conjugal e impedia novo casamento. Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento de relações destituídas de amparo legal.

Como até 1977 não existia ainda o divórcio, que coloca fim ao vínculo conjugal, os concubinatos aumentaram seu número. As pessoas que fracassaram em uma união anterior, mas queriam tentar constituir outra família, contraíam nova união que também era duradoura entretanto aos olhos da sociedade, lei e igreja, errôneas. (RODRIGUES, 2002, p. 284).

Outro fato que contribuiu significativamente para o aumento dos concubinatos foi a falta de condições financeiras e conhecimento, alguns casais somente se uniam pelo casamento religioso não formalizando civilmente, isso era bastante comum principalmente no interior do país. (RODRIGUES, 2002, p. 10).

No Brasil, o concubinato não era previsto na legislação, mas também não era proibido. Apesar do concubinato existir há muito tempo e em grandes quantidades, só foi reconhecido como entidade familiar pela CF/88, que prevê que o concubinato na sua forma pura é considerado como entidade familiar merecedora de proteção do Estado.

De acordo com Monteiro (2004, p. 38), o Decreto-Lei nº 4.737 de 24 de setembro de 1942 foi o primeiro passo para o reconhecimento da União Estável até então considerada concubinato, pois apresentava o reconhecimento dos filhos naturais e dessa maneira beneficiando igualmente a companheira.

Contribuíram, ainda para o avanço do reconhecimento da União Estável, as Leis de Registros Públicos e do Inquilinato, como expressa abaixo Venosa (2006, p. 41): a Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73), no art. 57, §§2º e 3º, com redação dada pela Lei 6.216/75, autorizou a companheira a adotar o sobrenome do companheiro, após cinco anos de vida em comum ou na existência de prole, desde que nenhum dos consortes tivesse vínculo matrimonial. A legislação do inquilinato, atual Lei nº 8.245/91, e as anteriores permitem que o companheiro sobrevivente que resida no imóvel nele permaneça na posição de locatário, na hipótese de morte deste, bem como na dissolução da sociedade de fato ou união estável.

E em 1977, finalmente o RE 83.930 do STF diferenciou concubina de companheira de maneira clara que nas palavras de Wald (2002, p. 239), “A concubina seria a mulher com

quem o cônjuge adúltero tem encontros periódicos fora do lar, e a companheira é a pessoa com quem o varão divorciado, solteiro, ou separado da esposa mantém convivência more uxório”.

1. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 1.177 E 1.474. 2. SEGURO DE VIDA. CASO EM QUE O INSTITUIDOR E HOMEM CASADO QUE SE AFASTOU DO LAR CONJUGAL E A BENEFICIÁRIA E A MULHER SOLTEIRA COM A QUAL ELE CONVIVEU, DURANTE MUITOS ANOS, MORE UXORIO, ATÉ O FALECIMENTO. DISTINÇÃO ENTRE CONCUBINA E COMPANHEIRA PARA O EFEITO DE AFASTAR A INCIDÊNCIA DO SOBREDITO ART. 1.474. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DESSA REGRA PARA LHE FIXAR O SENTIDO QUE PERMITE A DISTINÇÃO. PRECEDENTES DO STF. 3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DEVE SER DEMONSTRADA EM TERMOS ANALÍTICOS, COMO DETERMINA O ART. 305 DO REGIMENTO INTERNO DA CORTE. SÚMULA, VERBETE 291. 4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE A PRIMEIRA TURMA NEGA CONHECIMENTO.

Ou seja, hoje, está bastante claro que o termo concubina se designa a uma mulher que mantém relacionamento com homem casado, que tem uma esposa, e a companheira é uma mulher que vive com homem separado, solteiro ou outro e mantém relacionamento estável.

Duas soluções foram encontradas para beneficiar a companheira ou concubina que prestou serviços domésticos e nada recebia com o fim do relacionamento que foram: “A primeira delas foi a de atribuir-se à companheira, que por longo período prestou serviços domésticos ao concubino, o direito a salários por aqueles; a segunda foi a de dar-lhe participação no patrimônio auferido pelo esforço comum”. (RODRIGUES, 2002, p. 290).

Mas, a indenização por serviços domésticos é claramente um subterfúgio que rebaixava as companheiras e denominava todas elas “concubinas”, era sim uma amortização dos prejuízos para a mulher quando era desamparada pelo direito de família. (DIAS, 2007, p. 172).

1.1 UNIÃO ESTÁVEL E A CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, reconheceu que a família é a base de uma sociedade e que é necessária atenção e proteção especial, de maneira que seu §3º expressa: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Para Veloso (2003, p. 45), a CF/88 foi além: espancando velhos preconceitos, superando discriminações dolorosas e sepultando injustiças gritantes, coroando uma luta de muitas décadas, a Constituição de 5 de outubro de 1988 conferiu a mesma proteção e reconheceu que são merecedoras de idêntico respeito e acatamento as famílias fundadas no casamento e as famílias formadas pela convivência pública, contínua e prolongada entre o homem e a mulher. Qualificadas pelo amor, pela afeição, por um projeto de vida em comum, a família matrimonializada e a família natural tem a mesma dignidade. A Carta de 1988 rejuvenesceu, renovou, revolucionou, enfim, democratizou o Direito de Família brasileiro, construído em bases romanistas – marido provedor, mulher dona-de-casa –, num padrão hierarquizado, com predominância do varão, e distinções iníquas, arbitrárias e odiosas entre os filhos. Raiou a liberdade, proclamou-se a igualdade, e todo aquele entulho legislativo foi expelido e soterrado.

Era apenas o primeiro passo para o reconhecimento das uniões informais. É preciso analisar bem a questão atual para sabermos da importância deste passo dado há alguns anos, mais precisamente a 27 anos, que não são tantos e podem significar engatinhamento da Lei, mas é sim um começo.

De acordo com Rodrigues (2002, p. 272), que observa o seguinte sobre o fato: “o legislador de 1988 tirou a máscara hipócrita de seu colega de 1916, a quem a família ilegítima envergonhava, para proclamar não só a existência da família nascida fora do casamento, mas sua condição de entidade familiar [...]”

A Constituição da República de 1988, considerou claramente a proteção às uniões estáveis, entretanto, não significa que a equiparou às famílias legítimas, advindas do matrimônio. Tanto que o dispositivo determina a facilitação da conversão em casamento pela lei, sendo este, o modelo almejado pelo legislador de entidade familiar. (WALD, 2002, p. 242).

Segundo Monteiro (2004, p. 39), a Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996 que regula o §3º do artigo 226 da CF, esse sim, reconheceu como entidade familiar a convivência nítida, pública, notória e duradoura de um homem e uma mulher que pretendem constituir família e estabelece direitos e deveres pessoais e patrimoniais do casal.

Esta Lei, sim, teve maior abrangência porque cita pessoas separadas de fato, atribuindo competência à vara de família e assim reconhecendo inclusive o direito de habitação, que gera presunção dos bens adquiridos pelo casal no período em que viveram juntos.

Entretanto, a CF/88 é irrefutavelmente uma Lei fundamental e suprema do Estado que, além de conter normas de estruturação e formação de poderes, também mostra a forma de governar, tal carta constitucional prescreve os direitos e garantias básicas do cidadão, garantindo acima de tudo sua liberdade. (MORAES, 2004, p. 66).

De acordo com Dias (2008, p. 57), é no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos dispositivos da CF/88, ela consagrou valores fundamentais para o cidadão e designou os princípios que devem reger também as famílias, a CF/88 transforma alguns dispositivos em primeiro passo para aplicação de fato da Lei.

De acordo com Moraes (2004, p. 46), deve-se atenção especial à CF/88, pois: a Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, encontrar-se-á o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sócio-político-econômica e almejando sua plena eficácia.

O fato de a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 226 a família como sendo base da sociedade, e necessitar especial proteção do Estado; destacou e realçou a importância da figura do casamento, mas não apenas como único requisito para constituição da família; entende-se que a proteção do Estado em relação à “União estável” entre homem e mulher seria considerá-la como “entidade familiar”, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º); quando menciona, também, como “entidade familiar”, na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4.º). (OLIVEIRA, 1999).

A CF/88 não declarou que a União estável seria equiparada ao casamento, apenas a reconheceu como entidade familiar para fins de proteção do Estado. Essa diferença entre tais institutos é gritante quando ela expressamente diz que sua conversão em casamento deverá ser facilitada pela lei, entretanto, qual seria o verdadeiro objetivo dessa conversão? É possível dizer que em parte houve ganhos, mas que naquele momento somente agravava a situação de muitos que não podiam fazer a conversão.

A verdade é que a posição da união estável continuou inferior à do casamento, pode-se notar um pequeno rebaixamento nas entrelinhas “conversão para o casamento”, uma vez que denota claramente situação de EU não condizente com a Lei.

De acordo Pereira (2001, p. 144), outro agravante é o questionamento de que: qual seria o sentido da conversão do concubinato em casamento? Se apenas uma das partes pretende a conversão, tal procedimento teria de ir a juízo, e desde já descaracterizado estaria o

elemento fundamental para o casamento: a vontade. Se ambos querem a conversão, poderão fazê-la casando-se pelo procedimento comum do casamento. Poderíamos pensar então que em muitos casos é necessário e conveniente que a data do casamento retroaja à data da união estável, e estaria aí a grande diferença.

A conversão seria útil na hipótese de que os conviventes já estivessem juntos há muito tempo e ambos desejassem formalizar sua união, legalizando os anos já vividos em comum em uma espécie de registro de retroação do tempo. Entretanto, isso não era tão simples, as decisões judiciais expediam resoluções com intuito de dirimir as controvérsias quando no caso de retroação, o TJ de São Paulo em seu provimento nº 10 de 1996 em seu art. 05 determina: “Não constará do assento do casamento, convertido a partir da união estável, em nenhuma hipótese, a data do início desta”. (FURLAN).

1.2 UNIÃO ESTÁVEL E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O artigo 1.723 do Código Civil de 2002 em relação à união estável determina que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

No sentido de ganhos, pode-se dizer que foi grandioso para a União Estável, uma vez que neste momento ela foi reconhecida como entidade familiar, e que sendo configurada pública a lei a resguarda com direitos e respectivos deveres, deveres estes que vêm expressos no artigo posterior, quais sejam: deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos.

O artigo 1.725 do CC/02, enfim, atribui ao companheiro na união estável, quando couber, os mesmos direitos concedidos ao cônjuge, no que tange às relações patrimoniais, quando adotado o regime da comunhão parcial de bens.

Com relação ao patrimônio em caso de dissolução da união por acordo de ambas as partes, é observado que, quanto à partilha, se aplicarão todas as regras da comunhão parcial de bens, ou seja, o companheiro(a) terá direito à metade dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, para que isso ocorra é necessário que a união estável seja oficialmente reconhecida e verificado seu período de duração, para o cálculo da partilha.

Nessa partilha, não compreenderão os bens adquiridos por apenas um dos companheiros antes da vigência da união estável, nem tão pouco aqueles sub-rogados através do produto exclusivo de outros bens adquiridos antes dessa união, mas é possível modificar essa regra, basta que os companheiros celebrem um contrato escrito entre si, estipulando as regras patrimoniais diversas daquela. Importante lembrar que enquanto não formalizada a união estável o regime que prevalece é o da comunhão parcial de bens, caso os companheiros queiram formalizar essa união e optem pelo regime da separação total de bens, essa nova regra não retroage à data do início da união.

Entendimento do Min. Moura Ribeiro:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. 1) ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO. ART. 104 E INCISOS DO CC/02. SENILIDADE E DOENÇA INCURÁVEL, POR SI, NÃO É MOTIVO DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE DIREITO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE QUE NÃO TINHA O NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO. AFIRMADA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO

STF. REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO. INCISO II DO ART. 1.641 DO CC/02. APLICAÇÃO NA UNIÃO ESTÁVEL. AFERIÇÃO DA IDADE. ÉPOCA DO INÍCIO DO RELACIONAMENTO. PRECEDENTES. APONTADA VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL DO EX-COMPANHEIRO NÃO PROVIDO. 2) PRETENSÃO DE SE ATRIBUIR EFEITOS RETROATIVOS A CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DA EX-COMPANHEIRA NÃO PROVIDO.

1. A condição de idoso e o acometimento de doença incurável à época da celebração do contrato de convivência, por si, não é motivo de incapacidade para o exercício de direito ou empecilho para contrair obrigações, quando não há elementos indicativos da ausência de discernimento para compreensão do negócio jurídico realizado. 2. Com aumento da expectativa de vida do povo brasileiro, conforme pesquisa do IBGE, com a notória recente melhoria na qualidade de vida dos idosos e, com os avanços da medicina, não é razoável afirmar que a pessoa maior de 60 anos não tenha capacidade para praticar os atos da vida civil. Afirmar o contrário afrontaria diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. 3. A alteração da conclusão do Tribunal a quo, com base nos elementos probatórios de que não existia um mínimo de prova indicando que não houve livre manifestação da vontade e de que não se comprovou alteração no estado emocional ou ausência de capacidade para a formalização do ajuste, não é possível de ser feita em recurso especial, em razão do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ. 4. A deficiência na fundamentação do recurso especial no que tange à alegada ofensa aos arts. 1.641, II, 104, 145 e 171 do CC/02 atrai a incidência da Súmula nº 284 do STF. 5. Apesar do inciso II do art. 1.641 do CC/02 impor o regime da separação obrigatória de bens somente no casamento da pessoa maior de 60 anos (70 anos após a vigência da Lei nº 12.344/2010), a jurisprudência desta egrégia Corte Superior estendeu essa limitação à união estável quando ao menos um dos companheiros contar tal idade à época do início do relacionamento, o que não é o caso. Precedentes. 6. O fato do convivente ter celebrado acordo com mais de sessenta anos de idade não torna nulo contrato de convivência, pois os ex-companheiros, livre e espontaneamente, convencionaram que as relações patrimoniais seriam regidas pelo regime da separação total de bens, que se assemelha ao regime de separação de bens. Observância do disposto no inciso II do art. 1.641 do CC/02. 7. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o apelo nobre não constitui via adequada para análise de eventual ofensa a enunciado sumular por não estar ele compreendido na expressão "lei federal" constante da alínea a do inciso III do art. 105 da CF. Precedentes. Some-se o fato da ausência de demonstração e comprovação do dissídio jurisprudencial na forma legal exigida. 8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se se estaria conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento. 9. Recursos especiais não providos. (BRASIL, 2014).

O Código Civil em seu artigo 1.726 especifica o questionamento feito anteriormente de como será feita a conversão do casamento, dizendo que: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil” (grifo nosso).

O artigo 1.727 do CC/02 apenas reafirma que em casos de relações não eventuais, relações estranhas e não reconhecidas entre o homem e mulher e com finalidade diversa de constituir família e que caracterizar impedimento para o casamento, será automaticamente considerado concubinato e a este não é assistido os direitos da união estável.

E não somente aos concubinos são negados direitos do casamento, mas também às pessoas que vivam em união estável e que se enquadrem nas situações mencionadas no artigo 1.521 do Código Civil de 2002 que aduz:

art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

1.3 SUCESSÃO

1.3.1 Sucessão do cônjuge

No Código Civil de 1916, o seu artigo de nº 1.603 designava a ordem de vocação hereditária e baseando-se nas relações da família de sangue, reservou ao cônjuge a terceira classe na sucessão como observamos no artigo abaixo:

artigo nº 1.603 – A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes;

II – aos ascendentes;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais;

V – Aos municípios, ao Distrito Federal ou à União. (Redação dada pela Lei nº 8.049, de 20.6.1990).

Dessa maneira, o cônjuge somente herdava se o falecido não houvesse deixado herdeiros descendentes ou na falta desses não houvesse ascendentes. Na verdade, o legislador não fez qualquer referência ao regime de bens. Ao cônjuge era dado o direito de herdar nas hipóteses especificadas, em qualquer regime em que estivesse unido ao de cujus.

Para a Lei, o cônjuge não seria herdeiro necessário, de maneira que somente participaria da herança em caso de testamento ou de deserdação dos filhos. Sua única proteção era o artigo nº 1.611, §1º do CC/1916, que dava à viúva garantia de usufruir da quarta parte dos bens deixados pelo falecido, caso houvesse filhos em comum ou só do de cujus, e a metade quando não houvesse descendentes, pouco importando se houvesse ascendentes do autor da herança.

Em 1941, mais precisamente em 19 de abril daquele ano, foi aprovado o Decreto-Lei de nº 3.200 que foi chamado de Lei de Proteção à Família que já em seu artigo nº 17 resguardava o usufruto em favor da mulher casada com estrangeiro por regime que não fosse o da comunhão universal, nesse caso o usufruto seria da quarta parte dos bens se no caso houvesse filhos brasileiros do casal, e metade em caso de não houver filhos.

Em setembro de 1942, com a edição do Decreto-Lei de nº 4.657 - Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 10, §1º beneficiou mais a situação do cônjuge brasileiro casado com pessoa de nacionalidade estrangeira, determinando que a sucessão dos bens deixados pela pessoa de nacionalidade estrangeira situada no país, será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro ou dos filhos, desde que a lei internacional não lhes seja mais favorável.

No ano de 1973, foi editada a Lei de nº 5.869 de Processo Civil, regulando o instituto do inventário, mais precisamente em seu artigo nº 990, deixando o cônjuge no topo da lista de

preferência para ser inventariante. A única exigência era que o cônjuge fosse casado sob regime de comunhão parcial de bens. Ao cônjuge casado com separação legal de bens também era determinada a administração do espólio por ter direito à metade dos bens adquiridos durante a união.

No ano de 2002, com a edição do Código Civil de 2002, o cônjuge foi beneficiado na sucessão legítima, permanecendo no 3º lugar da ordem de vocação hereditária, mas dessa vez concorrendo com os demais das ordens anteriores, benefício este que só não ocorrerá em três hipóteses, são elas: a) se o cônjuge era casado no regime da comunhão universal de bens, pois neste caso ele será meeiro da totalidade da herança; b) se casados no regime da separação total de bens, caso este em que os bens são incomunicáveis; c) se casados no regime da comunhão parcial de bens e o de cujus só houver deixado bens particulares. A lei apenas fez uma ressalva quanto à participação do cônjuge na sucessão, ela exige para afastamento do cônjuge supérstite na sucessão, que este esteja separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos do de cujus, mas de acordo com o artigo 1.830 do CC, estando esse cônjuge separado há mais de dois anos do autor da herança, e comprovando que a separação não se deu por sua culpa, poderá ser chamado à sucessão. Foi assegurado também, sem prejuízo da parte que lhe caiba na herança, e independente do regime patrimonial adotado, o direito real de habitação, relativo ao imóvel de residência da família, desde que não haja outro dessa natureza nos bens deixados pelo de cujus, de acordo com artigo nº 1.831 do CC/02.

O legislador, resguardando ainda mais os direitos conferidos ao cônjuge, não poderia deixar de prevenir o cônjuge na concorrência com os descendentes, especificando seu quinhão igual ao destes, e no caso de estar concorrendo com descendentes comuns não poderá ser inferior à quarta parte da herança. No caso de concorrência com ascendentes de 1º grau, o cônjuge terá direito à terça parte da herança ou à metade quando houver apenas um ascendente ou de maior grau, artigos 1.832 e 1.837 do CC/02.

1.3.2 Sucessão do companheiro antes e depois do Código Civil de 2002

Quando do Código Civil de 1916, já existiam várias uniões estáveis. Entretanto, o sistema legal daquela época ainda não reconhecia ou tornava o companheiro herdeiro legítimo. A união estável ou concubinato puro gerava, já naquela época, efeitos patrimoniais no desfazimento, mas não em caráter de herança.

Foi reconhecido somente em 1994, por meio da Lei nº 8.971, a primeira lei que surgiu para regulamentar a união estável, estabelecida pela CF/ 88, os direitos sucessórios relativos às pessoas que vivem em união estável. Lei esta que fala em seu artigo 1º, que a companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que convivam há mais de cinco anos ou desse relacionamento haja filhos, poderá se beneficiar do disposto na Lei nº 5478/68, (Lei de Alimentos), que segue os mesmos moldes para o casamento, apenas se diferencia na parte referente ao rompimento do relacionamento, que no casamento se ocorrer por culpa de um dos cônjuges, esse que deu causa perde o direito a alimentos, pois o legislador silenciou nessa questão, razão pela qual se leva a crer que esta parte não se aplica à união estável.

Desse modo, para que a obrigação de dar alimentos se materialize, basta que seja comprovada a união com “animus” de constituir família, que esta seja duradoura, pública e que um dos companheiros seja necessitado, que permanecerá enquanto este não constituir nova união. (CAVALCANTI, 2009).

A mesma Lei ainda garante que as pessoas referidas no parágrafo anterior podem participar da sucessão do companheiro enquanto não houver nova união, terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens quando houver filhos ou comuns, metade dos bens quando

não houver filhos embora o autor da herança tenha deixado ascendentes e da totalidade caso não haja descendentes e ou ascendentes. E no caso de bens constituídos com o esforço comum o companheiro supérstite terá direito à meação dos mesmos.

No ano de 1996, veio a edição da segunda lei regulamentando o instituto da união estável, nesta foi estabelecido os direitos e deveres dos companheiros, como respeito, assistência moral e material, guarda, sustento e educação dos filhos comuns. Estipulou-se também a respeito dos bens materiais adquiridos onerosamente com esforço de ambos os companheiros, os quais serão de propriedade de ambos em condomínio, salvo se estes celebrarem contrato escrito entre si da união, e estipularem regras diversas dessas. Reforçou também a questão de alimentos devidos ao companheiro necessitado. E ainda acrescentou em seu artigo 7º, parágrafo único, o direito real de habitação, em condições semelhantes às condições designadas para o cônjuge. Pode-se dizer que neste momento o tratamento entre cônjuges e companheiros no que se refere à sucessão hereditária, passou a ser equiparadas.

Da mesma forma em que o cônjuge ainda não era reconhecido como herdeiro necessário, o companheiro de igual forma não era, como não o é ainda nos dias atuais. O de cujus poderia dispor livremente dos seus bens e à companheira somente restaria o direito de meação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, que nem de longe se assemelha à condição de herdeira.

De maneira que foi em 2002, com a edição de um novo Código Civil, que o companheiro veio a ter participação na herança do companheiro, através do artigo de nº 1.790 que diz o seguinte:

art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O Código Civil de 2002, em seu Livro V, Direito das Sucessões, Título II, Da Sucessão Legítima, Capítulo I, Da Ordem Da Vocação Hereditária, artigo 1.829 estabelece a ordem preferencial dos herdeiros necessários, que herdarão a totalidade da herança, caso o autor dessa herança não tenha deixado testamento.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Percebe-se que neste artigo o cônjuge é mencionado devidamente, mas onde está o companheiro? Se em outros termos seus direitos são semelhantes, por que nesse artigo não há a menção do companheiro? Esta é a verdadeira lista, ou existe outra tão quão importante?

O que realmente limita os direitos do companheiro na sucessão, quando concorrer com outros parentes sucessíveis, é o artigo nº 1.790 CC/02, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, uma vez que falamos de sucessão e não de meação, ou seja, na sucessão, o companheiro só herdará quando o de cujus houver deixado bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, e nas proporções delimitadas pelos incisos do artigo 1.790, CC/02, diferentemente do cônjuge que figura na lista dos

herdeiros necessários, que herdará qualquer bem, independentemente de serem particulares do de cujus ou não, salvo incompatibilidade do regime patrimonial adotado pelo casal. A regra determina que somente quando o de cujus não houver deixado herdeiros necessários, que ao companheiro serão lançados todos os bens adquiridos na constância da união. O flagrante discriminatório maior se dá quanto à concorrência sucessória, pois concorre com colaterais de até quarto grau, já com o cônjuge isso não acontece, uma vez que os colaterais figuram na quarta posição da vocação hereditária, vindo depois do cônjuge que está na terceira, não alcançando o cônjuge essa concorrência. Agora para o companheiro que nem está nesta lista, concorre sim com os colaterais. Quando o companheiro concorrer com descendentes e ascendentes, versa sobre os bens adquiridos durante o relacionamento, quando for com colaterais a concorrência é calculada sobre a totalidade dos bens, sendo desta forma suprimido o direito ao mínimo de um quarto da herança, assegurado ao cônjuge, quando este concorre com filhos comuns, artigo 1.832, CC/02, uma vez que o companheiro concorrendo com colaterais terá direito apenas à um terço da herança. (DIAS, 2011, p. 182).

Quanto ao direito real de habitação, regulamentado pela Lei 9.278/96, alguns doutrinadores entendem que como CC/02 silenciou em relação a mencionado direito, ele foi revogado por força do disposto no artigo 2º, §1º da LINDB, outros já entendem que como o CC/02 não revogou expressamente esse diploma legal, qual seja Lei 9.278/96, não estão derogadas as prerrogativas previstas na legislação anterior. (DIAS, 2011, p. 183).

Quanto à questão do cálculo da quota parte cabível ao companheiro na concorrência sucessória com filhos dos incisos do artigo 1.790, vale lembrar que o legislador encontrou solução para duas hipóteses de filhos, filhos comuns e filhos só do de cujus, e silenciou em relação à hipótese de haver filhos comuns e filhos só do autor da herança. Nessa situação, algumas doutrinas entendem razoável fazer a divisão baseado na composição dos incisos I e II, dividindo a herança proporcionalmente de acordo com a quantidade de descendentes de cada grupo. (BRASIL, 2002).

Entretanto, existem alguns doutrinadores que entendem diferentemente: o companheiro concorrerá com os descendentes do morto, sejam seus ou não, sempre com a metade do que couber a eles. Não se faz mais a distinção da redação do Código de 2002 quanto à origem da filiação. Não concorrerá a herança, contudo, se tiver havido comunhão de bens na união estável e o morto não tiver deixado bens particulares. Também o Projeto parte da hipótese de que se tivesse havido casamento, se este se submeteria ao regime da separação obrigatória do art. 1.641, também não haveria participação na herança. (VENOSA, 2006, p. 145).

Onde está de fato exposto os reais direitos igualitários do companheiro em relação ao cônjuge, pois como vimos, o artigo nº 1.829 nem se quer os menciona? Em comparação com Leis anteriores pode-se até ressaltar que para o companheiro no tocante à sucessão houve um retrocesso, uma restrição de direitos outrora concedidos, pois que não há menção sequer ao direito de real habitação que distante ficará sujeito à decisão de um juiz.

2 ASPECTOS DA PARTILHA DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

2.1 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O artigo 1.831 do Código Civil de 2002 garante ao cônjuge sobrevivente, em qualquer que seja o regime de bens adotado, que lhe será assegurado a sua parte na herança e também o direito real de habitação no imóvel destinado à residência familiar, com a ressalva de que ele seja o único a inventariar.

O legislador não direcionou a mesma proteção ao companheiro, a não ser em detrimento da interpretação feita de maneira a igualar as necessidades do núcleo de família onde também estará inserido o companheiro supérstite da união estável.

2.2 EM CASO DE EXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO EXCLUSIVO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

O artigo nº 1.790 do Código Civil em seu inciso IV elucida que a totalidade da herança somente é conferida ao companheiro sobrevivente, em caso de não existência de herdeiros. Ou seja, na falta de parentes sucessíveis, que são os descendentes, ascendentes e colaterais até quarto grau. (VELOSO, 2010, p. 182).

Na interpretação do autor, podemos considerar que a disciplina estaria abrindo exceção em relação ao que foi limitado pelo artigo, porque a expressão de totalidade tem intenção de conferir o patrimônio ao companheiro, inclusive em se tratando de patrimônio particular, que de outra forma não estaria autorizado a receber. (VELOSO, 2010, p. 182).

Dessa maneira, o companheiro que permanece vivo, de fato é considerado herdeiro do falecido, de forma que a herança não será declarada vacante, pois terá o companheiro como herdeiro do autor da herança, evitando, assim, confronto com o artigo 1.844 do CC/02.

Outra consideração que merecia melhor posicionamento, pois reluz notoriamente uma das discrepâncias entre os direitos do companheiro e cônjuge, é o direito real de habitação, uma vez que para o cônjuge supérstite ele é garantido, mas não é relacionado ao companheiro da mesma forma.

Entretanto, os tribunais brasileiros, felizmente, têm concedido aos companheiros os mesmos direitos, desde que a habitação seja o único imóvel da residência familiar. A justificativa unânime de conceder benefício e proteger a família, lembrando que para a corte o fato de ter sido o imóvel adquirido antes ou depois da união, não muda em nada a decisão, já que o direito real não se mistura à meação da companheira ou companheiro. (FRECCIA, 2012, p. 17).

DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens. 2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º), ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002. 4.- Recurso Especial improvido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. O direito real de habitação é deferido ao companheiro independentemente de qualquer condição pessoal, social ou econômica, e ainda que possua outros imóveis, pois a única limitação legal para o exercício desse direito é que poderá ser exercido apenas "enquanto durar a viuvez". No entanto, o direito do companheiro de permanecer morando na casa somente pode ser

reconhecido quando é inequívoca a prova da existência da união estável e, também, de que o imóvel questionado era de propriedade exclusiva do de cujus e servia de morada familiar. Inteligência do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96. NEGADO SEGUIMENTO.

O que de fato confirma a assertividade dos tribunais é que o direito real de habitação para a união estável, exposto anteriormente, foi previsto pela Lei nº 9.279/96 que confirma e regula o artigo nº 226 da CF/88, reforçando tal posicionamento de que o benefício de moradia deve ser mantido para aquele que vivia em união estável igualmente ao concedido aos cônjuges.

2.3 A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO NA UNIÃO ESTÁVEL

2.3.1 Concorrência com descendentes comuns

O artigo nº 1.790, I, do Código Civil 2002, rege que o companheiro em concorrência com os filhos comuns do casamento terá direito à quota equivalente à dos filhos e havendo descendentes apenas do de cujus essa quota se reduz pela metade.

Dessa maneira, faz-se imprescindível compreender e esclarecer que esta cota se refere aos bens adquiridos pelo casal na constância da união estável, ou seja, ressalvado o direito de meação sobre os mencionados bens, o companheiro herdará uma quota em relação aos bens que foram adquiridos onerosamente enquanto durou a relação.

Quanto aos bens particulares do de cujus, o companheiro só participará da sucessão destes, em três hipóteses, quais sejam: a) quando o de cujus não possuir descendentes e nem ascendentes, possuindo colaterais até o quarto grau o companheiro concorrerá com estes na totalidade da herança, mas fazendo jus apenas a um terço da herança, b) quando não houver parentes sucessíveis, c) quando o autor da herança testar em favor do companheiro, desde que essa disposição não ultrapasse a parte disponível, ou seja, metade de seus bens.

2.3.2 Concorrência com descendentes só do de cujus

O inciso II, do artigo 1.790 do CC/02, expressa que se a concorrência do companheiro for apenas com descendentes somente do de cujus tocar-lhe-á metade do que couber a cada um dos descendentes, ocasião em que os bens comuns serão divididos em duas partes, uma parte reservada à meação do companheiro, que não se confunde com sucessão, e a outra parte para a sucessão, que será partilhada entre os descendentes e o companheiro, sendo que para este apenas caberá a metade do que couber para aqueles. Já os bens particulares do de cujus, serão divididos exclusivamente entre os filhos do mesmo. Dessa maneira, houve uma imensa injustiça que deu vantagem maior aos filhos do falecido e deixando o companheiro supérstite desprotegido.

A partilha dos bens comuns ficou relativamente prejudicada para o companheiro supérstite, que terá direito à meia parte enquanto cada um dos filhos tem direito a uma parte em relação ao mesmo.

2.3.3 Concorrência com outros parentes sucessíveis

A terceira hipótese do artigo 1.790 prevê a participação do companheiro na sucessão do de cujus em concorrência com outros parentes, direcionando-lhe o direito de um terço da herança. Esse é o caso que acontece quando o de cujus não possui descendentes ou ascendentes, situação essa que o companheiro sobrevivente receberá a terça parte da herança total.

É neste ponto que encontramos uma discrepância ou falta de equilíbrio com a Lei nº 8.971 de 1994, mais precisamente no artigo 2º, inciso III, na qual colocava o companheiro em concorrência com ascendentes e descendentes e na falta deles o companheiro tinha direito ao montante total da herança.

Sendo assim, em uma interpretação profunda da ordem da vocação hereditária no artigo nº 1.829, do CC/02, os colaterais somente herdariam na falta de ascendentes, descendentes e companheiro sobrevivente. Nas palavras de Freire (2009, p. 142): não se justifica a posição adotada pelo legislador do Código Civil de 2002 em privilegiar parentes colaterais de até 4º grau (primos, tios-avôs, sobrinhos e netos), em detrimento do companheiro sobrevivente. Muitas vezes, esses parentes raramente mantiveram contato com o falecido, enquanto o companheiro sobrevivente esteve ligado como ele pelo vínculo do amor, do companheirismo, da afetividade. Há casos em que durante o período de convivência o companheiro vivo enfrentou dificuldades financeiras, apoiou moralmente o falecido e esteve ao seu lado até os últimos dias de sua vida. No entanto, esse companheiro só vai herdar na falta de descendentes, ascendentes, ou colaterais até 4º grau.

Nas palavras do autor, o artigo dá direitos maiores a pessoas mais distantes em detrimento de alguém que esteve tão perto e foi tão importante.

3 LEGISLAÇÃO E POSICIONAMENTOS

3.1 EQUIPARAÇÃO

A princípio apresentamos na primeira parte desta pesquisa as evoluções no campo das instituições familiares ao longo da história. Evoluções estas que podemos dizer que nem sempre foram coerentes até este ponto, por vários motivos. Entretanto, naturalmente compreensíveis, visto que direitos são conquistados neste país através de negociações no campo político, em que se encontram opiniões, crenças diferentes e até interesses difusos.

Mas um questionamento é levantado quanto aos direitos dos companheiros na união estável, cada vez mais próximos do casamento. Para alguns juristas, essa equiparação pode ser danosa, uma vez que ela não seja passível de ser aplicada.

Algo que é indiscutível é o direito da supracitada instituição, e que ela mereça proteção do Estado. Mas, segundo Xavier (2009, p. 105), defender uma equiparação absoluta da união estável em relação ao casamento é o mesmo que: defender uma equiparação absoluta é o mesmo que abraçar o preconceito, pois não se aceita que os institutos destinam-se a atender a situações diferentes que merecem regramento próprio às suas peculiaridades. Por outro lado, eventuais dificuldades encontradas por aqueles que vivem em uniões estáveis decorrentes da informalidade do relacionamento devem ser suportadas como parte da responsabilidade que todos nós temos quanto às escolhas que são feitas na vida. Essa responsabilidade é inerente ao exercício do direito de liberdade, pois se um povo deseja poder realizar escolhas, deve estar pronto para arcar com as consequências de suas opções.

Se concordarmos que existe liberdade de escolha, de igual forma a responsabilidade tem o mesmo pressuposto, e pode-se dizer que ela foi garantida visivelmente pelo legislador em seu texto. À medida que deu livre acesso aos companheiros, para celebrarem contrato ou escritura pública, com intuito de estipular garantias.

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O artigo 5º da Constituição Federal do Brasil prevê a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção de qualquer natureza, garantindo igualdade entre todos os demais.

Conforme elucida Dias (2010, p. 66):

(...) Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades.

Em nome do princípio da igualdade, é necessário que se assegurem direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos às situações merecedoras de tutela.

Conforme a autora elucida, devem ser tratados iguais àqueles que se encontram em situação semelhante e de forma diferente os desiguais. Dessa maneira, primeiramente se deve diferenciar ambos os grupos para que seja possível respeitar os seus limites ao passo que a lei deve impor uma discriminação neste sentido que seja passível de ser julgada e excluída.

De acordo com Welter (2003, p. 75), no caso da união estável deveria existir igualdade de direitos à medida em que se vive uma situação igual, em iguais condições, não mudando em nada apenas questão formal, inclusive em vida pública, ninguém sabe diferenciar pela convivência e postura se são casados formalmente ou em união estável.

3.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O Princípio da afetividade é sem dúvida o principal norteador da instituição familiar nos dias atuais, embora nem sempre tenha sido assim, como explica Dias (2010, p. 28): em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. Esse quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.

No momento em que a união estável foi reconhecida pela Constituição Federal como entidade familiar, tornou-se merecedora de tutela jurídica, podendo aplicar o entendimento de que “a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual”. (DIAS, 2010, p. 70).

Dessa forma, pode-se dizer que o afeto tem sim valor jurídico, e torna-se cada dia mais comum na contemporaneidade, seguindo a modificação da família da atualidade e das mudanças dos laços que hoje unem seus componentes do núcleo familiar, sendo assim o afeto passa a ser um princípio norteador do direito moderno.

3.4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

O princípio da proibição ao retrocesso social enquadra-se nas questões do princípio de segurança jurídica também consagrado pela CF. Para Sarlet (2010, p. 5), a segurança jurídica, deve ser considerada pela doutrina constitucional moderna como expressão do estado de direito, sendo assim, passa a ser considerada como subprincípio que concretiza ou torna passível de ser, o princípio fundamental que estrutura o estado de Direito.

Ainda mais levando em conta que a segurança jurídica vai ao encontro das aspirações mais profundas do ser humano, e de certa forma através da estabilidade das relações jurídicas equilibradas agregar segurança e confiança na própria ordem e também contribuindo com projetos de vida vinculados a dignidade da pessoa humana.

O que ocorre no direito sucessório do companheiro é justamente o retrocesso social proibido mediante valores e responsabilidades de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana. Principalmente se relacionarmos que a Lei nº 8.971/94 garantiu os companheiros a totalidade da herança, caso não existam descendentes e ascendentes, por cima de tal regra passou o artigo nº 1.790 do Novo Código Civil a estabelecer mais uma desvantagem para a companheira, desvalorizando-a perante os demais herdeiros mais distantes.

3.5 INTERPRETAÇÕES QUE A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA TÊM APLICADO

O Ministro Fernando Gonçalves (STJ, 2008) coloca que a união estável não pode ser igualada ao casamento por não produzir os mesmos efeitos, de maneira que as alegações neste sentido tornam-se inaceitáveis, e ainda que união estável e casamento possuem diferenças muito claras. (FRECCIA, 2012, p. 166).

Igual entendimento se deu com a primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito (TJDF, 2009), defenderam que não está claro para a união estável o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, onde prescreve a regra de que os desiguais devem ser tratados de forma desigual e dessa maneira seria errôneo conceder-lhes o direito do casamento. Em um mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, 2009) posicionou-se pela não equiparação das entidades familiares proferindo sentença similar. (FRECCIA, 2012, p. 166).

O Superior Tribunal de Justiça levou em consideração a aplicação do artigo nº 1.829 do Código Civil um outro raciocínio de conferir os mesmos direitos ao cônjuge e companheiro supérstite. Entretanto, a diferença é a utilização do artigo e a compressão do mesmo. São muitos os questionamentos em relação a uma possível vantagem da união estável em relação ao casamento, no que diz respeito à sucessão, uma vez que a interpretação do artigo tem diversos ângulos e versões. De maneira que tudo pode depender do posicionamento em relação à norma e alegação de superioridade de um instituto para o outro (STJ, 2009). (FRECCIA, 2012, p. 166).

Para Veloso (2010, p. 178), o artigo do Código Civil, que regula a sucessão na união estável, é um evidente retrocesso, uma vez que a realidade da família moderna é que ela se estreita cada dia mais e com isso os laços familiares apresentam maior número. Sendo assim, não se faz necessária a aplicação da regra expressa pelo artigo 1.790 em seu inciso III, em que parentes colaterais seriam mais favorecidos do que os companheiros.

Há exemplos às decisões de alguns Tribunais:

CONSTITUCIONAL E CIVIL - SUCESSÃO - COMPANHEIRA - COLATERAIS - ART. 1.790, INCISO III, DO CC - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - SÚMULA VINCULANTE 10 - REMESSA AO CONSELHO ESPECIAL CASO SE ENTENDA PELA MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA, QUE DECLAROU INCIDENTALMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA INSERTA NO ART. 1.790, III, DO CC, ESTE EG. TRIBUNAL ESTARÁ CONFIRMANDO A INCONSTITUCIONALIDADE OU, NO MÍNIMO, AFASTANDO A APLICABILIDADE DA NORMA, E TAL TAREFA NÃO

PODE SE DAR NO ÂMBITO DO ÓRGÃO FRACIONÁRIO SEM QUE SE OBSERVE A REGRA DA RESERVA DE PLENÁRIO (ART. 97 DA CF, E SÚMULA VINCULANTE 10 DO STF).

Alguns tribunais receiam em reconhecer a inconstitucionalidade do artigo, mas à sua maneira confirma a injustiça operante no dispositivo legal. Mas sem sombra de dúvidas tudo vem se modificando favoravelmente no sentido de operar mudanças necessárias, e elas vêm através de posicionamentos e entendimentos jurisprudenciais, como o exemplo a seguir:

EMENTA. Agravo de instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Colaterais. Exclusão do processo. Cabimento. A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não união estável se constituiu em 1986, antes da entrada em vigor do novo código civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista nesse diploma legal, mesmo que fosse essa a legislação material em vigor na data do óbito.

Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo status hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Negaram provimento (FURTADO, 2015, p. 10).

EMENTA. AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. PRETENSÃO SUCESSÓRIA DOS COLATERAIS. TOTALIDADE DA HERANÇA QUE DEVE SER DEFERIDA AO COMPANHEIRO. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, III, DA LEI 8971/94. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ENTENDIMENTO QUE DEVE SER APLICADO TAMBÉM QUANDO A ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRER NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO ART. 1790, III, DO CÓDIGO CIVIL. DISPOSIÇÃO LEGAL QUE, REDUZINDO A PROTEÇÃO CONFERIDA PELO ORDENAMENTO À UNIÃO ESTÁVEL, VIOLA O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CONSUBSTANCIADA NO DESPRESTÍGIO DA UNIÃO ESTÁVEL ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR DESTINATÁRIA, POR FORÇA DA CONSTITUIÇÃO, DE PROTEÇÃO EFETIVA PELO ESTADO (CF, ART. 226, CAPUT).

1. Com o advento da Lei 8971/1994, os companheiros excluem os colaterais na linha sucessória, recebendo a totalidade da herança do companheiro falecido (art. 2º, III), à semelhança do que ocorre com o tratamento conferido pelo Código Civil ao casamento (Código Civil, art. 1829, III). 2. A regra do art. 1790, inciso III, do Código Civil, por sua vez, ao reduzir a proteção conferida ao companheiro na linha sucessória, viola o princípio da isonomia, cujo vício de inconstitucionalidade material foi reconhecido pelo egrégio Órgão Especial no julgamento da representação nº 0019097-98.2011.8.19.0000. 3. Esse entendimento não destoia das diferenças que o casamento guarda, evidentemente, com a união estável, pois segundo entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, são institutos inconfundíveis e com características próprias, cuja principal distinção repousa sobre os caracteres de formalidade e solenidade (Informativo nº 535). 4. A principal diferença entre o casamento e a união estável diz respeito à formalidade e solenidade do ato jurídico porque, enquanto no primeiro a lei é extremamente rigorosa ao estabelecer uma complexa forma sacramental dotada de alto grau de publicidade, no outro a lei não exige nenhuma formalidade, apenas elencando alguns impedimentos que nem se comparam com aqueles previstos para o casamento (Código Civil, art. 1723, § 1º). 5. A formalidade e solenidade do

casamento produz efeitos *intra partes* e *erga omnes*: dentre os primeiros, visa assegurar aos nubentes prova cabal acerca do início da relação jurídica e dos efeitos que lhe são tipicamente previstos na lei; dentre os segundos, a forma sacramental do casamento visa dotar o ato da devida publicidade, de forma a permitir sua oponibilidade a terceiros e evitar a prática de atos inconvenientes ao patrimônio comum. 6. Uma coisa é a lei prever efeitos jurídicos diferenciados ao casamento, levando em conta que, por ser um ato formal e solene, seus efeitos seriam oponíveis *erga omnes*? Como ocorreu no julgamento da controvérsia acerca da aplicação da Súmula 332 do STJ (REsp 1299866-DF). Outra coisa muito diferente, e aí repousa a inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil, é a lei prever efeitos jurídicos diferenciados para o casamento e a união estável, sem que essa distinção de tratamento esteja lastreada por suas diferenças. 7. Se a diferença entre o casamento e a união estável relaciona-se à sua formalidade e solenidade, não pode a lei diferenciar essas entidades familiares naquilo que elas não são diferentes, sob pena de se conceber um modelo de entidade familiar estigmatizado, violando-se o princípio da isonomia. 8. Recurso desprovido. Decisão mantida.

Os tribunais brasileiros discutem a validade do inciso III do artigo 1.790 do CC/02, em comparação à posição sucessória do cônjuge, a verdade é que o companheiro é colocado sem sombra de dúvida em uma posição de inferioridade.

Para Veloso (2010, p. 178), no Direito Sucessório do país, o entendimento que prevê: “na falta de parentes em linha reta do falecido, o companheiro sobrevivente devia ser o herdeiro, afastando-se os colaterais e o Estado”, em razão da legislação civil nº 8.971/94 que regulava a concessão da totalidade da herança aos companheiros, nos casos citados.

De acordo com Dias (2015), está claro o repúdio ao preconceito que existe aos companheiros em relação ao cônjuge, na sucessão, relacionada no artigo nº 1.829 do Código Civil. Ainda, segundo a autora, existe discrepância nas ações da lei encontradas no Código Civil, artigo 1.790, e a realidade nos tribunais, por isso, devem ser consideradas entidade familiar todos os participantes da formação do patrimônio, e por isso o companheiro merecendo mesma quota direcionada ao cônjuge.

Em julgamento de Recurso Especial de nº 704637 no Rio de Janeiro, também foi aplicado a analogia do artigo nº 1.829 que determinou o afastamento dos colaterais na sucessão do de cujus, e direcionou a totalidade da herança à companheira como se ela fosse verdadeira cônjuge. (STJ, 2009 apud FRECCIA, 2012, p. 169).

Na decisão mencionada acima, a herança do de cujus foi direcionada integralmente ao companheiro supérstite, baseada na Lei de número 8.971/94, em seu artigo 2º, inciso III, que regula os direitos dos companheiros em questão de alimentos e na sucessão. O STJ entendeu que a Lei era passível de ser aplicada por que está validada.

O que se pode verificar em questão de incongruências, no conjunto de leis e códigos que regem a questão, começa com o texto da Lei nº 8.971/94 que confere aos companheiros os mesmos direitos que os cônjuges e o artigo nº 1.829 do Novo Código Civil de 2002 nem sequer menciona os companheiros na lista de ordem da vocação hereditária.

Se de um lado são conferidos direitos iguais aos companheiros supérstites, o texto civil não se posiciona da mesma forma, por esquecimento? Arrependimento dos direitos outrora concedidos? A verdade é que dessa forma o texto do Código Civil de 2002 distancia cônjuges e companheiros, colocando em posições diferentes e permitindo interpretações variáveis, mas nem um pouco favoráveis à entidade familiar constituída através da união estável.

As lacunas entre Leis e Códigos são perigosas e verdadeiros empecilhos ao progresso jurídico, de maneira a permitir “vantagem ao companheiro sem o correspondente proveito ao cônjuge”, porque se a situação fosse contrária também seria digna de indagação e contestação, porque de fato instala um desequilíbrio nocivo ao sistema, uma vez que ambos são

considerados “são entidades familiares, em idêntica altura, de igual importância e com a mesma dignidade”. (VELOSO, 2010, p. 164).

Ainda de acordo com Veloso (2010, p. 164), a Jurisprudência tem atuado de maneira produtiva nos casos de tratamento inferior do companheiro em relação ao cônjuge, buscando sanar o desequilíbrio, aplicando de forma lúcida o entendimento mais adequado e justo para quem vive em união estável.

É possível notar que em relação ao artigo 1.790 do texto civil, os tribunais têm declarado inconstitucionalidade e se posicionado firmemente contra o supracitado artigo que se trata de um retrocesso ao direito social. Por isso o entendimento da maioria tem sido favorável aos companheiros, com exceção de alguns. Um exemplo é dado pela Corte Estadual Paulista que em julgamento de Agravos de Instrumento tem se colocado da seguinte maneira:

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. EXCLUSÃO DOS COLATERAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CÓDIGO CIVIL. Tendo a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, equiparado a união estável ao casamento, o disposto no art. 1.790, III, do Código Civil vigente colide com a norma constitucional prevista, afrontando princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, resguardados na Carta Constitucional, razão para ser negado vigência ao disposto legal. À união estável são garantidos os mesmos direitos inerentes ao casamento, efeito que se estende ao plano sucessório, mormente no caso em exame onde autora e de cujus viveram more uxório por três décadas, obtendo o reconhecimento judicial desta união como estável aos fins da C.F. Inexistindo descendentes e ascendentes, é da companheira sobrevivente o direito à totalidade da herança, excluindo-se os parentes colaterais.

EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. SUSCITADO INCIDENTE DE RESERVA DE PLENÁRIO.(SEGREDO DE JUSTIÇA).

Estes posicionamentos andam em sentido coerente a um futuro que está próximo e que vai ao encontro da modernidade tão visada em qualquer assunto já debatido, de maneira a encontrar o equilíbrio tão necessário e merecido pelos casais que constituíram família nos moldes da união estável.

Felizmente é cada vez mais comum entendimentos de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, os tribunais do país demonstram uma postura cada vez mais madura e condizente com a postura que se espera da corte, que é um aglomerado de competências e guardião da justiça real.

4 PROJETO DE LEI N° 4.944/2005

Mais do que visível, diante de todo exposto e debates acerca do tema, é a alteração das regras que regulam os Direitos Sucessórios do companheiro supérstite na união estável.

Visando acima de um equilíbrio do ordenamento jurídico pátrio também uma sintonia entre a realidade e as possibilidades.

O legislador tem proposto projetos de lei na tentativa de eliminar controvérsias neste sentido. Um projeto que se aproxima da real necessidade das famílias nesta situação como o exemplo do projeto n° 4.944 de 2005 que altera os dispositivos do Código Civil, e estabelece total Direito Sucessório aos companheiros, assim como para os cônjuges, incluindo o companheiro no artigo 1.829 e revogando o artigo 1.790, como apresentado na íntegra a seguir: art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente; III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente; IV – aos

colaterais. Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os sub-rogados.” (NR) “Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato.” (NR) “Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente.

Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes.” (NR) “Art.1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça.” (NR)

“Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.” (NR) “Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.”(NR) Coordenação de Comissões Permanentes - DECOM – P_3630 PL-4944/2005 3 “Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.” (NR). “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.” (NR) “Art. 2003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados. Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.” (NR)

Art. 3º. Revoga-se o art. 1.790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA - o presente Projeto de Lei nos foi sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.

A adaptação do Projeto do Código Civil às normas da Constituição Federal, notadamente quanto à qualificação como entidade familiar da união estável, intentada no Senado Federal, não se consumou, inteiramente, máxime no que concerne aos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, resultando em redação confusa, que tem atormentado os aplicadores do direito. Por força do art. 226 da Constituição Federal, não pode o legislador infraconstitucional tratar desigualmente o companheiro, em relação ao cônjuge, porque não há hierarquia entre eles na vocação hereditária e até porque a união estável não compete com a união conjugal.

Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus Descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça e de garantia da paz familiar.

Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, mostra-se

certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.

A título de exemplificação, a respeito desse díspar tratamento, anotem-se os artigos 1.714, 1.720 e 1.722, nos quais, ao contrário do que ocorreu com o enunciado genérico do art. 1.711, alusivo a “entidade familiar”, apenas referem os cônjuges.

A revogação do art. 1.790 é necessária, pois o companheiro já estará contemplado, em igualdade de condições, no art. 1.829, com a redação ora proposta.

Note-se que sua localização atual, no âmbito das disposições gerais do direito sucessório, é inadequada, pois trata de matéria atinente à ordem da vocação hereditária.

A alteração ao art. 1.829, além de igualar em direitos o companheiro ao cônjuge, retira, em definitivo, a dúvida acerca de quais os regimes de bens que admitem a incidência do instituto da concorrência com os descendentes, vencendo-se a confusa redação atual, pela retirada das ressalvas contidas no texto atual. O parágrafo único, ora proposto, afastará quaisquer dúvidas relativas às hipóteses de regimes patrimoniais de bens que admitirão a incidência da concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, quer na sucessão dos descendentes (inciso I), quer na sucessão dos ascendentes (inciso II). O parágrafo único proposto determina claramente qual o montante hereditário sobre o qual efetivamente deve incidir a concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, excluindo as dúvidas mas, principalmente, a diversidade de tratamento quanto à entidade familiar (casamento ou união estável) à qual pertença o herdeiro concorrente (cônjuge ou companheiro) sobrevivente. Por outro lado, associando-se a redação proposta ao art. 1.829 com as dos artigos 1.832 e 1.837, haverá mais clareza quanto à porção patrimonial da herança que caberá quando ocorrer a concorrência.

A redação proposta ao art. 1.831 deixa expresso direito de habitação atribuído ao companheiro, em relação ao bem destinado à residência da família, que já tinha sido contemplado pela Lei nº 9.278/1996. Pela nova redação sugerida no caput, a restrição à titularidade exclusiva ou em condomínio com o sobrevivente sobre o imóvel objeto do direito real de habitação, justifica-se para não gravar ou onerar bem de terceiro, inclusive eventuais herdeiros, mas alheios ao contexto sucessório ao menos no que se refere a este imóvel. Ademais, considerando não mais ser vidual o direito, evita-se, assim, a constituição de um vínculo eterno e definitivo sobre o imóvel de terceiro (ainda que em condomínio), na medida em que a cada falecimento de um morador-condômino casado, ou que viva em união estável, por menor que seja o seu quinhão sobre o imóvel, restaria instituído novo direito real de habitação, e assim sucessivamente diante de novas núpcias do sobrevivente, e potencialmente por diversas vezes, comprometendo, inclusive, o direito de propriedade daqueles condôminos até eventualmente majoritários. Por sua vez, a previsão sugerida no parágrafo primeiro, tem por fundamento preservar o direito à legítima de herdeiros menores ou incapazes, com preferência ao benefício instituído em favor do sobrevivente, na medida em que aqueles, no confronto de posições, certamente merecem maior proteção.

Quanto à redação proposta ao art. 1.845, pretende-se determinar que os herdeiros necessários são tão somente os descendentes e os ascendentes. A inclusão do cônjuge, promovida pela Lei do Divórcio, de 1977, revelou-se contraproducente e fator de disputas entre pais e filhos. Por outro lado, a quase total adoção do regime de comunhão parcial, já contempla o cônjuge com a meação dos bens adquiridos na constância do casamento, além da garantia do direito real de habitação sobre o imóvel destinado à moradia da família. De outro lado, a realidade brasileira tem demonstrado o expressivo número de núpcias além da primeira, deixados descendentes de leitos anteriores. E neste novo quadro de família plural,

por vezes inexistente vínculo afetivo entre o atual cônjuge e os seus enteados. Assim, também para se evitar uma ligação patrimonial entre pessoas que não se relacionam, capaz de gerar nocivos conflitos e discórdias, o ideal é reservar ao titular do patrimônio a maior liberdade para dispor de seus bens, facultando-lhe, se assim desejar, promover seu planejamento sucessório da forma que melhor acomode os interesses de todos os envolvidos. Ainda, retirar o cônjuge da qualidade de herdeiro necessário confere ao matrimônio a certeza do envolvimento das partes apenas pelas relações afetivas, afastando qualquer risco de interesse patrimonial recíproco, independente da idade ou condição dos nubentes. É a comunhão de vida pelo amor, não pela perspectiva de herança, rompendo a ameaça de confusão entre sentimento e patrimônio. (Sala das Sessões, 23 de março de 2005. Deputado ANTONIO CARLOS BISCAIA. (Porn, 2012). Infelizmente, o artigo relacionado acima encontra-se arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados desde 2008.

CONCLUSÃO

A equiparação buscada pela união estável em relação ao casamento é firmada sobre a prerrogativa de que ambos possuem os requisitos básicos do matrimônio como: convivência duradoura, contínua, convivência pública e notória com objetivo de constituição de família.

No entanto, nem sempre recebe interpretação do Poder Judiciário que trate de forma igualitária. Como apresentado nesta pesquisa, as decisões dos julgadores sempre são imbuídas de uma tentativa de amenização da discrepância supracitada neste estudo, mas a verdade é que a legislação atual realmente deixou esta lacuna, e infelizmente é uma realidade social que comprova e reafirma o tratamento desigual.

Não se confirma mais a frase: “amigado com fé, casado é”, porque ela não tem mais consonância com a realidade que é fática na verdade. Faz-se urgente e necessário pelas questões apresentadas, a criação de um texto jurídico, que apresente dispositivos que abarquem todas as necessidades igualitárias de todas as entidades familiares sem nenhuma distinção ou preponderância de umas em relação às outras.

Restando apenas aos companheiros a sujeição ao artigo 1.829 do Novo Código Civil, que em uma utilização analógica nos permite a interpretação de que ao companheiro seja sujeito à aplicação do Direito Sucessório de forma equalizada em relação ao direito dos cônjuges.

Espera-se que em um futuro não muito distante, seja unânime os posicionamentos de inconstitucionalidade do citado artigo do texto civil, que dessa forma dê margem para que seja ratificada uma conclusão mais equilibrada e mais justa em relação às uniões estáveis estabelecidas no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da família de fato. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
02. BITTENCOURT, Edgar de Moura. Concubinato. São Paulo: Leud, 1975.
03. BRASIL, Código Civil. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916.
04. _____, Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal. Edição promulgada em 5 de outubro de 1988.
05. _____, Decreto-Lei nº 1.839 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso de sucessão ab intestado. Rio de Janeiro, 1907. Disponível em: <<http://www2>

camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1839-5-dezembro-1939411782publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

06. _____, Lei nº 8.971 e 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8_97_1.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.
07. _____, Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.
08. _____, Supremo Tribunal Federal - SP. RE: 83930. Rel.: Min. Antonio Neder, Data de Julgamento: 10/05/1977, Primeira turma, Data de Publicação: DJ 27-05-1977 PP- RTJ VOL-00082-03 PP-00930. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 out. 2014.
09. _____, Supremo Tribunal de Justiça - MG. 3ª Turma. Resp. 1.383.624-MG. Rel.Min. Moura Ribeiro, julgado em 2/6/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 out. 2014.
10. _____, Supremo Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Direito Civil. Sucessões. Direito Real de Habitação do Cônjuge Supérstite. Evolução Legislativa. Situação Jurídica Mais Vantajosa Para O Companheiro que para o Cônjuge. Equiparação da União Estável. Rel. Min. Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 14/06/2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 out. 2014.
11. _____, Tribunal de Justiça. TJ-DF - AG: 107828520098070000 DF 0010782-85.2009.807. Relator: SÉRGIO BITTENCOURT, Data de Julgamento: 20/01/2010, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 24/03/2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 out. 2014.
12. _____, Tribunal de Justiça. TJ-RJ - APL: 00361660920128190001 RJ 0036166-09.2012.8.19.0001. Agravo Interno na Apelação Cível. Reconhecimento de União Estável Post Mortem. Relator: Des. Mario Guimaraes Neto, Data de Julgamento: 11/11/2014, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 17/11/2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 out. 2014.
13. _____, Tribunal de Justiça. TJ-RS - AI: 70060256419. Agravo de Instrumento nº 70060256419, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 11/06/2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 out. 2014.
14. _____, Tribunal de Justiça. TJ-RS - EI: 70027265545. Embargos Infringentes, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 10/07/2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 10 out. 2014.
15. _____, Novo Código Civil de 2002. Senado Federal, Senador Demóstenes Torres, Exposição de Motivos e Texto sancionado. Brasília 2008.
16. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O conceito de união estável e concubinato nos os tribunais nacionais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 63, abr/2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigoId=5910>. Acesso em: 18 out. 2015

17. CAVALCANTI, Lourival Silva. União Estável: A inconstitucionalidade de sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2003.
18. DIAS, Maria Berenice. A ética do afeto. Jus Navegandi. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6668,7/7/2010>>. Acesso em: 18 abr. 2015.
19. DIAS, Maria Berenice. Filhos, bens e amor não combinam. 2015. Disponível em:<http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/3_-_filhos_bens_e_amor_n%E3o_combinam.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2015.
20. DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
21. DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
22. DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
23. FRECCIA, Luiza. Sucessão os companheiros: análise da atual interpretação doutrinária e jurisprudencial. Espirito Santo: Revista da ESMESC, n. 25, v.19, 2012.
24. FREIRE, Reinaldo Franceschini. Concorrência sucessória na união estável. Curitiba: Juruá, 2009.
25. FURLAN, Melissa. Evolução da união estável no direito brasileiro. São Paulo. s/d. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/.../275>>. Acesso em: 01 out. 2014.
26. FURTADO, Demétrio Tadeu de Souza. Direito sucessório na união estável: Novo posicionamento jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=5380. Acesso em 12 abr. 2015.
27. KÜMPEL, Vitor Frederico. O concubinato sob uma perspectiva histórica da antiguidade. 2014. Disponível em: <www.jornal.jurid.com.br/materiais/noticias/concubinato-sob-uma-perspectiva-historica-antiguidade>. Acesso em: 05 out. 2014.
28. LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1991, v. I.
29. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
30. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 37ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
31. MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
32. OLIVEIRA, Euclides de. União estável: comentários às Leis nº 8971/94 e 9.278/96. Direitos e ações dos companheiros. São Paulo: Editora Paloma, 1999.
33. PAULA, Josiane Mari Oliveira de. União estável e união homoafetiva: omissão legislativa e evolução jurisprudencial a luz dos princípios constitucionais. Dourados, 2010.

34. PORN, Jaison Roberto. A ocorrência sucessória do companheiro na União estável. Porto Alegre. 2012. 77p. Monografia (Graduação) do curso de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul.
35. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
36. RIBEIRO, Simone Clós Cesar. As inovações constitucionais no Direito de Família. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, Iago. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 12 abr. 2015.
37. RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito das sucessões. 25ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
38. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A sucessão dos companheiros no novo Código Civil. 2003. Disponível em:<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1047,61044-A+Suces_sao+dos+Companheiros+no+NCC+Luiz+Felipe+Brasil+Santos>. Acesso em: 12 abr. 2015.
39. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, março/abril/maio/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGOSARLET.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2015.
40. SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. Da ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002. 2011. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2599418/da-ordem-devocacao-hereditaria-no-codigo-civil-de-2002-aurea-maria-ferraz-de-sousa>>. Acesso em: 15 out. 2014.
41. VELOSO, Zeno. Código civil comentado. São Paulo: Atlas, 2003, v.7.
42. VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro. São Paulo: Saraiva, 2010.
43. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. São Paulo, 2006.
44. WALD, Arnoldo. O novo direito de família. São Paulo: Saraiva, 2002.
45. WELTER, Belmiro Pedro. Estatuto da união estável. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
46. XAVIER, Fernanda Dias. União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NA SUCESSÃO ENTRE EMPRESAS

Simone Divina de Oliveira Brasil
Fabrício Ribeiro dos Santos Furtado.

RESUMO - O trabalho apresentará alguns aspectos acerca da responsabilidade civil ambiental frente à sucessão das empresas, apresentando as noções históricas sobre a evolução da legislação ambiental, assim como as peculiaridades que envolvem o meio ambiente e o direito ambiental. Serão abordados os aspectos legais dessa responsabilização, seus fundamentos constitucionais, civis e penais, além da observância de alguns princípios norteadores do assunto, tudo através do levantamento de doutrinas, documentos e legislação que relate os aspectos mais importantes do direito ambiental como um todo, a fim de esclarecer ao leitor se cabe ou não à responsabilização solidária para o sucessor da empresa.

Palavras-chave: Direito Ambiental, meio ambiente, responsabilização empresarial ambiental.

ABSTRACT - The paper presents some aspects regarding the environmental liability facing the succession of companies, presenting the historical notions on the development of environmental legislation, as well as the peculiarities involving the environment and environmental law. The legal aspects of this accountability will be addressed, its constitutional foundations, civil and criminal, in addition to compliance with some guiding principles of the subject, all by raising doctrines, documents and legislation that reports the most important aspects of environmental law as a whole in order to explain to the reader if it fits or not the joint accountability for the successor of the company.

Keywords: Environmental Law, environment, corporate environmental accountability.

INTRODUÇÃO - A proposta do trabalho é a de apresentar ao leitor um ensaio, sem esgotar o tema, acerca da responsabilidade civil ambiental no caso de sucessão empresarial, procurando esclarecer algumas questões como a forma operacional da responsabilidade civil ou do dano ambiental quando determinada empresa é sucedida, partindo da premissa de que o bem tutelado é o meio ambiente. Do mesmo modo será dada a devida importância à preservação ambiental, considerando a escassez que o mundo vem enfrentando dos recursos naturais.

Diante de tais fatores é necessário que os agentes causadores de tais degradações sejam devidamente punidos para que a vida humana, animal e até vegetal seja preservada, o que necessita de conservação desses recursos que, em grande parte só é realizado se houver caráter punitivo àqueles que causam o dano. Essa responsabilização deve ocorrer em todas as searas, seja penal, administrativa e/ou civil, haja vista que a falta da devida penalização gera no agressor a sensação de impunidade, levando-o a cometer cada vez mais atos de caráter ilícito, como desmatamento, degradação, enfim, atitudes que podem comprometer de maneira irreversível a natureza.

O fato é que o Direito Ambiental ainda não conseguiu chegar ao patamar das demais áreas do Direito, o que leva os estudiosos a se preocuparem um pouco mais com esta área observando mais a respeito das responsabilidades que devem ser aplicadas a cada um, de forma a satisfazer a coletividade com uma prestação jurisdicional correta e coerente.

Nesse contexto, estruturou-se a presente pesquisa em três capítulos. No primeiro é apresentado os fundamentos de proteção ambiental, iniciando com um breve relato histórico das legislações ambientais, passando por conceitos e definições. No segundo capítulo, é apresentada a seara legal de penalização, ou seja, a responsabilização do agente causador do dano, sob as esferas civil, penal e administrativa. O terceiro capítulo apresenta as questões pertinentes à reparação do dano onde há a devida punição ao agente causador.

1 ESCORÇO HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Antes do Direito Ambiental se firmar como um ramo de caráter autônomo da Ciência Jurídica já existiam diversos dispositivos jurídicos com previsão voltada para o meio ambiente. De acordo com Farias (2007, p. 2), estudiosos como Vasconcelos e Benjamin afirmam que houve algumas fases da evolução legislativa ambiental onde, inicialmente, não havia nenhum tipo de preocupação com o meio ambiente, sendo comum ocorrer à privatização deste e esbulho do patrimônio natural.

Na época do descobrimento do Brasil, vigia, no país e em Portugal, as Ordenações Afonsinas, existindo apenas algumas referências ao meio ambiente, como sendo crime o corte de árvores frutíferas e o descarte de objetos que pudessem matar os peixes nos rios. Também nas Ordenações Manuelinas havia alguns dispositivos referentes ao meio ambiente como a proibição de caça a determinados animais usando meios cruéis. (WAINER, 1993, p. 194).

Quando foi editado o primeiro Código Criminal em 1930, foi elencado como sendo crime o corte ilegal de madeira. Vinte anos mais tarde, com a edição da Lei nº 601/1850 foi tipificado como crime os incêndios criminosos e desmatamentos. Mas na prática a punição para estes crimes contra o meio ambiente só ocorriam quando os mesmos eram praticados contra a coroa ou contra os grandes comerciantes e/ou os latifundiários, mas essa preocupação ambiental praticamente acabou quando houve a Proclamação da República. (FARIAS, 2007, p. 3).

Nessa fase de legislações fragmentárias sobre o tema pode-se dizer que o controle aos poucos dispositivos que existiam era exercido de forma principiante, uma vez que era de um lado, regido pelo utilitarismo e de outro pela fragmentação do objeto. Da década de 1960 em diante ocorreram edição de normas que apresentam referências maiores no que diz

respeito às questões ambientais, como o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), o Código Florestal (Lei nº 4.771/65), a Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197/67), o Código de Pesca (Decreto lei nº 221/67) e o Código de Mineração (Decreto lei nº 227/67). Desse modo, a legislação ambiental ficou de forma esparsa até no ano de 1981, quando foi editada a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e deixa o assunto menos fragmentado.

Podem-se culpar as mudanças nos processos produtivos, que geraram um consumismo frenético para a crescente e ininterrupta degradação ambiental. As legislações esparsas supracitadas não possuíam a força coercitiva que era necessária para a devida punição e fiscalização, dificultando a aplicabilidade destas normas, embora a Lei nº 6.938/81 tenha começado a tratar o meio ambiente de forma integrada.

De acordo com Madeira Filho (2002, p. 108), foi apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se dedicou um capítulo próprio, dispondo sobre a preservação ambiental.

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:

[...]

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

O texto acima mencionado pretende demonstrar ao cidadão que este deve zelar pelos recursos naturais do país, já que alguns deles são finitos. Em 1998 surgiu a Lei dos Crimes Ambientais, ampliando o conceito de meio ambiente e protegendo-o, impondo sanções administrativas, penais, civis e dever de reparação do dano. Em 1992 o Brasil sediou reunião da Conferência das Nações Unidas, a ECO 92, cujo objetivo era o de planejar o saneamento ambiental de todos os países do globo. Já em 1997, foi realizada a Conferência de Kyoto, culminando no Protocolo de Kyoto, onde foi discutida a redução da emissão de gases de efeito estufa pelos países que integram a lista, isso pelo período de 2008 a 2012. Em 2002, a África do Sul realizou uma conferência com o intuito de avaliar os efeitos e resultados da ECO 92 e, por fim, em 2012 foi realizada no Brasil a Rio+20, estabelecendo metas e ações de desenvolvimento sustentável para os países que dela participaram. (TAVOLARO, 2001, p.21).

1.1 BASE FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

As soluções até hoje pensadas sobre a preservação ambiental foram oriundas das tensões que se iniciaram há décadas até os dias atuais, tendo em vista as catástrofes e desequilíbrios ambientais que o país e o mundo vêm passando. Ademais, as crescentes evoluções industriais, tecnológicas, as gestões econômicas e o crescimento demográfico têm desencadeado grandes crises ambientais, já que é necessário o aumento das produções para que todos os habitantes possam ser atendidos. (PASSOS, 2009, p. 34).

Tem-se descoberto, ao longo dos anos, que a natureza não é capaz de suprir, sozinha, os desmandos e agressões provocadas pelo homem e, diante disso, sobram consequências para diversas áreas, como a do Direito, no caso o Ambiental que busca promover o equilíbrio entre natureza, homem e modernidade. Diante disso é necessário que o Estado seja capaz de formular um tipo de política ambiental que seja norteadada por princípios que sedimente o que se suscita acerca do meio ambiente e de sua crise. É preciso compreender que o Direito

Ambiental deve firmar-se num molde de conhecimentos que apresentem, de forma efetiva, instrumentos de caráter material e processual em favor da crise ambiental. (LEITE; AYALA, 2000, p. 72).

De acordo com Silva/José (2004, p.98), o objetivo do Direito Ambiental é ordenar as atividades humanas passíveis de impactar o meio ambiente. Frente à relevância do objeto que é protegido pelo Direito Ambiental a Constituição Federal de 1988 achou por bem dedicar um capítulo inteiro para as questões ambientais, explicitando as bases fundamentais para a proteção de tal bem, detalhando a tutela ambiental.

1.2 MEIO AMBIENTE: CONCEITOS E DEFINIÇÕES

De acordo com Custódio (2006, p.362), no sentido etimológico “meio” é um substantivo do latim médium que é o mesmo que dizer da parte que está equidistante das demais partes extremas, o centro. Já “ambiente” é um adjetivo do latim *ambientis*, que é o mesmo que dizer de algo que cerca todas ou quase todas as partes. Na ótica de Silva/José (2004, p. 105), é necessário entender o meio ambiente como o conjunto de elementos tanto naturais quanto culturais que se integram a fim de condicionar o meio que se vive, a natureza como um todo, enfim, meio ambiente é a interação de elementos naturais, artificiais e culturais cujo objetivo é desenvolver a vida de forma equilibrada.

Ferreira (1999, p. 1309) define meio ambiente como o lugar onde vive o indivíduo de acordo com as características deste e tudo aquilo que o envolve. Esse conceito faz com que o indivíduo confunda o meio ambiente somente com a fauna e flora, deixando de lado demais elementos que o envolvem. Numa visão ecológica Farias (2007, p. 9) explica que:

[...] atualmente o meio ambiente é definido pela Ecologia, ciência que estuda a relação entre os organismos e o ambiente em que estes vivem, como o conjunto de condições e influências externas que cercam a vida e o desenvolvimento de um organismo ou de uma comunidade de organismos, interagindo com os mesmo [...] Assim, pode-se afirmar que meio ambiente é o lugar onde se manifesta a vida, seja a vida humana ou de qualquer outro tipo, e também todos os elementos que fazem parte dela.

De outro lado, Freitas (2002, p. 17) explica que, no seu entendimento, a ecologia é mais que isso, ela é uma vertente do meio ambiente, parte que predomina no estudo deste, podendo serem incluídos no conceito de meio ambiente fatores como a sobrevivência do homem na terra, aspectos paisagísticos e históricos assim como o urbanismo. Algo que é capaz de abranger condições biológicas e físicas, local onde se observa manifestação de vida, humana ou não.

Embora não exista um consenso único acerca da definição de meio ambiente pelos doutrinadores, à luz do campo jurídico, o meio ambiente é definido pela lei nº 6.938/81 como: art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. (BRASIL, 1981).

Tal conceito foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que esta tutela, em conjunto com o meio natural, o artificial, o cultural e o do trabalho. Esclarece Fiorillo (2010, p. 70) que o meio ambiente possui definição bastante ampla, onde o legislador buscou alcançar um conceito jurídico indeterminado para que dessa forma pudesse ser criado um espaço de incidência de norma de caráter positivo.

1.3 PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

Já se sabe que são os princípios que agregam sentido coerente, lógico, harmônico e racional ao sistema jurídico. Estes determinam os valores sociais que se perpetram por toda a vida interpretativa do direito. Sobre isso afirma Canotilho (1998, p.103) que os princípios são balizadores do Estado no que se refere à sua atuação legal e das exigências da sociedade em geral, são as normas capazes de ordenar a realização de algo dentro da esfera jurídica, podendo serem vistas como mandamentos de otimização. No caso da justiça ambiental, os princípios são fundamentais para a construção e fundamentação de tal direito, é o sustentáculo da ciência.

1.3.1 Princípio da indisponibilidade do meio ambiente

É essencial que se inicie a análise dos princípios ambientais pela Constituição Federal, uma vez que é esta que equilibra a qualificação jurídica do meio ambiente. Este, por sua vez pertence à coletividade, não sendo parte integrante do patrimônio estatal disponível, de forma que o meio ambiente é um bem indisponível.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Fala-se em indisponibilidade do meio ambiente diante da imprescindibilidade deste ser preservado para que as gerações do porvir possam dele usufruir.

1.3.2 Princípio da Ubiquidade

Segundo Rodrigues (2011, p. 46), este princípio traz a ideia de onipresença, o que se relaciona com os fatores que compõem o meio ambiente, refletindo em todas as partes, fazendo com que a preocupação ambiental seja algo mundial e não apenas de determinados lugares. Do mesmo modo, este princípio faz referência ao respeito que as atividades exploratórias devem ter com a natureza, a fim de manter a qualidade de vida dos indivíduos.

1.3.3 Princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do Meio Ambiente

Assim como os anteriores, é essencial a existência deste princípio para que haja uma boa compreensão da responsabilidade ambiental. Está disposto no item 17 da Declaração de Estocolmo e na Constituição Federal, deixando claro que é dever do Estado zelar pela defesa do meio ambiente, sendo compulsória a decretação de atos que visem preservar a qualidade ambiental. (MIRRA, 1996, p. 75).

1.3.4 Princípio do desenvolvimento

Este é referente ao desenvolvimento sustentável, impingindo no ser humano o ideal de progredir com base no direito sustentável, empregando a função econômica e a tecnológica. Esta ideia ressalta aos indivíduos que, para ter progresso é necessário ter matéria prima para que as coisas sejam criadas e os mecanismos de sobrevivência sejam aproveitados ao máximo. O intuito do princípio é o consumo equilibrado e sustentável (RODRIGUES, 2011, p.46).

1.3.5 Princípio da participação popular na proteção do Meio Ambiente

Este, a seu turno, encontra-se expresso na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992. Seu fundamento genérico é o que consta da Constituição Federal: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Já o fundamento específico é o artigo 225 caput, anteriormente citado. Desse modo afirma Mirra (1996, p. 79) que tal proteção nada mais é do que algo totalmente necessário jurídica e ecologicamente, uma vez que o meio ambiente é de uso comum de todos. Nesse sentido o autor ainda explica que a informação e a educação são dois fatores fundamentais da participação popular, haja vista que todos devem possuir as informações necessárias para que obtenham educação e atuem como ator individual na seara social, tendo plena consciência de que o meio ambiente é de todos.

1.3.6 Princípio do poluidor-pagador

Observado este princípio os produtores deveriam incluir no preço final dos produtos os custos relativos ao custo social que toda a sociedade suporta para que este esteja no mercado, ou seja, os custos positivos ou negativos que tal produto gera em decorrência da sua inclusão no mercado, como o desgaste e a degradação ambiental. Isso significa dizer que é totalmente justo que o produtor arque com a prevenção e repressão penal, civil e administrativa que seu produto causa ao ser produzido, haja vista que este produtor também auferirá lucros com o mesmo. (RODRIGUES, 2011, p.48).

Em outras palavras, é a devida responsabilização àquele que assume o risco de degradar ou produzir algum dano ambiental frente à sua atuação tecnológica. Nesse contexto, entra a questão da educação e conscientização ambiental que deve ser introduzida nas redes de ensino para que os indivíduos criem a cultura da preservação.

1.3.7 Princípio da participação

Esta participação a que se refere pode ser entendida como solidariedade que apresenta resultados positivos a longo prazo frente a análise da qualidade ambiental. Funda-se na sociologia política, com reflexos voltados para toda a sociedade. Existe aqui o chamamento do poder público e da coletividade para eu suas funções protetivas sejam exercidas através de ações e de políticas públicas que sejam satisfatórias. Esse também pode ser baseado na Constituição Federal, artigo 225 caput, ao estabelecer um sentido de caráter altruístico nas gerações do porvir. (MIRRA, 1996, p. 80).

1.3.8 Princípio da responsabilidade

Por vezes, este é confundido com o princípio do poluidor-pagador, mas tem aplicação repressiva já que o degradador assumiu os riscos da atividade desenvolvida. Esta responsabilização poderá ser realizada através de reparação do dano ou de indenização aos prejuízos causados, é realmente a particularização dos lucros e a socialização dos prejuízos, já que, se assim não fosse de nada adiantariam as ações preventivas se os autores dos danos ambientais não fossem realmente responsabilizados. (FARIAS, 2007, p. 8).

1.4 O DANO AMBIENTAL

De acordo com Gagliano e Pamplona (2006, p.194), o dano nada mais é do que a lesão (por ação ou omissão) a um tipo de direito que é tutelado juridicamente. Até para que haja a devida responsabilização é necessário que haja a ocorrência do dano. Silva José (2004, p. 103) define o dano como: todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio. Possui, assim, o sentido econômico de diminuição ocorrida ao patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho a sua vontade. Equivale, em sentido, a perda ou prejuízo. Juridicamente, dano é, usualmente, tomado no sentido do efeito que produz: é o prejuízo causado, em virtude de ato de outrem, que vem causar diminuição patrimonial.

Na seara ambiental, o dano é aquilo que prejudica o meio ambiente. São as interferências do homem na natureza causadoras de impactos negativos. Para Silva/ Bruno (2009, p. 97): o dano ambiental constitui uma expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses.

O dano ambiental poderá caracterizar-se quando recair exclusivamente sobre o meio, sem afetar um direito pessoal e mesmo assim deverá ser reparado, causando prejuízo à qualidade de vida, saúde ou segurança da coletividade.

Ressalta-se que o equilíbrio do meio ambiente interfere de forma direta na qualidade de vidas das pessoas, já que tal equilíbrio protege dimensões morais, éticas e culturais dentro da sociedade. Diante disso observa-se que os interesses individuais não devem se sobrepor à preservação ambiental, do mesmo modo que deve haver séria prevenção às lesões ambientais.

Enfatiza Pereira (1990, p. 42) que: o dano é elemento ou requisito essencial na etiologia da responsabilidade.

Pois, que se trata de reparar, é preciso que haja alguma coisa a ser reparada. Eis que, na essência, a responsabilidade civil distingue da responsabilidade moral e da penal.

No mesmo contexto, Custódio (2006, p. 307) ensina que o caráter do dano pode ser ambivalente, já que pode ser nocivo tanto ao meio ambiente quanto à saúde e interessa das pessoas. Em termos legais o dano é entendido, segundo a Lei nº 6.938/81:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. (BRASIL, 1981).

Segundo lições de Machado (2006, p. 43), os danos podem ser diretos ou indiretos, sendo que o primeiro é caracterizado quando o dano apresenta resultado imediato, ao passo que o segundo é quando os prejuízos por ele causados são aumentados.

2 RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS

Existem alguns instrumentos que visam à preservação ambiental, como a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), a Constituição Federal de 1988 e a Lei dos crimes ambientais. É inegável que a legislação ambiental é esparsa, tendo sido tratada de forma fragmentada até meados de década de 1980. Foi com a edição da Lei nº 6.938/81 que o tema ganhou integralidade, o que foi corroborado pela Constituição Federal.

Uma vez que o sistema brasileiro herdou a noção de culpa do Código de Napoleão e do Direito Romano, tal responsabilização é uma responsabilidade subjetiva, sendo necessário, para a devida responsabilização do dano, observar elementos como a culpa do agente e a relação de causalidade entre o dano e o ato praticado pelo sujeito. Por outro lado, se for observado o sistema de responsabilidade objetiva, que foi trazido à baila pela Lei nº 6.938/81 é realizada a eliminação total da subjetividade, bastando a existência do dano atribuída a determinado sujeito. (SILVA, 2010, p. 4).

De acordo com a referida Lei supra: art.14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL, 1981).

Observa-se, então, que a Lei determina que o agressor deva ser punido. Adiante, o artigo 15 da mesma lei reforça o elemento objetivo: art. 15. O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão de 1(um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR:

§ 1º A pena é aumentada até o dobro se:

I - resultar:

- a) dano irreversível à fauna, à flora e ao meio ambiente;
- b) lesão corporal grave;

II - a poluição é decorrente de atividade industrial ou de transporte. (BRASIL, 1981).

Ainda nesse sentido estão sendo consideradas as responsabilidades por risco, onde a pessoa jurídica passa a ser aceita como responsável, sujeito ativo do crime, sendo a culpa atribuída tanto aos administradores quanto à empresa.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Crispino (2000, p. 106) menciona que, quando o agente é obrigado a reparar o dano ou ressarcir o prejuízo causado por suas atitudes está-se diante de uma responsabilidade civil.

Pereira (1990, p.51) explica que, sob sua ótica, a responsabilidade civil é a reparação abstrata de fato formada por determinada relação jurídica, sendo o dever que fora atribuído ao agressor, não importando se este é pessoa física ou jurídica.

A base fundamental da reparação do dano ou da responsabilidade civil está disposta no artigo 927, caput, do Código Civil pátrio: art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 1981).

No caso da responsabilidade civil oriunda do dano ambiental, o que sobressai é o princípio da responsabilidade e do poluidor-pagador, já que este é obrigado a recuperar o dano que causou no ambiente, arcando com os encargos gerados pela agressão. Essa responsabilidade civil tem inspirado a doutrina brasileira a encampar a teoria do risco integral que é característico à responsabilidade civil objetiva. (SILVA, RODRIGO, 2009, p. 5).

Então a teoria do risco ou teoria objetiva fundamenta-se numa ideia de que existe algum tipo de risco ou perigo na atividade que é desempenhada gerando, de consequência, responsabilidades àquele que causou o dano. Em relação à teoria da responsabilidade por risco o fundamento é em face da socialização dos lucros, ou seja, lucra-se com determinada atividade mas ao mesmo tempo deve-se responder pelo risco por ela oferecido. Do mesmo modo existe a teoria do risco sem culpa onde mesmo se não houver a culpa, na ocorrência do dano o agente causador deve responder pelo mesmo. (ALBERGARIA, 2005, p. 164).

Para Diniz (2007, p. 491), o fenômeno do dano ecológico deve ser considerado, ao passo que, para Silva/Rodrigo (2009, p. 6) não deve haver nenhum tipo de tolerância às cláusulas excludentes da obrigação de reparação de dano que pode ser força maior e caso fortuito. No mesmo sentido, a prova de que a atividade exercida é lícita não exonera o sujeito da reparação do dano.

Na mesma esteira, Pereira (1990, p. 13) afirma que: o problema do dano ecológico adquiriu modernamente muito maior extensão. Não se restringe apenas à imissão no direito individual. Ultrapassando a fronteira da repressão e do ressarcimento com base em normas de direito tradicional, visa às condições da própria comunidade. O que atualmente impressiona é o prejuízo de natureza pessoal englobado no dano à coletividade. Os progressos técnicos; o desenvolvimento de certas atividades, os avanços científicos, o crescimento industrial vieram, neste século e com maior intensidade nos últimos tempos, criar situações danosas graves e de consequências até certo ponto imprevisíveis.

Existe também outro elemento, além do dano que é essencial para que a responsabilidade surja, que é a conduta ou ato ou fato que lese o bem jurídico que é tutelado.

Outro fator que caracteriza a responsabilização do autor é a relação de causa e efeito existente entre a conduta e o dano. Desse modo, para que o indivíduo seja responsabilizado deve haver a comprovação de que a causa do dano é decorrente de sua conduta. (SAMPAIO, 1998, p. 78).

Enfim, embora haja divergência entre os elementos que caracterizam o dano ambiental não há unanimidade em relação aos elementos do dano. O que, de acordo com Pereira (1990, p. 15), “para que se concretize a responsabilidade é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano “porque” o agente procedeu contra a conduta”.

A responsabilização civil tem sido adequada às necessidades que o bem ambiental exige, através de implementação de diferentes sistemas onde em cada Estado essa implementação varia de acordo com as especificidades ambientais. Ainda ressalta-se que além de repressiva, a responsabilização também pode ser vista como preventiva, haja vista que, além de trazer uma forma de segurança jurídica com a imputação da responsabilização ela ainda faz com que o potencial poluidor reflita acerca das consequências e evite fazer o dano. (LEITE, 2011, p. 201).

2.2 RESPONSABILIDADE PENAL

Esta responsabilização é respaldada na Constituição Federal: art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 1988).

Uma vez ser conduta antijurídica, o crime ambiental deve ser punido de tal forma que a punição sirva de exemplo para que o agente possa se conscientizar e não cometer novas infrações. Nessas infrações, devem ser aplicados os princípios do próprio Direito Penal que é a legalidade, a tipicidade e a subjetividade, do mesmo modo deve-se observar o fator social, ou seja, como tal punição reflete na sociedade. (ANTUNES, 2005, p. 98).

O meio ambiente precisa para que fique ecologicamente equilibrado e assim se perpetue para um futuro, de proteção necessária para que assim o seja, o que faz da seara penal uma modalidade de tutela que deva ser usada em situações extremas de agressão a esse bem. Essa intervenção é considerada a ultima ratio, sendo utilizada apenas quando a situação torna-se intolerável, com todo o corpo social a reprovando. (MILARÉ, 2011 p. 127). Na mesma esteira, tem-se que a criminalização destas agressões ambientais tem o objetivo de atender os riscos que a globalização e a tecnologia têm trazido para o meio ambiente.

Diante do fato da Lei nº 9.605/1988 não ter conseguido englobar tudo o que era necessário para a repressão e prevenção às agressões penais, foi necessário fazer o complemento através de dispositivos do Código Penal, Lei das Contravenções Penais e Código Florestal. Para que o Direito Penal interfira nas questões ambientais, deve ser respeitado o princípio da intervenção mínima, ou seja, ele apenas deve incidir sobre a matéria quando a responsabilidade civil e administrativa não for suficiente para a punição ao dano ou quando não o reparar de forma eficaz.

Mas é importante ressaltar que a sociedade ainda não se familiarizou nem aceitou as sanções penais ecológicas, tanto por desconhecimento quanto por descaso, até mesmo os agentes e o Ministério Público não possuem estrutura suficiente para as devidas penalizações.

Nesse sentido, Antunes (2005, p. 99) afirma que:

(...) outro grave entrave à repressão penal dos ilícitos ambientais é que, em alguns casos, a nossa legislação estava construída em bases irreais. Não me parecia razoável que um crime contra um tatu, por exemplo, fosse inafiançável e que crimes mais graves o fossem. O que ocorria é que, muitas vezes, penas demasiadamente severas não eram aplicadas por uma evidente desproporção entre a situação concreta e a pena, em tese, a ser imputada ao infrator. Uma legislação dura – que não esteja alicerçada em uma vontade social definida de reprimir o ilícito – pode se revelar muito mais ineficiente do que outra mais branda, que, no entanto, seja fundada na realidade na qual esteja inserida. O problema, aliás, não é só brasileiro ou do Direito Ambiental brasileiro. Ele existe na maioria dos países. Mas é bom lembrar que a grande importância da aplicação da sanção penal é praticamente a não reinserção no crime. No que se refere à responsabilização penal da pessoa jurídica é importante salientar que, ao receber uma sanção criminal há uma interferência direta nos negócios da mesma, podendo ser até excluída de determinadas áreas do mercado.

Nessa esteira, cabe mencionar o acórdão do STJ do Recurso Especial nº 564.960 onde foi unânime a aceitação da denúncia de ação penal contra pessoa jurídica que no caso era um posto de gasolina que estava descartando no rio resíduos tóxicos. (GALVÃO, 2003, p. 17).

De acordo com o entendimento do relator do caso Ministro Gilson Dipp (2014):

(..) a responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais surge, assim, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção da prática de tais crimes, função essencial da política ambiental, que clama por preservação [...] a responsabilização penal da pessoa jurídica, sendo decorrente de uma opção eminentemente política, conforme referido, depende, logicamente, de uma modificação dogmática penal clássica para sua implementação e aplicação.

O ministro faz o relato com base na Política Nacional de Meio Ambiente, uma vez que, diante do fato da pessoa jurídica ser dotada de existência própria dentro do ordenamento jurídico e do mesmo modo praticar seus atos, ela também poderá ser responsabilizada penalmente.

2.3 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

No âmbito administrativo, o legislador atua de forma preventiva no que se refere à degradação ambiental, podendo ser aplicadas pelo órgão competente, multas que estão previstas na Lei nº 9.605/98 e na Lei nº 6.938/81. Na primeira lei, é explicitado no art. 70 que: considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º. São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 2º. Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.

§ 3º. A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade.

§ 4º. As infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei.

Art. 71. O processo administrativo para apuração de infração ambiental deve observar os seguintes prazos máximos:

- I - vinte dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação;
- II - trinta dias para a autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data da sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação;
- III - vinte dias para o infrator recorrer da decisão condenatória à instância superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, ou à Diretoria de Portos e Costas, do Ministério da Marinha, de acordo com o tipo de autuação;
- IV - cinco dias para o pagamento de multa, contados da data do recebimento da notificação.

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

- I - advertência;
- II - multa simples;
- III - multa diária;
- IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- V - destruição ou inutilização do produto;
- VI - suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII - embargo de obra ou atividade;
- VIII - demolição de obra;
- IX - suspensão parcial ou total de atividades;
- X - (VETADO)
- XI - restritiva de direitos.

§ 1º. Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.

§ 2º. A advertência será aplicada pela inobservância das disposições desta Lei e da legislação em vigor, ou de preceitos regulamentares, sem prejuízo das demais sanções previstas neste artigo.

§ 3º. A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo:

I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha;

II - opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 4º. A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

§ 5º. A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo.

§ 6º. A apreensão e destruição referidas nos incisos IV e V do caput obedecerão ao disposto no art. 25 desta Lei.

§ 7º. As sanções indicadas nos incisos VI a IX do caput serão aplicadas quando o produto, a obra, a atividade ou o estabelecimento não estiverem obedecendo às prescrições legais ou regulamentares.

§ 8º. As sanções restritivas de direito são:

I - suspensão de registro, licença ou autorização;

II - cancelamento de registro, licença ou autorização;

III - perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais;

IV - perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

V - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.

Art. 73. Os valores arrecadados em pagamento de multas por infração ambiental serão revertidos ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, Fundo Naval, criado pelo Decreto nº 20.923, de 8 de janeiro de 1932, fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador.

Art. 74. A multa terá por base a unidade, hectare, metro cúbico, quilograma ou outra medida pertinente, de acordo com o objeto jurídico lesado.

Art. 75. O valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei é corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Art. 76. O pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência. (BRASIL, 1998).

O artigo 70 demonstra o que é infração administrativa para a lei. Estas infrações são punidas através da aplicação de multas que podem ser simples ou diárias, com a apreensão do que foi usado para o cometimento da infração, como produtos, animais, veículos, dentre outros, embargos de obras, enfim, tudo o que disser respeito à infração.

Enquanto na segunda lei supra citada: art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

- II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;
- III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
- IV - à suspensão de sua atividade. (BRASIL, 1981).

De acordo com Machado (2006, p. 300), embora existam alguns órgãos ambientais que são responsáveis pela instauração do processo administrativo, como o Ministério da Marinha, o SISNAMA e a Capitania dos Portos, o cidadão que tomar conhecimento da infração que está sendo cometido poderá representar às autoridades competentes. Isso pelo fato de que o meio ambiente é um bem de uso comum de todos, algo que pode influenciar sobremaneira a vida humana.

E essa competência administrativa é constitucional, já que o artigo 23, IV da CF dispõe que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”. Esse dispositivo explicita a competência concorrente para estabelecer a devida proteção ao meio ambiente.

Milaré (2011, p. 213) coloca que os princípios da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da inversão do ônus da prova são os norteadores da aplicação da responsabilidade administrativa.

3 REPARAÇÃO DO DANO NA SUCESSÃO EMPRESARIAL

O que juristas e estudiosos do assunto têm buscado são alternativas capazes de minorar os prejuízos causados devido aos danos ambientais, é uma verdadeira reinvenção do modo operacional do direito, pois o homem precisa urgente modificar suas relações com a sociedade, reinventando estruturas e interpretações jurídicas de forma mais coerente com cada caso concreto. Diante disso, estudos têm demonstrado que é possível que os danos ambientais sejam reparados quando ocorrer a sucessão empresarial. (LEITE, 2011, p.94).

Embora o Estado seja o responsável pelas sanções negativas e positivas sobre o assunto, é de extrema importância que a sociedade, de forma coletiva, participe da defesa ambiental já que atos assim garantem a qualidade de vida das futuras gerações. Deve-se pensar que não é somente a tecnologia nem a modernidade social que sustentará o mundo, deve haver uma coerência entre tecnologia e meio ambiente para que ambos possam continuar existindo.

Proteger o meio ambiente é recuperar o equilíbrio ecológico e de consequência, proteger os próprios direitos, já que o Direito Ambiental defende os direitos difusos. A busca é pela reparação mais integral possível do dano, agindo de forma repressiva e inibidora para potenciais agressores. Pensar em reparação é pensar em ressarcimento ou compensação do prejuízo outrora causado ao meio ambiente. (SILVA, 2009, p. 192).

De acordo com a Constituição Federal de 1988 as empresas são responsáveis pelas suas condutas que se mostram nocivas ao meio ambiente, explicitando que a responsabilidade é também das pessoas jurídicas de direito público ou privado e, independente da responsabilidade de seus dirigentes, enfatiza a responsabilidade da pessoa jurídica: art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (BRASIL, 1988).

É fato que, para que se estude a obrigação empresarial, é necessário estudar a obrigação solidária e a obrigação propter rem. Insta salientar que, quando for se dar a sucessão empresarial, aquele que se tornará o novo dono deve tomar conhecimento de tudo que envolve a empresa, além dos passivos e ativos e os possíveis danos ambientais, já que, quando ocorre uma sucessão ela é de forma integral e não fragmentada, o que gera as obrigações solidárias e propter rem.

3.1 OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA

Diniz (2010, p. 164) leciona que a obrigação solidária é uma modalidade de obrigação, sendo que quando existe mais de um credor ou devedor cada um deles se torna obrigado pela totalidade do débito, ou seja, é como se cada um fosse o único devedor. Para a autora existem algumas características desse tipo de obrigação que é a multiplicidade de vínculos, a coresponsabilidade e unidade de prestação dos interessados e a pluralidade de sujeitos ativos ou passivos. A solidariedade é fundada no Código Civil brasileiro, no art. 264 “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

Para saber se de fato existe a responsabilidade solidária, é necessário saber se esta foi estabelecida através de realização de negócio jurídico ou através de lei, uma vez que esta é fonte de obrigação solidária, ainda há o estabelecimento de tal responsabilidade por meio de pactuação de vontade das partes através de negócio jurídico unilateral ou mesmo de contrato.

De acordo com Diniz (2010, p. 171), quando é caracterizado o dano ambiental oriundo da sucessão empresarial, qualquer uma das empresas poderá ser responsabilizada, sendo que a responsabilidade será impetrada contra a empresa que apresentar uma maior capacidade de reparar ou responder pelo prejuízo outrora causado.

De acordo com o CC: art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL. 2002)

O artigo ensina que tanto o poluidor direto quanto o indireto são obrigados a reparar o dano, basta ter contribuído de alguma forma para a poluição contra o meio ambiente, ou seja, existe a legitimação passiva de reparação do dano a todos os que contribuíram para o mesmo, de acordo com a segunda parte do artigo 942 do Código Civil: “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. Na mesma esteira a Constituição Federal também ensina que: art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo é essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 1988)

O artigo 3º da Lei nº 6.938/81 também explicita que o dano é de responsabilidade de qualquer um que o cause.

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais, a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (BRASIL, 1981)

Então, observa-se que, de acordo com a natureza, a responsabilidade civil para reparação de dano ambiental é objetiva, adotando a teoria do risco integral de forma que a responsabilidade seja solidária, não importando qual o tipo de lucro é auferido através do dano ambiental. (AMADO, 2009, p. 58).

3.2 OBRIGAÇÃO PROPTER REM (OB REM OU IN REM)

Estas obrigações são as que ficam a cargo de um determinado indivíduo pelo fato deste ser titular de um direito, de gozo ou real, ou ser o proprietário de uma determinada coisa. Diante disso, poderá haver uma variação quanto à pessoa do devedor devido a sua relação de posse ou de propriedade com a coisa, ou seja, a obrigação é decorrente “da razão de”, “em vista de” (propter rem), é realmente uma análise da etimologia da palavra. (VENOSA, 2003, p. 59).

Esta obrigação, segundo ensinamentos de Diniz (2007, p. 13) é um direito misto, já que a obrigação de fazer, nesse caso, é acompanhada de um direito real. Importante mencionar jurisprudência sobre a obrigação propter rem em relação a reparação do dano:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. NOVO PROPRIETÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. ANTIGO PROPRIETÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. PRESCRIÇÃO. PRAZO FIXADO PARA REPARAÇÃO DO DANO.

1- Em razão da natureza propterrem da obrigação de reparar dano ambiental, o novo proprietário de imóvel que sofreu o referido dano também é responsável pelo dano, ainda que o dano tenha sido causado pelo antigo proprietário. 2 - Também é responsável pelo dano, uma vez que causador do mesmo, o antigo proprietário do imóvel em que houve o dano, ainda que tenha alienado tal imóvel. Inteligência do art. 3º, IV, c/c 14, § 1º, ambos da Lei nº 6.938/81. [partes suprimidas] O novo adquirente do imóvel é parte legítima para figurar no polo passivo de ação por dano ambiental que visa o reflorestamento de área destinada à preservação ambiental. Não importa que o novo adquirente não tenha sido o responsável pelo desmatamento da propriedade.

[...]

Não há como se eximir a adquirente desta obrigação legal, indistintamente endereçada a todos membros de uma coletividade, por serem estes, em última análise, os beneficiários da regra, máxime ao se considerar a função social da propriedade. (BRASIL, 2009).

Tal obrigação, à luz dos ensinamentos de Venosa (2003, p. 62) possui uma relação íntima com os direitos reais, haja vista que uma determinada pessoa fica obrigada a cumprir determinada obrigação, que se encontra, por sua vez, no seio de um contexto híbrido. Sobre isso:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE. TERRAS RURAIS. RECOMPOSIÇÃO. MATAS. [...].

A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, ante a ratio essendi da Lei 6.938/81, que em seu art. 14, § 1º, determina que o poluidor seja obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio-ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa. (Precedentes do STJ: RESP 826976/PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 01.09.2006; AgRg no REsp504626/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.05.2004; RESP263383/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.08.2005e EDcl no AgRg no RESP 255170/SP, desta relatoria, DJ de 22.04.2003.2). A OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS É PROPTER REM, POR ISSO QUE A LEI 8.171/91 VIGORA PARA TODOS OS PROPRIETÁRIOS RURAIS, AINDA QUE NÃO SEJAM ELES OS RESPONSÁVEIS POR EVENTUAIS DESMATAMENTOS ANTERIORES, MÁXIME PORQUE A REFERIDA NORMA REFERENDOU O PRÓPRIO CÓDIGO FLORESTAL [...].

A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar.

[...]

A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos "danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade" (art. 14, § III, da Lei 6.938/81). [...] do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (Presidente), Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. (BRASIL, 2007).

Como observado adiante, a obrigação atinge aquele que é detentor de um direito real, devendo reparar integralmente os danos ambientais oriundos da empresa, ainda que estes danos tenham sido causados por proprietário anterior.

CONCLUSÃO

É fato que a exploração ambiental vem ocorrendo de forma desordenada há algum tempo, o que acaba por obrigar o direito a aperfeiçoar-se e com isso minorar os efeitos danosos ao meio ambiente. Diante disso, obrigar o agente infrator a reparar o dano ambiental é algo de extrema importância tanto para a natureza quanto para a correção do agente causador do dano. Importante ressaltar que uma das soluções para que a degradação seja eliminada do meio ambiente é a educação ambiental voltada para crianças em séries escolares iniciais, já que estas são o futuro da nação. É diante dessa educação e conscientização que a degradação será amenizada, junto com uma legislação rígida e eficaz.

No mesmo contexto, quando são as empresas as causadoras do dano ambiental e estas são sucedidas por diferentes pessoas existe a responsabilidade de reparação do dano que a empresa causou. Sendo assim observou-se que, com base nos ensinamentos doutrinários e na análise dos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que a responsabilização na sucessão entre empresas é caracterizada como uma obrigação solidária e

propter rem, a qual acompanha e adere ao imóvel em qualquer transferência de domínio, podendo, em consequência, ser exigível do atual proprietário, independente de qualquer aceitação ou nexos causal, aplicando-se a teoria do risco integral para podermos dar um posicionamento com mais clareza, temos que aprofundar os estudos em relação à origem dos crimes ocasionados pelos conflitos entre proprietário e invasores, a fim de buscar uma alternativa que possam alcançar meios contra o aumento da violência, e acima de tudo para que o governo possa adotar políticas mais enérgicas que agilizem os processos de desapropriação, e de condições mínimas para aqueles que escolheram a democracia como elemento norteador de nosso país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. ALBERGARIA, Bruno. Direito ambiental e a responsabilidade civil das empresas. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
02. AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. Direito ambiental sistematizado. São Paulo: Método, 2009.
03. ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
04. BRASIL. Código Civil 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.
05. _____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/del2848.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.
06. _____. Constituição Federal 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.
07. _____. Lei n. 6.938/1981. Política nacional do meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.
08. _____. Lei nº 9.605/1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 07 fev. 2015.
09. _____. Superior Tribunal de Justiça/GO. 25/08/2009. Resp 1.056.540/GO. Rel. Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9052565/recurso-especial-resp-843036-pr-2006-0085918-0/inteiro-teor-14229726>>. Acesso em: 07 fev. 2015.
10. _____. Superior Tribunal de Justiça/PR. 17/10/2006. Resp 843.036. Rel. Ministro José Delgado. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9052565/recurso-especial-resp-843036-pr-2006-0085918-0/inteiro-teor-14229726>>. Acesso em: 07 fev. 2015.
11. _____. Superior Tribunal de Justiça/PR. 18/10/2007. Recurso Especial 2005/00 69 112-7/PR. Resp 745363. Relator Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador T1 – Primeira Turma. Publicação. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135376/recursoespecial-resp-1090968-sp-2008-0207311-0/inteiro-teor-19135377> Acesso em: 15 fev. 2015.
12. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

13. CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Responsabilidade civil dos conviventes. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: a família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG; Del Rey, 2000.
14. CUSTÓDIO, Helita Barreira. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. São Paulo: Millennium, 2006.
15. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.6.
16. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil, 7. Responsabilidade civil. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
17. DIPP, Gilson. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5426>. Acesso em: 15 fev. 2015
18. FARIAS, Falden Queiroz. Evolução histórica da legislação ambiental. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 39, mar/2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=3845>. Acesso em 13 mar. 2015.
19. FERREIRA, Luiz Pinto. O meio ambiente, os crimes e os canos ecológicos. Pernambuco: Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco, n. 2, 1999, v. 1.
20. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010.
21. FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
22. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direito Civil: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
23. GALVÃO, Fernando. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. Del Rey, 2003.
24. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
25. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
26. MACHADO, Jeanne da Silva. A solidariedade na responsabilidade ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
27. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Malheiros. 2006.
28. MADEIRA FILHO, Wilson. Direito e justiça ambiental. Niterói: PPGSD – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, 2002.
29. MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
30. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades e LEITE, José Rubens Morato (Org.) Cidadania
31. Coletiva. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

32. PASSOS, Priscilla Nogueira Calmon de. A conferência de Estocolmo como ponto de partida para a proteção internacional do meio ambiente. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, 2009, v.6.
33. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
34. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
35. SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
36. SILVA, Bruno Matos e. *Direito de Empresa: teoria da empresa e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2009.
37. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
38. SILVA, Rodrigo Alberto Corrêa da. *Responsabilidade No Direito Ambiental*. 2009. Artigo científico. Disponível em: <<http://www.ingenieroambiental.com/4009/Responsabilidade%20no%20Direito%20Ambiental-brasil.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.
39. TAVOLARO, Sergio Barreira de Faria. *Movimento ambientalista e modernidade: sociabilidade, risco e moral*. São Paulo: Annablume, 2001.
40. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil - responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
41. WAINER, Ann Helen. *Revista informativo legislativo*, abr/jun de 1993, nº 118. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176003/000_4687_34.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 mar. 2015.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE

Wellington Ferreira de Castro
Fabrício Ribeiro dos Santos Furtado

RESUMO - A presente pesquisa tem como objetivo o exame da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. Com enfoque sobre o tema, optou-se por expor sobre a respeito das formas de proteção jurídica, suas particularidades e evolução no cenário jurídico. Abordou-se sobre as leis, princípios e jurisprudência, com o fim de demonstrar a aplicação da responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro e as formas de reparação dos danos ecológicos. De forma pontual, tratou-se da impossibilidade de se invocar excludentes de responsabilidade com o fim a intenção de isenção de obrigação de reparação dos danos ambientais, bem como sobre dificuldades de valoração dos danos. Por fim, buscou-se demonstrar a aplicação da responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco integral, utilizada para que se possa oferecer a proteção mais ampla ao ecossistema.

Palavras-chave: responsabilidade civil, danos ao meio ambiente.

ABSTRACT - This study aimed to examine the civil liability for environmental damage. Focusing on the theme we chose to expose about the forms of legal protection, their characteristics and evolution in the legal setting. He was approached about the laws, principles and jurisprudence, in order to demonstrate the application of objective liability under Brazilian law and the repair forms of ecological damage. In a timely manner, this was the inability to invoke exclusive responsibility with the intention of exemption from obligation to remedy damage, as well as difficulties of valuation of damage. Finally, he sought to demonstrate the application of strict liability, based on the theory of integral risk used so that we can offer the broadest protection to the ecosystem.

Keywords: civil liability, damage to the environment

INTRODUÇÃO - São muitas as inquietações que giram em torno do meio ambiente, pois a cada ano que se passa, tornam-se mais perceptíveis as consequências e as proporções da degradação provocada pelo homem.

Sabe-se que o vínculo existente entre o homem e a natureza é de interdependência, ou seja, um precisa do outro para sobreviver. E é durante esse processo, onde um busca no outro a sua sobrevivência, é que surge um conflito, pois para que o homem possa atender às suas necessidades e desenvolver-se, é necessário que interfira na natureza, pois é dela que ele retira tudo o que precisa para a sua existência.

E é a partir do quadro apontado, que passa a existir o risco de materializar-se um dano ambiental, o qual pode ocorrer independente de qualquer prática ilícita, mas que às vezes traz consequências irreparáveis.

Diante dessas circunstâncias, é possível perceber a importância da responsabilidade civil na esfera ambiental, e também enxergar seu objetivo maior, que é a reparação dos danos causados pelo homem ao meio ambiente. E é em decorrência desses danos, que na maioria das

vezes são graves e imensuráveis, que o legislador brasileiro escolheu introduzir a responsabilidade civil em sua forma objetiva no ordenamento jurídico, ou seja, a responsabilização do causador do dano independente de ter ele concorrido com culpa.

A atribuição da responsabilidade, independente da comprovação de culpa em matéria ambiental, tem por fundamento a teoria do risco integral, segundo a qual, o dever de indenizar recai sobre quem exerce atividade perigosa. Assim, para que se prove a existência da responsabilidade, basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade: é o chamado binômio dano/reparação.

É importante pontuar que não só a degradação ao meio ambiente é passível de reparação, mas também sempre quando o equilíbrio ecológico e a qualidade de vida da sociedade são afetados, torna-se exigível a reparação.

As limitações impostas pela legislação ambiental não devem ser vistas como um obstáculo ao crescimento, mas sim, como um dos pontos mais significativos, pois assegura o consumo moderado e coerente dos recursos naturais.

A terra está vivenciando uma crise ambiental sem precedentes, e a ação destruidora e inconsequente realizada pelo homem, é o elemento causador para o desequilíbrio do meio ambiente.

O objeto do presente trabalho é a análise do instituto da responsabilidade civil aplicado ao direito ambiental, partindo do texto constitucional, caminhando pelas leis específicas que regem a matéria, os princípios e regras que norteiam as formas de valoração e reparação dos danos, bem como o entendimento jurisprudencial sobre os temas abordados.

A relevância da questão em estudo consiste no fato de que o homem, para evoluir, tornou os recursos naturais em simples meios de produção. As consequências oriundas dessa forma de viver estão cada dia mais claras, e os riscos advindos da ausência de limites bem demonstrados, ante os perigos cada vez mais iminentes de desastres naturais e escassez de recursos.

Destaca-se que o presente trabalho monográfico, igualmente, tem como foco contribuir para a construção de conhecimentos sobre o tema que, mesmo não sendo uma inovação no mundo jurídico, no campo prático pode ser visto como uma matéria farta de nuances a serem exploradas pelos operadores do direito.

Atualmente, a matéria em estudo encontra-se em destaque, isso porque a raça humana não é restrita à geração presente, muito menos se finda em nosso tempo, e estima-se e espera-se que ela continue a existir, e o que hoje se busca são as melhores condições para que isso aconteça, sendo um objetivo impossível de ser alcançado, caso não sejam impostos limites e se responsabilizem aqueles que os ultrapasse.

A opção pela matéria é resultado da preocupação particular que surgiu no pesquisador, depois de presenciar a crescente crise hídrica que vem acometendo o Brasil. Aprender sobre o assunto, é importante, não só para fins de conscientização, mas também para que se possa contribuir para a conservação.

À vista disso, está a valia em se pesquisar sobre a responsabilização civil por danos ecológicos, corroborando na divulgação e compreensão sobre o assunto.

Não é a proposta da presente pesquisa, exaurir o conteúdo referente à responsabilidade civil na esfera do direito ambiental, o que se pretende é explanar o assunto em seus pontos principais.

A proteção ao meio ambiente na legislação brasileira adquiriu contornos oficiais com o advento da lei 6.938/81, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e com a lei 7.347/85 que disciplina a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico. E ganhou status constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988, expressamente no artigo 225, o qual consagrou o instituto da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente em sua

forma objetiva, pois a anterior, que era baseada na comprovação da culpa (teoria subjetiva), não propiciou a contento, a solução para os múltiplos enfoques que abrangem o dano ambiental.

A pretensão neste trabalho é evidenciar que a legislação brasileira legitimou o instituto da responsabilidade civil em sua forma objetiva, colocando assim ao encargo do causador do dano a obrigação de indenizar independente da apuração da culpa, colocando-o como pessoa responsável por aceitar o risco de acarretar danos ao meio ambiente pelo simples exercício de sua atividade.

Todas essas questões por oportuno serão analisadas.

1 MEIO AMBIENTE

1.1 CONCEITO

A Lei 6.938/81, artigo, 3º, I, preconiza que “entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. (BRASIL, 1981).

É relevante consignar, que o conceito legal de meio ambiente esculpido na referida Lei 6.938/81, não é o mais acertado, pois não incorpora em seu texto todos os bens jurídicos que recebem proteção legal, pois do seu conceito, a conclusão que se chega é equivocada, pois é restrito a definir o meio ambiente natural.

Nas palavras de José Afonso da Silva, entende-se por meio ambiente “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. (SILVA, 2010, p.2).

Das definições acima traçadas, é possível concluir que o Meio Ambiente compreende um complexo de todas as coisas vivas e não vivas, de elementos naturais e artificiais que se relacionam entre si, e que são essenciais para a vida humana em qualquer de seus aspectos.

1.2 CLASSIFICAÇÕES DO MEIO AMBIENTE

A doutrina pátria majoritária, de uma forma prática, divide o meio ambiente em quatro significativas vertentes, sobre os quais se passa a pontuar, e que se frise, foram reconhecidas pelo STF conforme ementa em amostra: a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. Grifo nosso. (BRASIL, 2005).

Portanto, é pacífica a divisão do ambiente em meio ambiente natural, cultural, artificial e laboral, sobre os quais se passa a sucinta análise.

1.2.1 Meio Ambiente Natural

No entendimento de Celso Pacheco Fiorillo: o meio ambiente natural ou físico é constituído pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora.

Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e meio em que vivem. (FIORILLO, 2013, p. 50).

Nos termos da concepção acima traçada, pode-se em resumo compreender que o meio ambiente natural, são os recursos naturais, os elementos da natureza.

Devido à importância, existem inúmeros diplomas que regulam o tema, que são importantes serem citados, quais sejam: Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 4.771/1965 (Código Florestal); Lei 5.197/1967 (Proteção à Fauna); Lei 9.433/1997 (Política Nacional de Recursos Hídricos); Lei 9.605/1998 (Crimes e Infrações Ambientais); Lei 9.985/2000 (Sistema Nacional das Unidades de Conservação); Lei 11.105/2005 (Biossegurança); Lei 11.284/2006 (Gestão de Florestas Públicas); Lei 11.428/2006 (Bioma Mata Atlântica); Lei 11.959/2009 (Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca); Lei 12.187/2009 (Política Nacional de Mudança do Clima); Lei 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos); Resolução 237/1997-CONAMA (Licenciamento Ambiental); Resolução 01/1986-CONAMA (EIA-RIMA); Resolução Q9/1987-CONAMA (audiência pública em EIA-RIMA). (AMADO, 2011).

1.2.2 Meio Ambiente Artificial

Para o mesmo doutrinador, o ambiente artificial é “compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”. (FIORILLO, 2013, p. 50-51).

Em suma, pelo entendimento acima empossado, pode-se concluir que o meio ambiente artificial está conexo à noção de cidade, é o tão conhecido ambiente edificado, feito ou alterado pelo homem, composto pelos espaços habitáveis construídos pelo ser humano.

1.2.3 Meio Ambiente Cultural

Para melhor ilustrar o entendimento sobre o que é o ambiente cultural, convém trazer à lume, o conceito estampado na Constituição Federal em seu artigo 216 e incisos.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I — as formas de expressão;
- II — os modos de criar, fazer e viver;
- III — as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV — as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V — os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988).

Muitas vezes confundido com o meio ambiente artificial, em súmula, o meio ambiente cultural constitui-se no patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico, são os bens de valor material e imaterial ligados à cultura de um povo.

Não somente a Constituição trata sobre o meio ambiente cultura, por isso julga-se imprescindível fazer menção ao Decreto lei 25/1937 (Lei Geral do Tombamento) e Decreto 3.551/2000 (Registro de Bens Imateriais).

1.2.4 Meio Ambiente do Trabalho

Também uma prolongação do meio ambiente artificial, relaciona-se com as condições do ambiente onde as pessoas exercem suas atividades laborativas, cuja harmonia depende das condições de saúde e segurança do trabalhador.

O ambiente de trabalho recebe proteção especial na carta magna brasileira, no artigo 200, VIII.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

VIII — colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988).

O equilíbrio do espaço destinado ao trabalho está alicerçado na higidez do meio e na inexistência de agentes que prejudiquem a integridade físico-psíquica dos trabalhadores, de igual sorte, também são protegidos pela Carta Constitucional.

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

(...)

XXIII — redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. (BRASIL, 1988).

2. DIREITO AMBIENTAL

2.1 CONCEITO

É fundamental importância pontuar que as normas de proteção ambiental não se confundem com a singela proteção da natureza. O Direito Ambiental é um ramo autônomo da ciência jurídica, inserido numa linha intermediária entre o direito público e o privado, pois trata de direitos individuais e coletivos. É vertente que possui princípios e instrumentos próprios que o diferenciam dos demais ramos do direito.

Por existirem vários conceitos e nenhum consenso doutrinário sobre o que é direito ambiental, e para trazer uma definição clara sobre o tema, convém transcrever o entendimento de Paulo Bessa Nunes, onde para ele: o Direito Ambiental pode ser definido como um direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como os padrões de saúde e renda, que são constituídas pelo: (i) direito ao meio ambiente, (ii) direito sobre o meio ambiente e (iii) direito do meio ambiente. (NUNES, 2010, p. 5).

No assentir de Luís Paulo Sirvinskas, “o direito ambiental é a ciência jurídica que estuda, analisa e discute as questões e os problemas ambientais e sua relação com o ser humano, tendo por finalidade a proteção do meio ambiente e a melhoria das condições de vida no planeta”. (SIRVINSKAS, 2013, p. 92).

José Afonso da Silva, ao conceituar o Direito ambiental, o divide em dois aspectos, quais sejam: como todo ramo do Direito, também o Direito Ambiental deve ser considerado sob dois aspectos: a) Direito Ambiental objetivo, que consiste no conjunto de normas

jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente; b) Direito Ambiental como ciência, que busca o conhecimento sistematizado das normas e princípios ordenadores da qualidade do meio ambiente. (SILVA, 2010, pp. 41 e 42).

Portanto, pode-se descrever o Direito Ambiental como o ramo jurídico que abarca normas de diversas vertentes do direito, interagindo com diferentes campos do conhecimento humano. Torna-se, assim, uma ciência multidisciplinar que procura ajustar o comportamento humano e o ambiente que o rodeia, buscando o equilíbrio entre ambos.

2.2 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO AMBIENTAL

Não há consenso doutrinário e jurisprudencial no tocante ao conteúdo, quantidade e terminologias adotadas na seara ambientalista sobre os princípios do Direito Ambiental. No entanto, são dignos de nota os princípios expressos em algumas leis.

Lei 11.428/2006, que regula o Bioma Mata Atlântica.

Art. 6º A proteção e a utilização do Bioma Mata Atlântica têm por objetivo geral o desenvolvimento sustentável e, por objetivos específicos, a salvaguarda da biodiversidade, da saúde humana, dos valores paisagísticos, estéticos e turísticos, do regime hídrico e da estabilidade social.

Parágrafo único. Na proteção e na utilização do Bioma Mata Atlântica, serão observados os princípios da função socioambiental da propriedade, da equidade intergeracional, da prevenção, da precaução, do usuário-pagador, da transparência das informações e atos, da gestão democrática, da celeridade procedimental, da gratuidade dos serviços administrativos prestados ao pequeno produtor rural e às populações tradicionais e do respeito ao direito de propriedade. [Grifo nosso]. (BRASIL, 2006).

Lei 12.187/2009, que aprovou a Política Nacional sobre Mudança do Clima.

Art. 3º. A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte. [Grifo nosso]. (BRASIL, 2009).

Lei 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Art. 6º. São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

- I - a prevenção e a precaução;
- II - o poluidor-pagador e o protetor-recebedor;
- III - a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública;
- IV - o desenvolvimento sustentável;
- V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;
- VI - a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade;
- VII - a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;
- VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;
- IX - o respeito às diversidades locais e regionais;
- X - o direito da sociedade à informação e ao controle social;
- XI - a razoabilidade e a proporcionalidade. (BRASIL, 2010)

Ao passo das exposições legais acima destacadas, para o nosso campo em estudo, serão analisados de forma objetiva, apenas os princípios específicos e tidos como mais importantes para o enfoque da pesquisa.

2.2.1 Princípio do Direito ao Ambiente Ecologicamente Equilibrado

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição crucial para que todos os indivíduos consigam usufruir de uma vida digna. E pela devida importância, encontra-se esculpido no ordenamento jurídico brasileiro em sua lei maior, no já citado artigo 225, caput, mas foi previsto inicialmente na Declaração de Estocolmo de 1972, publicada pela Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano, em seus princípios esculpidos nos artigos 1º e 2º: a Assembleia Geral das Nações Unidas reunida em Estocolmo, de 5 a 16 de junho de 1972, atendendo à necessidade de estabelecer uma visão global e princípios comuns, que sirvam de inspiração e orientação à humanidade, para a preservação e melhoria do ambiente humano através dos vinte e três princípios enunciados a seguir, expressa a convicção comum de que:

1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o “apartheid”, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas.

2 - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada. (SUÉCIA, 1972).

É consenso doutrinário que quando se assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também se protege a vida e se oferece dignidade ao ser humano.

2.2.2 Princípios Usuário-Pagador, do Poluidor-Pagador e Protetor-Recebedor

A utilização dos recursos naturais pode dar-se de forma gratuita ou paga. E caso a utilização se dê de forma poluidora, para acautelar-se de desastres ecológicos, é possível que haja a cobrança do uso dos recursos naturais.

Pelo princípio do poluidor/pagador, o poluidor tem a obrigação de custear todas as despesas de prevenção de danos ao meio ambiente que a sua atividade econômica possa ocasionar, e também o dever de repará-lo caso efetivamente ocorra a degradação. É o que diz a lei constitucional no comento artigo 225, § 3º, de que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. (BRASIL, 1998).

Não se pode concluir equivocadamente que o fato de ser imposta ao poluidor a obrigação de reparar os danos, que ele possa continuar poluindo.

É importante assinalar que na esfera repressiva, o princípio do poluidor/pagador é um dos principais em termos de responsabilidade civil, sendo correto afirmar que este princípio impõe a aplicação de alguns institutos do regime jurídico da responsabilidade civil aos danos ambientais: a) a responsabilidade civil objetiva; b) prioridade da reparação específica do dano ambiental; e c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente, entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça conforme ementa e tela:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR/PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAIS E MATERIAIS CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO.

1. É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas.

2. Teses firmadas:

a) não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide - não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio "N-T Norma", a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001);

b) legitimidade ativa ad causam - é parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente;

c) inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva - a alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor/pagador;

d) configuração de dano moral - patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida à indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo;

e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso - nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral;

f) ônus da sucumbência - prevalecendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência.

3. Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas, visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem. [Grifo nosso]. (BRASIL, 2012).

Com fundamento legislativo na Lei nº 6.938/1981, em seu artigo 4º, inciso VII, diferentemente do princípio do poluidor-pagador, que tem natureza de reparação e punição, o princípio do usuário-pagador parte da ideia de que deve ocorrer uma compensação remuneratória pela permissão de uso dos recursos naturais. Ou seja, se estabelece um preço público pelo uso de um bem público com o fim de evitar o consumo inconsequente daquele bem, a exemplo cita-se o uso dos recursos hídricos e esgoto.

O princípio do protetor-recebedor no conceito de Luís Paulo Sirvinskas “é a obrigação que tem aquele que receber verbas do Poder Público de proteger ou de não degradar o meio ambiente”. (SIRVINSKAS, 2013, p. 120).

Em súmula, é uma relação entre proteger e receber, com vistas de incentivo à proteção, não se podendo entender com isso que somente se protege o meio ambiente quando se recebe por isso.

2.2.3 Princípio Ambiental da Prevenção e da Precaução

O princípio da prevenção pode ser visto como aquele que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de evitar ou prevenir a ocorrência de danos ecológicos.

Tal premissa traduz a concepção de que o ressarcimento do dano ambiental, quando realizável, é mais oneroso que a sua prevenção. É preciso considerar que alguns danos ao meio ambiente são impossíveis de serem recompostos, ainda que sejam compensáveis, sendo um claro exemplo, o desmatamento de florestas. No entanto, por mais que o dano seja ressarcido, o benefício que aquele bem produzia talvez nunca seja recuperado.

O princípio da prevenção se firma e pode ser aplicado, somente quando se está diante de uma certeza científica de impactos sobre o ecossistema, se não há o princípio a ser aplicado é o da precaução.

O princípio da precaução é utilizado para os casos em que não há provas científicas dos riscos. “Este princípio afirma que no caso de ausência da certeza científica formal, a existência do risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prevenir, minimizar e/ou evitar este dano”. (THOMÉ, 2015, p.69).

Nessa perspectiva, não se pode dizer que diante da incerteza científica absoluta seja possível tardar a busca de meios eficazes para evitar a deterioração ambiental. A ausência de certeza científica trabalha em benefício do ambiente, pois se transfere o encargo de provar que a ingerência na natureza não é perigosa ou poluidora, ao interessado, sendo esse também o entendimento da melhor jurisprudência.

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.

2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.

3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.

4. Recurso especial parcialmente provido. [Grifo nosso]. (BRASIL, 2009).

Exemplo de uma norma que privilegia o Princípio da Precaução é a Lei 11.105/2005, Lei de Biossegurança, que em seu artigo 1º, especifica instruções como "o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente". (BRASIL, 2005).

Para cumprir os propósitos do princípio ambiental da precaução, é de grande relevância a pesquisa e determinação de regras de precaução de danos, para que este não ocorra, ou na ocorrência, que haja a devida compensação, como é o caso do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e dos mecanismos de controle da poluição, que são considerados instrumentos suficientes à efetivação do princípio da prevenção.

Pelo exposto, resta claro que a diferença entre os princípios da precaução e prevenção, se resume na existência de comprovação ou conhecimento formal dos danos que determinada atividade pode provocar ou não ao meio ambiente. Sendo possível a constatação, aplica-se o princípio da prevenção, não sendo possível, aplica-se o princípio da precaução.

2.2.4 Princípio da proibição do retrocesso ambiental

A salubridade ambiental é essencial para a vida em todas as suas formas.

Permitir exceções é anuir com a degradação e assim excluir conquistas já obtidas.

Este princípio é um óbice à criação de leis novas ou a convalidação de atos que visem desconstituir conquistas jurídico-ambientais. "Após atingir certo status ambiental, o princípio do retrocesso veda que se retorne a estágios anteriores, prejudicando e alterando a proteção dos recursos naturais". (SIRVINSKAS, 2013, p. 120).

2.2.5 Princípio do Desenvolvimento Sustentável

Classificado como o princípio balizador do Direito Ambiental, firma-se na premissa de que o desenvolvimento sustentável ocorre quando se alcança a sincronia entre crescimento econômico, preservação ambiental e equidade social.

Desenvolvimento sustentável, segundo a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (World Commission on Environment and Development) significa "um desenvolvimento que faz face às necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras na satisfação de suas próprias necessidades". (THOMÉ, 2015, p.59).

Note-se que o princípio em apreço busca harmonização, a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico, o que significa a utilização racional dos recursos naturais não renováveis.

2.2.6 Princípio da Obrigatoriedade da Intervenção do Poder Público

Também conhecido como princípio da natureza pública da proteção ambiental, encontra-se esculpido no artigo 225 da Constituição Federal, onde “cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações”. (BRASIL, 1988).

Conforme o texto constitucional é incumbência do Estado proteger o meio ambiente, seja por meio de fiscalização das atividades que o degradam, ora impondo multas e sanções administrativas nos casos de infringência à legislação ambiental, ou ainda, concedendo benesses fiscais para promover a preservação do meio ambiente.

3 DO DANO AMBIENTAL

3.1 CONCEITO

Para que se possa avançar no estudo, é necessário que primeiro se faça uma breve análise do que é dano ambiental.

É consenso jurídico de que dano é toda lesão a um bem juridicamente tutelado. Portanto, o dano ambiental, “é toda agressão contra o meio ambiente causada por atividade econômica potencialmente poluidora, por ato comissivo praticado por qualquer pessoa ou por omissão voluntária decorrente de negligência”. (SIRVINSKAS, 2013, p. 214).

Pode-se dizer em síntese, que dano ambiental é uma alteração no meio ambiente, que prejudica os padrões aceitáveis causando lesão às pessoas.

Diferente do dano tradicionalmente conhecido, o dano ambiental caracteriza-se pela infinidade de vítimas que ele alcança, a impossibilidade de na maioria das vezes não se poder reestabelecer o estado do bem lesado e pela dificuldade na valoração do dano para os fins de reparação.

3.2 DANO AMBIENTAL MATERIAL E MORAL

No Brasil, existem duas categorias reconhecidas de dano, que são os danos materiais e morais.

Os danos aos recursos ambientais são tidos como danos materiais ou patrimoniais. No entanto, o mesmo não se pode dizer o quanto o dano afeta o equilíbrio e a qualidade do ecossistema.

Existem danos causados ao meio ambiente que são passíveis de justa indenização, a exemplo de uma lesão a um determinado espaço protegido, que pode ser integralmente recuperado e no caso de ser irreparável será passível de indenização em dinheiro.

Cumprе ressaltar que a prioridade é que a reparação seja fazer com que o ambiente volte a ser como era antes, e somente na impossibilidade é que a imposição de indenização em pecúnia é aceita.

O dano moral na esfera ambiental, também é todo dano causado ao meio ambiente, mas que não traz somente prejuízo econômico.

Quando se fala em dano moral ambiental, o objeto avaliado para apuração do dano, não é o prejuízo ao patrimônio ambiental, mas sim o sofrimento, a angústia, a dor coletiva advinda daquele prejuízo patrimonial, da privação das condições de trabalho, em consequência do dano ecológico, e tem um caráter compensatório.

3.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE

3.3.1 Considerações iniciais

Restou amplamente demonstrado em linhas anteriores que dano é toda lesão a um bem jurídico protegido, e que o dano ambiental, é toda lesão causada ao meio ambiente provocado por quem no exercício de uma atividade econômica, degrada ou polui a natureza.

Sabe-se também, que na ocorrência de dano, esse pode e deve ser reparado ou ressarcido pelo agente causador. No entanto, não são todos os bens que podem ser recompostos, situação que obriga a uma reparação econômica, onde se fixa um valor indenizatório pela deterioração causada ao bem.

Antes que se adentre mais a fundo sobre a responsabilidade civil por danos ecológicos, é importante trazer um ponto de equilíbrio, qual seja, que não são todas as mudanças realizadas no meio ambiente que são passíveis de caracterização de danos e sujeitas à reparação pela ótica do Direito.

Pensar assim é o mesmo que entender que não se pode mudar nada na natureza e que qualquer alteração implicaria em prejuízo, porque desse modo estaríamos recusando a probabilidade de inovação e crescimento. No entanto, não se pode também reconhecer que todas as mudanças trazem benefícios, é preciso avaliar cada caso.

Quando se fala em dano ambiental, o assunto mais difícil é valoração do dano. Pois como também já visto, além dos danos patrimoniais, existem também os extrapatrimoniais, que são danos morais, originados do direito de personalidade, que nos termos da lei 7.347/85, em tela, podem ser requisitados pelas vítimas.

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V - por infração da ordem econômica;
- VI - à ordem urbanística;
- VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
- VIII - ao patrimônio público e social.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (BRASIL, 1985).

A quantificação do dano patrimonial é por demais complexa, e a do dano moral ainda mais, tendo em vista os critérios subjetivos que norteiam a apuração dessa espécie de dano.

Por longo período, o ato ilícito, baseado na culpa ou dolo, foi reputado como exclusivo fato ensejador de responsabilização. Entretanto, atualmente, é possível encontrar situações de ocorrência de dano, que merecem reparação, independente de comprovação de culpa, é a chamada responsabilidade objetiva. Hipóteses que podem ser constatadas nos casos de danos ao meio ambiente, pois mesmo que a atividade esteja legalmente sendo exercida, na ocorrência de danos ambientais, haverá o dever de reparar ou indenizar e em determinadas circunstâncias reparar e indenizar.

Os avanços industriais e tecnológicos trouxeram um aumento na deterioração da natureza e, por consequência, grandes danos à coletividade. Devido à relação de interdependência entre o homem e a natureza, onde um depende da existência do outro, esse bem jurídico chamado ecossistema precisava da proteção legal mais efetiva que se pudesse aplicar, surgindo então a responsabilidade civil em sua forma objetiva, nos casos de danos ao meio ambiente.

A Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 14, § 1º, determina que a responsabilidade civil do poluidor independe da comprovação de culpa, vejamos:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL, 1981).

A teor do texto legal, é possível concluir que é suficiente para o nascimento do dever de indenizar, a simples conduta e a existência do dano à natureza em decorrência do comportamento praticado, não sendo necessário que se adentre a qualquer análise de culpa ou licitude da atividade.

Pelo apresentado, a teoria da culpa, conhecida como responsabilidade subjetiva, não é utilizada quando o assunto abordado são danos ao meio ambiente, portanto, não se o gita levantar em defesa, qualquer das hipóteses de excludentes de responsabilidade, sendo este o entendimento majoritário da jurisprudência superior:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL CORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil:

- a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar;
- b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados; e
- c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento. [Grifo nosso]. (BRASIL, 2014).

Se o agente causador do dano exercia uma atividade ilícita ou não, teve-se culpa ou não, obrigação de reparar, o dano encontra-se posto, é a chamada responsabilidade objetiva, que se fundamenta na teoria do risco integral. Ou seja, a reparação se dá pelo fato ou pelo ato lícito ou ilícito.

A responsabilidade objetiva encontra-se imposta no artigo 927, do Código Civil de 2002 nos seguintes termos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

A responsabilização por danos causados ao meio ambiente, em resumo, significa a obrigação imposta sobre o causador do dano, de indenizar pelos prejuízos causados por seu comportamento comisso ou omissivo.

Ulteriormente, foram traçados, em breve histórico sobre os conceitos de direito e dano ambiental, a responsabilidade civil e a teoria adotada na legislação brasileira, o que torna possível passar adiante ao estudo para a reparação por danos ao meio ambiente.

3.3.2 Da Reparação de Danos ao Meio Ambiente

Há consenso doutrinário e legislativo, no tocante à existência de dois meios de reparar-se o dano ambiental, que é o reestabelecimento do ambiente degradado e a indenização econômica. Entendimento esculpido no artigo 4º, VII da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, à qual impõe ao poluidor e ao predador a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Art. 4º. A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

[...]

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. (BRASIL, 1981).

O teor do texto legal acima trazido é claro no sentido de que a recuperação do ambiente degradado deve ser buscada em primeira hipótese e a indenização é somente aplicável aos casos de impossibilidade de restauração do ambiente ao seu estado anterior ao da degradação.

Cabe observar que nos casos de condenação em pecúnia, o valor indenizado é destinado aos fundos que se incumbem da preservação ambiental, é o que está estampado no artigo 13 da Lei 7.347/85.

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado será revertida a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, em que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo que essa indenização é destinada à reconstituição dos bens lesados.

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. (BRASIL, 1985).

Todavia, o maior obstáculo à reparação é encontrado nos casos em que o dano causado é de impossível refazimento ou avaliação indenizatória do que foi degradado, ou ainda nos casos onde para se estimar o dano terá que ser avaliada a sua repercussão no futuro, pois nem a Constituição Federal, em seu artigo 225, § 3.º, ou a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no artigo 14, § 1.º, restringiram a extensão da reparação.

Como não há restrição à extensão da reparação, é que se pode falar em reparação integral do dano. O qual a legislação obriga em primeiro lugar, pela importância do bem que é tutelado, e segundo porque senão houver a obrigação de se reparar integralmente o ambiente degradado, seria permitir a impunidade do agente.

Nessa toada, é relevante dizer que a reparação ou indenização está restrita ao dano causado, o que quer dizer que não se pode cometer excessos em sua apuração, pois é inadmissível ao senso jurídico que a indenização supere o dano, pois nessas circunstâncias estar-se-ia diante de enriquecimento ilícito da vítima ou vítimas.

Quando se fala em dano ambiental, é preciso ter em mente que na maioria das vezes há uma pluralidade de vítimas, seus efeitos podem se estender além de muitas fronteiras, e em algumas situações é difícil se identificar o responsável, pois o agente causador do dano pode ser uma pessoa ou várias pessoas ou empresas.

A par desses óbices na busca pela reparação, o direito ambiental, assemelha-se ao direito civil quanto ao instituto da solidariedade passiva, onde caso haja mais de um agente causador do dano, todos respondem de forma solidária.

Obedecendo aos ditames que norteiam o assunto, a reparação de danos ao meio ambiente, objetivará, em primeira linha, à recomposição do ecossistema degradado, buscando que ele volte ao status quo, é a principal forma de reparação, ou seja, a modalidade ideal, pois é a única em que se pode constatar uma reversão no quadro crítico. Um claro exemplo de reparação é visto quando uma área desmatada é reflorestada.

3.3.3 Da Obrigação de Indenizar

Embora o objetivo primeiro seja a busca pela reparação natural do ambiente degradado, nos casos onde se torna impossível a sua recomposição, impõe-se a indenização em dinheiro, cujo objetivo é a compensação do dano, que é uma forma indireta de corrigir a lesão.

É relevante consignar que a indenização deve ser corretamente valorada, pois a imposição de valores ínfimos ou que não representem um rigor financeiro ao causador do dano, poderia implicar em meio proveitoso para os depredadores do meio ambiente, pois alcançam altos lucros em sua atividade degradadora.

Novo quesito a se pontuar, é que na reparação não se leva em conta apenas a indenização pela agressão ao meio ambiente, soma-se a este a privação sofrida pela coletividade em sua qualidade de vida, em decorrência da ausência do recurso ambiental e do bem que ele proporcionava.

É importante colacionar ao bojo do presente tópico, a ementa de uma interessante decisão prolatada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, referindo se a danos causados ao ambiente com reflexos na coletividade:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil:

- a) para demonstração da legitimidade para vindicar indenização por dano ambiental que resultou na redução da pesca na área atingida, o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitam o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à sua comprovação;
- b) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar;
- c) é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo;
- d) em vista das circunstâncias específicas e homogeneidade dos efeitos do dano ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe – afetando significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada, sem que tenha sido dado amparo pela poluidora para mitigação dos danos morais experimentados e demonstrados por aqueles que

extraem o sustento da pesca profissional, não se justifica, em sede de recurso especial, a revisão do quantum arbitrado, a título de compensação por danos morais, em R\$ 3.000,00 (três mil reais); e) o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos; assim, se durante o interregno em que foram experimentados os efeitos do dano ambiental houve o período de "defeso", incidindo a proibição sobre toda atividade de pesca do lesado, não há cogitar em indenização por lucros cessantes durante essa vedação; f) no caso concreto, os honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação arbitrada para o acidente - em atenção às características específicas da demanda e à ampla dilação probatória, mostram-se adequados, não se justificando a revisão, em sede de recurso especial.

A cada dia, tem sido mais aceita a ideia da dupla condenação dos causadores de danos à natureza, ou seja, a de recompor o meio ambiente e ainda em pagar indenização, com o objetivo de dar, além de um retorno econômico pelos danos sofridos pela coletividade ou por indivíduo, intimidar comportamentos danosos ao ecossistema.

3.3.4 Da Ação Civil Pública como Meio de Tutela do Meio Ambiente

Criada em 1.985, com a lei 7.347, a ação civil pública é um mecanismo que permite dentro de um plano coletivo, “a proteção do meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico turístico e paisagístico, à ordem econômica ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (BRASIL, 1985), e que ganhou status constitucional no artigo 129, III da constituição federal de 1988.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (BRASIL, 1988).

O referido instituto ganhou ainda mais força com o advento do Código do Consumidor (Lei 8.078/90), e se tornou o meio jurisdicional mais efetivo na proteção do meio ambiente.

A inexistência de determinações quando a lide coletiva que pode ser tutelada, e também pelas encorpadas e intensas técnicas compreendidas na Lei 7.347/85, fizeram da ação civil pública o recurso mais importante na proteção jurisdicional do meio ambiente.

A Lei nº 7.347/85 e a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) disciplinam mutuamente sobre a legitimidade ativa na ação civil pública, vejamos.

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL, 1985).

Art. 82. Para os fins do art. 81, são legitimados concorrentemente (parágrafo único):

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. (BRASIL, 1990).

Quanto à legitimidade passiva, podem figurar no polo, qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que tenha causado danos ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, ao patrimônio cultural, à ordem econômica ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

No que se refere à competência, ela é funcional, e encontra-se estabelecida no caput do artigo 2º da Lei nº 7.347/85, portanto, as ações civis públicas poderão ser propostas, em regra, no juízo do local da ocorrência do dano.

Art. 2º. As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único: a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (BRASIL, 1985).

Entretanto, caso o dano ambiental ocorra e abranja mais de uma comarca, igualmente competentes, a competência será da que primeiro for acionada para apreciação do fato.

Caso a extensão do dano ultrapasse fronteiras, e o dano se dê em uma região, a competência será da comarca da capital do Estado. E se alcançarem mais de um Estado ou for de interesse nacional, a competência será do juízo federal do Estadual.

3.3.4.1 Inquérito Civil

As ações civis públicas, em sua maior parte são interpostas pelo Ministério Público, isso se dá pelo fato de que o referido órgão possui uma organização estruturada para esse fim.

O Ministério Público é o órgão competente para instauração do inquérito civil, que é um meio de grande valia para instruir a ação civil pública.

O inquérito civil é um procedimento administrativo, de origem inquisitória, cuja finalidade é a produção de provas para a celebração de Termo de Ajuste de Conduta ou a interposição de Ação Civil Pública, e mesmo sendo um procedimento dispensável para o início da Ação Civil Pública, é de grande importância, pois evita a interposição de ações temerárias.

O inquérito civil pode ser instaurado pelo Ministério Público por meio de uma portaria, expedida pelo próprio órgão, ou por despacho proferidos em face de requerimentos encaminhados e fundamentados sobre a necessidade de início de uma investigação para a apuração de irregularidades.

No íter percorrido pelo inquérito civil, a produção de provas é ampla, ou seja, periciais, documentais, testemunhais, requisição de documentos a órgãos públicos e entidades privadas, enfim, todas as provas admitidas em direito.

Nos termos do artigo 9º e seguintes, da lei 7.347/85, ao fim do inquérito civil, o Ministério Público irá emitir parecer sobre a necessidade ou não da interposição da Ação Civil Pública ou pelo arquivamento do inquérito. Nos casos em que se decida pelo sepultamento do inquérito, antes será enviado à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, para homologação ou não do pedido, ou para determinação de que novo representante do mesmo órgão ajuíze a ação coletiva.

Art. 9º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º. Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º. Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º. A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º. Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação. (BRASIL, 1985).

Não existe nenhum óbice para que mesmo depois de o inquérito civil ter sido arquivado, novo legitimado interponha a medida coletiva se entender por sua viabilidade, muito menos impede que o Ministério Público, caso haja nova prova o desarquive para posterior ajuizamento de Ação Civil Pública.

Conforme acima exposto, no curso do inquérito civil, existe a possibilidade de celebração de Termo de Ajuste de Conduta, o conhecido TAC, o qual, nas hipóteses de celebração, afasta a obrigação de que se proponha a ação civil pública.

3.3.4.2 Termo de Ajustamento de Conduta

A celebração do termo de ajuste de conduta, nada mais é do que o compromisso que o agente causador do dano ou ameaça de dano, assume de obedecer aos ditames legais, onde também se compromete a cumprir obrigações de fazer e não fazer, sob pena de sanções pecuniárias, paralização de atividades, desfazimento de obras e etc., caso não cumpra com o avençado, é o que se encontra prescrito no artigo 5º da lei 7.347/85.

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

§ 6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL, 1985).

É preciso destacar que o termo de ajuste de conduta poderá ter eficácia de título executivo judicial quando celebrado no curso da ação civil pública, ou quando celebrado fora da instância judicial, for levado à homologação do juízo.

No entanto, em qualquer das hipóteses acima destacadas, verifica-se a exigência de que o termo contenha obrigação certa, líquida e exigível, para se considerar um autêntico título executivo, o qual poderá ser exigido por meio de ação própria nos casos de descumprimento.

Cumpra ainda observar que o instituto da prescrição não corre em face dos termos de ajuste de conduta, no entanto é possível que se ajuíze ação anulatória, quando o título for extrajudicial, ou ação rescisória, quando o título for judicial.

4. DAS FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

Quando se fala em dano ambiental, é preciso ter em mente que a reparação da lesão deve se dar de forma integral, cujas formas podem ser a reparação in natura, ou natural, a compensação ou indenização.

Embora não exista uma forma única de se efetuar a reparação ambiental, não há que se falar em opção por uma ou outra, e conforme tratado em linhas específicas, sempre que

possível a reparação deve ser natural, ou seja, reestabelecer o meio degradado ao estado em que estava antes da lesão, colaciona-se abaixo o trecho de uma jurisprudência esclarecedora no mesmo sentido: a reparação do dano ambiental deve se dar, a princípio, por meio da recomposição do bem ambiental lesado, sendo apenas subsidiariamente aplicáveis eventuais medidas compensatórias (substituição do bem ambiental lesado por outro funcionalmente equivalente ou pagamento de indenização em dinheiro). Isso se dá porque a conservação do equilíbrio ecológico (preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações) é, por excelência, o objetivo da ordem jurídica (art. 225, caput, da Constituição da República), e também em face das dificuldades existentes para mensurar a extensão do dano ambiental, parâmetro pelo qual deve se pautar a quantificação da indenização em dinheiro (art. 944, caput, do Código Civil). Outrossim, a recomposição ou compensação dos danos causados ao meio ambiente deve ser sempre – ou tanto quanto possível, à vista das dificuldades de mensurar lesão ao bem jurídico tutelado – integral, sob pena de locupletamento ilícito do poluidor, que ficaria impune, e correspondente prejuízo à coletividade, titular do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, da Constituição da República) que não ficaria indene. (...) Em face da primazia da integral recomposição do bem ambiental violado, deve-se impor aos réus a obrigação de promover a retirada do rancho e do entulho resultante de sua eventual demolição e a integral restauração do meio ambiente degradado, esta, necessariamente precedida do PRAD Plano de Recuperação de Área Degradada, a ser submetido à apreciação do IBAMA. Não é cabível, como pretende o Ministério Público Federal, a condenação cumulativa dos réus ao pagamento de indenização, que, por também ter o objetivo de recuperar a área degradada, implicaria uma dupla penalização, inadmissível em face do princípio da vedação do bis in idem. (BRASIL, 2015).

4.1 DA REPARAÇÃO IN NATURA OU RECUPERAÇÃO NATURAL

Considerada a forma ideal e mais viável de reparação, pois é a única forma de fazer com que o ambiente deteriorado retorne ao estado anterior ao da conduta danosa, deve ser buscada sempre que possível e constitui-se em uma autêntica obrigação de fazer.

É importante destacar a lição de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, sobre a reparação do dano ecológico na forma in natura: observe-se que com isso não se quer dizer que um dano ambiental seja reversível e completamente reparável, uma vez que não se conseguiria restaurar por completo um ecossistema afetado, por exemplo, por uma determinada poluição que lhe tenha sido causada. Se imaginarmos que numa área de 10 metros quadrados de floresta coabitam centenas de milhares de diferentes ecossistemas responsáveis pelo equilíbrio ecológico daquele específico meio ambiente, logo percebemos a impossibilidade técnica do homem em refazer o que somente em milhares de anos pôde ser lentamente arquitetado e construído pela natureza. Entretanto, ainda que não possa ser possível a idêntica reparação, é muito mais vantajosa a reparação específica, não só ao próprio homem como ao próprio meio ambiente, do que a indenização em pecúnia. Esta, repetimos, deve ser alcançada e objetivada na total impossibilidade de se conseguir aquela. (FIORILLO, 2013, p. 62).

O mesmo autor ainda pontua que: a cumulação de pedidos de ressarcimento pelos danos materiais e morais, ou até mesmo uma ação em que sejam pleiteados somente danos morais causados aos usuários do bem ambiental, por violação a este bem, que é de natureza difusa, não tem o condão de afastar a reparação específica, porquanto, como bem difuso, ele pertence a toda a coletividade, e a reparação específica faz-se inafastável quando possível. (FIORILLO, 2013, p. 62).

O reestabelecimento do bem natural lesado é feito por meio de determinação de obrigações de fazer, buscando reabilitar a capacidade útil do ambiente deteriorado, pela

reconstrução do ecossistema prejudicado e que entrou em desequilíbrio ecológico devido ao dano. Exemplos clássicos são a obrigação de despoluir um rio contaminado por um vazamento de produto químico, reflorestar uma área desmatada.

A reparação por danos ao meio ambiente não visa uma compensação financeira pelo bem perdido, pois o bem ambiental não tem propriamente um valor econômico, vai além disso, portanto não pode se converter em moeda, os benefícios que um patrimônio traz ou trouxe para a coletividade.

Caso seja imposta a obrigação de reparação natural do dano causado ao meio ambiente, a obrigação de fazer será feita nos termos e ditames técnicos impostos pelo órgão competente, sendo essencial que se apresente um plano de ação da área a ser recuperada, com o objetivo de facilitar a execução da medida.

4.2 DA COMPENSAÇÃO

A compensação ambiental é uma solução alternativa à reparação natural, é uma medida que busca manter o equilíbrio do mesmo ecossistema em que ocorreu o dano.

O objetivo da compensação é a restauração da integridade e utilidade do meio ambiente degradado, utilizando-se de um ecossistema ou bioma equivalente em uma área distinta daquela degradada. O fim é substituir a recuperação natural pela compensação em área análoga, fornecendo a conservação da salubridade ambiental, a fim de que a riqueza natural continue quantitativa e qualitativamente imperturbada.

A premissa da compensação parte do pressuposto de que a lesão a um elemento incide sobre o todo e a recuperação de uma parcela implica na melhoria do conjunto.

O instituto da compensação pode ser encontrado em diversos diplomas legais, sendo bastante relevante pontuar o que consta no Código Floresta I em seu artigo 66, que trata da reserva legal.

Art. 66. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente:

- I - recompor a Reserva Legal;
- II - permitir a regeneração natural da vegetação na área de Reserva Legal;
- III - compensar a Reserva Legal.

[...]

§ 5º. A compensação de que trata o inciso III do caput deverá ser precedida pela inscrição da propriedade no CAR e poderá ser feita mediante:

- I - aquisição de Cota de Reserva Ambiental - CRA;
- II - arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal;
- III - doação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária;
- IV - cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.

§ 6º. As áreas a serem utilizadas para compensação na forma do § 5º deverão:

- I - ser equivalentes em extensão à área da Reserva Legal a ser compensada;
- II - estar localizadas no mesmo bioma da área de Reserva Legal a ser compensada;
- III - se fora do Estado, estar localizadas em áreas identificadas como prioritárias pela União ou pelos Estados. (BRASIL, 2012).

Outro exemplo de compensação pode ser visto no artigo 36 da Lei nº 9.985/2000, que instituiu as Unidades de Conservação da Natureza.

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º. O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º. Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º. Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo. (BRASIL, 2000).

Outra hipótese de compensação pode ser vislumbrada no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no artigo 84.

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (BRASIL, 1990).

Em síntese, quando não existe possibilidade de reestabelecer-se as condições ecológicas, também é possível a compensação, não sendo possível a compensação, aplica-se a indenização pecuniária.

4.3 DA INDENIZAÇÃO

Considerada como a última das hipóteses de reparação, tendo em vista a dificuldade em se mensurar o valor econômico de bens ambientais quando degradados, é cabível unicamente quando os danos aos bens ambientais não puderem ser compensados ou reparados naturalmente.

Luciana Cardoso Pilati e Marcelo Buzaglo Dantas (PILATI; DANTAS, 2011), elencam um mecanismo de valoração: o valor de uso é aquele atribuído ao meio ambiente pelas pessoas que fazem uso dos recursos naturais. Costuma ser dividido em “uso produto” valor dos recursos naturais negociados no mercado — e “uso comum” - valor dos bens consumidos sem passar pelo mercado. O valor de opção, por sua vez, guarda relação com o risco da perda dos benefícios que o ambiente proporciona às presentes e futuras gerações. Por fim, o valor de existência reporta-se a uma dimensão ética, e o valor é atribuído pelo simples fato de o meio ambiente possuir certas qualidades, ainda que não possuam valor de uso atual ou futuro. (PILATI, 2011, p.70).

É importante fazer constar que “a indenização deve ser fixada em quantia capaz de desestimular outras condutas danosas, de modo que o poluidor não obtenha lucro, mas prejuízo com a atividade”. (PILATI; DANTAS, 2011, p.71).

A jurisprudência majoritária é uníssona no sentido de que nos casos onde a ação de reparação tem caráter coletivo, não ocorre prescrição, tendo em vista que o meio ambiente é um bem essencial e, portanto, indisponível:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL. IMPRESCRITIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. ANÁLISE DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA POR ESTA CORTE SEM PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. O acórdão recorrido, que julgou o agravo de instrumento do recorrente, tratou exclusivamente da prescrição. Mesmo questões de ordem pública (legitimidade passiva) não podem ser analisadas em Recurso Especial se ausente o requisito do prequestionamento. Precedentes do STJ.

2. É cediço que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. Não violação do art. 535 do CPC.

3. O Tribunal a quo entendeu que: "Não se pode aplicar entendimento adotado em ação de direitos patrimoniais em ação que visa à proteção do meio ambiente, cujos efeitos danosos se perpetuam no tempo, atingindo às gerações presentes e futuras." Esta Corte tem entendimento no mesmo sentido, de que, tratando-se de direito difuso - proteção ao meio ambiente -, a ação de reparação é imprescritível. Precedentes. Agravo regimental improvido. [Grifo nosso]. (BRASIL, 2011).

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - DIREITO AMBIENTAL AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL – PEDIDO GENÉRICO – ARBITRAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE – SÚMULAS 284/STF E 7/STJ.

1. É da competência da Justiça Federal o processo e julgamento de Ação Civil Pública visando indenizar a comunidade indígena AshaninkaKampa do rio Amônia.

2. Segundo a jurisprudência do STJ e STF, trata-se de competência territorial e funcional, eis que o dano ambiental não integra apenas o foro estadual da Comarca local, sendo bem mais abrangente espraiando-se por todo o território do Estado, dentro da esfera de competência do Juiz Federal.

3. Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena.

4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espraiando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado.

5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.

6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.

7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.

8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental.

9. Quando o pedido é genérico, pode o magistrado determinar, desde já, o montante da reparação, havendo elementos suficientes nos autos. Precedentes do STJ.

10. Inviável, no presente recurso especial modificar o entendimento adotado pela instância ordinária, no que tange aos valores arbitrados a título de indenização, por incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. [Grifo nosso]. (BRASIL, 2009).

Não existem critérios precisos da avaliação econômica do dano, é consenso de que se deve partir do critério do quanto seria o gasto para a reparação natural do dano, ou seja, o valor real que o bem teria se não tivesse degradado e o bem que ele proporcionava, podendo ainda serem incluídos na avaliação os danos causados a pessoas individuais e ainda danos morais.

CONCLUSÃO

Concluimos que o ambiente ecologicamente equilibrado é uma garantia constitucional, requisito de dignidade do ser humano, sendo essencial à saúde e à qualidade de vida.

Viu-se que o Dano Ecológico ou Ambiental é considerado como toda modificação que traga prejuízos às propriedades do meio ambiente, e dentro dessas alterações negativas abarcam-se todos os recursos naturais, água doce e salgada, solo e subsolo, o ar atmosférico, camada de ozônio, poluição por agrotóxicos e resíduos.

Vislumbrou-se, ainda, que a utilização irresponsável dos recursos naturais é uma ameaça à qualidade de vida e à própria vida, pois alguns danos causados a bens essenciais para a subsistência podem levar à destruição e extinção das espécies.

Embora as lesões ao meio ambiente não seja algo novo, apenas no ano de 1981, por meio da Lei N.º 6.938/81, foi que no Brasil instituiu-se a responsabilidade objetiva nos casos de danos ao meio ambiente. Desde então, o agente poluidor passou a ser compelido a reparar o dano causado ao meio ambiente independente da comprovação de culpa; da licitude ou ilicitude do ato ou atividade praticada, bastando apenas em decorrência da conduta tenha ocorrido o dano ecológico, ou seja, havendo nexos, ou conexão entre ambos, é o suficiente para nascer a obrigação de indenizar. Não cabendo a invocação de qualquer excludente de responsabilidade.

A legislação brasileira adotou a teoria do risco integral, que se encontra estampada no § 1.º, do artigo 14, da Lei N.º 6.938/81, pois a forma de responsabilização anteriormente adotada, ou seja, a responsabilização subjetiva, ensejava a impunidade do causador de danos ecológicos, por isso, a responsabilidade civil na forma objetiva é a mais acertada quando se fala em responsabilidade civil por danos ao meio ambiente.

A teoria supramencionada obriga ao poluidor a obrigação de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. Dito isso, concluiu-se que o que gera a responsabilidade ao poluidor é o simples exercício de sua atividade.

É preciso pontuar que junto com as proteções legais, os princípios específicos do direito ambiental, reforçam o amparo jurídico do ecossistema.

Assim sendo, nessa linha protetiva, os princípios da prevenção, precaução, do poluidor-pagador, usuário-pagador, protetor-recebedor, a proibição do retrocesso das leis ambientais, os instrumentos jurídicos utilizados para responsabilização do causador de danos ecológicos, tais como a Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Termos de Ajustamento de Conduta. Todos amparando e dando proteção a esse bem insubstituível.

Ressalvou-se as dificuldades de valoração dos danos, devido às complexidades que o norteiam, a extensão das sequelas no tempo e vítimas atingidas, o valor econômico do bem

degradado e o valor econômico de bem que ele proporcionava, enfim os óbices encontrados, pois são muitas as variáveis que precisam ser consideradas na reparação e/ou indenização.

Concluiu-se que a legislação exige a reparação de danos ecológicos, e verificou as principais formas que são a recuperação e a indenização. Onde na primeira objetiva-se que o meio degradado retorne à situação anterior, é a principal forma de reparação, e deve ser buscada sempre, e pode-se dar pela restauração do próprio bem degradado ou por meio da compensação. A segunda deve ser buscada somente quando existe a impossibilidade de recuperação, sendo uma forma indireta de sanar a lesão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. Direito Ambiental Esquemático. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.
02. ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
03. BRASIL. Constituição, 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Seção 1, 05 out. 1988, p. 1. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10633322/artigo-60-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 20 out. 2015.
04. _____. Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano, Estocolmo/06/1972. Disponível em: < <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 31 out. 2015.
05. _____. Lei nº 6.938, 31/08/1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Seção 1. 02/09/1981. p. 16509, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.
06. _____. Lei nº 7.347, 24/07/1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União. Seção 1. 25/07/1985. p. 10649. Disponível em: < http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/View_Identificacao/lei%207.347-1985?OpenDocument>. Acesso em: 01 nov. 2015.
07. _____. Lei nº 8.078, 1/09/1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Seção 1. Suplemento. 12/09/1990. p. 1. Disponível em:<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/View_Identificacao/lei%208.078-1990?OpenDocument>. Acesso em: 01 nov. 2015.
08. _____. Lei nº 9.985, 18/07/2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da União. Seção 1. 19/07/2000. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 01 nov. 2015.
09. _____. Lei nº 10.406, 10/01/2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Seção 1. 11/01/2002. p. 1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2015.
10. _____. Lei nº 11.105, 24/03/2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados,

cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. [.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2011.105-2005?OpenDocument](http://www.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2011.105-2005?OpenDocument). Acesso em: 31 out. 2015.

11. _____. Lei nº 11.428, 22/12/2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Seção 1. 26/12/2006. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111428.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.
12. _____. Lei nº 12.187, 29/12/2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Diário Oficial da União. Seção 1. Edição Extra. 29/12/2009. p. 109. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.
13. _____. Lei nº 12.305, 02/08/2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Seção 1. 03/08/2010. p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.
14. _____. Lei nº 12.651, 25/05/2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Seção 1. 28/05/2012. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.
15. _____. Superior Tribunal de Justiça. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade, 2005. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-IMC. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento 1º de setembro de 2006. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 30 out. 2015.
16. _____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil E Ambiental – Ação Civil Pública – Dano Ambiental – Adiantamento De Honorários Periciais Pelo Parquet – Matéria Prejudicada – Inversão Do Ônus Da Prova – Art. 6º, Viii, Da Lei 8.078/1990 C/C O Art. 21 Da Lei 7.347/1985 – Princípio Da Precaução, 2009. Recurso Especial nº 972.902 – RS. Recorrente: Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do Sul. Recorrido: Amapá Do Sul S/A. Artefatos Da Borracha. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Julgamento 25 de agosto de 2009. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DANO+AMBIENTAL+Inversão+onus+da+prova&&=ACOR&p=false&l=10&i=10>>. Acesso em: 31 out. 2015.
17. _____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Ação Civil Pública. Reparação De Dano Ambiental. Imprescritibilidade. Violação Do Art. 535 Do Cpc. Não Ocorrência. Divergência Jurisprudencial Não Demonstrada. Análise De Matéria De Ordem Pública Por Esta Corte Sem Prequestionamento. Impossibilidade. Precedentes. 2011. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.150.479 - RS. Agravante: Petrobrás Gás S/A – GASPETRO.

- Agravado: Ministério Público Federal; Município de Criciúma; Município de Forquilha. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento 04 de outubro de 2011. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF 14 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudência/doc.jsp?livre=DANO+AMBIENTAL+IMPRESCRITIBILIDADE&&b=ACOR&p=false&l=10&i=10>>. Acesso em: 02 nov. 2015.
18. _____. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e Processo Civil - Direito Ambiental - Ação Civil Pública – Competência da Justiça Federal – Imprescritibilidade da Reparação do Dano Ambiental – Pedido Genérico – Arbitramento do Quantum Debeatur na Sentença: Revisão, Possibilidade – Súmulas 284/STF e 7/STJ. 2009. Recurso Especial Nº 1.120.117 - AC. Recorrente: Orleir Messias Cameli e Outro. Recorrido: Ministério Público Federal; Fundação Nacional Do Índio - FUNAI. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgamento 10 de novembro de 2009. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF 19/11/2009. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro teor/?num_registro=200900740337&dt_publicacao=19/11/2009>. Acesso em: 02 nov. 2015.
19. _____. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil Por Dano Ambiental. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Art. 543-C do CPC. Danos Decorrentes do Rompimento de Barragem. Acidente Ambiental Ocorrido, em Janeiro de 2007, nos Municípios de Mirai e Muriaé, Estado de Minas Gerais. Teoria do Risco Integral. Nexo de Causalidade. Recurso Especial nº 1.374.284 – MG. Recorrente: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Recorrido: Emilia Mary Melato Gomes. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF 27 de agosto de 2014 (data do julgamento). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro teor/?num_registro=201201082657&dt_publicacao=05/09/2014>. Acesso em: 05 nov. 2015.
20. _____. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil Por Dano Ambiental. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Art. 543-C do CPC. Danos Decorrentes de Vazamento de Amônia no Rio Sergipe. Acidente Ambiental Ocorrido em Outubro de 2008. Recurso Especial nº 1.354.536 - SE (2012/0246647-8). Recorrente: Maria Gomes de Oliveira e Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 26 de março de 2014 (data do julgamento). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro teor/?num_registro=201202466478&dt_publicacao=05/05/2014>. Acesso em: 05 nov. 2015.
21. _____. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Indenização. Danos Materiais e Morais a Pescadores Causados por Poluição Ambiental por Vazamento de Nafta, em Decorência de Colisão do Navio N-T Norma no Porto de Paranaguá. 1) Processos Diversos Decorrentes do Mesmo Fato, Possibilidade de Tratamento Como Recurso Repetitivo de Temas Destacados Pelo Presidente do Tribunal, À Conveniência de Fornecimento de Orientação Jurisprudencial Uniforme Sobre Consequências Jurídicas do Fato, Quanto a Matérias Repetitivas; 2) Temas: A) Cerceamento de Defesa Inexistente no Julgamento Antecipado, Ante os Elementos Documentais Suficientes; B) Legitimidade De Parte Da Proprietária Do Navio Transportador de Carga Perigosa, Devido a Responsabilidade Objetiva. Princípio do Poluidor-Pagador; C) Inadmissível a Exclusão de Responsabilidade Por Fato de Terceiro; D) Danos Moral e Material Caracterizados; E) Juros Moratórios: Incidência a Partir da Data do Evento Danoso – Súmula 54/Stj; F) Sucumbência. 3) Improvimento do Recurso, com Observação. Recurso Especial nº 1.114.398 - PR (2009/0067989-1) (f). Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Recorrido: Gabriel Correa. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro teor/?num_registro=200900679891&dt_publicacao=16/02/2012>. Acesso em: 05 nov. 2015.

22. _____. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Responsabilidade Civil. Dano Ambiental. Reparação. Acórdão Fundamentado na Legislação Infraconstitucional e no Conjunto Probatório. Ausência de Ofensa Constitucional Direta. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental ao Qual Se Nega Provimento. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo 888.055. SANTA CATARINA. Agravantes: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Interessados: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 18 de agosto de 2015. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9256106>>. Acesso em: 05 nov. 2015.
23. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14ª ed. revista, ampliada e atualizada em face da Rio + 20 e do novo Código Florestal — São Paulo: Saraiva, 2013.
24. PILATI, L. & DANTAS, M. Direito Ambiental Simplificado. São Paulo: Saraiva, 2011.
25. SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
26. SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
27. THOMÉ, Romeu Faria da Silva. Manual de direito ambiental. 5ª ed. Salvador: Juspvim, 2015.

A INFLUÊNCIA DO MIX MARKETING NA DECISÃO DO CONSUMIDOR

Caio Rezende Sousa
Nelson Palharini

RESUMO - O objetivo desta pesquisa é mostrar a importância da aplicação do mix de marketing para a empresa, e a influência que esse composto de marketing tem nas tomadas de decisão dos consumidores. O fato é que muitas empresas desejam entrar no mercado, porém poucas procuram pesquisar sobre o mercado antes, e quando um empreendimento tem uma má administração, ou uma falta de planejamento, é apenas uma questão de tempo para o insucesso do negócio. Um bom trabalho de marketing permite que o empreendedor tenha informações suficientes para gerir um empresa, sendo assim, reduzir as possibilidades de fracasso e aumentar visivelmente a possibilidade de sucesso do negócio.

Palavras-Chaves: marketing, planejamento, consumidores, mercado, sucesso.

ABSTRACT - The objective of this research is to show the importance of the application of the marketing mix for the company, and the influence that this compound has marketing on consumer decision-making. The fact is that many companies want to enter the market, but few seek to search on the market before, and when a business has a bad administration, or a lack of planning, it's just a matter of time before the failure of the business. A good marketing job allows the entrepreneur has enough information to manage a company, thus reducing the possibilities of failure and noticeably increase the chance of business success.

Keywords: marketing, planning, consumers, market, success.

1. INTRODUÇÃO - Administrar uma empresa está bem longe de ser uma tarefa meramente simples. Tal função exige do gestor certos conhecimentos que ultrapassam as fronteiras internas da empresa, ou seja, para uma boa administração, o gestor além de ter o dever de conhecer o organização por dentro de uma forma completa, sabendo seus pontos forte e pontos fracos, deve estudar bastante sobre o ambiente externo e conhecer o mercado onde irá atuar. Quando o gestor conhece o mercado, ele consegue aproveitar melhor as oportunidades, e prever possíveis ameaças para seu negócio.

Conhecer o público para qual vai produzir é imprescindível para qualquer empreendimento empresarial, pois quando o gestor conhece a própria empresa e conhece o mercado em que deseja atuar, as chances de sucesso são maiores. Atender as necessidades dos clientes e cultivar esse público alvo é uma tarefa sem dúvidas extremamente importante, pois os clientes têm o papel mais importante em uma empresa, e são eles quem mantém as empresas ativas no mercado.

Atender as necessidades e desejos dos clientes, não é uma tarefa fácil, principalmente em tempos atuais onde os clientes estão cada vez mais exigentes, e as empresas estão cada vez

mais competitivas, dentro de um mercado com grande instabilidade, devido a constantes crise no país.

Para se manter de forma positiva no mercado, gestores estudam formas de se destacar e obter um diferencial competitivo, mesmo em tempos difíceis. Uma ferramenta bastante usada por administradores vem se destacando por ser bem flexível é o composto de marketing que pode ser usado em qualquer tipo de empreendimento.

O mix marketing também conhecido como composto de marketing é um conjunto de ferramentas que as empresas utilizam com objetivo de criar um diferencial competitivo e agregar valor aos clientes.

O composto de marketing permite ao administrador conhecer melhor a forma de atrair seus clientes e se manter na concorrência, permite definir e atingir o público alvo, definir quem são os concorrentes e onde eles estão.

A pesquisa de mercado deve estar sempre presente em qualquer empresa, auxiliando o mix marketing. A pesquisa de mercado permite que a empresa conheça melhor o consumidor, e conhecendo o consumidor, ela consegue definir seu marketing e utilizá-lo a seu favor.

Portanto, conhecer seu cliente é o primeiro e um dos mais importantes passos de uma empresa. Este recurso fornece informações valiosas, e essas informações são necessárias para o marketing da empresa.

2. MIX MARKETING AUXILIANDO EMPRESAS QUE BUSCAM O SUCESSO

Marketing é a função empresarial que cria continuamente valor para o cliente e gera vantagem competitiva duradoura por meio da gestão estratégica de quatro variáveis controláveis, essas variáveis são conhecidas como os 4p's do marketing, ou o composto do marketing, ou ainda o "mix" de marketing, que é uma ferramenta do marketing proposta pelo Prof. Jerome McCarthy, no início dos anos 60, largamente difundida e utilizada. O composto de marketing ou mix marketing é um conjunto de ferramentas que as empresas utilizam em função de criar um diferencial competitivo e agregar valor aos clientes.

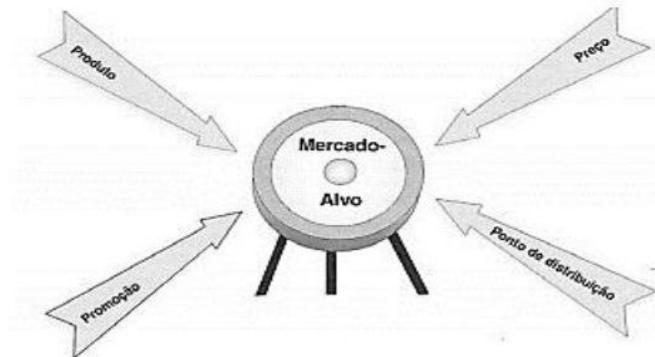


Figura 1: Os quatro Ps.

Fonte: CHURCHILL Jr.; PETER, 2005, p. 20.

Segundo Kotler e Armstrong (1999), “O composto de marketing é o conjunto de táticas da empresa para criar um forte posicionamento nos mercados-alvo”. (SPAREMBERGER e ZAMBERLAN, 2008, p. 98).

Essas ferramentas são classificadas em quatro grupos amplos, ou seja, os 4p's do marketing.

2.1. Produto

É qualquer coisa que satisfaça as necessidades dos clientes e desejos do mercado.

O produto é o resultado da atividade empresarial. A empresa existe para fornecer determinado produto para a sociedade. O marketing visto pelo aspecto do produto refere-se às decisões que foram tomadas para a fabricação do produto, o controle de qualidade, sua quantidade e adequação aos desejos dos consumidores.

Assim, o profissional de marketing tem que analisar se o produto fabricado corresponde às expectativas de produção da empresa, se está adequado ou precisa de melhorias e se está sendo bem aceito pelos consumidores.

“O produto é uma um conjunto de atributos tangíveis ou intangíveis, os quais podem incluir embalagem, cor, preço, qualidade e marca, mas os serviços e a reputação do vendedor. Um produto pode ser uma mercadoria, um serviço, um lugar, uma pessoa, uma ideia. Em essência, então, os consumidores estão comprando muito mais do que um conjunto de atributos quando compram um produto. Eles compram a satisfação de uma desejo em forma de benefícios que esperam receber do produto”. (ETZEL Michael, WALKER Bruce, STANTON William; 2001 p. 197).

De acordo com Ted Levitte, “Um produto só é um produto ao ser vendido. Caso contrário, é somente uma peça de museu. (KOTLER. Marketing para o século XXI. 2009, p. 125).

O produto é o primeiro elemento do composto mercadológico: todos os demais componentes dependem do estudo e conhecimento do produto. A propaganda, o preço e a distribuição só podem ser definidas após um estudo do produto e da identificação de seu mercado-alvo.

Para diferenciar um produto da concorrência é necessário criar uma marca. A marca é um nome, um símbolo, um desenho ou a junção destes para diferenciar o seu produto da concorrência.

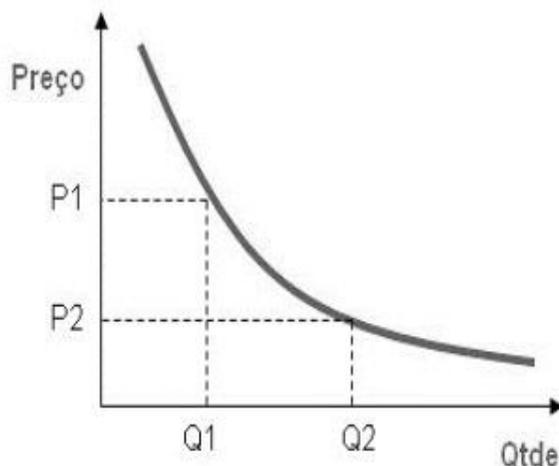
Quando a empresa trabalha adequadamente para desenvolver sua imagem, sua identidade repercute de forma positiva, e gera um reconhecimento, e conseqüentemente agrega um valor positivo a sua marca. Quando a marca tem um bom reconhecimento, os consumidores ficam dispostos a pagar mais caro em um produto semelhante por simplesmente ser reconhecido por aquela marca.

2.2. Preço

É simplesmente o volume de dinheiro necessário que é cobrado para adquirir um produto ou serviço e é o principal fator de escolha por parte do consumidor. Na decisão de compra, pesa sempre a relação entre custo e benefício, em que valores excessivos podem desestimular a compra ao mesmo tempo que valores muito baixos podem denegrir a imagem do produto, levando o consumidor até não acreditar na oferta. O preço é o valor pecuniário atribuído a um produto fabricado, onde, o preço praticado irá influenciar a empresa no faturamento e na rentabilidade do negócio.

Ao longo da existência do produto, sua curva de demanda passa por mudanças a determinação do preço de um produto pode influenciar a inclinação da curva da demanda, por outro lado, a entrada de novos concorrentes no mercado também irá afetar a curva de demanda.

A curva da demanda é uma representação gráfica da quantidade de um produto demandada em vários níveis de preços. A maioria das curvas de demanda segue o padrão de inclinação descendente, ou seja, com preços mais baixos, a quantidade demandada aumenta, e no mesmo sentido, com preços mais altos, a quantidade demandada diminui.



Exemplo de Curva de Demanda

Em resumo, o preço se torna mais baixo quando a oferta do produto é grande e mais alto quando há apenas uma pequena quantidade disponível.

A elasticidade/preço de um produto é medida pela variação da demanda refletida da alteração nos preços.

□ Demanda elástica: ocorre quando uma pequena mudança no preço resulta numa grande mudança na quantidade demandada.

□ Demanda inelástica: ocorre quando uma pequena mudança no preço produz uma mudança menor na quantidade demandada.

Alguns problemas surgem quando tentamos simplesmente por um preço em um produto.

Suponha que você tenha pago 400 reais em uma mesa de madeira, e seu amigo pagou 200 por uma mesa de tamanho similar também de madeira. A primeira impressão que se dá é que seu amigo fez um bom negócio, e você não. Porém, considere que sua mesa tem um lindo acabamento, foi entregue em seu apartamento e montada, além de ter 3 meses para pagá-la. Seu amigo comprou uma mesa parcialmente montada, sem acabamento algum. Ela tinha de ser montada e pintada e envernizada. Agora, quem pagou o preço mais alto? A resposta não é tão fácil como parecia no início.

Formular o preço de um produto não é uma tarefa tão simples, antes de atribuir um preço a um produto, deve-se fazer uma análise do produto e do mercado para colocar o preço ideal na mercadoria. Essa análise contém 3 abordagens: precificação baseada nos custos, precificação baseada na concorrência, e precificação baseada no valor para o cliente. Baseando-se nesses 3 fatores, é possível colocar o preço ideal no produto.

□ Precificação baseada nos custos: influencia a oferta de produtos e serviços, pois quanto mais baixo for o custo em relação aos preços pagos pelo cliente, maior será a capacidade de fornecimento por parte da empresa. O custo dos produtos e serviços é capaz de estabelecer preços atrativos e obter retornos operacionais desejáveis.

Neste sentido após identificar os custos para produzir e comercializar um produto, vai se assegurar que o preço de venda seja mais alto do que estes custos, adicionando uma margem de ganho desejada pela empresa.

□ Vantagens:

- de fácil utilização; e
- ênfase no preço que cubra os custos.

□ Desvantagens:

- não considera o efeito do preço sobre a demanda do cliente; e

- não leva em conta os preços praticados pelos concorrentes.

□ Precificação baseada na concorrência: para esse tipo de precificação é necessário que as empresas estejam sempre atentas às ações de seus concorrentes para buscar um preço competitivo, isto é inferior ao preço da concorrência. Neste sentido a precificação com base nos concorrentes é formação do preço de venda, onde a empresa procura formar o preço de seus produtos e serviços a partir dos preços praticados por outras empresas concorrentes.

□ Vantagem:

- é prático e cria valor para o cliente, se utilizado de maneira correta.

□ Desvantagens:

- não inclui informações sobre o Custo; e

- em alguns casos, esse tipo de precificação não consegue explorar corretamente o valor para o cliente.

□ Precificação baseada no valor para o cliente. Esse tipo de precificação sofre influência do preço à medida que promovem a demanda por um produto ou serviço.

Isto significa formar o preço a partir do que o cliente está disposto a pagar. Esse tipo de precificação nem sempre é indicado, pois não leva em consideração os custos do produto nem as ações da concorrência.

□ Vantagens:

- permite dar aos clientes o que eles realmente querem; e

- com preços altos ou baixos é possível criar valor para os clientes.

□ Desvantagens:

- desconhecimento dos Custos; e

- não leva em consideração ações da concorrência.

2.3. Ponto

Refere-se ao local onde o produto será disponibilizado, em lojas físicas ou online.

O papel da distribuição dentro do mix de marketing é levar o produto até o mercado-alvo.

Muitas vezes o consumidor escolhe determinado produto, dentre tantos outros de qualidade e preço bem parecidos, pois está à disposição naquele momento e em determinado lugar.

A internet tem sido cada dia mais utilizada pelos profissionais de marketing para a disponibilização de produtos, uma vez que hoje em dia é de fácil acesso para a maioria das pessoas e proporciona agilidade no atendimento.

Existem várias formas de distribuição dos produtos, onde a empresa irá escolher a formar que melhor encaixa no seu perfil e a melhor forma para alcançar seu público alvo.

□ Distribuição direta: quando o processo de comercialização ocorre sem a intervenção de intermediários, e pode ser realizada por meio de venda pessoal, ou seja, o fabricante vende seu produto diretamente ao consumidor final, por meio de marketing direto, tele marketing ou através da internet. As vantagens da distribuição direta são, menor dependência de terceiros, maior controle sobre a operação de vendas, maior proximidade do consumidor, respostas mais rápidas nas ações. (Ex.: Compra efetuada por consumidor, via internet, direto da fábrica).

□ Distribuição indireta: quando o processo de comercialização ocorre por meio de intermediários (agentes atacadistas/agentes varejistas) que ligam o fabricante ao consumidor final, de forma intensiva, seletiva ou exclusiva, de acordo com a característica de distribuição da empresa para o produto. As vantagens da distribuição indireta são, maior cobertura de mercado, custo reduzido do canal, menores riscos. (Ex.: Compra de Coca Cola na Lanchonete do Cesut).

Múltiplos - uso de vários canais de distribuição para um único produto. (Ex. Venda de roupas da Interrogação - é realizado vendas em sua própria loja e também para vários intermediários atacadistas e varejistas).

Reversos - os bens são movidos do usuário final para o produtor. (Ex.: Reciclagem; convocação da fábrica aos seus clientes, solicitando a troca de peças em seus veículos).

Em resumo, o administrador de marketing deve considerar o mercado-alvo a ser conquistado, os hábitos e desejos do seu público, bem como os atributos do seu produto antes de escolher o tipo ideal de distribuição, baseando-se nas características dos clientes, características do produto, características dos intermediários, características dos concorrentes, características ambientais e características organizacionais.

Atacadistas - também chamados de Distribuidores, principalmente quando detém direitos exclusivos de distribuição. Atacadista é uma empresa que compra, armazena e revende bens a varejistas e outras organizações. Ex.: Armazém Martins, Elo Atacadista, União Distribuidora de Bebidas Ltda e outros.

Existem dois tipos de atacadistas, negociantes atacadistas, que são atacadistas com direito de propriedade sobre os produtos que vendem e os agentes e corretores, que são atacadistas que negociam, compram e vendem bens, mas não detém direito de propriedade sobre os mesmos.

Varejistas - são intermediários que após comprarem mercadorias de atacadistas ou fabricantes dedicam-se a vendê-las, principalmente para consumidores finais. Existem dois tipos de varejo:

- varejo com loja – consumidor deseja ver e manusear os produtos, as compras por impulsos são frequentes, produtos que o cliente deseja usar agora. Ex. lojas físicas supermercado Tosta, lojas americanas no shopping.
- varejo sem loja – cliente disposto a esperar pela entrega do produto, geralmente oferece preços mais baixos, cliente compra produtos inexistentes em sua cidade quando desejar. Ex. lojas online (netshoes, mercado livre).

Para um empreendedor que deseja entrar no mercado como varejista precisa observar várias questões antes de escolher um ponto para fixar sua loja.

- O ponto é próximo ao público alvo?
- Quais as condições de conservação?
- O ponto é bem visível da rua?
- Existe e é fácil utilizar o estacionamento?
- As lojas vizinhas são concorrentes?
- O ponto atende às normas ambientais?
- Existem licenças especiais para se vender bebidas alcoólicas, por exemplo?

Ao analisar essas questões, o empreendedor terá informações suficientes para escolher o melhor ponto disponível para instalar seu comércio.

2.4. Promoção

Promoção significa as estratégias de persuasão para despertar o desejo do consumidor. O composto promocional tem a função de persuadir o consumidor e criar o valor da comunicação. O objetivo da comunicação é transmissão de uma mensagem de um emissor para um receptor, de modo que ambos a entendem da mesma maneira. A comunicação pode ser feitas por vários meios, ou seja, a mensagem pode ser transmitida de diferentes formas, seja por mensagens impressas, eletrônicas, outdoors, ou mesmos transmitindo diretamente (marketing direto).

Neste sentido o composto promocional ou até mesmo composto de comunicação tem o objetivo de influenciar os clientes potenciais a consumir através da combinação de quatro principais ferramentas do composto de comunicação. São elas: propaganda, marketing direto, publicidade e promoção de vendas.

- Propaganda: qualquer forma paga de apresentação não pessoal feita por um patrocinador indicado. Utiliza-se mídias como: impressas, eletrônicas, pessoais e outdoors.
- Marketing direto: comunicação direta com os indivíduos a fim de obter resposta imediata.
- Publicidade: comunicação vista como “não paga”, contendo informações sobre a companhia ou produto, sendo veiculada em alguma mídia.
- Pontos Fortes: propaganda gratuita, público identifica como “mais verdadeiras” as informações recebidas.
- Pontos Fracos: não tem controle sobre o que será dito e qual público receberá as informações, difícil controlar o ruído, vida curta da cobertura.
- Promoção de vendas: incentivos de curto prazo para influenciar na demanda de um produto. (Ex.: amostra grátis, brindes, ofertas de desconto, cupons, outros).

Quando a comunicação de marketing é eficaz, ela se torna compreensível e atraente para o público alvo. Cabe ao profissional de Marketing avaliar o composto de comunicação mais eficaz e eficiente, avaliando pontos fortes e fracos de cada elemento de comunicação. No marketing do produto, este conceito também está intimamente ligado ao reconhecimento de determinada marca. O marketing tem o poder de fazer com que as pessoas busquem determinadas marca e não o produto em si. É como se o produto fosse bom simplesmente por pertencer à determinada marca. Esse respeito e confiabilidade é algo que se constrói com tempo e com boa política promocional.

“A promoção, sob qualquer forma, tem como objetivo exercer influência. Mais especificamente, a promoção é o elemento, no mix marketing de uma empresa, que serve para informar, persuadir e lembrar o mercado de um produto e/ou da organização que o vende, tendo em vista influenciar os sentimentos, crenças ou comportamentos do público”. (ETZEL Michael, WALKER Bruce, STANTON William; 2001 p. 446).

Nesse campo de atuação, o composto de marketing permite ao administrador conhecer melhor a forma de atrair seus clientes e se manter na concorrência, buscando como definir e atingir o público alvo, definir quem são os concorrentes e onde eles estão.

2.5. FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Muitas empresas, que desejam iniciar suas atividades, fecham as portas do estabelecimento nos primeiros anos, devido à falta de planejamento e conhecimento de mercado. Assim sendo, o problema a ser investigado através desta pesquisa é:

- como o composto de marketing auxilia as empresas a sustentabilidade?

2.6. JUSTIFICATIVA

Uma empresa cria seu diferencial e aposta no sucesso. Logo para entrar ou manter-se no mercado, lutando contra a concorrência é necessário que a empresa fique em constante atividade atualizando-se a todo o momento, buscando informações sobre seu campo de atuação, negócios, e especialmente a satisfação do cliente.

Dados do Serviço de Apoio à Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) apontam que 60% das empresas fecham as portas até no segundo ano de vida, devido à falta de conhecimento administrativo, e a um mal planejamento. O mundo hoje vive em uma era de constante transformação, a loja ao lado deixa de ser a maior concorrente, e a empresa passa a concorrer

com outra do outro lado do mundo. Os consumidores estão cada dia, mas exigentes, deixando de serem consumidores de única região e transformando-se em consumidores mundiais.

Com desenvolvimento da tecnologia, os produtos mudam a todo momento e já não são suficientes para agradarem o consumidor por muito tempo, por isso que as empresas devem acompanhar essas mudanças, para não apenas encantar o cliente, mas, sobretudo surpreendê-lo.

A pesquisa de mercado ou pesquisa de marketing é feita para complementar o mix marketing, e consiste em um conjunto de ferramentas que a empresa utiliza em função de criar seu diferencial e agregar valor aos clientes e tem como objetivo ligar o público alvo com os profissionais de marketing. A pesquisa de mercado, para ser eficiente, deve começar pela formulação do problema, em seguida criar um projeto de pesquisa, coletar dados, analisar os dados trabalhados e por fim fazer um relatório de pesquisa. Sendo assim, as informações levantadas através da pesquisa de mercado têm vital importância para a empresa.

A compreensão do comportamento do consumidor faz-se, principalmente, através da análise de suas necessidades de desejos, que levam à satisfação ou à insatisfação. Todo processo de tomada de decisão se alinha na sensação das necessidades satisfeitas. As necessidades são muitas vezes percebidas ou não pelas pessoas.

Kotler (1993) define que: “Uma necessidade humana, é um estado de privação de algumas satisfações básicas, elas fazem parte da biologia e das condições humanas, já em relação aos desejos, trata-se de vontades para satisfações mais específicas das necessidades mais profundas, os desejos humanos são constantemente mudados pelas forças e instituições sociais”. (Kotler 1993).

Então se os objetivos da empresa estão diretamente ligados a atender as necessidades e agregar valor aos clientes, cabe a ela saber identificar as necessidades, entender os desejos e desenvolver formas para satisfazer seus clientes.

2.7. OBJETIVO GERAL

Com essa pesquisa pretendo passar o conhecimento do processo de mix marketing, mostrando alguns caminhos que possam ajudar a entrada de uma empresa no mercado e ajudá-la a manter-se no mercado com competitividade.

2.8. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Demonstrar como definir e atingir o público alvo através da pesquisa de mercado.
- Apresentar ferramentas que auxiliem a identificação dos concorrentes e onde eles estão.
- Diagnosticar como o mix marketing auxilia os entrantes no mercado.
- Apresentar ferramentas que auxiliem como criar, conquistar e dominar novos mercados.

2.9. HIPÓTESES

- Aumento das vendas com planejamento correto do mix marketing.
- Atrair e conservar clientes potenciais através do mix marketing.
- Aumentar a receita com planejamento adequado do mix marketing.
- Obter um diferencial competitivo através do mix marketing.

2.10. METODOLOGIA

Pesquisa é um conjunto de atividades que tem por finalidade a descoberta de novos conhecimentos no domínio científico, literário, artístico.

Para elaboração desse trabalho, através de pesquisas bibliográficas, será explorado as opiniões de diversos autores sobre a influência que o composto de marketing tem sobre as decisões dos consumidores, e quais as influencias sobre o sucesso das empresas.

3. EVOLUÇÃO DO MARKETING

Marketing é uma palavra em inglês derivada do Market, que significa mercado. Ela é usada para expressar ações voltadas ao mercado, nesse sentido, a empresa que pratica o marketing, tem seu foco direcionado a todas as atividades de mercadologia.

“Marketing é o processo de planejar e executar a concepção, o apreçamento, a promoção e a distribuição de ideias, bens e serviços para criar trocas que satisfaçamos objetivos individuais da organização”. (MCDANIEL CARL, GATES ROGER, 2003, p. 6).

O marketing teve origem nos EUA, por volta de 1910, quando surgiram as primeiras instituições para reunir os profissionais da área, e estabeleceu-se o conceito de marketing, criando uma nova visão sobre os conceitos de compra e venda. No lugar de criar os produtos para depois convencer as pessoas a comprá-las, a nova visão do marketing seria o início de uma pesquisa de mercado, ou seja, fazer um estudo sobre seu público alvo e compreender as necessidades de desejos dos possíveis clientes.

A maior expressividade do marketing aconteceu após a Segunda Guerra Mundial, quando surgiu a ideia de Gerente de Marketing, e foi na década de 1950 que começou a evoluir o conceito de empresas com foco voltado para os clientes.

Na década de 60, a AMA (Associação de Marketing Americana) definia marketing como o desempenho das atividades de negócios que dirigem o fluxo de bens e serviços do produtor ao consumidor.

O marketing começa quando são definidas as necessidades e desejos humanos. As pessoas necessitam de alimentos, ar, água, roupas e abrigo para sobreviver. Estas necessidades são chamadas de necessidades básicas. Além disso, as pessoas têm desejos de educação, lazer entre outras.

Segundo Kotler (1998) necessidade humana é um estado de privação de alguma satisfação básica. Demandas são desejos por produtos específicos, respaldados pela habilidade e disposição de comprá-los. Os desejos se tornam demandas quando uma pessoa que deseja algo adquire o poder de comprá-lo. Então, o papel do profissional de marketing não é criar necessidades, e sim despertar o desejo do consumidor, e satisfazer esses desejos, influenciando assim na demanda dos produtos.

Em um mundo de negócios, e a cada dia mais desenvolvido, a necessidade de melhor conceituar o marketing era cada vez mais presente. Observa-se então uma evolução constante nas definições que o caracterizam cada vez de maneira mais ampla.

Mas de fato, o que é marketing? Em 1965, a Ohio State University, define marketing como: “Processo de planejar e executar a concepção, estabelecimento de preços, promoção e distribuição de ideias, bens e serviços a fim de criar trocas que satisfaçam metas individuais e organizacionais”. (Ohio State University, 1965).

A partir daí o marketing veio evoluindo cada vez mais, com a ajuda de grandes nomes na história.

De acordo com Philip Kotler (2000), considerado como o pai do marketing, “Se você cria uma história de amor com seus clientes, eles próprios farão sua publicidade”.

Peter Drucker (1987) complementa que “A meta do marketing é conhecer o consumidor

tão bem, que o produto ou serviço se molde a ele e se venda sozinho”.

Portanto, o marketing tem como a função empresarial que cria continuamente valor para o cliente e gera vantagem competitiva duradoura para a empresa por meio da troca livre e competitiva de produtos e serviços que geram valor para as partes envolvidas no processo.

As empresas reconheceram que a decisão final de compra estava nas mãos dos clientes, e elas passaram a programar a pesquisa e análise de mercado, expansão e diversificação dos canais de distribuição, adequação do produto de acordo com as necessidades do cliente a fim de conseguir a satisfação do cliente e obter vantagens competitivas.

Nos dias de hoje, o mundo vive em constante transformação. Os consumidores que estão cada vez mais exigentes deixam de ser o consumidor de uma única região, para tornar-se consumidor mundial.

Com isso, as empresas perceberam que é impossível sobreviver no mercado moderno sem estar em constante evolução. Com a aplicação e prática contínua, do processo de marketing nas empresas, perceberam então que houve um real crescimento das receitas e dos lucros da empresa, além de manter a competitividade.

Com a evolução do marketing, surgiram novas ferramentas e uma nova visão estratégica e foi em 1949 que o termo “4P’s de marketing” foi usado pela primeira vez, baseados nos estudos de Neil Borden Borden em seus estudos descreve sobre os chamados executivos de liquidificador (mixers), que tinham como função “inventar receitas” misturando ingredientes ideais em quantidades adequadas para oferecer soluções para as empresas. Foi então que surgiu a expressão Marketing Mix.

Borden foi o grande criador do termo, mas foi Jerome McCarthy, professor da Universidade de Michigan, que em seus estudos aprimorou a esta teoria e definiu os 4P’s do Marketing da forma como o conhecemos atualmente: Produto, Preço, Praça e Promoção.

Kotler apostou na ideia e foi o grande defensor da teoria e foi ele quem ajudou a popularizá-la. Para ele, Marketing Mix é o: “Conjunto de ferramentas de marketing que a empresa usa para perseguir seus conceitos de marketing”.

4. MIX MARKETING AUXILIANDO A EMPRESA PARA TORNAR-SE COMPETITIVA

O ambiente competitivo de uma empresa sem dúvidas é a maior influência nos seus programas de marketing. A concorrência nem sempre é um ponto negativo, a concorrência é necessária para que a empresa busque aprimorar naquilo que faz e não fique parada no tempo.

Uma empresa normalmente enfrenta 3 tipos de concorrência.

□ Concorrência de marca – é a concorrência que trabalha com produtos diretamente similares em características, benefícios e preços. Ex.: (esponja de aço Bom Bril e esponja de aço Assolan).

□ Produtos substitutos – produtos quem satisfazem praticamente a mesma necessidade, porém diferentes em características, benefícios e preços. Ex.: (medicamentos genéricos).

□ Todas as empresas são rivais – todas as empresas competem entre si pelo limitado poder de compra dos consumidores.

Considerando os tipos de concorrência, as empresas devem buscar constantemente inovações para ter seu diferencial competitivo e conquistar um lugar saudável no mercado. As empresas que não buscam melhorias e “caem na graça da mesmice”, essas não sobreviveriam nesse ambiente competitivo. Existe aquele concorrente que tem basicamente os mesmos produtos que os seus e, com isso, qual o diferencial da sua empresa?

A empresa moderna deve estar continuamente buscando novas formas, ou formas já usuais adaptadas para o estilo da organização, objetivando manter-se no mercado. Porém em dias atuais só manter-se, isso só já não basta, pois as empresas que pensam assim têm uma

grande probabilidade de perder espaço para a concorrência, mas devem buscar formas de atrair e conquistar a fidelização diária de seu cliente.

Uma empresa competitiva precisa ser flexível, aceitar mudanças e estar sempre buscando inovações, assim criando seu diferencial competitivo mercado para manter seus clientes satisfeitos. Acreditar no seu negócio e fazer de tudo para mantê-lo em boa posição no mercado, passar confiança, credibilidade e ter uma boa aceitação dos seus produtos e serviços se tornam os objetivos principais de uma organização. É óbvio que para chegar-se a um alto grau de eficiência empresarial é necessário muito esforço, foco nas metas e persistência para alcançar os resultados desejados.

Para uma empresa se manter no mercado lutando contra a concorrência ou para as empresas que desejam entrar no mercado e conquistar seu espaço, é extremamente necessário que o empreendedor faça um planejamento do negócio, esse planejamento possibilitará que o administrador tenha uma visão estratégica da empresa, ou seja, analisar o ambiente interno e externo. Esta análise é chamada de SWOT, onde no ambiente interno serão analisados a força e fraqueza da empresa, e já no ambiente externo, serão analisados as oportunidade e ameaças, estas estão fora do controle da empresa, porém as organizações podem prever esses acontecimentos e aproveitá-los da melhor forma possível, no caso de oportunidades, e prevenir quando forem constatadas em suas análises possíveis ameaças.

Para uma empresa que deseja entrar no mercado, além da análise SWOT, no planejamento do empreendimento deve ser considerada uma série de fatores para que esse empreendimento não fique apenas no papel. Projeto, levantamento inicial do capital, definição do ramo de atividade, reconhecimento dos fornecedores, são alguns critérios a serem estudados, mas dentre esse conjunto de fatores o mais relevante é a definição do público alvo.

Nem sempre os clientes potenciais estão no campo de visão da empresa, sendo necessário desenvolver pesquisas de mercado para identificar se estes clientes realmente eles existem, quem são eles e quais os motivos que estão impedindo-os de adquirir as suas mercadorias.

Para definir quem será o público alvo de uma empresa, deve-se elaborar uma pesquisa de mercado. A pesquisa de mercado é uma ferramenta de extrema importância, pois ela permite o levantamento de informações valiosas sobre o mercado em que atua ou pretende atuar. A pesquisa de mercado, para ser eficiente, deve começar pela formulação do problema, em seguida criar um projeto de pesquisa, coletar dados, analisar os dados trabalhados e por fim fazer um relatório de pesquisa.

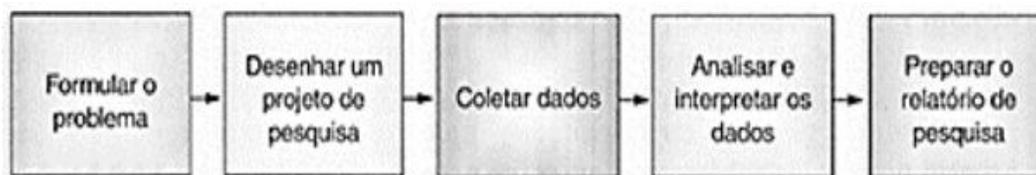


Figura 12: Etapas do processo de pesquisa de marketing

Fonte: CHURCHILL Jr.; PETER, 2005, p. 125.

Essa pesquisa engloba tudo que circula dentro e fora do mercado, ou seja, clientes, fornecedores, concorrentes, e quanto maior o seu conhecimento sobre estes, melhor será o desempenho do seu empreendimento. Em outras palavras, a pesquisa de mercado é o planejamento, a coleta de dados e a análise desses dados para as tomadas de decisões de marketing e para a comunicação dos resultados dessa análise à administração.

“A pesquisa de mercado é o processo de ouvir a voz do mercado” (BARABBA, Vicent P.; ZALTMAN, Gerald, 1992, p.52.).

Dependendo do segmento em que sua empresa trabalha ou deseja trabalhar, a pesquisa de mercado irá possibilitar que o empreendedor consiga segmentar o mercado, ou seja, dividir o mercado em partes focando principalmente em clientes potenciais.

“Nenhuma empresa, em seu juízo perfeito, tenta vender para todo mundo. A Gillette não tenta vender laminas de barbear para pré-adolescentes, nem a Kimberley-Clarke tenta vender as fraldas descartáveis Huggies para famílias sem filhos.” Philip Kotler (2009 p. 161).

A segmentação de mercado pode ser feita pela divisão de públicos por faixa etária, por sexo, comportamento, classe social, região ou micro região, e entre outros. Por isso é importante segmentar o mercado, descobrir quem são os clientes potenciais e onde eles estão, pois quanto mais se conhece sobre o mercado, melhor será o desempenho da empresa.

Quando o mercado já estiver segmentado, o administrador deve conquistar seu nicho de mercado, ou seja, um “sub-mercado” onde uma pequena parcela dos clientes e consumidores de um mercado maior provavelmente não estão sendo atendidos pelos fabricantes principais de um determinado produto ou serviço. Esses nichos de mercados serão identificados como público alvo.

Após identificar o público alvo é hora de vender, e o primeiro passo é despertar a atenção dos clientes, ou seja, atrair esses clientes e despertar o interesse para seus produtos e serviços, depois disso provocar o desejo dos clientes pelos seus produtos, então fechar com a ação desses clientes na compra, ou seja, converter os clientes potenciais em clientes efetivos.

Os consumidores tomam decisões sobre sua compra baseados nas expectativas das estratégias de marketing. A satisfação do cliente com determinada compra dependerá do desempenho real do produto ou serviço em relação às perspectivas do comprador.

Uma das ferramentas que é bastante usada para atrair e clientes é o mix marketing, que através dos 4 p's permite ao administrador conhecer melhor a forma de atrair seus clientes e manter-se na concorrência, fornecendo dados que permitem saber como atingir o público alvo, além de definir quem são os concorrentes e onde eles estão.

“O primeiro passo em um empreendimento é localizar clientes em potencial, logo depois vender pela primeira vez, e por fim conservar e cultivar os novos clientes, se possível para sempre”. (Philip Kotler. 2009, p. 160).

Depois de atrair clientes o mais importante a se fazer é conservar estes clientes de modo aumentar a sua fidelização à empresa. Há pouco tempo atrás as empresas não se preocupavam em perder seus clientes, muito menos em fidelizá-los, já que existiam outros para entrar no lugar dos clientes perdidos, mas com o crescimento do mercado, essa visão mudou, e hoje as empresas perceberam que os clientes devem vir em primeiro lugar, e são o ponto mais importante do mercado. Esses clientes, com seu potencial de engajamento, funcionam como um núcleo de atração para novos compradores, e disseminam uma boa imagem da empresa.

Estudos demonstraram que recrutar novos clientes é de três a cinco vezes mais caro do que conservar os clientes existentes e encorajá-los a consumir mais. As empresas gastam muito para atrair e conquistar novos consumidores, e os concorrentes estão sempre procurando arrebatá-los. Cada cliente perdido representa além de perder apenas uma próxima venda, a empresa perde lucros futuros. Por isso é importante monitorar o nível de satisfação dos clientes atuais e estimular o feedback deles, pois, uma empresa que mantém seus clientes satisfeitos, além de manter vínculos lucrativos com eles, eles próprios fazem o marketing para sua empresa.

5. CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, podemos concluir que em resumo a tarefa do marketing é entender para atender então, primeiramente o gestor deverá entender quais são

as necessidades do mercado, qual a dinâmica desse mercado, para assim atender essas necessidades com produtos e serviços.

Como vimos, os 4p's do marketing ou mix marketing têm uma grande importância nos resultados estratégicos de uma organização, pois utiliza um conjunto de ferramentas, que a partir deste é possível criar um diferencial competitivo e agregar valor aos clientes. O composto de marketing permite ao administrador conhecer melhor a forma de atrair seus clientes e se manter na concorrência, através de estratégias de produto, preço, ponto e promoção.

O composto de marketing quando auxiliado pela pesquisa de mercado torna-se uma eficiente "arma" para combater a concorrência, permitindo que a organização tenha em sua disponibilidade informações privilegiadas sobre o mercado.

Como já citado a pesquisa de mercado possibilita que a organização amplie seu campo de visão, obtendo análises mais apuradas das estratégias de mercado. Sendo assim a organização segmenta seu público alvo por características específicas focando suas estratégias de marketing no seu nicho de mercado.

Em resultado disso, as organizações economizam tempo e reduzem custos, pois evitam desperdícios com estratégias de marketing fora de hora e fora de lugar. Por exemplo, uma empresa que tem como seu público alvo, crianças com faixa etária entre cinco e onze anos, as propagandas em anúncios de TV devem ser chamativas mostrando todos os aspectos dos produtos com clareza, e transmitidas em horários que realmente vai atingir esse público, não adianta transmitir esses anúncios após a dez horas da noite, por exemplo, pois a grande maioria desse público não será atingida.

Para os entrantes do mercado, que desejam conquistar um espaço entre tantos concorrentes é muito importante que façam um planejamento que por outra visão é a pesquisa de mercado, utilizando as estratégias de marketing para inovar e diferenciar seus produtos da concorrência, se não for possível obter uma diferenciação nos produtos dos concorrentes em si, buscar a diferenciação por parte do atendimento, diferenciação no preço, na distribuição e na promoção desses produtos através do mix de marketing.

Buscar esse diferencial competitivo é importante, pois permite agregar valor aos clientes.

O diferencial competitivo são atributos que tornam uma empresa única e superior aos seus principais concorrentes naquele aspecto. Tratam-se das vantagens e benefícios exclusivos que as empresas proporcionam aos seus clientes e que a concorrência ainda não conseguiu oferecer.

Competir através de diferenciais significa basicamente manter o foco no seu alvo (seu cliente).

A empresa deve ter em mente aquilo que é importante para quem vai comprar o seu produto ou serviço, assim buscando formas de despertar o interesse dos clientes e atender as necessidades e os desejos destes, agregando valor aos mesmos e principalmente fidelizando estes clientes, se possível para sempre.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. BARABBA, Vicent P.; ZALTMAN, Gerald. A voz do Mercado: a vantagem competitiva através da utilização das informações do mercado. São Paulo: Makron Books, 1992.
02. CHURCHILL, Gilbert A.; PETER, J. Paul. Marketing: criando valor para os clientes. Tradução da 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
03. CHURCHILL JR.; PETER J. P. Marketing, criando valor para os clientes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2012.

04. COBRA, MARCOS, Marketing Básico: uma perspectiva brasileira. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
05. DIAS SERGIO ROBETO; Gestão de Marketing. 1a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
06. ETZEL MICHAEL, WALKER BRUCE e STANTON WILLIAM; Marketing. 11a ed. São Paulo: MAKRON Books, 2001.
07. KOTLER, P.; KELLER, K. L. Administração de Marketing. 12ª ed. São Paulo: Prentice Hall, 2006.
08. KOTLER, Philip. Administração de marketing: análise, planejamento, implementação e controle. São Paulo: Atlas, 1998.
09. KOTLER, P.; Administração de Marketing – Análise, Planejamento, Implementação e Controle. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
10. KOTLER, P. Administração de Marketing - Análise, Planejamento, Implementação e Controle. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1993.
11. KOTLER. Marketing para o século XXI – Como criar, conquistar e dominar mercados. São Paulo: Ediouro, 2009
12. LAS CASAS, A. L. Plano de Marketing para Micro e Pequena Empresa. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
13. LAS CASAS, Alexandre Luzzi. Pesquisa de marketing. Ed. Atlas S.A. São Paulo, 2010.
14. MCDANIEL CARL e GATES ROGER: Pesquisa de Marketing. 1ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2003.
15. SANDHUSEN RICHARD L. Marketing Básico. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2010.
16. SOARES, I., PINHO C., COUTO J. e MOREIRA, J., Decisões de Investimento - Análise financeira de projetos. Lisboa: 4ª ed. Edições Silabo, 2008.
17. SPAREMBERGER, Ariosto; ZAMBERLAN, Luciano. Marketing Estratégico. – Ijuí: Ed. Unijuí, 2008. <https://blogpegg.wordpress.com/2012/05/30/4ps-do-marketing-ou-marketing-mix-oucomposto-de-marketing/> : Pesquisado dia 20/11/2015 às 01:38 <http://www.cedet.com.br/index.php?/Tutoriais/Marketing/segmentacao-de-mercado.html>: Pesquisado dia 20/11/2015 às 03:14 <https://www.empendedor-digital.com/nicho-de-mercado/> : Pesquisado dia 20/11/2015 às 10h20

INCLUSÃO E SOCIALIZAÇÃO DOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS NO MERCADO DE TRABALHO

Aléxia Mirelle Tosta Alves
Vanessa Sousa Lobato

RESUMO - O contexto em questão vem abordar a importância que tem hoje a inclusão e a socialização dos portadores de necessidades especiais junto ao mercado de trabalho. Uma realidade que apresentou mudanças significativas com o passar dos anos, mas que ainda requer melhorias diante dos fatos, visando realmente incluir e socializar essas pessoas em meio à sociedade empresarial e social. O trabalho em questão demonstrou o início do período histórico dos portadores de necessidades especiais aos dias atuais, como eram considerados e o que foi introduzido com o passar dos anos, visando impor melhorias. No entanto, é um fator complicado que está à mercê da sociedade, justamente pelo preconceito ainda existente diante dessa realidade, que necessita ser melhor analisada e conduzida visando eliminar o problema e traçar metas que possam ser favoráveis a atual realidade vivenciada pelos portadores de necessidades especiais.

Palavras-chaves: socialização, inclusão, preconceito, mercado de trabalho, portadores de necessidades especiais.

ABSTRACT - The context in question is addressing the importance that today has inclusion and socialization of people with special needs from the labor market. A reality that showed significant changes over the years, but it still needs improvement before the facts in order actually include and socialize these people in the midst of business and social society. The work in question showed the beginning of the historical period of the handicapped to the present day, as they were considered and what was introduced over the years, seeking to enforce improvements. However, it is a complicated factor that is at the mercy of society, precisely because of the prejudice still existing on this reality, which needs to be better analyzed and conducted to eliminate the problem and set goals that can be favorable current reality experienced by people with special needs .

Keywords: socialization, inclusion, prejudice, labor market, people with special needs.

1 **INTRODUÇÃO** - O estudo apresentado trata-se sobre inclusão e socialização dos portadores de necessidades especiais no mercado de trabalho, sendo com o estudo da internalização dos portadores de necessidades especiais nas empresas de modo geral.

Devemos ter responsabilidade social como um compromisso ético voltado para criação de valores fazendo com que a contratação de pessoas com necessidades especiais não se torne apenas obrigação legal, passando para um compromisso de responsabilidade social, tendo programas amplos, estruturados de capacitação, recrutamento, seleção e contratação de tais. Trazendo assim também respeito à diversidade no ambiente de trabalho, não sendo usado na seleção nenhum critério pessoal como, por exemplo: idade, sexo, cor; a não ser o exercício da atividade.

Além da socialização a inclusão dos portadores de necessidades especiais no mercado de trabalho traz também crescimento econômico para o país, pois gera abertura de vagas, assim está gerando novos consumidores. É a oportunidade de tais de se reabilitarem socialmente e psicologicamente. (HABER, 1998)

Com a geração de renda, passam assim a consumir, sendo assim oportunidades de criar mais, serviços e ambientes que vão atender as suas necessidades específicas, e além de ser uma grande oportunidade para as empresas gerando um crescimento econômico no país.

O objetivo principal deste é fazer compreender, destacando um problema e ao mesmo tempo observando as mudanças em torno do mesmo, e a necessidade de impor melhorias ao processo visando por completo a integração, inclusão e socialização do portador de deficiência ao mercado de trabalho.

O mesmo tem como foco a base teórica destacando a evolução dos tempos, fazendo-se compreender e ao mesmo tempo destacar a necessidade de melhorias e a importância que tem a socialização e inclusão do portador com deficiência ao mercado de trabalho, permitindo-lhes uma melhor qualidade de vida frente a sociedade a qual eles possam pertencer.

1.2 FORMULAÇÕES DO PROBLEMA

A exigência legal e contratação de portadores de necessidades especiais atende a demanda de profissionais?

As empresas contratam portadores de necessidades especiais além da exigência legal?

Os profissionais portadores de necessidades especiais são internalizados de forma satisfatória nas organizações?

1.3 JUSTIFICATIVA

Há alguns anos antes da Lei de Cotas para empresas, os profissionais portadores de necessidades especiais conseguiam ingressar no mercado de trabalho através de ações governamentais ou eram terceirizados por associações ou ONGs.

A contratação destes possui uma grande importância para a economia do Brasil, pois, estes profissionais podem contribuir na geração empregos, porém, não é só apenas um salário, e sim, a dignidade para eles, dando oportunidade de se reabilitar.

A introdução dos mesmos no mercado de trabalho foi demorada, porém, a cada dia foram se conscientizando que para ganharem seu espaço, precisavam se qualificar cada vez mais para serem respeitados, reconhecidos e não introduzidos apenas para cumprimento de Lei e por lástima.

Essa introdução traz vários pontos positivos para o indivíduo e também á sociedade.

Para eles vem à inserção de sentimento de cidadão ativo, produtivo, vem o respeito por si, relacionamentos interpessoais, desenvolvimento intelectual, fazer novos amigos, melhora o relacionamento até no convívio familiar, dando oportunidades e trazendo sentimento de integração aos grupos sociais e profissionais.

No ambiente corporativo é uma grande oportunidade para humanizar mais a empresa e enriquecer o ambiente com visões e experiências diversificadas, vez que todos os colaboradores serão estimulados a conhecer e respeitar as diferenças. O grande problema é que nem sempre acontece da maneira certa, as leis nem sempre são respeitadas, não há estrutura para atender os diferentes, tudo isso é alimentado pela não fiscalização e punição das contravenções no que tange a lei.

1.4 OBJETIVOS

Dos objetivos temos o objetivo geral e objetivos específicos.

1.4.1 Objetivo geral

Analisar se há inclusão social no mercado de trabalho dos portadores de necessidades especiais e se está sendo atendida conforme o proposto pela Lei. Se houver, verificar como tem sido feita.

1.4.2 Objetivos específicos

Observar como os portadores de necessidade especiais são inseridos nas organizações.

Sugerir uma política de inclusão dos portadores de necessidades especiais nas organizações.

Identificar as vantagens deste processo.

Levantar dados estatísticos já realizados pelo Censo Demográfico IBGE.

1.5 METODOLOGIA

Dentre as metodologias temos os métodos de abordagem e as técnicas de pesquisas.

1.5.1 Método de abordagem

Serão utilizados métodos indutivos, métodos históricos, métodos comparativos.

1.5.2 Técnicas de pesquisa

Técnicas que serão utilizadas para a coleta de dados e para a análise dos mesmos são: revisão bibliográfica, análise de conteúdo, pesquisa documental;

2 EMBASAMENTO TEÓRICO

As pessoas portadoras de deficiência são dotadas de algum tipo de deficiência de uma estrutura ou função psicológica ou anatômica que gere incapacidade para desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999). Ainda neste decreto-lei, encontra-se a definição para eficiência permanente, como sendo aquela que ocorre ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos. E, por fim, conceitua-se incapacidade como uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptáveis, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

De modo geral, as pessoas com deficiência são consideradas dependentes dos cuidados de outros, incapazes de estudar e trabalhar isenta dos deveres normais e, acredita-se, necessitadas de cura, tratamento, reabilitação, habilitação. Os termos utilizados ao longo da história evidenciam a associação equivocada entre deficiência, principalmente intelectual, e incapacidade: inválido, anormal, especial, excepcional, imbecil, débil, mongolóide, atrasado, treinável, adestrável e outros. (PASTORE, 2001)

Vale destacar que o portador de necessidades especiais são seres humanos que pensam, recriam, tem seus próprios sentimentos e suas igualdades frente à sociedade.

Entretanto, muitos problemas que afligem a vida dos portadores de deficiência têm origem na sociedade. Uma parte da redução da capacidade de andar, pensar, aprender, falar ou ver se está ligada às limitações que possuem, é verdade. Mas uma boa parte decorre das barreiras que lhes são impostas pelo meio sociais (COVEY, 1998). Uma realidade que necessita ser bem analisada pelas pessoas, visando realmente impor melhorias na qualidade de vida dos portadores de necessidades especiais.

O exercício dos direitos civis dos portadores de deficiência no mercado de trabalho implica custos que não existem na maioria dos casos da incorporação de membros de outras minorias. Para empregar um negro, por exemplo, as empresas têm as mesmas despesas para recrutar e empregar um branco. Mas para empregar um portador de deficiência, há custos de adaptação que não podem ser ignorados. (PASTORE, 2001)

No campo de trabalho, os portadores de necessidades especiais são vistos como geradores de custos que levam muitas empresas a evitá-los. Por isso, a sua inserção depende não só da sua superação de preconceitos, mas também da viabilização econômica de sua adaptação. E depende ainda de os empregadores ganharem experiência e de descobrirem as vantagens comparativas derivadas do trabalho deles. Na verdade, visa-se basicamente o ganho e o retorno, esquece que uma contratação de um portador pode significar muito para o ser humano ali em questão. Um fato que precisa ser bem trabalhado pelas empresas, buscando em sua essência criar meios e recursos que possam favorecer a vida das pessoas, proporcionando assim, melhor qualidade de vida.

O reconhecimento dessa realidade oferece uma importante lição. A absorção dos portadores de necessidades especiais no ambiente de trabalho exige um conjunto de forças que vai muito do mero direito, garantindo por uma lei civil que busca banir a discriminação.

Forçar demais, especialmente, em condições irreais pode levar os empresários a usar subterfúgios para não empregar ou, o que é pior, admitir por obrigação, marginalizando o portador de deficiência no local de trabalho, e criando contra ele um estigma mais forte do que tinha antes de trabalhar. Na verdade, isso tem frustrado muitos portadores de necessidades especiais que esperavam grandes progressos nas suas vidas pela simples razão de serem tratados pela lei civil como membros de uma minoria que não pode ser discriminada. (PASTORE, 2001)

Tal fato é muito corriqueiro e somente prejudica a vida dos portadores de necessidades especiais. O pior em toda a dimensão do assunto é justamente o preconceito em torno dessas pessoas, que acaba prejudicando a sua vida familiar e social.

Tem o sistema de reservas de mercado para emprego de portadores de necessidades especiais (cotas) que existe na grande maioria dos países. Ele é definido de acordo com o tamanho da empresa. As empresas privadas com mais de 100 funcionários tem que preencher de 2% a 5% de empregados portadores de necessidades especiais, sendo de 100 a 200 funcionários contendo 2%, de 201 a 500 funcionários contendo 3%, de 501 a 1000 funcionários, contendo 4% e acima de 1000 funcionários contendo 5% de portadores de qualquer tipo de deficiência. (CASAL, 2012). No entanto, essa questão na verdade não funciona de forma abrangente e concreta, ou seja, a maioria das empresas ainda não trabalha dessa forma, não incluem no seu quadro de pessoal, pessoas com deficiências (portadores de necessidades especiais) mesmo sabendo que estão cumprindo a lei. E como nada de concreto é feito para o cumprimento da lei, as coisas continuam sendo conduzidas da mesma forma.

Faz parte da postura ética de uma empresa buscar trazer a diferença para dentro da organização, combatendo o preconceito e reconhecendo a igualdade. Assim estão valorizando a diversidade, com positividade na integração social que destaca a riqueza de talentos e capacitação de cada pessoa.

Não se trata, portanto, somente de contratar pessoas portadoras de necessidades especiais, mas também de oferecer possibilidade de mostrar seu trabalho e sua capacidade.

Por isso, é necessário assegurar as condições de interação de tais com os demais funcionários da empresa e com todos os parceiros e clientes com os quais vai manter relacionamento.

2.1 EVOLUÇÕES HISTÓRICAS E SOCIAIS DOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS

De acordo com as pesquisas em nossa sociedade atual pouco se conhece sobre o histórico dos portadores de necessidade especiais, porém conhecer essa evolução nos proporciona rica reflexão a respeito de valores.

Antes do início da colonização portuguesa, nas tribos indígenas tradicionais, as crianças que nasciam com deficiência, já eram de imediato rejeitadas, pois as pessoas acreditavam que as crianças nascendo assim poderiam amaldiçoar toda a tribo, entendiam como castigos dos deuses assim abandonavam os recém-nascidos, nas matas ou até mesmo as atiravam das montanhas, sacrificando-as. (FIGUEIRA, 2008)

Tal fato caracteriza-se pela falta de conhecimento da realidade, em que se acreditavam em um fato e dele conduziam a sua rotina interna em meio ao assunto.

“Na Idade Média (século V a XV), com o Cristianismo e a igreja Católica, a pessoa com deficiência não podia mais ser exterminada, pois aos olhos de Deus todos tinham direito à vida. Então, as pessoas não morriam, mas eram escondidas em suas casas” (BHATE; CONTRI; IGNARRA, 2009).

Diante desta situação, nota-se, mais uma vez, a discriminação das pessoas com deficiência, sendo conduzidas de forma errada, ficando escondidas em suas casas, sem o direito a sua liberdade.

Na Idade Moderna (século XV ao século XVIII), o Renascimento trouxe grandes avanços, e melhorias na qualidade de vida dos portadores de necessidades especiais, a indústria mecânica veio com as cadeiras de rodas, próteses de pernas, teve também alternativa das escritas para os cegos e da comunicação para os surdos (BHATE; CONTRI; IGNARRA, 2009).

Com o passar dos tempos a realidade vem sendo conduzida de forma abrangente, as pessoas começam a conscientizarem-se da realidade, e passa a impor melhorias aos portadores de necessidades especiais, vem introduzindo formas diversas que podem auxiliar diretamente na vida das pessoas, criando recursos que são de grande valia, tornando a vida deles mais fáceis, e assim, impondo melhorias em sua qualidade de vida.

E acontece que as doenças genéticas deixam de ser causas únicas de deficiência, pois o trabalho muitas vezes proporciona condições precárias e é onde se tem muitos acidentes de trabalho, ocasionando a deficiência.

Uma situação que aos poucos foi sendo trabalhada e analisada, impondo mudanças cabíveis a essa realidade e assim, criando meios de proporção que fazem a diferença na vida dos portadores de necessidades especiais.

No século XIX, com tantas mudanças, o mundo olhou mais para os portadores de necessidades especiais, assim então surgiram hospitais, abrigos, e também, estudos sobre cada qual. Alguns exemplos de instituições fundadas: Sociedade Pestalozzi, em 1932; Instituto de Cegos Padre Chico, em 1928; Instituto Santa Terezinha, em 1929; Lar Escola São Francisco, em 1943; Associação de Assistência à Criança Defeituosa - AACD, em 1950. Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais - APAE, em 1954; entre outras (FIGUEIRA, 2008).

Estas instituições foram somente o começo de um trabalho intenso que perdura aos dias atuais, uma realidade que a cada dia vem sendo trabalhada, criando direitos, que vem

favorecendo essa classe social, e assim, melhorando a vida dessas pessoas, que necessitam ainda mais de melhorias, mesmo porque nem todos têm condições financeiras de se subsidiar sozinho, sendo necessário o auxílio de pessoas de fora, e diante dessa realidade, é importante destacar que as mudanças vem sendo formalizadas, mesmo que na prática não aconteçam de forma correta, mais que ganhou grandes recursos, e que veio atender uma grande parcela da população que tem necessidades especiais.

E como já sabemos, daí em diante o Brasil vem em constante evolução, somos um país onde temos protestos e movimentos, a cada dia buscam-se melhoras, tanto na inclusão dos portadores de necessidades especiais na sociedade em geral, como nas escolas, nas universidades e também no mercado de trabalho.

2.2 TIPOS DE DEFICIÊNCIA

Como nós sabemos, existem vários tipos de deficiência. Elas podem ter origem genética, má formação na gestação, doenças, acidentes, imprudência no trânsito, lesões, entre outros.

A pessoa especial pode portar deficiência física, deficiência mental, deficiência auditiva, deficiência visual ou deficiência múltipla.

2.2.1 Deficiência Auditiva

Claramente a deficiência auditiva é tão importante quanto às outras, porém é o primeiro sentido a ser apurado. Ela pode trazer limitações aos seus portadores, pois como sabemos a audição é essencial para a linguagem falada.

Segundo Ricardo Tadeu Marque da Fonseca (2009), são consideradas surdas, para fins do Decreto nº5.296/04, pessoas com perda auditiva de 41db(quarenta e um) em ambos os ouvidos, com medição obtida nas frequências de 500Hz a 3000Hz. Logo, é aquela pessoa que tem severa perda auditiva que dificulta sua comunicação efetivamente.

Na realidade, trata-se da falta de audição, seja advinda do seu nascimento, ou mesmo, com o passar do tempo ocasião em que as pessoas perdem a audição. Em conformidade ao assunto, vale destacar que a audição tem um papel crucial e decisivo no desenvolvimento e na manutenção da comunicação do ser humano, trata-se em sua essência de uma forma de defesa e de alerta, onde as pessoas podem se expressar por meio da linguagem falada, obtendo de certa forma maior facilidade para expressar-se, e de se fazer entender.

Têm-se quatro tipos de deficiência auditiva, como: deficiência auditiva sensorial neural que vem de uma perda na recepção do som, por algumas lesões nas células da orelha interna ou nervo auditivo. Tal deficiência é irreversível, podendo ser hereditárias ou causadas por traumas físicos, prematuridade, caxumba, entre outros. A deficiência auditiva central não necessariamente é acompanhada de diminuição de sensibilidade auditiva, mas se manifesta por diferentes graus de dificuldades de compreensão das informações sonoras. A deficiência auditiva condutiva vem de qualquer interferência na transmissão do som, desde o condutor auditivo externo até a orelha interna. Na sua maioria, podem ser corrigidas com tratamentos clínicos ou cirúrgicos. (CRUZ, Fundação Osvaldo. 2015)

Mesmo com a diferenciação escolar e profissional, a pessoa portadora de deficiência auditiva deve ter um intuito de mudanças no mercado de trabalho, a sociedade deve ter a capacidade de comunicação com tais, buscando sempre aprender seus sinais. As empresas devem incluir em seus treinamentos para assim possibilitar melhor a convivência não apenas dos colegas de trabalho, mas também da empresa com seus clientes portadores de deficiência auditiva, sendo uma socialização e também uma diferenciação de mercado, buscando, assim, um crescimento em seus lucros devido ao aumento de sua clientela.

2.2.2 Deficiência Mental

2.2.2.1 Deficiência mental conforme o Decreto nº 5296/04 art. 5, § 1º, I, d

O funcionamento intelectual significativamente inferior à medida, com manifestações antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: comunicação; cuidado pessoal; habilidades sociais; utilização dos recursos da comunidade; saúde e segurança; habilidades acadêmicas; lazer e trabalho.

A deficiência mental na realidade vem apontar problemas que se situam no cérebro do ser humano que lhe causa uma baixa produção de conhecimento, o que vem provocar no mesmo, dificuldades de aprendizagem e até mesmo de um baixo nível intelectual. Tal aspecto é de difícil controle, porque tem dias que a pessoa está bem em outros não muito fica agitada com a situação, sendo necessário um pouco de conhecimento para lidar com essa realidade, e muita paciência para conduzir o paciente (pessoa com deficiência mental) a sua realidade do dia a dia.

A grande parte da deficiência mental aparece na fase da infância, onde ela possui dificuldades de aprendizado, problemas na fala, por ter um baixo nível mental. Dentre as causas mais comuns da deficiência mental é a genética. Temos como exemplo a Síndrome de Down ou a fenilcetonúria (BARBOSA, 2010).

Segundo Ana Lúcia Santana (2010, p.2): é importante não confundir deficiente mental com doença mental. O portador de necessidades especiais mantém a percepção de si mesmo e da realidade que o cerca, sendo capaz de tomar decisões importantes sobre sua vida. Já o doente mental tem seu discernimento comprometido, caracterizando um estado da mente completamente diferente da deficiência mental, embora 20% a 30% dos deficientes manifestam algum tipo de ligação com qualquer espécie de doença mental, tais como síndrome do pânico, depressão, esquizofrenia, entre outras. As doenças mentais atingem o comportamento dos pacientes, pois lesam outras áreas cerebrais, não a inteligência, mais o poder de concentração e humor.

Em meio ao fato, vale destacar que a deficiência mental está entre as síndromes consideradas anormais, é importante definir o que é normal para os especialistas, que padrões referenciais eles adotam para estabelecer a presença deste problema no paciente, na verdade ele tem conhecimento da realidade e toma decisões por si mesmo. Por outro lado, já a doença mental apresenta um discernimento com maior comprometimento, sua mente apresenta formas diferentes de deficiência que em alguns casos são de grande proporção e pode afetar outras pessoas a sua volta.

São formas diferenciadas que requer cuidados mediante a sua complexidade, visando impor melhor qualidade de vida ao paciente ali em questão.

2.2.3 Deficiência Física

A deficiência física refere-se ao comprometimento do aparelho locomotor que compreende o sistema ósteo-articular, o sistema muscular e o sistema nervoso. As doenças ou lesões que afetam quaisquer desses sistemas, isoladamente ou em conjunto, podem produzir quadros de limitações físicas de grau e gravidade variáveis, segundo os segmentos corporais afetados e o tipo de lesão ocorrida. (DEFICIÊNCIA..., 2015)

Na deficiência física podem-se obter alterações completas ou parciais de uma ou mais partes do corpo humano. Como alguns tipos, temos a lesão cerebral, lesão medular (tetraplegia, paraplegia), miopatias (distrofias musculares), amputações, lesões nervosas periféricas, lesões por esforços repetitivos (L.E.R), entre outros. Como grandes causas,

podemos citar a paralisia cerebral, hemiplegias, lesões medular, amputações, más formações congênitas. (DEFICIÊNCIA..., 2015)

A deficiência física em sua forma mais simples trata-se de alterações diversas na forma física do ser humano, a qual vem a comprometer a sua forma física, dificultando assim, o seu melhor desempenho em meio às funções. É uma realidade que acomete as pessoas, que causam transtornos, mas que quando bem administradas por quem está à volta do paciente pode lhe proporcionar uma melhor qualidade de vida.

O fato é que a deficiência física vem na verdade comprometer o aparelho locomotor do ser humano. As lesões que afetam e que podem comprometer as suas limitações em função do grau de gravidade da sua deficiência, causa-lhe transtornos e muita dificuldade no seu cotidiano. Diante dessa situação, é necessário o apoio familiar para que o paciente com deficiência física possa conseguir organizar-se e viver de forma abrangente em meio a sociedade a qual ele pertence, superando obstáculos e conseguir desenvolver-se diante da sua realidade.

2.2.4 Deficiência Múltipla

Deficiência múltipla é quando se obtém a associação de duas ou mais deficiências primárias, que são mental, visual, auditiva e/ou física. Como exemplo tem-se:

- surdocegueira: da qual se obtém a deficiência auditiva e deficiência visual, criando grandes barreiras, pois necessita de maiores necessidades especiais de comunicação;
- múltipla deficiência sensorial: que implica na deficiência auditiva ou deficiência visual vinculada a outras deficiências como mental e/ou física e/ou distúrbios neurológicos, distúrbios emocionais, entre outros.

Várias podem ser as causas que envolvem a deficiência múltipla, de ordem sensorial, motora e linguística. Podem ocorrer durante o pré-natal, peri natal e pós-natal. Principais causas: a falta de oxigênio, sarampo, caxumba, rubéola materna, glaucoma, traumatismos (acidentes), casamentos consanguíneos, tumor cerebral, entre outros. (DEFICIÊNCIA..., 2015)

2.2.5 Deficiência Visual

Segundo critérios estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o indivíduo com baixa visão ou visão subnormal é aquele que apresenta diminuição das suas respostas visuais, mesmo após tratamento e/ou correção óptica convencional, e uma acuidade visual menor que 6/18 à percepção de luz, ou um campo visual menor que 10 graus do seu ponto de fixação, mas que usa ou é potencialmente capaz de usar a visão para o planejamento e/ou execução de uma tarefa (SALOMON, 2000)

A deficiência visual acontece em uma situação irreversível, comprometendo parcialmente ou totalmente a visão que vai de 40% a 60%, das quais não são consideradas deficiências visuais as pessoas que possuem astigmatismo, miopia ou hipermetropia, pois essas podem ser corrigidas com cirurgias, lentes ou óculos. (DEFICIENTES..., 2015)

A deficiência visual pode ser classificada em: baixa visão (leve, moderada ou profunda), próximo à cegueira (ainda visualiza sombra e luz) e cegueira (é inexistente qualquer foco de luz) (AMPUDIA, 2011).

A deficiência visual caracteriza-se basicamente pela dificuldade que as pessoas têm de enxergar. Em meio ao assunto, destaca-se que a deficiência visual refere-se à perda ou mesmo à redução da capacidade visual nos olhos, podendo ser em caráter definitivo em que a pessoa perde a visão por completo ou não, mas quando utiliza recursos como lentes ou tratamento, ela pode enxergar. Também há a deficiência visual advinda do nascimento, onde a criança

nasce cega, podendo a vir enxergar com o tempo ou mesmo permanecer cega, diante do caso em questão.

2.3 COMO NOS PORTAR, REFERIR-NOS E TRATAR OS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS

As pessoas portadoras de necessidades especiais possuem características semelhantes, mas nem sempre são assim. Precisam ser tratados com equidade e não com piedade, pois assim se sentirão piores, devemos ter naturalidade e entender suas limitações, cumprimentá-las normalmente, evitar superproteção, oferecer oportunidades, oferecer ajuda, mas sem insistir, porque nem sempre eles precisam de ajuda, não se deve subestimar suas inteligências, por mais que seu tempo seja diferente, podem ter muitas habilidades e conhecimentos, falar claramente, não gritar, ser expressivo. Os lugares reservados às pessoas portadoras de necessidades especiais não estão aí por acaso, devem ser respeitados.

Lembrando que seus acessórios utilizados como cadeiras de rodas, muletas, bengalas fazem parte do seu espaço. Aceite-as como elas são, porém, sem distinção.

As reações de algumas pessoas diante de muitas deformações produzem certas repulsas, e as reações iniciais para os portadores de necessidades especiais têm grande importância para seu relacionamento social, e as relações humanas costumam ser formadas em grande parte pela primeira impressão. E muitas pessoas destacam, em primeiro lugar, o atributo, referindo-se aos portadores de necessidades especiais como paráliticos, cegos, surdos etc. (PASTORE, 2001).

Mas é no mundo do trabalho que as tentativas de evitar as pessoas com necessidade especiais mais aparecem. Dentre os que podem trabalhar, é ainda comum a rejeição de profissionais qualificados pelo simples fato de serem portadores de alguma limitação – mesmo que não afete o desempenho no trabalho. É a desconsideração da eficiência e o enaltecimento a deficiência. Muitos empregadores dizem serem obrigados a pensar com a cabeça dos seus clientes, argumentando, por exemplo, que os frequentadores de restaurante, salão de beleza ou hotel não gostam de interagir com “pessoas diferentes”. Com base nisso, procuram se eximir da responsabilidade social nos campos de contratação de portadores de deficiência (PASTORE, 2001).

Diante dessa realidade, nota-se que mesmo diante de tantos programas direcionados a inclusão das pessoas com deficiência em meio à sociedade, ao trabalho, ainda é possível observar que tais preceitos não são concretos, existe na verdade um grande preconceito em torno do assunto, as empresas estão preocupadas em obter lucro acima de tudo, deixando de lado o fator ser humano. No caso das pessoas com necessidades especiais é maior a dificuldade, justamente porque elas possuem alguma lesão que vem dificultar o trabalho, e assim, as empresas preferem não incluí-las em sua rotina diária de atividades. E o problema continua sendo discutido de forma abrangente e sem muitas considerações práticas pela sociedade empresarial e civil.

A informação das pessoas, a conscientização da sociedade e o esforço das instituições sociais são imprescindíveis para ter uma melhor integração e reeducação de preconceitos na sociedade e no trabalho. Superar esses problemas são tarefas difíceis, exigem treinamento, educação e compreensão do lado dos portadores de necessidades especiais. (PASTORE, 2001)

(...) da sociedade moderna, espera-se um maior apoio para os portadores de deficiência superarem as suas limitações. Espera-se que ela descubra a enorme potencialidade que se materializa de forma criativa e produtiva no momento em que são removidas as barreiras que agravam as limitações dos portadores de deficiência.

Espera-se ainda uma atitude aberta de responsabilidade social a compartilhada por todos, portadores e não-portadores, pois, afinal, somos membros da mesma sociedade e nenhum de nós escolheu as condições que a vida nos impôs. (PASTORE, 2001)

O fato é que se almeja algo, para que os portadores possam se integrar a sociedade de forma abrangente, mas na prática ocorre o contrário. No entanto, hoje se busca melhorias de forma abrangente frente a essa questão, onde a sociedade necessita estar envolvida em meio ao assunto, visando impor melhorias que possam favorecer a vida dos portadores com necessidades especiais.

Antes de tudo é preciso reconhecer que o preconceito existe, e a empresa que incluir os portadores de necessidades especiais devem preparar sua empresa para recebê-lo, com informações, orientações ou até mesmo cursos como, por exemplo, de libras no caso de deficientes auditivos.

2.4 VANTAGENS EM CONVIVER COM A DIVERSIDADE

Somos todos diferentes, com características físicas, psicológicas, e culturais muito diferentes, e quando pensamos na história, mais e maiores diferenças são encontradas. Todavia, quando pensamos em uma pessoa com deficiência, essas diferenças vão além. As diferenças de uma pessoa com deficiência vêm carregadas de significados, de interpretações, que levam a construção de imagens, que por sua vez também estão carregadas de emoção impregnadas das vivências ou não, com uma pessoa com deficiência. Isso sem falar do medo que todos temos de adquirir uma deficiência ao longo da vida. (FERNANDES, 2011)

A sociedade propriamente dita, diz ter eliminado o preconceito, mas na verdade não ele existe de forma abrangente em nosso meio. A convivência com a adversidade traz-nos muitas vantagens, sabendo e impondo situações diversas que podem ser de grande valia a vida social, a aprendizagem ocorre de diversas formas, esse convívio pode impor crescimento e aprimoramento de habilidades em meio ao convívio social.

Uma empresa que valoriza a diversidade e a encara como algo positivo gera muitos benefícios, sendo capaz de captar, recrutar e contratar grandes talentos. Os portadores de necessidades especiais quando tem suas condições de trabalho garantidas, podem produzir muito além, melhorando a criatividade e inovação, trazendo para a empresa pessoas com idéias e visões diferentes sobre um mesmo problema e até mesmo soluções, assim proporcionam que os outros trabalhadores reflitam e se sintam motivados, podem até reduzir os custos de rotatividade de mão-de-obra.

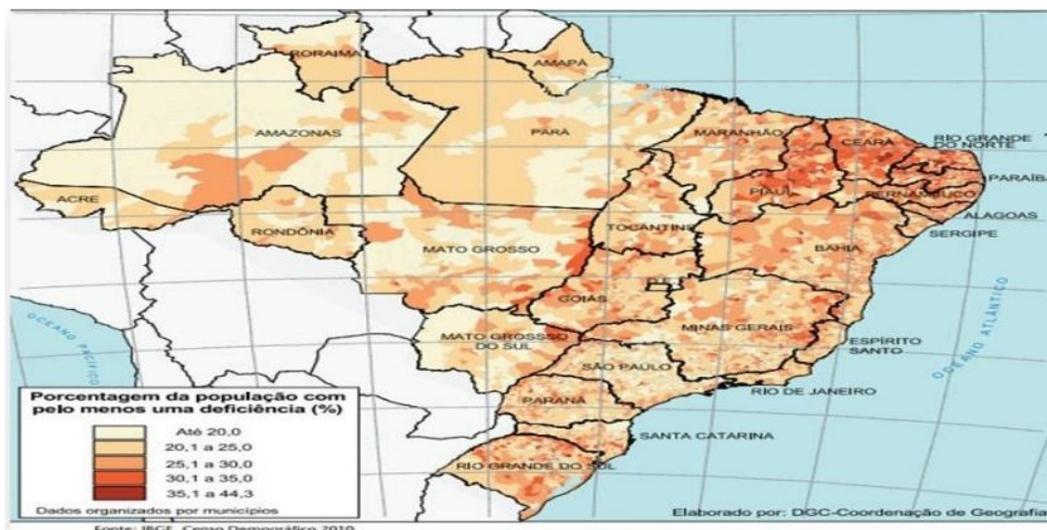
Além de determinação legal e motivação ética, a diversidade traz consigo a promoção da imagem e reputação da organização. Abre-se também um novo mercado, pois assim, aqueles portadores de necessidades especiais com sua remuneração participarão ativamente do mercado consumidor, trazendo o crescimento econômico do país. Eles passam a consumir mais e as organizações têm oportunidades de criar mais produtos, serviços e ambientes que vão atender as suas necessidades específicas.

Quando se planeja as contratações e se qualifica os profissionais a lei de cotas pode ser cumprida tranquilamente.

3 PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS E O MERCADO DE TRABALHO

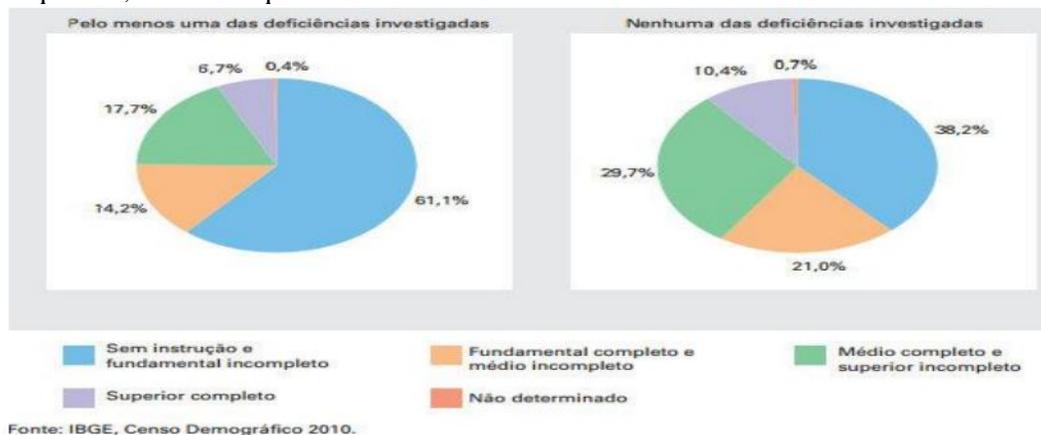
Os resultados do Censo Demográfico 2010 apontaram 45606048 milhões de pessoas que declararam ter pelo menos uma das deficiências investigadas, correspondendo a 23,9% da população brasileira. Dessas pessoas, 38 473 702 se encontravam em áreas urbanas e 7 132 347, em áreas rurais. A Região Nordeste concentra os municípios com os maiores percentuais da população com pelo menos uma das deficiências investigadas (IBGE, 2010).

A deficiência afeta uma grande parte da sociedade, e diante desse fato é necessário conhecimento e muita habilidade para conseguir superar obstáculos e atingir metas que foram traçadas. Em meio ao mercado de trabalho, é mais complicado, sendo necessário, muita habilidade para conseguir estar presente no mesmo.



Os resultados do Censo Demográfico 2010 mostraram diferenças significativas entre o nível de instrução das pessoas com pelo menos uma das deficiências investigadas e o daquelas sem alguma dessas deficiências. Enquanto 61,1% da população de 15 anos ou mais de idade com deficiência não tinha instrução ou possuía apenas o fundamental incompleto, esse percentual era de 38,2% para as pessoas de 15 anos ou mais que declararam não ter nenhuma das deficiências investigadas, representando uma diferença de 22,9 pontos percentuais. A segunda maior diferença em pontos percentuais foi observada para o ensino médio completo e o superior incompleto, sendo que percentual de população de 15 anos ou mais com deficiência foi de 17,7% contra 29,7% para as pessoas sem deficiência. Observou-se, ainda, que a menor diferença estivesse no ensino superior completo: 6,7% para a população de 15 anos ou mais com deficiência e 10,4% para a população sem deficiência. (IBGE, 2010)

Os resultados abaixo destacam essa realidade, apresentando de forma objetiva o fato em questão, relatando que:

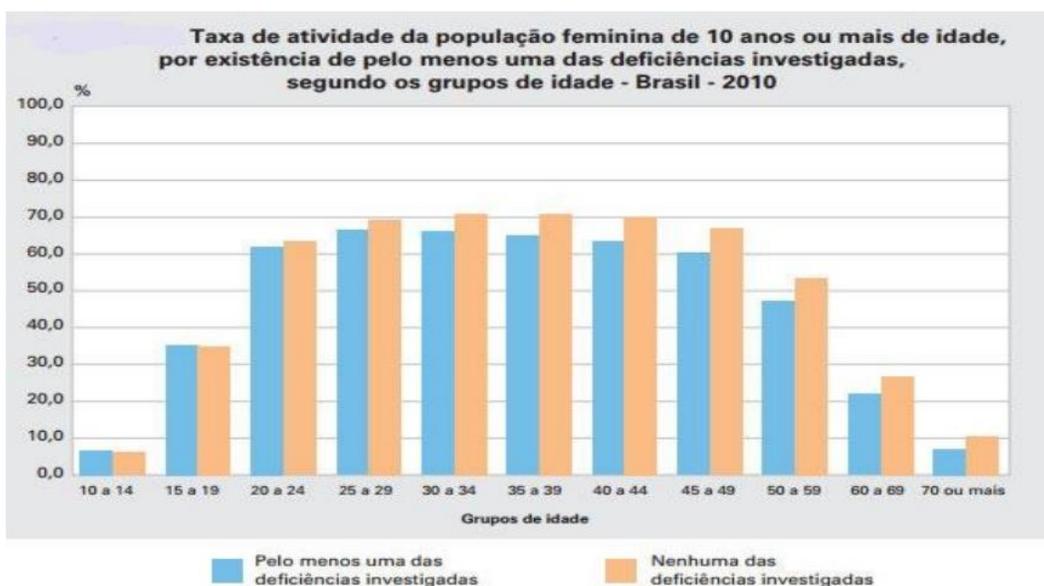


Considerando as taxas de atividade por sexo, observou-se que a condição de deficiência como fator limitante na inserção da pessoa com deficiência no mercado de

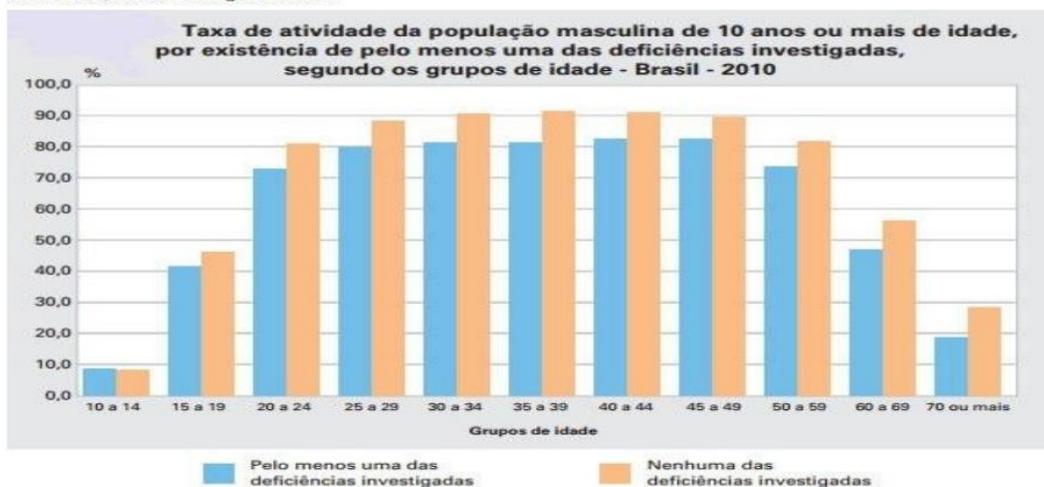
trabalho atinge mais a população masculina do que a feminina. Enquanto a diferença máxima entre as taxas de atividade das mulheres por condição de deficiência foi de sete pontos percentuais, para os homens essa diferença foi de aproximadamente dez pontos percentuais (IBGE, 2010).

Diante deste fator, nota-se que tais problemas afetam tanto o gênero masculino como o feminino. Em meio a essa adversidade de informações e ao contexto é possível certificar-se que tais situações criam empecilhos à sociedade portadora de deficiência, dificultando a sua integração no mercado de trabalho.

É na contextualização dos fatos uma realidade que precisa ainda ser bem analisada e trabalhada frente a sociedade civil e empresarial, com o objetivo principal de inclusão, para que se possa efetivar essas pessoas no mercado de trabalho, e assim, lhes proporcionar melhor qualidade de vida frente ao meio social ao qual cada um pertence.



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

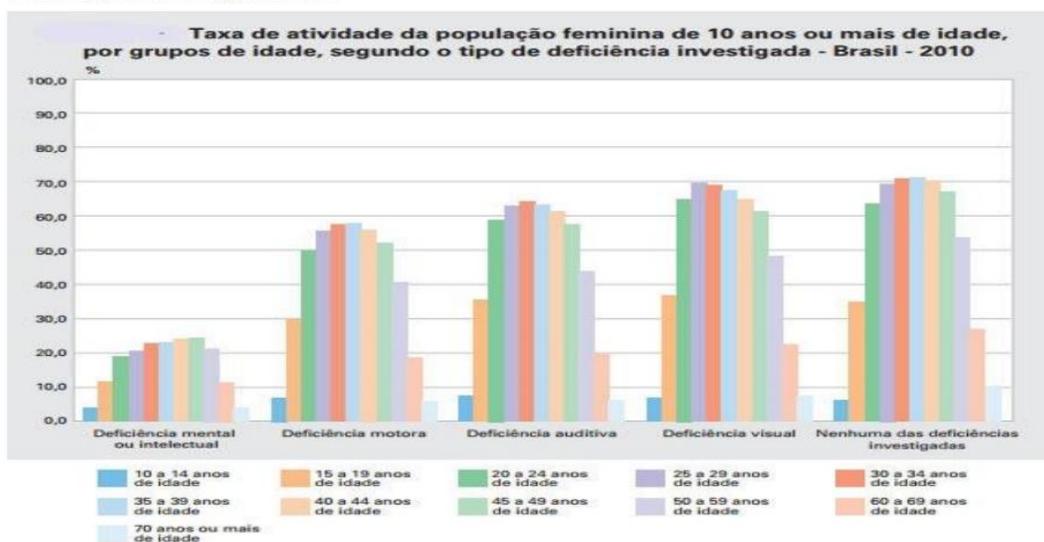
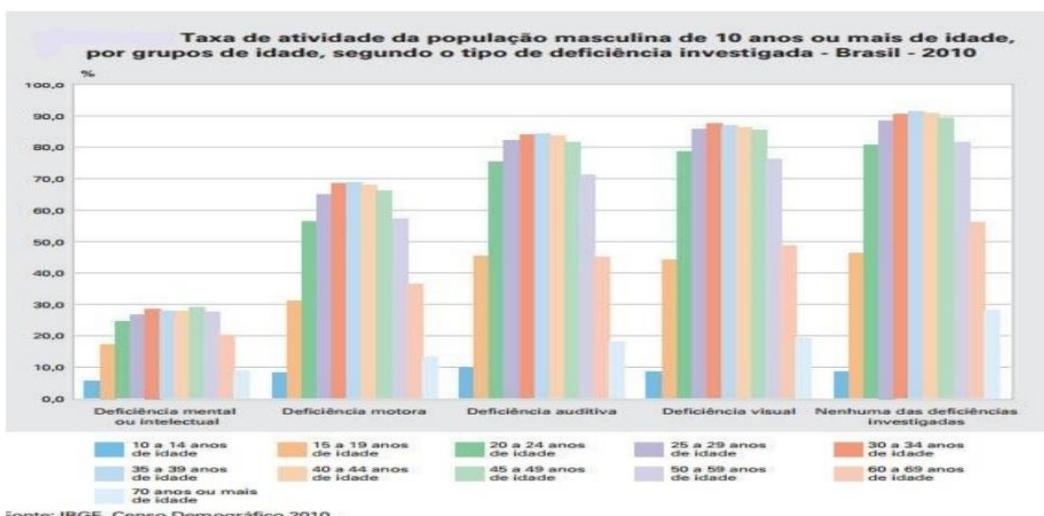


Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Comparando as taxas de atividade por tipo de deficiência investigada, observou-se que a deficiência mental ou intelectual exerceu uma maior influência sobre a participação na

força de trabalho tanto para o gênero masculino quanto para o feminino. A deficiência motora também atuou como um fator limitante, porém as diferenças entre as taxas de atividade de homens com deficiência motora e com deficiência auditiva foram maiores do que aquelas observadas para as mulheres de mesma condição. Mesmo sendo o tipo de deficiência que mais incidiu sobre a população, a deficiência visual exerceu uma menor influência na taxa de atividade, seguida da deficiência auditiva. Observa-se ainda que as taxas de atividade da população feminina com deficiência visual para as idades de 10 a 29 anos foi ligeiramente superior às taxas da população feminina sem nenhuma das deficiências investigadas (IBGE, 2010).

Em contexto geral, quanto maior o nível de deficiência maior a dificuldade dessa pessoa em se integrar ao mercado de trabalho, em se tornar ativo frente ao mesmo. As empresas conforme já descrito buscam crescimento, e em sua essência acreditam que os portadores com deficiência não condizem com a sua realidade, não tem nada a lhe oferecer, e assim, procuram não efetivá-los.

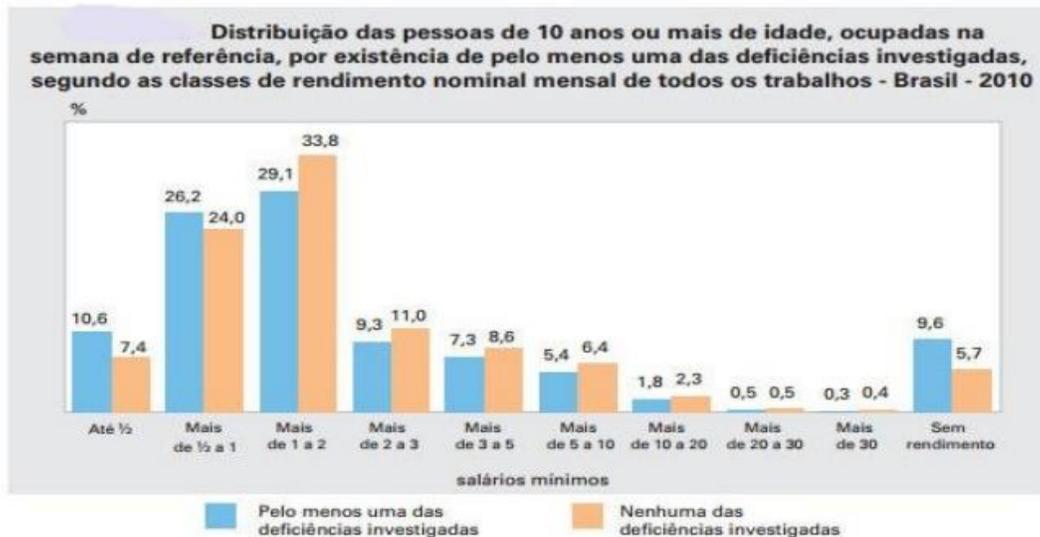


Considerando a posição na ocupação e a categoria do emprego no trabalho principal, verificou-se que a maioria das pessoas ocupadas com pelo menos uma das deficiências

investigadas era empregada com carteira de trabalho assinada (40,2%), embora com percentual menor do que o daquelas sem nenhuma dessas deficiências (49,2%). No caso das empregadoras, observou-se que o seu percentual na população ocupada com pelo menos uma das deficiências investigadas (1,8%) foi também menor do que o referente às pessoas sem qualquer dessas deficiências (2,1%). Em relação ao rendimento nominal mensal de trabalho percebido pelas pessoas de 10 anos ou mais de idade ocupadas na semana de referência, com pelo menos uma das deficiências investigadas, observou-se que 46,4% dessa população ganhavam até um salário mínimo ou não tinha rendimento, uma diferença de mais de nove pontos percentuais para população sem qualquer dessas deficiências (37,1%). As diferenças por existência de deficiência diminuem nas classes mais altas de rendimento. Ao adicionar a essa análise o tipo de deficiência, constatou-se que, para as pessoas ocupadas com deficiência mental, o maior percentual encontrava-se nas classes de mais de ½ a 1 salário mínimo de rendimento de trabalho (27,6%). Situação semelhante ocorreu para a deficiência motora, porém o percentual foi de 28,7%. (IBGE, 2010)

No entanto, não se pode generalizar a situação, algumas empresas têm feito a sua parte e tem feito a contratação de pessoas com deficiência, embora tal fato ainda não abranja todas as empresas, mas é um fato que aos poucos vem sendo bem trabalhado e obtendo com êxito a participação de empresas empenhadas, visando a melhoria e integração das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho.





Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Diante do aglomerado de informações em torno do assunto, vale destacar a importância do mesmo, a necessidade de se ter maior atenção com o assunto.

Existe em meio a este fator grande dificuldade de socialização, justamente pelo preconceito que é a maior promissor da desigualdade, pela qual enfrenta os portadores de necessidades especiais em meio ao mercado de trabalho. As dificuldades ocorrem de acordo com deficiência da pessoa, e assim, gera transtornos, justamente porque muitos não conseguem trabalhar com agilidade, têm dificuldades ao falar, andar, escrever, conversar, entre outras formas, e isso prejudica no meio de trabalho justamente porque os empresários acreditam que tal processo é perda de dinheiro e geração de problemas internos.

A evolução contida na vida das pessoas portadoras de necessidades especiais com o passar dos tempos foi em grande proporção, no entanto, ainda requer melhorias, existe a necessidade de ampliar tais aspectos, passando a cumprir de forma efetiva o que prevê a legislação em meio à contratação de portadores com necessidades especiais. São pessoas, que têm direitos e obrigações, necessita estar socializado, de buscar maior convivência em meio à sociedade. O trabalho por sua vez vem engrandecer essa relação de socialização em meio à sociedade a qual pertence.

Em meio ao assunto, destaca-se na Instrução Normativa o percentual a ser aplicado, previsto na legislação, deverá incidir sobre o número total de trabalhadores do empreendimento, quando se tratar de empresa com mais de um estabelecimento. Isto é de fundamental importância, pois aplicado o percentual da lei sobre o número de empregados de cada estabelecimento, individualmente, se encontra número muito aquém do que se alcançaria se considerado o grupo econômico. No entanto, ainda na prática não ocorre dessa forma, mesmo mediante as fiscalizações e o que prevê a legislação em torno do assunto.

O fato é que com o passar dos tempos os avanços foram ocorrendo, e a inclusão dos portadores de necessidades especiais na sociedade e até mesmo no mercado de trabalho, orientou na elaboração de políticas e leis na criação de programas e serviços voltados ao atendimento das necessidades especiais, sendo uma forma de impor melhorias nas condições de vida dessas pessoas, buscando de certa forma criar meios e mecanismos que possam gerar uma melhor qualidade de vida a sociedade portadora de necessidades especiais.

Algumas empresas atuais não têm o interesse de contratar pessoas com necessidades especiais, quando o fazem é justamente pela exigência legal que lhes são impostas. Na verdade, consideram somente o fator lucratividade, não estão preocupados com a inclusão ou

mesmo questões sociais que cercam a sociedade. O principal objetivo dos empresários é a maior produtividade a baixo custo e estes acabam esquecendo a função social da empresa, ou seja, subestimam a capacidade dos portadores de deficiência, e buscam apenas o lucro, mas deve ter o seu lado social. É uma das formas de exercitar essa função social, é em procurar ajudar aqueles menos favorecidos. Acreditam que tal aspecto na realidade dos fatos irá lhe proporcionar perdas e dificuldades no bom andamento de suas atividades normais. Um contexto que precisa ser melhor trabalhado, destacando em sua essência a importância e necessidade dos portadores estarem ativos no mercado de trabalho, sendo lhes uma forma abrangente de se sentirem capazes, de estar socializando, vivendo de forma concreta em meio a sociedade. A inclusão social traz grandes vantagens aos portadores de necessidades, isso porque lhe permite maior integração, contribui com a sua socialização, lhe permite ser útil, cria vínculos com outras pessoas, impõe-lhe uma melhor qualidade de vida frente ao contexto social ao qual faz parte. Além de que quando um portador de necessidades especiais entra para o mercado de trabalho ele estará participando ativamente do mercado consumidor, passando a consumir e tendo autonomia financeira, criando assim novas oportunidades para o mercado de implementar e inovar seus produtos de forma que vão lhe servir, tendo assim então um crescimento na economia no país.

Diante desse fato, destaca-se que a própria sociedade deve mudar suas estruturas e serviços oferecidos, abrindo espaços conforme as necessidades de adaptações específicas para cada pessoa com deficiência a serem capazes de interagir naturalmente na sociedade. Todavia, este parâmetro não promove a discriminação e a segregação na sociedade. A pessoa com deficiência passa a ser vista pelo seu potencial, suas habilidades e outras inteligências e aptidões.

No entanto, vale mencionar que essa inclusão dos portadores de necessidades especiais ao mercado de trabalho, de um modo geral é um assunto de grande proporção, onde grande parte das empresas não conseguem cumprir com as exigências da Lei de Cotas, ainda que estas declarem contratar, devido a pressão da referida Lei. Diante de tal fato, destaca-se que os problemas são de enorme extensão e afligem a vida dos portadores de deficiência que têm origem da sociedade. Uma parte da redução da capacidade de andar, pensar, aprender, falar ou ver está ligado as limitações que possuem, é verdade. Mas uma boa parte decorre das barreiras que lhes são impostas pelos meios sociais. Uma realidade que necessita ser bem analisada pela pessoas, visando realmente impor melhorias na qualidade de vida dos portadores de necessidades especiais.

Nota-se que as mudanças diante do assunto já foram amplas e vem impondo melhorias, por outro lado, ainda requer maior comprometimento da sociedade física e jurídica, passando a oferecer melhorias às pessoas que convivem com algum tipo de necessidade especial, dentro da sua capacidade. Necessariamente, não trata, portanto, somente de contratar pessoas portadoras de necessidades especiais, mas também de oferecer possibilidade de mostrar seu trabalho e sua capacidade. Por isso é necessário assegurar as condições de interação de tais com os demais funcionários da empresa e com todos os parceiros e clientes com os quais vão manter relacionamento. Uma vez que muitos dos portadores de necessidades especiais possuem grandes habilidades, pois, pelo fato de possuírem a deficiência agem de forma mais cuidadosa, com mais compromisso, eles vão querer se superar e mostrar que eles podem ir além do que a sociedade imagina, superando dificuldades, preconceitos, enfrentando as grandes barreiras, podendo até, de acordo com a situação, superar pessoas que não possuem a mesma dificuldade.

O fato é que se almeja algo, para que os portadores possam se integrar a sociedade de forma abrangente, mas na prática ocorre o contrário. No entanto, hoje se busca melhorias de forma abrangente frente a essa questão, onde a sociedade necessita estar envolvida em meio ao assunto, visando impor melhorias que possam favorecer a vida dos portadores com

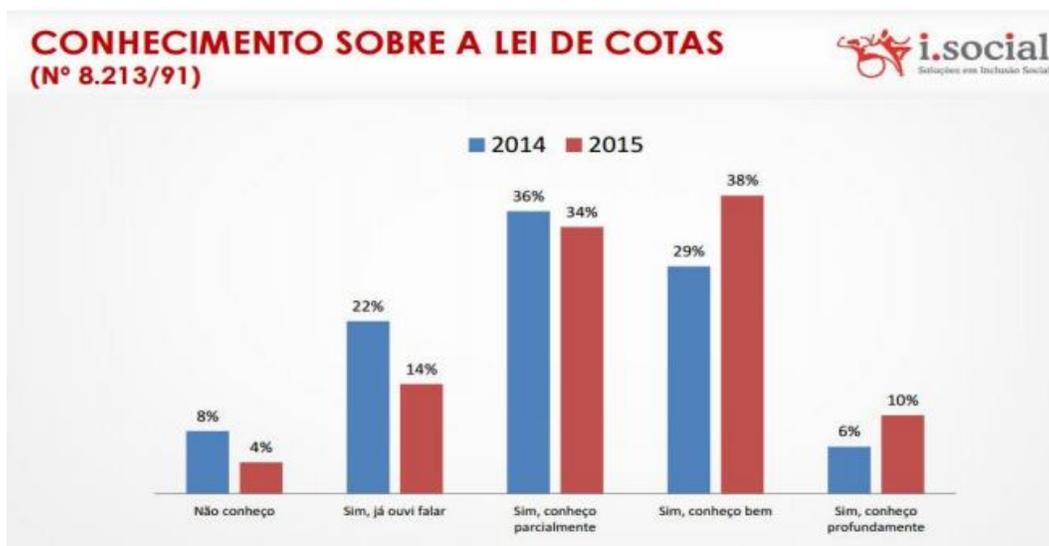
necessidades especiais. Antes de tudo é preciso reconhecer que o preconceito existe, e a empresa que ao incluir os portadores de necessidades especiais deve preparar para recebê-los, com informações, orientações, repassando dados mediante o seu grau de conhecimento, visando necessariamente integrar essa pessoa, e ao mesmo tempo ir socializando-o diante da rotina diária de atividades. O intuito principal é justamente contribuir com a qualidade de vida do portador de necessidades especiais.

Uma atividade abrangente e que necessita de amplas melhorias, mudanças e projetos que realmente venham contribuir com tal fato, sendo em sua essência aspectos de transformação que possa ampliar e dar maior suporte as pessoas portadoras de deficiência.

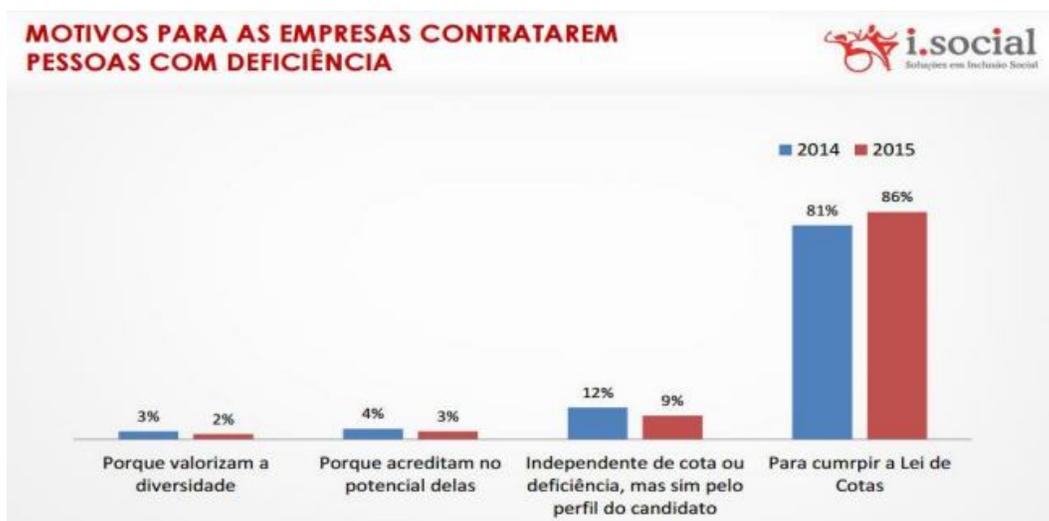


Os empresários devem abrir os olhos para os fatos e assim terem as portas para os portadores de necessidades especiais, eles não buscam informações e assim não se preparam para essa contratação. Então devem sempre estar atentos, buscando informações sobre as deficiências existentes, aprimorar os relacionamentos, eliminar preconceitos existentes, reorganizar sua estrutura física, oferecer aos seus colaboradores cursos, treinamentos, que vão lhes ajudar na eliminação destas barreiras, como conhecimento em libras para melhor comunicação.

Muitas pessoas não sabem lidar com a pessoa portadora de necessidade especial, mas isso é fácil de resolver, converse com ela, pergunte a ela como gostaria de ser tratada, facilitando assim o convívio.



São poucos os que conhecem profundamente sobre a lei de cotas, a maioria das pessoas conhecem, porém não sabem profundamente, sendo que todas as empresas devem saber e cumpri-las, acima de leis e normas, tendo visão social.



Este gráfico mostra algo muito preocupante, em pleno século XX temos pessoas que só pensam em si, com preconceito acima da média, dando um pequeno crescimento de 2014 para 2015 86% das empresas declaram que contratações de portadores de necessidades especiais são feitas apenas para cumprimento da lei de cotas.



Como fato, as grandes dificuldades para os portadores de necessidades especiais no mercado de trabalho em sua visão destacada e de que eles sempre encontram oportunidades ruins com 54% em 2015, pois muitas empresas contratam apenas pelo cumprimento da lei de cotas, não oferecendo oportunidades para mostrarem seus grandes talentos e habilidades, enquanto que para os entrevistados de RH relatam que como principal barreira é a acessibilidade com 62% em 2015.

As empresas realmente devem buscar a inclusão dos portadores de necessidades especiais. Sabemos que existem muitos deficientes desqualificados, mas é aonde as empresas devem dar apoio, incentivos, oferecendo cursos treinamentos, pegar aqueles que possuem sonhos e torná-los reais. Empresas assim têm sua diferenciação no mercado, tem uma boa imagem, com uma percepção de inclusão, podendo ir além, dando também grandes exemplos para outras empresas e para a sociedade.

CONCLUSÃO

Ao término deste, é possível compreender a grande dimensão do assunto, sendo que as pessoas que possuem alguma deficiência têm estado com maior grau de dificuldade para conseguir superar obstáculos e permanecer ativa no mercado de trabalho.

Este veio aprimorar o conhecimento frente aos fatos, despertando o interesse pelo assunto, observando a sua dimensão e proporção, destacando que o problema existe e que é necessário maior investimento e programas ativos de ordem geral para eliminar o problema e assim, impor melhor qualidade de vida a sociedade portadora de alguma deficiência.

Diante dos relatos, fica claro que com o passar dos anos a realidade em torno do assunto foi sendo melhor trabalhada, o problema foi sendo analisado e impondo mudanças em termos gerais visando impor melhorias. A legislação atuou diante do assunto, como forma de contextualizar a realidade vivenciada por essas pessoas, e assim, aos poucos as mudanças foram sendo introduzidas. No entanto, é importante destacar que ainda requer melhorias, mais projetos, programas, apoio da sociedade física e empresarial, que passem a atuar de forma ampla e objetiva frente ao assunto, para que se possa efetivar e garantir de forma concreta a participação do deficiente no mercado de trabalho e em meio à sociedade.

O contexto em questão veio justamente esclarecer essa realidade, ressaltando o que já foi feito em torno do assunto, as mudanças auferidas, destacando que ainda existe o preconceito diante dessa questão.

O deficiente, seja qual for a sua forma de deficiência, é um ser humano que precisa de cuidados e que precisa estar integrado ao seu meio social, seja por meio de integralização da família ou mesmo do grupo ao qual essa pessoa pertence. O mercado de trabalho é abrangente e dando essa oportunidade a essas pessoas estará garantindo-lhes uma melhor qualidade de vida. É uma realidade que ainda merece maior atenção e principalmente a participação de todos (empresa e sociedade) para que o problema possa ser eliminado, visando a restauração e integração das pessoas com deficiência frente ao convívio social e empresarial.

Tem-se uma grande falta de informação sobre a inclusão dos portadores de necessidades especiais no mercado de trabalho, porém é considerado grande dificuldade de trocar estas informações com os empresários que fecham os olhos para o problema em si, fechando assim as portas para pesquisas e diálogos a respeito do assunto, talvez por não possuírem informações necessárias ou por não trabalharem e buscarem soluções para o problema.

O trabalho em questão veio justamente despertar esse interesse, se fazendo compreender, analisar os fatos, observar a dimensão do relato, destacando pontos relevantes e mudanças auferidas a essa realidade, sendo em sua essência um foco de transformação, que possa ser e agir de alerta ao mundo em que se vive, buscando restaurar e aprimorar o conhecimento diante de tal fato, buscando entendimento e acima de tudo recursos que possam ser de grande valia para a sua vida pessoal e profissional.

A realização deste veio confrontar a teoria em meio à prática atual, podendo compreender o quanto é importante a integralização das pessoas com deficiência em meio ao seu convívio social e profissional, buscando abrir portas e assim, favorecer a essa classe que merece maior apoio frente ao seu convívio social.

A integração, inclusão e socialização do portador com deficiência ao mercado de trabalho é uma necessidade, visando impor melhorias a sua qualidade de vida, sendo na verdade uma forma de fazer com que essas pessoas se sintam capazes e que tenham vontade de estar em meio à sociedade, obtendo a oportunidade de estarem ativas e se sentirem capazes diante da sua realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMPUDIA, Ricardo. O que é deficiência múltipla? 2011. Disponível em: <<http://revista.taescola.abril.com.br/formacao/deficiencia-multipla-inclusao-636396.shtml>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. O que é deficiência visual? 2011. Disponível em: <<http://revista.escola.abril.com.br/formacao/deficiencia-visual-inclusao-363416.shtml>>. Acesso em: 01 out. 2015.

BARBOSA, Jorge Nunes. O que é deficiência mental: causas e diagnósticos. Disponível em: <[HTTP://indianopolis.com.br/si/site/1153#frequencia](http://indianopolis.com.br/si/site/1153#frequencia)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

BATHE, Rafael; CONTRI, Tabata; IGNARRA, Carolina. Inclusão. São Paulo: Qualitymark, 2009.

CASAL, Marcelo. Lei que regula a contratação de pessoas com deficiência completa anos. 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/07/lei-que-regula-a-contratacao-de-pessoas-com-deficiencia-completa-21-anos>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

CRUZ, Fundação Osvaldo. Conceitos de deficiência auditiva. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/biosecuranca/Bis/infantil/deficiencia-auditiva.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

COVEY, M.C. Síndrome dolorosa neofaxinal pós-traumático, Rhys Med. Rehabil. 1998.

DEFICIÊNCIAS, legislação brasileira sobre pessoas com. 7ª ed. Brasília: Editora Câmaras, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/acessibilidade/legislacao-pdf/legislacao-brasileira-sobre-pessoas-portadoras-de-deficiencia>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

FERNANDES, Deise. Conviver com pessoas com deficiência, 2011. Disponível

- em:<<http://www.bengalalegal.com/conviver-com-pcd>>. Acesso em: 15 ago. 2015.
- FIGUEIRA, Emilio. Caminhando em silêncio: uma introdução a trajetória das pessoas com deficiência na história do Brasil. São Paulo: Giz Editora, 2008.
- FÍSICA, Deficiência. Disponível em: < <http://www.deficientesemacao.com.br/deficienciafisica>>. Acesso em: 09 out. 2015.
- FONSECA, Ricardo T. M. da. O trabalho da pessoa com deficiência. São Paulo: LTR., 2009.
- HABER, Jaques; SHWARZ, Andrea. Cotas: como vencer o desafio da contratação de pessoas com deficiência. São Paulo: i.Social, 2009.
- HABER, Jaques; Profissionais de Recursos Humanos: Expectativas e soluções sobre a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. 2015. Disponível em: < <http://www.abrhbrasil.org.br/cms/wp-content/uploads/2015/02/Pesquisa-iSocial-2015.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2015.
- IBGE. Censo Demográfico 2010. Disponível em: <biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicas/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Os deficientes no direito previdenciário. São Paulo: TRR, 2009.
- MELO, Sandro Nahmias. O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade – ação afirmativa. São Paulo: LTR, 2004.
- MÚLTIPLA, Deficiência. Disponível em: < <http://www.deficientesemacao.com.br/deficiencia-multipla>>. Acesso em: 09 out. 2015.
- PASTORE, José. Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência. São Paulo: LTR, 2000.
- SALOMON, Sônia Maria. Deficiente Visual: um novo sentido de vida – proposta psicopedagógica para a ampliação da visão reduzida. São Paulo: LTR, 2000.
- SANTANA, Ana Lúcia. Deficiência mental. 2010. Disponível em:<<http://www.info-escola.com/psicologia/deficiencia-mental/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

ESTUDO DE CASO DO SISTEMA GERENCIAL GDR SIGMA NA EMPRESA SUDOESTE AUTO MARCAS

Rogério de Souza Borges
Professor Adm. Elissandro Costa Lima

INTRODUÇÃO - O presente estudo foi realizado dentro da empresa Sudoeste Auto Marcas, que vislumbrava maior controle de suas operações a fim de manter-se no mercado. Com base nesses anseios, procurou-se analisar e demonstrar a importância de um sistema de informação/gerenciamento dentro de uma empresa.

Demonstra-se neste estudo que um sistema de informações pode ser um fator determinante para a consagração de uma tática competitiva da empresa, a qual será capaz de determinar as diretrizes e, por conseguinte, as atividades que necessitam de desenvolvimentos para alcançar os objetivos esboçados.

Tal tecnologia de informação requer estar alinhada às necessidades tanto por parte dos clientes, quanto sobre a realidade do mercado em que a empresa está inserida, dessa forma tornam-se passíveis de aproveitamento, por meio de informações internas, recursos e habilidades da empresa. Este procedimento poderia ter como alvo a possibilidade de atender às expectativas dos clientes e do próprio mercado, arquitetando inovações ou diferenciais em relação aos demais concorrentes.

Desta forma, foram realizados estudos e levantamentos de dados referentes à instalação de uma tecnologia de informação focada nos específicos problemas relatados pela empresa e obtidos na pesquisa. Com a intenção de solucionar as necessidades encontradas, este estudo visou à possibilidade de implantação do sistema GDR SIGMA, para que gerasse posicionamento estratégico, modelos de ação e caminhos táticos e operacionais, questões vislumbradas pela empresa Sudoeste Auto Marcas.

CAPÍTULO I

1.1 APRESENTAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A pesquisa realizada buscou analisar todas as necessidades da Sudoeste Auto Marcas, empresa de um município em Goiás, especializada no ramo de funilaria e pintura, em atendimento a veículos sinistrados, segurados ou particulares, realizando a reparação completa dos danos causados pelo sinistro. A empresa conta com os serviços de vistoria online, por imagem, além de realizar alinhamento e balanceamento, lava jato, polimento, troca de vidros, reparação e pintura.

Diante de um levantamento de dados realizado dentro da empresa foi constatado a carência em vários âmbitos de atividades. A empresa realiza seu controle de tarefas por meio de caderno, não há previsão e estimativas de veículos a serem entregues, possui pequena capacidade de dados, não há controle de orçamento, também não há agendamento de reparos nos veículos, além disso, não existe controle de custos, gastos e estoque, a empresa não possui metas e não prevalece uma boa distribuição de funções, por fim, não possui um organograma institucional.

Tais carências puderam ser numeradas e avaliadas, com a finalidade de encontrar a alternativa mais viável e eficiente para a solução dos problemas encontrados. A pesquisa realizada na empresa foi alcançada sob a forma de questionários e entrevistas, que confirmaram os dados levantados conforme as observações realizadas. Ao realizar a coleta de dados com todos os funcionários da empresa, no total de vinte, constatou-se que a maioria dos funcionários considerava necessárias algumas modificações dentro da empresa.

Fez-se necessário um plano de ação, que aborda a possível implantação de um sistema de gerenciamento, utilizando as tecnologias de informação (TI) que estão disponíveis atualmente no mercado.

Tais tecnologias são capazes de colaborar para as mudanças necessárias dentro da empresa, principalmente no que diz respeito ao próprio gerenciamento. As tecnologias de informação são capazes de organizar o grande volume de informação, ocasionando na oportunidade de aliar as tecnologias da informação (TI) e as tecnologias de gestão (TG), que, em conjunto são capazes de gerenciar o conhecimento que transita dentro da empresa.

Considera-se que as tecnologias de informação têm alterado substancialmente o ambiente organizacional, a implantação de um software selecionado é capaz de controlar, administrar, oferecer dados, informações em tempo real, ou seja, condições para deixar a organização transparente e competitiva.

O modelo de gestão GDR SIGMA possui capacidade para atuar em todos os âmbitos das necessidades levantadas pela empresa, uma vez que ele possui capacidade de integrar informação e gerenciamentos dentro de seu único sistema, onde poderá ordenar e controlar as carências que a empresa apresenta.

1.2 PROBLEMA DA PESQUISA

Na procura em estar maximizando a produtividade e otimizando suas atividades, a empresa procurou uma forma de administrar suas ações, concretizar seus serviços com qualidade, menor custo, reter talentos e obter uma gestão dinâmica, estando sempre no mercado competitivo. Essas questões fizeram com que a Sudoeste Auto Marcas realizasse estudos sobre GDR SIGMA.

Entretanto, quais são realmente os problemas que a empresa enfrenta? E quais as soluções que o sistema de gerenciamento traria para ela?

Os problemas levantados pela empresa foram os pontos mais relevantes para a escolha do software em questão. Problemas como falta de controle, previsão e organização de uma reduzida capacidade de armazenamento de dados são algumas destas questões. Contudo, ao

longo da pesquisa foram encontradas mais questões que necessitavam de atenção, como a falta de um organograma institucional.

1.3 JUSTIFICATIVA DO ESTUDO

A pesquisa enraíza-se nos problemas apresentados nas atividades da empresa Sudoeste Auto Marcas, e nas soluções adquiridas com a implantação do sistema gerencial em questão. Com finalidade de agregar valor a seus produtos e assimilar novas oportunidades, linhas de mercado, obtendo maior lucratividade, retendo talentos e consolidando a permanência no mercado competitivo, visando isso para a empresa com a aquisição do GDR SIGMA.

Em decorrência da ausência de um sistema adequado a empresa encontrava-se sem controle, sem planejamento, sem qualidade de informação, sem projeção e sem condições para crescimento. O trabalho surge para aprofundar as melhorias desta implantação de gerenciamento de informações a fim de realizar um levantamento de dados, de oportunidades que se mostram rentáveis, de controle dos resultados, de controle de ação e de controle de pessoais que podem ser realizados por este, na empresa Sudoeste Auto Marcas.

O mercado global em que estamos vivendo, exige que as empresas ofereçam maior qualidade, economia, rapidez, redução de custos e, acima de tudo, pensando no meio ambiente. Para conseguir estas metas, é fundamental que se possua uma gestão alinhada, exigindo assim a utilização de um software atualizado e tecnologias para o controle total da empresa onde ela está, e aonde ela quer chegar, demonstrando um mapeamento de necessidades que precisam ser trabalhadas, sua projeção do futuro e transparência das ações exercidas.

1.4 OBJETIVOS

O estudo tem como objetivo mostrar as características e funcionalidades do sistema GDR SIGMA e a importância para a tomada de decisão dentro da empresa Sudoeste Auto Marcas, a fim de dominar todas as etapas de produção, objetivando controle em aspectos funcionais, estratégicos e econômicos.

1.4.1 Objetivos gerais

Na condição de ter adquirido um software de gestão empresarial eficaz e funcional, espera-se que o mesmo seja capaz de atender as expectativas e as perspectivas futuras da empresa. O objetivo geral da pesquisa é encontrar a melhor forma de utilizar um sistema de gerenciamento, que seja capaz de solucionar os problemas levantados pela própria pesquisa.

Faz-se necessário que o software domine as atividades da empresa e dê informações atualizadas em cada nível da organização, a saber: estratégico, gerencial, conhecimento e operacional.

1.4.2 Objetivos específicos

De acordo com a busca de atingir os anseios da empresa, alguns objetivos específicos são requeridos, para tal, pretende-se destacar a importância de um sistema de gerenciamento completo que seja capaz de garantir transparência nas atividades e prever margens de lucro. Além disso, o presente estudo tem por objetivo demonstrar a maximização dos lucros com a implantação do sistema, e como ele consegue identificar possíveis gargalos e proporcionar competitividade de mercado.

O estudo também tem como objetivo descrever a contribuição do sistema de gerenciamento na tomada de decisão, discorrendo sobre como ele pode reduzir insatisfações operacionais, apontar visões estratégicas de novos sistemas operantes, controle da produtividade e analisar sua capacidade de definir metas e projeções.

1.5 HIPÓTESES

O sistema GDR SIGMA proporciona agilidade e precisão nos processos e nas tomadas de decisões dentro de uma empresa do seguimento automotivo. Portanto, a presente pesquisa proporciona o esclarecimento de questões fundamentais em uma organização, a fim de mantê-las no mercado.

O esclarecimento sobre os problemas enfrentados pela empresa Sudoeste Auto Marcas, é que, questões fundamentais dentro de uma organização, como as metas e estratégias operacionais e táticas, o controle de suas atividades e de seus documentos, a agilidade nos processos, e muitos outros pontos importantes poderiam ser reestabelecidos com a implantação de um software capaz de suprir a demanda da pesquisa e da empresa em questão.

1.6 METODOLOGIA

A pesquisa foi realizada pelo método de abordagem dedutiva e indutiva, com pesquisas de campo, inicialmente com entrevistas e observações. Sendo utilizado ainda o procedimento de questionários, para que se pudesse mensurar de forma mais eficiente as questões levantadas dentro da própria empresa, e, além disso, utilizou-se o levantamento de dados.

As entrevistas foram realizadas com administradores e com os gestores de cada setor da empresa, assim também, com os colaboradores e os funcionários, e da mesma maneira, os clientes e fornecedores.

As entrevistas aconteceram de forma informal, e para o levantamento efetivo dos dados foram realizados questionários, para que assim fosse viável mensurar as necessidades da empresa.

Para a escolha de qual o melhor sistema de gerenciamento, realizaram-se pesquisas com outras empresas da área, fora do Estado de Goiás, que indicaram qual sistema havia preenchido melhor todos os requisitos da empresa. Também faz parte da metodologia desta pesquisa referências teóricas, pesquisas bibliográficas, documentais e observações dentro da própria empresa.

1.7 QUESTÕES E DISCUSSÕES

Com base nos estudos realizados na área, nota-se a necessidade de uma reestruturação da empresa, desde os processos mais básicos realizados por ela.

“Atualmente vivemos na evolução do gerenciamento da informação, outra forma de tecnologia que ajuda pequenas e grandes empresas a desenvolver projetos voltados para a formação das pessoas e na gestão de seus negócios”. (RODRIGUES, 2008, s. p.).

Portanto, os motivos que levaram a escolha do GDR SIGMA como o software a ser utilizado pela empresa foram em primeira instância, pela funcionalidade apresentada, uma vez que o sistema planeja, calcula, controla, oferece dados, informações e mapeamento de necessidades para que se tracem caminhos e resultados organizacionais.

Conforme a pesquisa realizada dentro da empresa Sudoeste Auto Marcas, foi possível observar como o funcionamento da empresa carece de atenção e de transformações. De acordo com os dados levantados com a realização dos questionários considera-se a idéia da

utilização de um sistema que seja capaz de gerir as funções que estão em déficit com relação a produtividade e a organização dentro da empresa. É essencial um sistema operacional que garanta segurança e estabilidade, com intuito de criar atividades e trajetos, posicionando a Sudoeste Auto Marcas estrategicamente no mercado competitivo e reorganizando-a internamente para adquirir controle total, de ação, de pessoal e de resultado.

Em suma, os colaboradores da empresa juntamente com os administradores da mesma, consideram necessárias as mudanças que foram propostas, visto que os dados levantados referem-se à falta de agilidade e controle, à qualidade comprometida e à carência na organização, ao baixo desempenho acarretado pela perda das informações e pela falta de controle de estoque e de previsão aos clientes. Assim podemos observar um efeito cascata, onde um problema acarreta outro e assim sucessivamente.

CAPÍTULO II

2,1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Atualmente, podemos definir o século XX como o século das mudanças, onde tudo está em crescente evolução e desenvolvimento, e onde toda a estrutura empresarial precisa sofrer mudanças para que esteja sempre de acordo com as novidades que a atualidade traz, seja sobre perspectivas financeiras, de mercado, e principalmente de gerenciamento.

Compreender as mudanças que uma empresa necessita, e os impactos que essas mudanças trarão para a organização, requer uma criteriosa avaliação. Para isso, é necessário um estudo aprofundado sobre o que melhor caberia para a evolução da organização em questão, de tal modo que as mudanças possam ocorrer de forma mais estruturada, para que nenhuma mudança seja passível de atrasos ou prejuízos.

Portanto, decorrente do grande volume de informações que atualmente é difundido pelos mais variados meios de comunicação, Moura e Campanholo (2006) articulam que dessa forma “surge a necessidade de melhorar o gerenciamento dessas informações com o intuito de contribuir para a gestão do conhecimento dentro das organizações” (s. p.). Diante deste contexto, comenta ainda que, pode-se absorver a “oportunidade de aliar as tecnologias da informação e as tecnologias de gestão, fazendo com que as duas sejam executadas em paralelo tendo como ponto comum a gestão do conhecimento.”.

Para ser bem-sucedida nesse aspecto, a empresa deve implantar em seu ambiente operacional uma tecnologia de gestão compatível com as suas necessidades gerenciais de controle dos elementos que compõem seus produtos, de avaliação dos resultados, de análise de margens de contribuição, de tomada de decisões de mudanças em processos de produção, de análise dos benefícios da utilização de tecnologias avançadas de produção e de apoio ao planejamento estratégico da organização (POMPERMAYER, 1999, p. 22).

Os sistemas de gerenciamento adéquam-se muito bem a este contexto, uma vez que é constituído por todos os componentes que buscam, manipulam e distribuem dados ou informações. Portanto, componentes necessários para um desempenho equilibrado dentro da empresa de acordo com as demandas atuais. É um conjunto de hardware e software que tem como função o processamento das informações, que implica coletar, transmitir, estocar, recuperar, manipular e exibir dados, tarefas que podem estar incluídas em microcomputadores, conectados a redes ou não, mainframes, scanners (leitoras) de códigos de barra, estações de trabalho, softwares como planilhas eletrônicas ou banco de dados, além de outros (CAMPOS FILHO, 1994).

Desta forma pode-se gerenciar de forma ampla e ao mesmo tempo específica cada parte da empresa, uma vez que é possível dividi-la por setores, categorias, departamentos ou até gestores.

Os primeiros autores que trataram dos SI/TI (Tecnologia de informação), e da organização, imaginaram que a tecnologia da informação teria o potencial e o poder para levar informação imediata dos setores mais remotos da empresa até a alta administração. [...] Sistemas de Informação (SI) são definidos como um conjunto de elementos inter-relacionados que coleta, armazena, processa e distribuem dados e informações com a finalidade de dar suporte às atividades de uma organização; planejamento, direção, execução e controle (CUSTÓDIO et al. 1, 2011, p. 5).

Para Martins (2005), “o desenvolvimento de softwares é uma função muito importante para as empresas conseguirem atingir seus objetivos, tornando-se uma vantagem competitiva em relação à concorrência”.

Em caráter empresarial os sistemas de informação ajudam a gerir de forma mais simples todas as etapas da gestão, como: processos de negócio, operações, tomadas de decisão e estratégias competitivas.

A implantação da tecnologia da informação vem alterando o ambiente organizacional sistematicamente a partir da década de 50, ocasionando bruscas mudanças no cenário empresarial [...] a tecnologia está encurtando distâncias e permitindo que outros mecanismos assumam e executem funções altamente complexas reduzindo assim, tempo e esforços humanos em sua execução (CUSTÓDIO et al., 2011, p. 5).

Essas mudanças podem acarretar alterações que vão além da simples implantação do sistema, faz-se necessário também, mudanças comportamentais dentro da organização, a fim de conseguir atingir 100% da eficiência do sistema, apesar de poupar tempo e esforço, e de reduzir problemas, a implantação carece da atenção de todos aqueles que participarão diretamente de tal mudança/gerenciamento, uma vez que o sistema precisa ser atualizado com determinada rotina para que se mantenha útil.

A empresa precisa ter consciência de que a informação é um requisito tão importante quanto os recursos humanos, pois é dela que depende o sucesso ou o fracasso das decisões tomadas dentro da empresa. A informação é um elemento primordial nas organizações, que torna possível estabelecer as condições necessárias para atingir seus objetivos e aumentar sua competitividade e, dessa forma, gerenciar de maneira compatível com a realidade apresentada pela empresa, de acordo com o mercado em que está inserida. (FREIRE, 2000; SANTOS, 2001).

A tarefa de implantação de um sistema de gestão requer alguns cuidados básicos. Exige abordagem técnica específica, sensibilização das relações humanas e adequação da tecnologia de processamento de dados empregada pela empresa. Esses cuidados poderão ser explicitados por alguns aspectos fundamentais na implantação do sistema, tais como: apoio total da alta direção da empresa, análise dos custos e benefícios das informações geradas pelo sistema, conscientização de que este não gera formações por si só (precisa ser alimentado) e de que deve ser constantemente revisto e atualizado (POMPERMAYER, 1999, p.26).

Além disso, é de suma importância que seja implantado um software capaz de abrir caminho para um bom desempenho organizacional, e para isso é necessário um sistema compatível com as necessidades e atividades geridas pela empresa. É preciso também que o sistema esteja integrado aos colaboradores da empresa, para que dessa forma seja possível o bom desempenho.

Um sistema especializado pode auxiliar na melhoria da produtividade e desempenho dos usuários dentro da empresa, tendo em vista que “em condições normais, demandaria mais tempo para assimilá-lo e, conseqüentemente, utilizá-lo em suas tomadas de decisão” (MENDES, 1997, s. p.).

Portanto, o sistema de gerenciamento tem a função de controle, de suporte em procedimentos e operações de negócios básicos que envolvem: recolhimento, registro, armazenamento e pré-processamento de dados. Os sistemas de informação ajudam nos

processos e operações, simplificando-os e tornando-os mais ágeis, baratos, padronizados, rastreáveis e confiáveis.

Tais questões “reduzem o grau de dependência que as organizações mantêm quando se veem em situações críticas” (MENDES, 1997 s. p.), colaborando para um melhor preparo quando a empresa não tem um controle específico ou um profissional específico, pois a falta destes tornam as organizações vulneráveis e extremamente dependentes de suas decisões. A possibilidade de registrar o conhecimento, ou as ações dos empregados nos sistemas, “promove-se uma significativa redução no grau de dependência entre empresa e presença física do empregado”. (MENDES, 1997 s. p.).

É necessária e fundamental a utilização de um sistema de informação/sistema de gerenciamento (SI/SG) em uma organização, haja vista o cenário competitivo da atualidade, uma vez que, em cenários de décadas passadas as organizações sangravam na tentativa de manter-se no mercado devido à falta de controle e mecanismos que simplificassem suas atividades e administração; não se obtinha transparência, domínio de operações e visão de futuro, elas se mantinham no mercado completamente sem perspectivas.

Atualmente mudanças ocorreram, já existe sistema capaz de mapear todas as atividades e divisões de uma organização, só cabendo a ela escolher qual sistema será necessário no momento atual e o qual cabe em seu orçamento.

A utilização das capacitações técnicas e gerenciais que resultem em inovações de processo, produto, organização da produção e novas formas de comercialização, que influenciará toda a cadeia produtiva e permitirá à empresa sustentar sua posição no mercado (MARIANO; DIAS, 1996, p. 10).

Os sistemas integrados geram benefícios, promovendo alterações em quatro dimensões da empresa, sendo elas: estrutura, processos de gerenciamento, plataforma de tecnologia e capacidade, usadas para apoiar estruturas organizacionais e criar uma nova cultura organizacional. As informações são estruturadas ao redor de processos de negócios transfuncionais, aperfeiçoando relatórios gerenciais e tomada de decisões. Eles também oferecem a empresa uma plataforma de tecnologia de sistemas integrados única, contendo dados de todos os processos de negócio.

Para Carmo e Pontes (1999), “um sistema de informações pode ser fator decisivo para o estabelecimento de uma estratégia competitiva da empresa”, dessa forma é possível determinar as diretrizes e, por conseguinte, as atividades que devem ser desenvolvidas pela empresa para alcançar os objetivos que foram planejados. Para tal avanço, “este sistema deve estar alinhado às necessidades dos clientes e realidade do mercado”, deve-se considerar a análise da demanda externa e interna de mercado, diante desse processo é possível “atender às expectativas dos clientes e/ou mercado, procurando alguma inovação ou diferencial em relação aos concorrentes”, para tal, é imprescindível o “estabelecimento de metas e objetivos formalizados para serem alcançados pela empresa” (CARMO; PONTES, 1999, p. 51).

Eles aumentam a capacidade das empresas ao interagir com todos os níveis da cadeia de suprimento, ainda mais se usarem os mesmos softwares para integração, pois assim trocarão dados sem intervenção manual.

Um administrador precisa entender o papel dos diversos tipos de Sistemas de Informação existentes nas empresas hoje, que são necessários para apoiar as tomadas de decisões e atividades de trabalho existentes nos diversos níveis e funções organizacionais, sejam elas desktop ou via web. Eles provocam mudanças organizacionais e administrativas, trazendo desafios para a administração, como integração que é obter vantagens com sistemas que integrem diversos níveis e funções organizacionais possibilitando troca de informações entre diversos setores, este é o principal desafio, pois é o administrador que identifica quais setores precisam estar interligados (FIGUEIREDO, 2008,s. p.).

De forma ampla, após o administrador ser capaz de identificar as demandas da empresa, cabe a ele implantar a tecnologia necessária para que a correção/melhora seja eminente. Para Rodrigues (2008), “o sucesso da empresa depende dos níveis de qualidade que as mesmas procuram estabelecer como forma de aperfeiçoar e inovar sua tecnologia nos serviços e produtos”. Dessa forma, o autor ainda ressalta que é necessário “utilizar a tecnologia de forma que ajude a empresa a manter seus níveis de qualidade superior, leva credibilidade e valorização nos seus serviços e produtos oferecidos”.

Para que seja viável que as empresas alcancem alta eficiência que as sustentará no mercado competitivo, Carmo e Pontes (1999) comentam que: será necessária a ocorrência de mudanças na gestão estratégica com relação ao combate ao desperdício, redução de atividades que não agregam valor no processo produtivo, desenvolvimento de um clima organizacional, acompanhamento do mercado e inovações tecnológicas e gerenciais (p. 56).

Portanto, “a mera existência de conhecimento na empresa é de pouco valor, se ele não estiver acessível e não for utilizado como um dos seus recursos mais importantes”

ROSSETTI; MORALES, (2007). Com a utilização das ferramentas corretas, tais como o próprio sistema de gerenciamento, sendo ele bem escolhido, faz com que tal conhecimento possa fluir por meio de redes de comunicação, “transformando a tecnologia em um meio e o conhecimento em um capital”. (p.127).

CAPÍTULO III

3.1 COLETA DE DADOS

Inicialmente a coleta de dados foi realizada por meio de entrevistas, posteriormente, para maior clareza dos dados foi utilizado o método de questionários, disponibilizados todos os colaboradores da empresa. (apêndice A).

Em segunda etapa, foram disponibilizados questionários para os clientes mais próximos da empresa, ver em apêndice B.

O método do questionário foi escolhido pela praticidade, baixo custo e pelo pouco tempo gasto ao respondê-lo, dessa forma, não ocasionou prejuízos durante o trabalho, tanto por parte dos funcionários, quanto por parte dos clientes.

Os resultados dessa pesquisa puderam ser mensurados e tabelados após a realização do levantamento dos dados coletados, sendo possível então enumerar os pontos que necessitam de maior atenção e, dessa forma, enumerar os possíveis métodos de ação para evolução da empresa Sudoeste Auto Marcas, calculando quais os pontos poderiam ser supridos de forma mais imediata e que careciam de maior atenção.

Os seguintes dados mensurados foram anexados e evidenciados no gráfico a seguir.

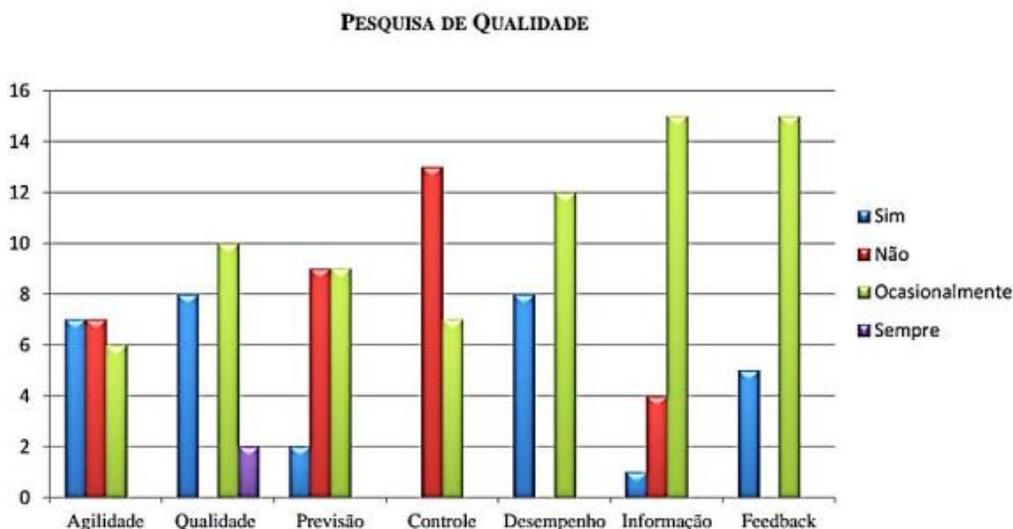


Gráfico 1: Pesquisa de qualidade dentro da Empresa antes da implantação do novo Sistema de Gerenciamento.

Em síntese, os resultados abarcam, em 80% das respostas, a falta de controle e falta de um desempenho satisfatório dentro da empresa. Quase 100% dos funcionários afirmaram que a empresa ganha feedback dos clientes apenas ocasionalmente, nesta mesma proporção afirmaram que um dos maiores problemas da empresa é a falta de informação, geradas tanto ao próprio cliente acerca do trabalho que está sendo realizado em seu veículo, quanto para os próprios funcionários sobre onde o veículo está e sobre quanto tempo determinado serviço necessitará, além da falta de controle nas demandas da empresa.

Para o desenvolvimento pleno e eficiente da empresa foi concluído a necessidade de um sistema de gerenciamento que pudesse de fato sanar todos os pontos negativos levantados durante os estudos realizados e as coletas de dados, para tal escolha observou-se vários sistemas de gerenciamentos que precisavam suprir a demanda, deste modo, analisou-se:

- a ampliação de novas tecnologias;
- comparação de características e tecnologias já existentes;
- Modelos de gestão.

3.2 PLANO DE AÇÃO

Através das pesquisas realizadas no mercado competitivo no ramo de empresas de reparos automotivos, foram levantados vários softwares que poderiam atender a demanda da organização, sendo-os criteriosamente analisados, com intuito de mensurar o que os sistemas têm em potencial, e sobre o que a organização deverá modificar para adequar-se estruturalmente em caso da escolha de um dos sistemas sugeridos.

O plano de ação visou a analisar quais transformações e qual o investimento necessário, tanto financeiro quanto humano, para que o sistema escolhido cumpra com o proposto. Desta forma, a empresa procura por um sistema que garanta qualidade, alta informação e capacidade de armazenamento com pouco investimento. Determinando, deste modo, poucas modificações no espaço físico da mesma, baixo custo com capacitação, e pouco investimento em alta tecnologia.

A Sudoeste Auto Marcas também busca por inovações na atividade, viabilidade à adequação da rotina de trabalho e controle de produtividade, aliados à rapidez de informação e tratamento de todos os dados correspondentes a cada processo individualmente realizado.

A empresa passou recentemente por uma mudança de localidade visando por um aumento na produtividade, diante desse anseio e por meio de pesquisas realizadas em outras empresas do ramo, o sistema de gerenciamento GDR-SIGMA mostrou competência e alto desempenho ao preencher todos os requisitos pré-determinados dentro da empresa, uma vez que o mesmo cumpre os anseios de uma nova geração de clientes nos quais buscam praticidade, rapidez na informação e clareza em todos os processos.

Com o sistema escolhido, a organização possuirá base para um planejamento estratégico, a fim de se projetar e se posicionar no mercado competitivo, como exemplo deste planejamento a empresa poderá abrir novas filiais, segmentar o comércio, e até mesmo a criar novos nichos de mercado.

CAPÍTULO IV

4.1 GDR SIGMA

O software GDR SIGMA3 é um sistema integrado de gerenciamento e monitoramento automotivo que possui vasta gama de vantagens, com capacidade para suprir a demanda da empresa Sudoeste Auto Marcas. Uma vez que consegue realizar todo o processo com mais eficiente, rapidez e praticidade.

O sistema de gerenciamento GDR SIGMA deve oferecer um planejamento com finalidade de se atingir as metas propostas, isso pode ser observado na figura 1 em anexo, onde todos os veículos cadastrados no sistema são acessíveis, contendo todas as informações de cada um deles. O sistema também poderá oferecer estabilidade para a empresa, no mercado competitivo, absorver novas oportunidades, linhas de mercado e obter mais lucro.

O sistema possui recursos de acordo com a atividade da organização em questão, com a finalidade de solucionar suas necessidades ao longo de sua atividade, oferecendo posicionamento estratégico, modelos de ação e caminhos táticos e operacionais, tais pontos podem ser observados conforme a figura 2 e 3 em anexo, uma vez que mostram a parte produtiva e a parte de estoque da empresa.

Esse software de gestão pode ser utilizado por todos os colaboradores da empresa, fornecendo informações precisas em tempo real para a gerência e para os demais funcionários. Uma vez que o funcionário entra no sistema ele é responsável pela informação que está relatando, então a informação em questão deixa de ser do funcionário e passa a ser da empresa, diminuindo assim o tempo e o serviço do funcionário.

É um programa que não requer mais do que o conhecimento básico em informática, possui ferramentas gráficas e indutivas, que facilitam muito seu manuseio. Todas as informações são salvas, juntamente com as imagens feitas dos veículos, para um melhor controle e para evitar possíveis desentendimentos com os clientes.

O Módulo Administrativo, que apesar do nome, pode ser acessado por todos, uma vez que as informações são provenientes de vários setores, e conseguimos:

- o acompanhamento dos veículos;
- acompanhamento produtivo;
- agendamento de veículos;
- previsão de entrega;
- manutenção preventiva;
- importação de orçamentos.

Informações obtidas no site da empresa GDR SIGMA, autor não especificado.

- Controle de peças.
- Controle de complementos.
- Resultado detalhado de cada veículo.

Neste primeiro módulo, é possível enumerar várias vantagens competitivas e de grande transparência das ações. Além disso, os orçamentos são possíveis de se gerenciar:

- importar orçamentos já existentes;
- utilizar orçamentos pré-cadastrados;
- elaborar orçamentos a partir do cadastro de peças em estoque;
- organizar os orçamentos pelo ponto de impacto, utilizando o banco de dados de peças cadastradas.

Outro ponto positivo do sistema de gerenciamento SIGMA é a praticidade nas ordens de serviço e nos complementos, onde é possível gerenciar todos os processos e todos os departamentos:

- requisição de peças;
- controle sobre compras;
- definição e distribuição de tempo por setor;
- definição de metas;
- controle sobre complementos enviados;
- liberação de complementos realizados.

Quando se trata de agilidade e praticidade, o SIGMA é muito eficiente, consegue, de maneira simples, agilizar os processos das informações, permite a consulta de dados e o registro do histórico do veículo na empresa com data e hora, permite o envio de mensagens internas, e o envio de mensagens por SMS ou por e-mail para os fornecedores e para o próprio cliente, fato que coloca a empresa na frente de muitos dos concorrentes de mercado, conforme evidenciado em anexo A.

Pode também fazer o controle das peças, verificando se há disponibilidade no estoque, faz cotação e compras online, cadastro de inventário e o lançamento de serviços realizados por terceiros.

Para o controle de produção, o sistema permite a visualização do pátio produtivo, realização de relatórios produtivos pelos funcionários, informação sobre quem e em qual setor o veículo está, permite a customização dos setores e integração com o módulo produtivo.

No fechamento do processo, é possível uma análise detalhada de mão-de-obra, material, serviços e peças. Também são gerados avisos sobre as pendências de alimentação do sistema e sobre lucratividade, bem como o detalhamento dos gastos.

No Módulo “Materiais”, de forma rápida é realizado:

- o controle de custos por veículo;
- definição de estoque mínimo;
- consumo de material fracionado;
- controle de catálise;
- consumo por funcionário;
- lançamento de tintas;
- integração com leitor óptico;
- histórico de entrada/saída;
- controle de gastos por produto.

Além dos dois módulos já citados, Administrativo e de Materiais, o SIGMA também conta com um terceiro módulo, o Módulo Produtivo, que consiste em:

- controle de gastos por setor;
- programação de veículos;
- controle de produção;
- pedido de peças e materiais direto pelo módulo;

- comissão;
- comparação produtiva.

O Módulo Financeiro também permite maior controle, possibilitando realizar relatórios de despesas e receitas, pagamentos e recebimentos, recebimentos de boletos, provisionamento de contas, emissão de NF-e (Nota Fiscal) de peças, folha de pagamento, conciliação bancária, fluxo de caixa, demonstrativo financeiro. Este módulo, ainda, permite a emissão rápida de NF-e de peças conjugadas; cadastro de configuração padrão, aproveitamento de peças importadas no orçamento, envio de XML por e-mail, integração total com a SEFAZ no processo de emissão.

Também realiza a elaboração de holerite, cálculo de hora extra, cálculo de atrasos e faltas, integração com contas a pagar. Faz uma avaliação dos resultados e uma análise da saúde financeira da empresa e de custos vinculados ao operacional, e identificação de ralos. Faz uma análise geral e por contas separadas, além de verificação de saldo.

Por fim, conta com o Módulo Gestor, que permite uma análise minuciosa dos resultados, o fechamento de processos, análises financeiras, auditoria, qualidade da implantação e agendamento de chamados e treinamentos.

O sistema de gerenciamento SIGMA permite amplo controle em todas as fases do trabalho realizado dentro de uma empresa do ramo automotivo e em todos os setores da empresa, permitindo a interação imediata entre os funcionários com atualização contínua e programada.

4.2 SOLUÇÕES APRESENTADAS

O sistema permite novas atividades a serem desenvolvidas a fim de alimentar informações e banco de dados, eliminando a quantidade de papéis e documentos que podem retardar os processos e causar desencontros, pode diminuir o estresse e o excesso de funções em alguns cargos, e dar autonomia aos setores por intermédio de O.S. (Ordem de Serviço), onde cada funcionário pode colaborar com informações em cada terminal do SIGMA.

Pode também solucionar problemas relacionados aos veículos, como a definição das características dos veículos e serviços a serem executados, dessa forma todos os setores sabem onde o veículo está e em qual parte do processo está sendo manipulado, assim permite que a atendente ou os gestores acessem as informações sem precisar sair do seu departamento e se deslocar até onde o veículo se encontra.

O departamento financeiro e administrativo pode recorrer a relatórios constantes das atividades executadas e documentos a cerca de cada veículo, mão-de-obra realizada, tempo, consumo de materiais, custos operacionais, valores, descontos de peças, margem de lucro, dedução de revisão de orçamentos, estimativas de pagamento e levantamento de total de ativos e passivos do mês.

Deste modo, as atividades realizadas pelo sistema transformam a rotina administrativa organizacional e o fluxo de atividades desenvolvidas pelos colaboradores, onde os mesmos estão direcionados a cada módulo, sendo responsáveis por ele, e sobre toda a informação correspondente a cada veículo dentro e fora da empresa, fazendo com que se mantenha um grau de informação individual, disposta a todos da organização. Tal atividade pode ser demonstrada através da entrada do veículo, onde este é recepcionado e todas as informações iniciais do mesmo, como a seguradora, os dados cadastrais e o orçamento inicial são incluídas no módulo administrativo.

Todas essas atividades realizadas geram um relatório de controle da produtividade, de materiais e de custos individuais e gerais, alimentando os módulos, Financeiro e Gestor, vindo a suprir os anseios da empresa.

4.3 ANTES E DEPOIS DA IMPLANTAÇÃO

Antes da implantação do software de gerenciamento SIGMA todo o controle era realizado em caderno, que gera grande transtorno, falta de informações importantes, perda de muito tempo e reduzida capacidade de dados. Também não havia previsão e estimativas de veículos, não havia controle nos orçamentos, ocasionando sempre em uma quantidade exacerbada de papéis.

Também não era possível prever e estimar o tempo de reparos nos veículos em cada departamento, e para saber onde os veículos localizavam-se era necessário deslocar-se por todo o pátio para descobrir onde ele estava sendo manuseado, fato que tomava grande tempo de trabalho, e fazia que com que o cliente ficasse esperando. Além disso, não havia controle de estoque, metas e uma boa distribuição de funções, ou seja, não possuía um organograma institucional.

Com a implantação do novo sistema de gerenciamento automotivo, houve mudanças positivas além das previstas, que antes sequer foram possíveis de mensurar. O gerenciamento tornou-se mais dinâmico, podendo observar todo o processo de uma única vez e fazer uma análise de todas as etapas dos veículos, acompanhando-os online por meio de fotografias de todas as etapas dos processos realizados em cada veículo, anexados no site da empresa, sendo também possível visualizar todas as informações de controle dos veículos.

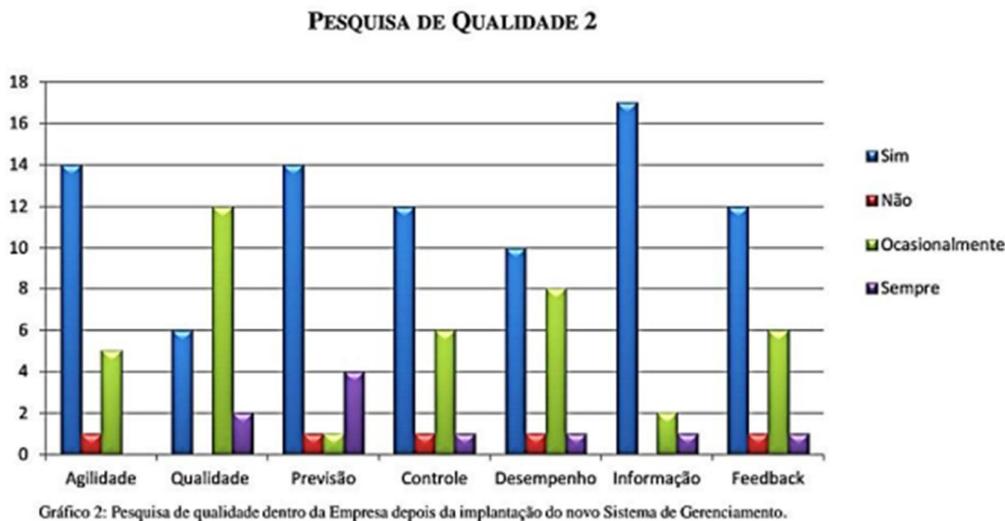
O sistema forneceu ampla capacidade de armazenamento, solucionando 80% dos problemas enfrentados anteriormente, permitindo maior controle de estoque, peças aplicadas, controle de datas de chegada e de entrega. Foi possível realizar agendamento dos reparos a serem efetuados, previsão e fluxo de caixa. Como consequente, adquiriu-se um direcionamento adequado do espaço físico, dos departamentos e do fluxo de materiais.

O software foi capaz de proporcionar novas e amplas metas a serem cumpridas.

A partir do gerenciamento por software, a empresa Sudoeste Auto Marcas passou a ter metas mais avançadas, visão estratégica de mercado, visão operacional e tática para o futuro. Conseguindo um avançado controle de suas atividades, fazendo com que tenha o domínio de todo o processo desde a entrada até a saída do veículo. Toda a documentação, fotos e dados exigidos pelas seguradoras credenciadas são imediatamente anexados nos processos, mantendo uma transparência na reparação dos veículos, nas peças aplicadas e sobre o andamento de todos os reparos realizados em tempo real ou após a finalização do mesmo. Garantindo segurança à empresa e ao cliente, agilidade no processo, procedência em peças aplicadas, vistorias realizadas e datas de entrega.

A implantação do sistema permitiu que a empresa mantenha-se competitiva no mercado, possibilitando novas maneiras do cliente interagir com os serviços realizados em seu veículo, seja por SMS, e-mail ou pelo site.

Após o período de teste do novo sistema, foi realizado novo questionário, para validar se houve ou não realmente uma melhora dentro da empresa, tanto por parte dos funcionários, quanto pelos clientes. Tais dados foram mensurados e representam uma melhora de até 90% nas questões que necessitavam de maior atenção, por exemplo, sobre a falta de informação dentro da empresa, onde 98% dos funcionários consideraram uma melhora significativa após a implantação do novo sistema. Dados demonstrados no gráfico a seguir:



4.4 DISCUSSÕES REALIZADAS

De acordo com os dados levantados com a realização dos questionários vimos que é essencial um sistema operacional que garanta segurança e estabilidade, com intuito de criar atividades e trajetos, neste contexto, posicionando a Sudoeste Auto Marcas estrategicamente no mercado competitivo e reorganizando-a internamente para adquirir controle total, de ação, de pessoal e de resultado.

Em suma, os colaboradores da empresa juntamente com os administradores da mesma, consideram necessárias as mudanças que foram propostas, visto que os dados levantados referem-se á falta de agilidade e controle, a qualidade comprometida e a carência na organização, o baixo desempenho acarretado pela perda das informação e pela falta de controle de estoque e de previsão aos clientes. Assim podemos observar um efeito cascata, onde um problema acarreta outro e assim sucessivamente.

Após a implantação, o sistema de gerenciamento GDR SIGMA conseguiu oferecer um planejamento com finalidade de se atingir as metas propostas, isso pode ser observado na figura 1, em anexo, onde todos os veículos cadastrados no sistema são acessíveis, contendo todas as informações de cada um deles. O sistema também conseguiu oferecer estabilidade da empresa no mercado competitivo, absorver novas oportunidades, linhas de mercado e obter mais lucro.

Por conseguinte, o sistema oferece recursos de acordo com a atividade desta empresa, com a finalidade de solucionar as necessidades que ainda existem ao longo de sua atividade, oferecendo posicionamento estratégico, modelos de ação e caminhos táticos e operacionais, tais pontos podem ser observados conforme a figura 2 e 3 em anexo, uma vez que mostram a parte produtiva e a parte de estoque da empresa.

O software GDR SIGMA se mostrou fundamental por ser um sistema operacional que garante segurança e estabilidade, reorganizando-a internamente para adquirir controle total, de ação, pessoal e de resultado. Além disso, em entrevista informal realizada com os colaboradores após a implantação do novo sistema, foi expressa a satisfação dos mesmos, com a afirmação de que ele proporciona, além das vantagens já citadas, ganha de tempo nas tarefas diárias dos funcionários de toda a empresa. Deste modo ela consegue finalizar todos os serviços com agilidade, qualidade, organização e pontualidade.

CONCLUSÃO

Portanto, a implantação do sistema GDR SIGMA trouxe inúmeros benefícios para a empresa Sudoeste Auto Marcas, tendo em vista a precariedade do gerenciamento anterior das informações e até mesmo sobre a própria gestão da mesma. Hoje a empresa conta com um diferencial inovador que proporciona o acompanhamento dos veículos online, em tempo real e um disparo de SMS automatizado para seus clientes, a fim de mantê-los cientes de todo o processo realizado em seu veículo, garantindo a segurança e transparência de todas as atividades, aumentando o número de feedbacks que a empresa recebe de seus clientes.

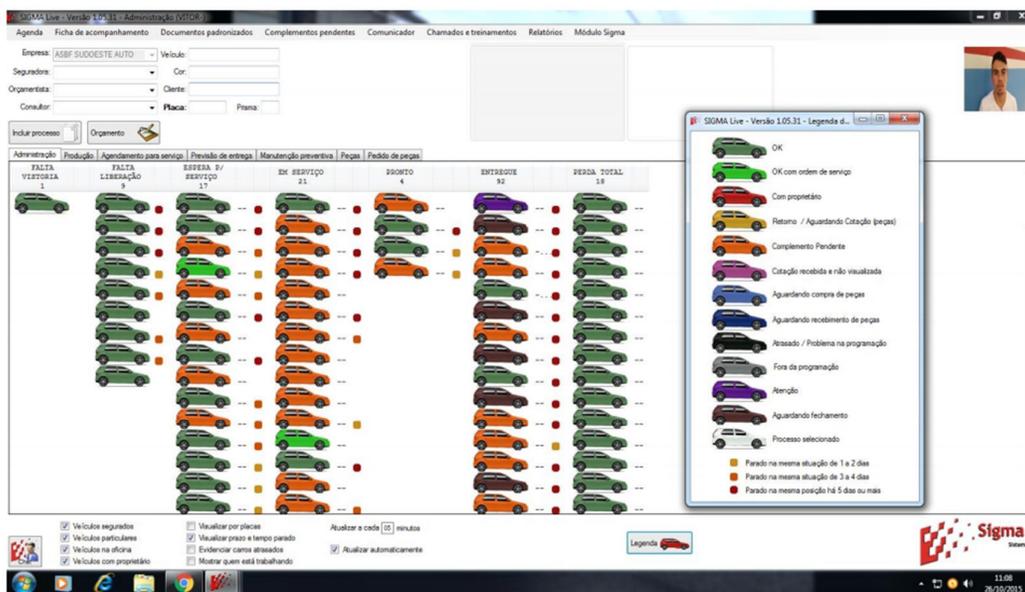
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. FIGUEIREDO, I.L. Tipos de Sistemas de Informação na empresa. Disponível em: <http://www.oficinadanet.com.br/artigo/738/tipos_de_sistemas_de_informacao_na_empresa> Acessado em: 06/03/2015.
02. O'BRIEN, J. Management Information Systems – Managing Information Technology in the Internetworked Enterprise. Boston: Irwin McGraw-Hill, 1999. ISBN 0071123733.
03. RODRIGUES, M. A importância da tecnologia no crescimento empresarial. Adimistradores.com, [s. l], 06 agosto 2008. Disponível em: < <http://www.administradores.com.br/artigos/tecnologia/a-importancia-da-tecnologia-nocrescimentoempresarial/24362/> > Acesso em: 12/09/2015.
04. SOARES, D; Souza, E.; Soares, M.; e Custódio, E. Tecnologia da informação como ferramenta de Gestão. Disponível em: <<http://www.unisaesiano.edu.br/simposio2011/publicado/artigo0162.pdf>> Acessado em: 12/09/2015.
05. Sistema SIGMA, O sistema de gerenciamento para oficinas de funilaria, mecânica, blindagem, restauração e centro automotivo. Disponível em: < <http://www.gdrsigma.com.br/index.html> > Acessado em: 12/09/2015.
06. POMPERMAYER, B.C. Sistemas de gestão de custos: dificuldades na implantação. Revista da FAE. v. 2, n. 3, p.21-28, set/dez. 1999.
07. MARIANO, HOLANDA; DIAS, SOUZA; Downsizing em tecnologia da informação: o caso da Brahma; Revista da Administração, v. 31; p. 7-18, 1996.
08. MENDES, Raquel D; Inteligência Artificial: sistemas especialistas no gerenciamento da informação; Ciência da Informação. vol. 26 nº1. jan./Apr.1997. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19651997000100006&script=sci_arttext> Acessado em: 30/10/2015.
09. CARMO, B. V; PONTES, C. C. C; Sistemas de informações gerenciais para programa de qualidade total em pequenas empresas da região de Campinas. Brasília: Ciência da Informação, v. 28, n. 1, p. 49-58, jan./abr. 1999. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ci/v28n1/28n1a06.pdf>> Acessado em: 30/10/2015.
10. SANTOS, E. M. (2001). Aprisionamento tecnológico: novos desafios da gestão das estratégias organizacionais na era da informação. São Paulo: Caderno de Pesquisas em Administração, v.8, n.1, p. 61-67, jan./mar. Disponível em: < <http://www.regeusp.com.br/arquivos/v08-1art06.pdf>> Acessado em: 30/10/2015.

11. FREIRE, J. E. (2000). Uma abordagem sobre os colaboradores na atual sociedade da informação. Dissertação (Mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo.
12. ROSSETTI, A. G; MORALES, A. B. T; O papel da tecnologia da informação na gestão do conhecimento. Ciência da informação. v. 36, n. 1, p. 124-135, jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v36n1/a09v36n1>> Acessado em: 30/10/2015.
13. MOURA, A. A; CAMPANHOLO, T; Tecnologia da informação aliada a gestão do conhecimento na melhoria da estratégia e desempenho organizacional. Revista Católica. v. 2 n. 5, 2006. Disponível em: <<http://catolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv3n5/artigo04.pdf>> Acessado em: 31/10/2015.

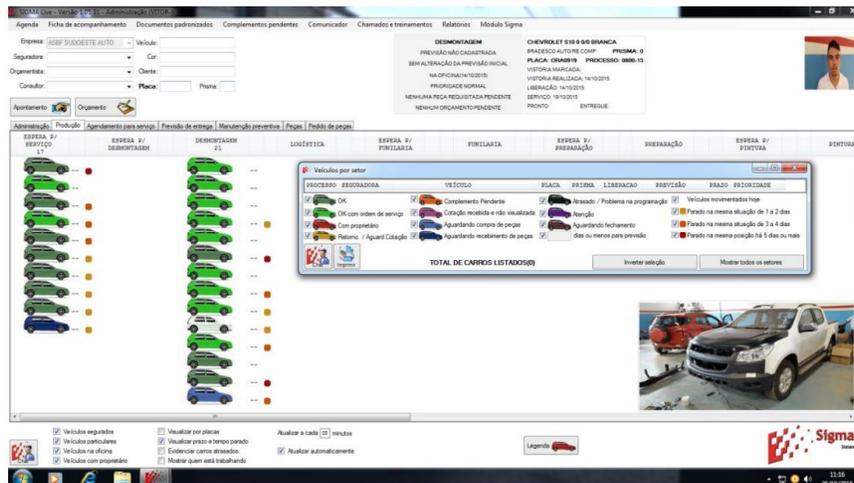
ANEXOS

Figura 1 – Página inicial SIGMA



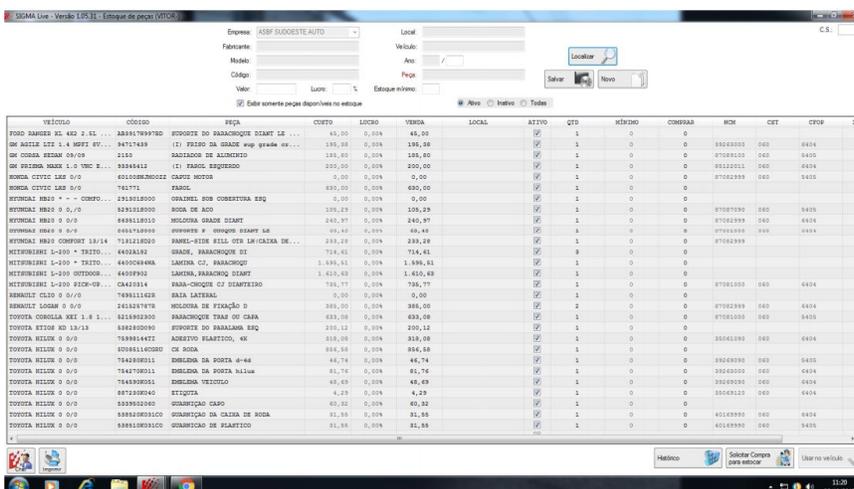
Legenda: Página inicial do Sistema SIGMA, onde se encontram todos os veículos que estão dentro empresa, sobre todos os setores, incluindo os que estão aguardando O.S.

Figura 2 – Página produtiva



Legenda: Página produtiva do sistema, onde mostra os veículos que já estão autorizados ou aguardando algum procedimento.

Figura 3 – Estoque



Legenda: Página do sistema referente ao estoque de peças da empresa Sudoeste Auto Marcas