



# Revista Fesp

Periódicos de diálogos científicos

ISSN 1982-0895

outubro 2013

Ano:VI

12ª edição

controle prisional e o uso  
de novas tecnologias

**CATALOGAÇÃO NA FONTE**

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.  
v.2. nº 1 (outubro 2013) João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da  
Paraíba, 2013

**ISSN 1982-0895**

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.

I. Título. II. Fundação de Ensino Superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU:34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a respectiva fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. Título do artigo. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2013, vol. 2, n. 12, p. 01-175. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

**FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA**  
**REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS.**  
**ISSN: 1982-0895**

#### **EXPEDIENTE**

**Diretor Presidente:** Luiz Henrique dos Santos Barbosa

**Diretor Administrativo-pedagógico:** Maria Goretti de Assis Laier

**Diretor Financeiro:** Marcelo Henriques da Silva

#### **Coordenadorias**

**Coordenação do Curso de Direito:** Gabriela Nóbrega

**Coordenação de Prática Jurídica:** Moisés de Sousa Coelho

**Coordenação de Monitoria e Estágio:** Sandra Pires

**Coordenação de Pesquisa e Extensão:** Maria do Socorro da S. Menezes

#### **Direção Editorial**

Maria do Socorro da S. Menezes

Maria Goretti de Assis Laier

#### **Comitê Editorial Interno**

Ana Carolina Gondim – FESP

Alexandre Cavalcanti Belo – FESP

Antonio Carlos Iranlei – FESP/UFPB

Catarina Mota de Figueiredo Porto – FESP

Gabriella Nóbrega – FESP

Luciana Villar de Assis - FESP

Maria Goretti de Assis Laier– FESP

Maria do Socorro da S. Menezes – FESP

#### **Revisão**

Maria do Socorro da S. Menezes – FESP

#### **Ilustração e Diagramação**

Esdras Davi Queiroz Ferrer – FESP

#### **Comitê Editorial Externo**

Daniele Veratti – Itália

Fernando Gil Villa – Universidad de Salamanca

Wagner Bezerra Brito – UFPB

# SUMÁRIO

## **IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA: POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DIANTE DE DECISÃO EIVADA DE INCONSTITUCIONALIDADE?**

Luciana Vilar de Assis  
Kenia de Andrade Cavalcanti

.....09

## **IMPUGNAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA E QUESTÕES CONTROVERSAS DA REFORMA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

Catarina Mota de Figueiredo Porto

.....27

## **CONTROLE PRISIONAL E O USO DE NOVAS TECNOLOGIAS: O CASO DA PRISÃO DE GUARABIRA**

Fabio Gomes de França  
Tamara Raiza Gomes de Andrade

.....37

## **A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA REDE PÚBLICA MUNICIPAL DE JOÃO PESSOA NA CONTEMPORANEIDADE**

Joseane Batista Azevedo Barros

..... 48

## **A EQUIPARAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO, COMO FATOR DE CORREÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E O ARTIGO 285-A DO CPC**

Fernando Américo Figueiredo Porto

.....70

## **O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM REFLEXIVA À LUZ DO GARANTISMO PENAL**

Silvérya Chrystiniani Viegas de Albuquerque

.....86

## **A GÊNESE COLONIAL DO DIREITO BRASILEIRO: UMA APRECIÇÃO SÓCIO JURÍDICA**

Ana Carolina Gondim de A. Oliveira  
Genezia Maria Bessa

.....104

## **MEIO AMBIENTE E (IN)JUSTIÇA SOCIAL, FACE PERVERSA DA INSUSTENTABILIDADE ECONÔMICA**

Maria do Socorro da Silva Menezes

Aryadne Thaís da Silva Menezes

Viviane Oliveira Lopes de Lima

Maria de Fátima Amaral da Silva

.....120

## **NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS**

.....138

# SUMMARY

## **IMMUTABILITY OF THE RES JUDICATA: THE POSSIBILITY OF FLEXIBILIZATION FACE A DECISION TINTED WITH UNCONSTITUTIONALITY?**

Luciana Vilar de Assis  
Kenia de Andrade Cavalcanti

.....09

## **THE CHALLENGE OF ACHIEVING THE CONVICTION AND ISSUES ABOUT THE REFORM PROCESS IMPLEMENTATION**

Catarina Mota de Figueiredo Porto

..... 27

## **PRISON CONTROL AND THE USE OF NEW TECHNOLOGIES: THE CASE OF THE GUARABIRA PRISON**

Fabio Gomes de França  
Tamara Raiza Gomes de Andrade

..... 37

## **THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATION IN THE MUNICIPAL NETWORK OF JOÃO PESSOA IN CONTEMPORARY TIMES**

Joseane Batista Azevedo Barros

..... 48

## **THE ASSIMILATION OF MINIMUM WAGE AS A CORRECTION FACTOR OF BENEFITS AND PENSIONS OF THE ARTICLE 285-A CPC**

Fernando Américo Figueiredo Porto

..... 70

## **THE RIGHTS OF THE ENEMY IN THE DEMOCRATIC CONSTITUCIONAL STATE: AN ANALYTICAL APPROACH ON CRIMINAL GARANTISMO**

Silvérya Chrystiniani Viegas de Albuquerque

.....86

## **THE GENESIS OF BRAZILIAN COLONIAL LAW: A SOCIAL AND LEGAL ASSESSMENT**

Ana Carolina Gondim de A. Oliveira

Genezia Maria Bessa ..... 104

**ENVIRONMENT AND SOCIAL (IN) JUSTICE, THE FACE PERVERSE  
ECONOMIC UNSUSTAINABILITY**

Maria do Socorro da Silva Menezes  
Aryadne Thaís da Silva Menezes  
Viviane Oliveira Lopes de Lima  
Maria de Fátima Amaral da Silva ..... 120

**CALL OF PAPERS** ..... 138

## EDITORIAL

É fato, que, se por um lado, a população carcerária no Brasil não para de crescer. Por outro lado, verificamos que a oferta de presídios para abrigar essa população permanece estagnada há vários anos. E, como resultado, temos a superlotação tanto dos presídios quanto das celas das delegacias que abrigam detentos em vários rincões desse país.

A lei de execuções penais prevê trabalho para o apenado, dentro de suas aptidões e, medidas de ressocialização que, efetivamente, possam recuperar esses presidiários. Entretanto, a realidade demonstra que são poucos os presídios brasileiros com condição ou estrutura para cumprir essa exigência.

Desse modo, consideramos que ao destacar as medidas adotadas pela Vara de Execuções Penais de Guarabira, na Paraíba, através do seu projeto “Liberdade Viglada – Sociedade Protegida”, cujo idealizador é o seu juiz titular, professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual da Paraíba, tendo ainda a referência de que a tecnologia adotada no projeto também é de origem paraibana, conforme descrito no artigo intitulado “controle prisional e o uso de novas tecnologias: o caso da prisão de Guarabira”, dentre outros assuntos de relevada importância, a Revista da Fesp: Periódico de Diálogos Científicos está, de fato, cumprindo a sua missão de abordar temas que ensejam maior discussão na atualidade.

Sem um processo de ressocialização eficiente e eficaz, garantidora dos direitos dos cidadãos, até o direito à vida, o mais elementar de todos os direitos, fica comprometido. Assim, a expectativa do corpo editorial da Revista é de contribuir para que a experiência auferida pelo conhecimento possa se traduzir na reflexão e na solução das questões sociais do nosso tempo, assim como, na produção de novas perspectivas palpáveis e realizáveis com o fim de construir e contribuir para o bem comum da coletividade.

*Socorro Menezes & Jorgette Sáez*

Editoras

João Pessoa, 01 de outubro de 2013

# ARTIGOS

## IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA: POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DIANTE DE DECISÃO EIVADA DE INCONSTITUCIONALIDADE?

## IMMUTABILITY OF RES JUDICATA: THE POSSIBILITY OF EASING BEFORE A DECISION FRAUGHT WITH UNCONSTITUTIONALITY?

LUCIANA VILAR DE ASSIS\*

KENIA DE ANDRADE CAVALCANTI \*\*\*

### RESUMO

Nestes tempos de descrédito social do Poder Judiciário, é importante empreender estudos que, abalizadamente, tratem de matérias que têm alcance direto no âmbito da eficácia e da justiça que possam vir a ter seus pronunciamentos, haja vista ser esta uma matéria que tem reflexo direto e imediato sobre o “cliente externo” do Poder Judiciário: o jurisdicionado. A relativização da coisa julgada é uma dessas matérias e estudar a possibilidade de relativização da coisa julgada advinda de uma decisão com trânsito em julgado é a proposta do presente artigo, levando-se em consideração os argumentos de que essa relativização poderia desencadear o caos social, ao tempo em que, na visão dos discordantes dessa corrente, relativizar a coisa julgada inconstitucional seria apenas fazer prevalecer o mandamento constitucional.

Palavras chave: Coisa Julgada. Relativização. Inconstitucionalidade.

### ABSTRACT

In these times of social discredit the judiciary, it is important to undertake studies that deal with matters that are within direct reach of the efficacy and justice that may have their pronouncements, given that this is a matter that has a direct and immediate effect on the "external customer" of the judiciary: the citizen. The relativization of res

---

\*Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, professora de Direito Administrativo da Fesp Faculdades, orientadora desse estudo.

\*\* Bacharel em Ciências Jurídicas pela Fesp Faculdades.

judicata is one of these materials and to study the possibility of relativizing res judicata arising from a decision with res judicata is the purpose of this article, taking into account the arguments that this relativization could trigger social chaos, the time when, in the view of this current disagreement, relativize the thing would be deemed unconstitutional only enforce the constitutional mandate

Keywords: Res Judicata. Relativization. Unconstitutional.

## 1 INTRODUÇÃO

Hordienamente, a ciência jurídica passa por uma “crise” dos modelos e paradigmas tradicionais de compreensão de seus fenômenos e institutos, o que leva ao surgimento de discussões que não se limitam à mera interpretação dogmática e casuística dos textos legais, mas voltam-se cada vez mais para questões de fundamentação axiológica do próprio Direito e da legitimidade de suas decisões, sejam elas proferidas no âmbito dos poderes legislativo, judiciário ou executivo.

É em tal contexto de revisão da finalidade e do alcance do Direito que os juristas vêm se dedicando a investigar acerca de institutos, conceitos e categorias que, embora presentes desde longa data no mundo jurídico, sempre foram tratados de acordo com uma visão restrita, em razão da tradicional preponderância da visão formalista do Direito Processual, substituída gradativamente pelo reconhecimento da função instrumental desse ramo do direito.

Dessa forma, conceitos e institutos, como princípios, segurança jurídica e justiça têm sido trazidos ao centro não só das discussões acadêmicas, mas também do cotidiano dos fóruns e tribunais. Estes debates são revitalizados pela nova hermenêutica, que pretende investigar o sentido último e redefinir a função de tais institutos e conceitos, visando não só o direito processual, mas correlacionando-os com aquela que é a lei suprema do ordenamento jurídico, a Constituição.

Nessa mesma linha de inovações interpretativas, inserem-se os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada material. Assim, esse tema assume especial relevância em virtude do peculiar momento que o mundo atravessa, no qual a insegurança das relações pessoais alcança sobremaneira a esfera jurídica dos indivíduos. Porém, observa-se que a mera segurança jurídica cada vez menos tem sido suficiente para satisfazer

as necessidades da sociedade que, de maneira crescente, tem clamado não só por estabilidade e segurança, mas principalmente por justiça, na concretização de uma ordem jurídica que seja, ao mesmo tempo, segura e justa.

Este artigo pretende responder a seguinte questão: Diante do dogma da imutabilidade da coisa julgada, é possível a sua flexibilização em face de uma decisão eivada de inconstitucionalidade?

O fundamento para a elaboração desse artigo surgiu através da atividade diária exercida dentro do Poder Judiciário, despertando o prazer da pesquisa acadêmica. É preciso averiguar se o que se protege constitucionalmente é o instituto da coisa julgada ou a coisa julgada no caso concreto.

## 2 DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada originou-se no Estado Romano, onde o magistrado instruía e analisava todo o processo e, ao final, prolatava a sentença, “a qual, pela primeira vez na história do processo civil romano, não consistia em um ato exclusivo do cidadão romano, não tendo mais caráter arbitral (privado), mas, sim expressão de vontade estatal soberana: *ex auctoritate principis*” (MACHADO, 2005, p. 12), passando a coisa julgada a se confundir com os próprios efeitos da sentença.

Nessa fase, a sentença passou a ser um comando soberano e vinculante emanado do Estado, e passível de recurso para um órgão superior. A *res iudicata* passou a ser a própria força legal que derivava da sentença. Assim, pode-se constatar que a coisa julgada significava para os romanos a “*res iudicium deducta*”, ou seja, o bem da vida que o autor deduziu em juízo depois de ter sido decidido pelo magistrado, ou, ainda, o bem da vida julgado, tendo sido o direito reconhecido ou não pelo juiz.

Desde a época romana até os dias atuais, existe a regra geral de que o direito apreciado judicialmente torna-se inquestionável, salvo raras exceções. Assim, a parte a quem se denegou o “bem da vida” não poderia mais reclamar, enquanto a parte a quem se reconheceu o bem tem o direito de persegui-lo (por meio da via

executiva), não podendo sofrer por parte daquela, posteriores contestações a esse direito.

Trata-se da autoridade da coisa julgada, que os romanos justificaram como sendo de utilidade prática à vida social, com o escopo de que esta se desenvolva segura e pacificamente. Para tanto, fazia-se necessário que se imprimisse certeza ao gozo dos bens da vida e que se garantisse o resultado do processo. Dessa maneira, a partir do momento em que se compreende o processo como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, a explicação da coisa julgada deve, indubitavelmente, atrelar-se à exigência social da segurança do gozo dos bens.

Entretanto, através dos séculos, foram surgindo contraposições a essa teoria romana: algumas valorizavam o elemento lógico do processo, sendo este destinado apenas à resolução de questões a serem definidas pela sentença; outras procuravam explicar a coisa julgada fora da realidade, atribuindo à palavra do juiz um caráter de verdade presumida. Não é que a sentença fosse a “verdade”, mas presumia-se que nela se chegou à verdade.

Savigny reelaborou a “exceção da coisa julgada” dos romanos (*exceptio rei iudicatae*), para considerá-la abrangente da impossibilidade de uma sentença posterior decidir de forma contrária sobre a mesma relação já decidida e transitada em julgado em decisão anterior entre as mesmas partes. Isso fez acrescer uma função positiva à coisa julgada, que já tinha sua função negativa reconhecida.

Para esse eminente doutrinador, não só o dispositivo como também os motivos da decisão seriam abrangidos pela força da *res iudicata*, sendo ela própria um efeito da sentença. O Direito Moderno continuou a estudar e desenvolver o tema e acolheu também certas modificações formuladas por Savigny, sempre com embasamento romanístico.

Daí surgiram diversas teorias buscando explicar o conceito e o fundamento de autoridade da coisa julgada, dentre elas a de Chiovenda (teoria da vontade do Estado); a de Carnelutti (teoria da imperatividade do comando) e a teoria formulada por Enrico Tullio Liebman que, pela ruptura que representou em relação às teorias de sua época, foi (e continua a ser) de extrema importância no estudo da coisa julgada.

## 2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

De início, faz-se necessária a apresentação de alguns conceitos relevantes para a compreensão deste artigo. Conforme art. 467 do Código de Processo Civil, “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Cintra et al (2010, p. 332) conceituam coisa julgada como sendo: “A sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transitada em julgado, tornando-se imutável dentro do processo”.

Para Theodoro Júnior (2009, p. 523), “apresenta-se a *res iudicata*, assim, como qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas qualidade dela representada pela ‘imutabilidade’ do julgado e de seus efeitos”.

Diz-se que a coisa julgada formal é a “imutabilidade da sentença como ato jurídico processual. Consiste no impedimento de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugná-la, de modo que, naquele processo, nenhum outro julgamento se fará” (DINAMARCO, 2005, p. 295).

O conceito de coisa julgada formal nada mais é do que a preclusão máxima, isto é, que põe termo ao feito. Assim, transitada em julgado, a sentença não pode mais ser reexaminada.

A coisa julgada material, por sua vez, “é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito”, consoante ensina Dinamarco (2005, p. 299), filiando-se à doutrina de Liebman. Adotaram também esse entendimento o Código de Processo Civil e a doutrina majoritária brasileira.

Conforme Theodoro Júnior (2009, p. 526), “a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença”.

Não possuem a autoridade da coisa julgada material as decisões terminativas, cujo teor é puramente processual; as de jurisdição voluntária; processos cautelares, despachos de expediente e decisões interlocutórias em geral. Este artigo levará em consideração apenas o prisma da coisa julgada material, uma vez que a coisa julgada formal é pressuposto daquela.

Por ser um instituto jurídico processual de ordem pública, a coisa julgada pode ser alegada em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, devendo ser reconhecida *ex officio* pelo juiz.

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, a regra é de que ela só alcança as partes do processo (e eventuais sucessores), sem beneficiar nem prejudicar direitos de terceiros. Isto está positivado no direito brasileiro, no art. 472 do Código de Processo Civil.

Entretanto, a eficácia natural da sentença é *erga omnes*. Cintra et al (2010, p. 337) explicam que “[...] o terceiro, quando prejudicado pela eficácia da sentença, poderá insurgir-se contra esta, inclusive em outro processo, porquanto não é atingido pela coisa julgada material”. Já os limites objetivos da coisa julgada, em que se pergunta qual a parte da sentença é acobertada pela autoridade da coisa julgada, a doutrina dominante afirma que se restringe ao dispositivo da sentença.

Consubstanciando esse entendimento, Dinamarco (2005, p. 311) esclarece que “somente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada material, não os fundamentos em que ele se apoia”, ressaltando que a sentença é composta de relatório, fundamentos ou motivação e dispositivo.

Em consonância com o acima referido, Theodoro Júnior (2009, p. 525) afirma que:

É apenas na parte dispositiva que se devem identificar os capítulos da sentença, porque é ali que se dá solução às diversas questões que revelam as pretensões solucionadas judicialmente. A motivação da sentença, mesmo quando vários argumentos de fato e de direito são trabalhados pelo juiz, não chega a formar capítulos, porque não correspondem a soluções das questões propostas. Somente quando a sentença enfrenta questões autônomas, dentro do debate processual, é que realmente se enseja a formação de capítulos em sentido técnico.

Acerca do alcance da coisa julgada, há divergência doutrinária. Para Marinoni (2010), apenas o efeito declaratório da decisão é que pode se tornar efetivamente imutável pela coisa julgada. Diferentemente, Dinamarco (2005, p. 303), ao pronunciar que a “coisa julgada não tem dimensão própria, mas a dos efeitos sentenciais sobre os quais incide”, afirma claramente que “[...] seria uma frustração a incidência da autoridade da coisa julgada somente sobre a parte declaratória das

sentenças condenatórias ou das constitutivas, porque é ali que se produzem os resultados práticos desejados pelo autor vitorioso”.

No concernente a eficácia preclusiva da coisa julgada, esta é definida como “a aptidão, que a própria autoridade da coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença cobertos por ela” (DINAMARCO, 2005, p. 321-322).

A norma contida no art. 474 do Código de Processo Civil dispõe acerca desta matéria esclarecendo que, uma vez transitada em julgado a sentença de mérito, presume-se terem sido arguidas e rejeitadas todas as alegações e defesas que as partes poderiam ter suscitado em seu favor, apesar de juridicamente relevantes.

A respeito da eficácia preclusiva, bem observa o professor Marinoni (2010, p.75) que “o objetivo da norma é proteger a declaração contida na sentença transitada em julgado. Para tanto, deixa-se claro que todos os argumentos relacionados com a primeira demanda ficam preclusos, impedindo-se a sua alegação e apreciação em ação ulterior”.

Theodoro Júnior (2009, p. 543) diz que “a teoria da preclusão foi concebida, é certo, para operar dentro do processo, correspondendo à perda ou exaustão das faculdades processuais, à medida que se ultrapassam as oportunidades adequadas ao seu exercício”.

Dessa forma, no que se refere à inconstitucionalidade da coisa julgada, esta não poderá ser atingida pela preclusão de maneira alguma. No tocante aos princípios basilares da coisa julgada, o Princípio da Segurança Jurídica é um dos mais importantes. Está disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal que diz “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A lição de Marinoni (2010, p. 68) esclarece que:

A coisa julgada serve à realização do princípio da segurança jurídica, tutelando a ordem jurídica estatal e, ao mesmo tempo, a confiança dos cidadãos nas decisões judiciais. Sem coisa julgada material não há ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões do judiciário. Não há, em outras palavras, Estado de Direito.

O Princípio da Constitucionalidade ou da Supremacia Constitucional prega que não só os atos normativos, assim como os atos administrativos e judiciais devem se coadunar com a Constituição para serem válidos, uma vez que esta Lei Superior está no “topo” do ordenamento jurídico positivo. A coisa julgada, bem como qualquer instituto jurídico, deve estar, portanto, em conformidade com a Lei Suprema do Estado.

Cintra et al (2010, p. 333-334) descrevem o Princípio da Proporcionalidade como sendo:

[...] utilizado para o caso de colisão entre princípios constitucionais. Esse princípio significa que, em caso de conflito entre dois ou mais valores tutelados pela Constituição, deve-se dar prevalência àquele que no caso concreto se mostre mais intimamente associado à índole do sistema constitucional. Assim, segundo parte da doutrina seria possível desconsiderar a coisa julgada, em processo próprio, para que prevaleça outro bem constitucionalmente tutelado, de índole material.

Dessa forma, em um aparente conflito principiológico, o Princípio da Proporcionalidade pode ser aplicado ao caso concreto, sendo “capaz de solucionar as situações de choque entre a manutenção da coisa julgada e a proteção de bem que torne indispensável a revisão do julgado” (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 698).

A decisão eivada de inconstitucionalidade, ainda que tenha ocorrido seu trânsito em julgado e se formado a coisa julgada material, não pode ser absolutizada, sobrepondo-se a segurança jurídica a todos os demais princípios constitucionais e à própria supremacia das normas da Carta Magna, como se pretende demonstrar adiante com mais especificidade.

### **3 EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COISA JULGADA**

Por meio de um Sistema de Controle de Constitucionalidade, todos os atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem estar em conformidade com o que preconiza a Constituição.

“Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”, segundo o constitucionalista Moraes (2008, p. 701).

No Brasil, o controle jurisdicional de constitucionalidade é misto, ou seja, é realizado pela via difusa e pela via concentrada, exercida pelo Poder Judiciário. É um controle repressivo de constitucionalidade, isto é, afasta do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo desconforme com a Constituição. Deve-se ressaltar que há, também, o controle preventivo realizado dentro do processo legislativo, pelas Comissões de Constituição e Justiça (CF/88, art.58), e pelo Chefe do Poder Executivo, por meio do veto jurídico (CF/88, art. 66, § 1º).

### **3.1 EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COISA JULGADA**

De acordo com Moraes (2008, p. 709), o controle por via difusa “caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”. A declaração de inconstitucionalidade por esta via produz efeitos apenas entre as partes litigantes e dentro do processo em que foi proferida, não tendo o poder de desconstituir a coisa julgada anterior que tenha aplicado à norma, ainda que aquela tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal. Assim, este controle produz efeitos *ex nunc* (não retroativos).

No concernente ao controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal possui a competência para processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade contra lei ou ato normativo federal ou estadual, conforme preconiza o art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988. A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade em sentido abstrato de determinada lei ou ato normativo possui efeitos *ex tunc* (retroativos), uma vez que a lei é declarada nula de pleno direito.

Há, doutrinariamente, discussões divergentes quanto à natureza jurídica da decisão que declara abstratamente a inconstitucionalidade da lei, bem como a extensão temporal de seus efeitos. Uma parte dos estudiosos afirma que a decisão tem natureza constitutiva, outros, declaratória. Muitos defendem o efeito retroativo absoluto, *ex tunc*, por reputarem nula ou inexistente a lei declarada inconstitucional, sendo esta a posição dominante no ordenamento brasileiro; por outro lado, há os que admitem ser a lei anulável, causando efeitos válidos e legítimos até a declaração de sua inconstitucionalidade.

A decisão de inconstitucionalidade de efeitos *ex tunc* é proveniente do modelo norte-americano, não necessitando apreciar a natureza jurídica da decisão como sendo declaratória ou constitutiva, tendo em vista que as duas podem produzir efeitos retroativos. Com esses efeitos, todas as consequências oriundas da lei inconstitucional devem ser desfeitas ao mesmo tempo com o próprio ato normativo.

[...] uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*) (MORAES, 2008, p.755).

Assevera, ainda, Moraes (2008, p. 755) que:

A declaração de inconstitucionalidade de ato impugnado e, conseqüentemente, a retroatividade de sua nulidade alcança, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgado, uma vez que, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, 'a rescindibilidade do acórdão conflitante' decorre 'do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da conseqüente prevalência da orientação fixada pelo STF'. Com esse fundamento, a Corte Suprema afastou o argumento de que a decisão proferida na ADI não poderia retroagir para alcançar decisão coberta pelo manto da coisa julgada, tendo em conta a jurisprudência da Corte quanto à eficácia *ex tunc*, como regra, da decisão proferida em controle concentrado, a legitimar a ação rescisória de sentença que, mesmo anterior, lhe seja contrária.

Dessa maneira, a coisa julgada fundamentada em norma declarada inconstitucional não poderá livrar-se dos seus efeitos, o que acarretará na perda do seu fundamento de validade. Observando este conflito de princípios constitucionais, há de se acatar o que dispõe o princípio da proporcionalidade, onde o valor da segurança jurídica deve ceder ao princípio da supremacia constitucional.

Moraes (2008, p. 716) entende que “excepcionalmente, com base nos princípios da segurança jurídica e na boa-fé, será possível, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*, desde que razões de ordem pública ou social exijam”.

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal “em face do princípio da segurança jurídica”, possibilitando a aplicação da eficácia *ex nunc* da sua decisão, para casos determinados, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, fundamentando-se no que dispõe a Lei nº 9.868/99, em seu art. 27, *in verbis*:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Dessa forma, o Poder Judiciário levará em consideração o princípio da proporcionalidade na ponderação dos interesses e princípios mais relevantes diante de cada caso concreto.

#### **4 A INTANGIBILIDADE E O ALCANCE DA GARANTIA DA COISA JULGADA**

Há duas correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do princípio da intangibilidade da coisa julgada e da extensão de seu alcance.

A corrente majoritária defende o instituto da coisa julgada como sendo uma garantia constitucional, é sustentada por Liebman, Luiz Guilherme Marinoni e Cândido Rangel Dinamarco; a segunda corrente, por sua vez, tutela que a Constituição garante a intangibilidade da coisa julgada apenas contra lei posterior, encontramos Humberto Theodoro Júnior, Daniel Carneiro Machado e o Ministro José Augusto Delgado, como seus defensores.

Marinoni e Arenhart (2010, p. 700), no tocante ao princípio da intangibilidade da coisa julgada, afirmam que:

A coisa julgada é inerente ao Estado de Direito e, assim, deve ser vista como um subprincípio que lhe dá conformação. Não há como aceitar a tese de José Augusto Delgado, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria no sentido de que a garantia da coisa julgada material, insculpida no art. 5.º, XXXVI, da CF, dirige-se apenas ao legislador, impedindo-o de legislar em prejuízo da coisa julgada. Ora, como é evidente, a coisa julgada é garantia constitucional do cidadão diante do Estado (em geral) e dos particulares.

Theodoro Júnior e Faria (2002, p. 30), em oposição ao que se demonstra acima, afirmam que:

[...] a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos da lei nova que contemplasse regra diversa da normatização da relação jurídica objeto da decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados.

Marinoni (apud DELGADO, 2010, p. 181) sustenta que “a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial” e, ainda, determina que o intérprete:

[...] ao se deparar com conflito entre os princípios da coisa julgada e outros postos na Constituição, averiguar se a solução pela aplicação do super princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, fazendo prevalecê-los no caso concreto, conduz a uma solução justa e ética e nunca àquela que acabaria por consagrar uma iniquidade, uma imoralidade.

Explica Machado (2005, p. 86), concluindo que se os princípios da intangibilidade e da imutabilidade da coisa julgada são processuais e não constitucionais,

[...] tornar-se-ão inferiores hierarquicamente ao princípio da supremacia constitucional, cedendo diante da comprovação de ofensa a qualquer norma ou princípio assegurado pela Carta Magna – ato incompatível com a Constituição, seja ele judicial, legislativo ou executivo, é nulo, não podendo surtir efeitos ou se validar pelo transcurso do tempo.

Embora a segunda corrente seja bastante atraente ao limitar a coisa julgada apenas ao legislador, restringindo seu alcance, filiamo-nos a primeira, uma vez que a coisa julgada não é só um instituto processual, não sendo possível negar-lhe sua essência, assim como sua autoridade conferida pela Constituição.

Nesta linha, Marinoni (2010, p. 184) nos ensina que:

A coisa julgada é uma condição para o discurso jurídico, Um discurso revisável não é um discurso jurídico, mas um discurso prático-geral. A coisa julgada não integra o discurso propriamente dito, mas a parte formal da argumentação. Ela é uma regra indispensável à existência do discurso jurídico.

De modo que a coisa julgada não pode ser 'relativizada' pela ponderação de princípios, pois só existe ponderação em discurso jurídico, para cuja existência é imprescindível o respeito a determinadas regras formais, aí incluída a coisa julgada. A coisa julgada não pode ser objeto de 'ponderação' por não constituir um princípio cujo fundamento axiológico possa ser mensurado e comparado com os outros. Ela é uma regra formal do próprio discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmático-transcendental.

Sem coisa julgada não há como falar em discurso jurídico e, por consequência, em Estado Democrático de Direito. A regra formal do discurso jurídico contida na coisa julgada é, sem dúvida, parte estruturante do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, acompanhando os ensinamentos de Liebman, Dinamarco e Marinoni, compreendemos que a coisa julgada é um instituto garantido constitucionalmente não apenas contra lei posterior, mas também em face de decisões judiciais proferidas após a sua formação.

Com isso, há de se encontrar uma solução para a problemática da coisa julgada inconstitucional dentro desses balizamentos, sem negar seu status constitucional.

#### **4.1 DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**

Estamos diante da coisa julgada inconstitucional quando a decisão transgride preceito ou princípio constitucional, transitando em julgado, que não pode se convalidar com o decurso do tempo, posto que carente de qualquer fundamento de validade.

Na hipótese de a decisão proferida transitada em julgado ter acolhido prejudicial de inconstitucionalidade e for, posteriormente, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ela não desconstituirá a coisa julgada anteriormente formada. Não ocorrerá, neste caso, um confronto direto com o que preconiza a Constituição.

Marinoni (2010, p. 155) esclarece que “a declaração de constitucionalidade não modifica o ordenamento jurídico, mas antes o afirma, pronunciando a legitimidade constitucional de uma norma posta em dúvida”.

Por outro lado, será direta a ofensa à Carta Magna quando a decisão tem seu embasamento em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento superveniente, uma vez que estaremos diante de uma lei nula.

Frise-se o que Machado (2005, p. 96) conclui em sua última presunção:

[...] Portanto, sustentável é, juridicamente, a relativização da coisa julgada material, pelos seguintes motivos: não é crível, num Estado Democrático de Direito, eternizar decisão judicial inconstitucional em prol da imutabilidade absoluta da coisa julgada quando um valor ou direito maior, garantido pela Constituição foi, está sendo, ou será, frontalmente violado pelo referido ato judicial; os atos dos poderes Executivo e Legislativo podem ser revistos e declarados inconstitucionais a qualquer tempo; logo, as decisões judiciais, inclusive as já transitadas em julgado, também o devem ser; assim como uma lei inconstitucional é nula, uma sentença que ofende a Constituição da República e seus princípios não pode ser considerada ato jurídico válido, mas nulo, o que impede que a coisa julgada que sobre ela se forme imunize seus imaginários efeitos, já que, em sendo nula, não poderia produzi-los; **finalmente, admitir que a coisa julgada inconstitucional convesça no tempo, tornando-se soberanamente transitada em julgado, seria o mesmo que dar a ela, importância maior que a própria Constituição da República** (grifei).

Essa hipótese final é o que de maneira alguma podemos aceitar. Não se pode conferir a um instituto processual (ainda que tenha fundamento constitucional) importância superior aos valores consolidados expressa ou implicitamente na Constituição, tais como a justiça das decisões, a isonomia e a própria segurança jurídica.

#### 4.2 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

No concernente à questão da decisão judicial eivada de vício de inconstitucionalidade, sustenta-se que a relativização da coisa julgada provocaria uma situação de insegurança e incerteza dos direitos, propiciando um possível “caos social”.

Para Cintra et al (2010, p. 333):

A relativização da coisa julgada material é uma tese extremamente polêmica, que nasceu no seio do Superior Tribunal de Justiça (Min. José Delgado) e que, mesmo entre os que a aceitam, só é defendida para casos realmente extraordinários. Essa tese parte da premissa de que nenhum valor constitucional é absoluto, devendo todos eles ser sistematicamente interpretados de modo harmonioso e, conseqüentemente, aplicando-se à coisa julgada o princípio da proporcionalidade.

Entretanto, não se pode deixar de considerar que toda flexibilização de regras e, inclusive, toda inovação legislativa causam esse risco, sendo que o próprio sistema jurídico-processual possui meios de corrigir possíveis desvios ou exageros.

Tal é o que ocorreria com a problemática da relativização da coisa julgada inconstitucional. No início, poderia até haver certa insegurança que tenderia, no entanto, a ser consideravelmente reduzida pela jurisprudência dos tribunais e pelas respeitáveis contribuições doutrinárias.

Tal reflexão é instigante, afinal, não há como se conceber uma ordem jurídica verdadeiramente segura se não houver o respeito à justiça como um valor supremo.

Consubstanciando desse mesmo pensamento, Marinoni (2010, p. 171) afirma que:

A retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, além de não ser uma decorrência desta decisão, ao ser aceita como possível constitui uma excepcionalidade, admissível tão somente quando o seu desfazimento for necessário para tutelar valor imprescindível ao Estado Constitucional, que, na hipótese concreta, tenha justificado motivo para prevalecer sobre a coisa julgada.

Acrescenta Dinamarco (2004, p. 301):

Pelo que significa na vida das pessoas em suas relações com os bens da vida ou com outras pessoas, a coisa julgada material tem por substrato ético-político o valor da segurança jurídica, que universalmente se proclama como indispensável à paz entre os homens ou grupos. Esse valor de primeira grandeza, alçado à dignidade constitucional mediante a garantia do respeito à coisa julgada, só não pode prevalecer quando a estabilidade do julgado significar imutabilidade de situações de contrariedade a outros valores humanos, ético ou políticos de igual ou maior porte.

Percebemos que se cria um aparente conflito entre os princípios da segurança e da justiça quando o jurista confronta-se com uma decisão judicial transitada em julgado em que se opõe ao princípio ou regra constitucional.

Então, consoante dito acima e considerando que a completude da autoridade da coisa julgada reside no status constitucional que ela possui, ou seja, na própria força que a Carta Magna lhe confere, temos que a força normativa da Constituição deve prevalecer sobre a coisa julgada, vez que esta perde o fundamento de validade constitucional quando conflita com a Lei Maior, por qualquer de suas formas (GARCIA, 2004, p. 53).

De fato, uma vez que o princípio da intangibilidade da coisa julgada retira sua força da Constituição Federal, deve estar subordinado ao princípio que determina a supremacia desta. Assim como sendo o processo e a coisa julgada instrumentos para fazer prevalecer a segurança de uma ordem jurídica justa e sistematizada, instituída pela Lei Suprema, aqueles não podem afrontar esta última, sob pena de serem tidos inconstitucionais e, portanto, inválidos.

Por tais motivos é que se impõe a necessidade de realizar uma ponderação principiológica para que, quando ocorrer de a coisa julgada violar norma fundamental inserida na Constituição e que possua maior relevância para a concretização dos fins do sistema jurídico como um todo, ela – a coisa julgada – seja reconhecida como inconstitucional e o próprio Judiciário, quando provocado, a declare inválida.

Entendemos ser essa a melhor solução a ser conferida à questão, a fim de que não se consolide o absurdo de se eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas, como adverte Dinamarco (2004). Somente assim se estaria a garantir a verdadeira segurança de uma ordem jurídica justa, como anseia a sociedade.

## **5 DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA OCONTROLE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**

### **5.1 AÇÃO RESCISÓRIA**

A rescisória trata-se de uma verdadeira ação, proposta no prazo de dois anos (art. 495, do CPC), após transitada em julgado a sentença ou acórdão, “destinada

precipuamente a obter anulação (e não declaração de nulidade) da coisa julgada formada sobre decisão judicial, permitindo, então, por conseguinte, a revisão do julgamento” (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 667).

Para Theodoro Júnior (2009, p. 695), a ação rescisória surge para “reparar a injustiça da sentença transitada em julgado, quando o seu grau de interpretação é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela *res iudicata*”.

A natureza da ação rescisória é constitutiva e seu objetivo é exatamente desconstituir a força da coisa julgada da qual se revestiu a sentença de mérito que transitou em julgado.

É o instrumento processual mais utilizado pela grande maioria dos doutrinadores e pelas jurisprudências dos tribunais que defendem ou aceitam a desconstituição da coisa julgada quando inconstitucional, enquadrando-se a hipótese no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, qual seja, “violar literal disposição de lei”.

Deve-se ressaltar que alguns doutrinadores defendem que, no caso de decisão inconstitucional, o prazo para a propositura da ação rescisória deveria ser dispensado (Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria), ou ao menos iniciar a contagem apenas a partir da declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, no caso de superveniência desta, como é o caso de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.

Acrescentando que até mesmo de forma incidental, em qualquer ação, a exceção de coisa julgada inconstitucional pode ser suscitada e deve ser reconhecida, já que a inconstitucionalidade trata-se de nulidade absoluta, revelando-se, portanto, insanável até mesmo pelo manto da *res iudicata*.

## 5.2 IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A Lei nº 11.232, de 23 de dezembro de 2005, modificou a forma de execução dos títulos executivos judiciais, o meio de o executado opor-se à execução que lhe é movida passou a ser através de simples petição, chamada “impugnação ao

cumprimento de sentença” (art.475-L, do CPC). Os embargos à execução do art. 741, do Código de Processo Civil, passaram a ser previstos apenas nas execuções contra a Fazenda Pública.

Por meio desses dispositivos, a ordem jurídica positiva passou a permitir expressamente a relativização da coisa julgada inconstitucional e – ressalte-se – até mesmo sem a necessidade de ação rescisória para a desconstituição da autoridade da coisa julgada.

Registre-se, por fim, que as regras do § 1º do art. 475-L e do parágrafo único do art. 741 do CPC têm aplicabilidade imediata, inclusive sobre as execuções ainda não impugnadas ou embargadas, conforme o caso, por se tratarem de regras de natureza processual (MACHADO, 2005, p. 163).

### 5.3 AÇÃO DECLARATÓRIA

A possibilidade de ajuizamento de uma ação declaratória para modificar a coisa julgada pressupõe o acatamento da tese de que, em verdade, sequer se formou a coisa julgada material, seja pela aceitação de que a sentença é inexistente (teoria defendida por Wambier e Medina) ou pela sua existência, porém, não revestido pelo manto protetor da coisa julgada (tese sustentada por Dinamarco).

Com efeito, há somente uma via processual para a rescisão da sentença de mérito recoberta pela autoridade da *res iudicata*, que é a Ação Rescisória.

Porém, a tendência é a de que se entenda ser possível a fungibilidade não só dos recursos, mas também de outros meios processuais tendentes a alcançar o mesmo resultado jurídico, sem prejuízo para as partes nem para a segurança jurídica, e sim, com evidente ganho para a concretização da justiça e respeito à ordem constitucional.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem negar a autoridade da coisa julgada, é possível a desconstituição da decisão judicial quando há afronta a Constituição Federal em suas regras, princípios ou valores. As ideias de intangibilidade e imutabilidade da coisa julgada têm sido supervalorizadas por grande parte da doutrina e da jurisprudência tradicionais, pois apesar de a coisa julgada ter previsão constitucional, não passa de um instituto jurídico de natureza eminentemente processual.

Em havendo uma sentença que afronte um princípio ou uma regra constitucional, aquela deve ser tida como nula ou mesmo inexistente, por ser absolutamente carente de fundamento de validade diante de sua incoerência com o ordenamento jurídico constitucional vigente.

Dessa forma, tem-se que nenhum ato emanado do Poder Público, seja o Judiciário, o Executivo ou o Legislativo, poderá desobedecer aos contornos definidos pela Constituição. Os princípios e valores constitucionais, especialmente a supremacia de suas normas, deverão ser obedecidos, uma vez que em se conferindo tratamento diverso às decisões judiciais, ou seja, aceitando-se que estas desrespeitem a Lei Maior, estar-se-ia a desequilibrar a igualdade e a harmonia entre os Poderes do Estado, numa grave afronta ao princípio isonômico. A tese da relativização da coisa julgada inconstitucional é superável em face da imperatividade de se respeitar outros princípios e valores constitucionais tão relevantes quanto à segurança jurídica.

Nessa esteira, encontramos a justiça das decisões judiciais como um valor fundamental e objetivo geral da República Federativa do Brasil, a nortear toda a atividade jurisdicional, sem a qual o Poder Judiciário nem mesmo o Direito teriam sentido de existir. Seria inconcebível a existência de uma ordem jurídica segura sem que haja a busca incessante pela realização da justiça.

Deve haver a ponderação de valores e princípios no instante de decidir acerca da desconstituição da sentença transitada em julgado, aplicando-se, se for necessário, a regra da proporcionalidade. No entanto, é de se observar que, num aparente conflito entre segurança e justiça, deve-se optar pela solução mais justa,

posto que não se pode falar em segurança numa injustiça, nem mesmo em segurança contra a Constituição.

Quanto aos instrumentos processuais de controle da coisa julgada, consideramos que quaisquer daqueles que foram apresentados são hábeis para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional. Assim, o vício de inconstitucionalidade induz à nulidade da sentença ou acórdão judicial ainda que este transite em julgado, pois, encontrando-se em total contrariedade com a Constituição Federal, a decisão não poderá subsistir no mundo jurídico, devendo, no entanto, ser ponderado tal posicionamento pelo princípio da proporcionalidade para não se comprometer por completo a segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

- CASTRO, Ronaldo Eduardo Petrin. *A relativização da coisa julgada inconstitucional no processo de conhecimento*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/435/429>>. Acesso em: 27 fev 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GARCIA, Maria. A inconstitucionalidade da coisa julgada. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 47, abr./jun. 2004.
- GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 mar 2012.
- JARDIM, Antonio César Camargo. *Aspectos sobre a imutabilidade da Coisa Julgada*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/479/473>>. Acesso em: 25 mar 2012.
- MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. “*Coisa Julgada Inconstitucional*” e sua relativização.

Disponível em:

<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Ana%20Lucia%20Pretto%20Pereira.pdf>> Acesso em: 10 mar 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 795, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## **QUESTÕES CONTROVERSAS NA REFORMA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

### **CONTROVERSIAL ISSUES ON THE IMPLEMENTATION OF THE CIVIL REFORM**

CATARINA MOTA DE FIGUEIREDO PORTO\*

#### **RESUMO**

Nos anos de 2005 e 2006 o Processo de Execução antes considerado uma fase autônoma do processo civil, passa por profundas transformações, sobretudo para atender o requisito da celeridade processual, garantido um maior acesso a justiça por parte da sociedade. No entanto, algumas mudanças trazidas pela reforma processual trouxeram muitos questionamentos, especialmente no tocante ao problema do prazo para apresentação de defesa e a garantia prévia do juízo, limitando, por vezes, exageradamente, o direito a ampla defesa a ser assegurado ao devedor. O presente artigo traz essas mudanças, criticando o novo modelo processual, inclusive comparando-o com a Execução Fiscal.

Palavras chave: Reforma Processual. Processo de Execução. Prazo de Impugnação e Defesa. Garantia da Dívida.

#### **ABSTRACT**

In 2005 and 2006 the Execution Process before considered an autonomous phase of civil procedure, undergoes profound changes, especially to meet their requirement of procedural celerity, secured greater access to justice by society. However some procedural changes brought by their form brought many questions, especially regarding the issue of the deadline for submission of defense and guarantee of the prior judgment, limiting sometimes exaggerated, the right to legal defense to be provided to the debtor. This article brings these changes, criticizing the new process model, including comparing it with the Tax Execution.

Key words: Procedural Reform. Execution Process. Period of Challenge and Defense. Guaranteed Debt.

---

\* Mestre em Direito Econômico pela UFPB; doutoranda em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra; Advogada integrante da Porto Belo & Advogados desde 2000; Professora da FESP Faculdades em Processo Civil; Professora da UFPB em Prática jurídica e Direito Empresarial.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo de execução, antes considerado uma fase autônoma do processo, inclusive com a determinação de citação dos devedores, diante das reformas processuais de 2005 e 2006<sup>1</sup> submeteu-se a uma série de mudanças. Dentre essas, a mudança mais marcante do processo de execução foi a que excluiu a autonomia do processo de execução de título judicial, para que a execução passasse a ser uma mera fase do processo de conhecimento, no que se chama processo sincrético. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, inicia-se, com a intimação da parte, o cumprimento de sentença, para que a devedora, ao ser intimada, cumpra “espontaneamente” a determinação judicial. Na verdade, nessa fase processual, não há que se falar em espontaneidade, pois o devedor é apenas estimulado a cumprir a sentença no prazo de 15 dias<sup>2</sup>, sob as penas legais, ou seja, para que não incorra em multa e penhora de bens. Caso o executado não cumpra a sentença, serão penhorados tantos bens quantos bastem para garantir a execução, para somente então, abrir-se o prazo para o devedor apresentar a defesa, aqui chamada impugnação ao cumprimento da sentença.<sup>3</sup> Antes das transformações advindas da reforma de 2005/2006, a execução de título judicial era considerada um processo autônomo e necessitava, inclusive, de citação do devedor.

Em relação à execução por quantia certa de título extrajudicial, mantém-se a execução como processo autônomo, isto é, é uma ação própria, que deve seguir os requisitos da petição inicial, citação do devedor, além dos requisitos próprios para a propositura da ação de execução, quais sejam, o inadimplemento do devedor e a existência de um título executivo. Para desconstituir o título executivo extrajudicial demandado, o devedor pode propor Embargos do devedor, também conhecidos por Embargos à Execução, que não são equivalentes a uma contestação, mas têm uma natureza de ação, inclusive devendo ser distribuídas e obedecer os demais

---

<sup>1</sup> Lei 11.232/2005 e 11.382/2006

<sup>2</sup> Art.475-J, CPC. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de (15) dias, o montante da condenação será acrescida de multa, no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor, observado o disposto no art.614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

<sup>3</sup> Art.475-J, CPC. (...) §1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou na falta deste o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze (15) dias.

requisitos para a propositura de uma ação judicial. Nesse sentido prevê o Código de Processo Civil que o devedor será citado para pagar em até 03 dias. Caso não haja pagamento, o oficial de justiça procederá imediatamente à penhora de bens e a sua avaliação, intimando, a seguir, o executado.<sup>4</sup> A partir da intimação da penhora (juntada do mandado de citação em que conste ou não a penhora), correrá prazo de quinze dias para o devedor apresentar Embargos à Execução. Mesmo que o devedor não tenha bens para garantir a dívida executada, isso não significa que o esse não possa propor Embargos do devedor, nos termos do artigo 736 do CPC.

Já em relação à impugnação no cumprimento de sentença, a ser proposta na execução de título judicial, o devedor terá que, necessariamente, garantir previamente a execução através da penhora de bens, não incidindo aqui o art.736 do CPC. Dessa forma, não caberá impugnação enquanto não houver a garantia da dívida. Observa-se que essa diferenciação se dá especialmente por se considerar que, no cumprimento de sentença o condenado já teve direito a uma ampla defesa e cognição, pois a sentença condenatória é resultado de um processo de conhecimento prévio. Por outro lado, na execução autônoma de título extrajudicial, os Embargos propostos serão a primeira oportunidade do devedor apresentar defesa no processo que antes sequer existia, como, por exemplo, na execução por quantia certa de um título de crédito, como um cheque, uma duplicata, etc. Até as matérias que podem ser apresentadas pelos devedores é diversa, coincidindo apenas em alguns pontos.

A impugnação do cumprimento da sentença se restringe às matérias elencadas no artigo 475-L, do CPC, quais sejam, a falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia; a inexigibilidade do título, a penhora incorreta ou avaliação errônea, a ilegitimidade das partes, o excesso de execução e qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.<sup>5</sup> Em se tratando de Embargos do devedor, percebe-se a amplitude de matérias que podem ser aduzidas pelo executado, nos termos do artigo 745, do CPC, quais sejam: nulidade de execução, por não ser executivo o título apresentado, penhora incorreta ou avaliação errônea, excesso de execução ou cumulação indevida de

---

<sup>4</sup> Art.652 e parágrafo primeiro do CPC.

<sup>5</sup> Art.475-L, I a VI, CPC.

execuções, retenção de benfeitorias necessárias ou úteis, e qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.<sup>6</sup>

## 2 DESENVOLVIMENTO

No presente estudo interessa tratar mais precisamente sobre a impugnação ao cumprimento de sentença e o problema do prazo. Embora os intérpretes da lei processual compreendam que o prazo para o devedor apresentar sua defesa é de 15 dias após a intimação da penhora, pode ocorrer que, após a realização da constrição judicial e da apresentação da impugnação ao cumprimento da sentença, o credor requeira a substituição da penhora dos bens ou o reforço da penhora, sendo, na primeira hipótese o caso de penhora de bens em desobediência à ordem legal e, no segundo caso, quando os bens penhorados não forem suficientes para garantir a dívida. Nessa situação, haveria um novo prazo para complementar a impugnação já apresentada pelo devedor? E na hipótese em que há a penhora de vários bens, sendo que a intimação para impugnação ao cumprimento se dá desde a primeira penhora, por exemplo, em numerário, o que ocorrerá em relação a penhora de outros bens posteriormente ao prazo para a defesa? Nesse ponto, a doutrina e a jurisprudência divergem.

A princípio deve ser destacada a exigência de intimação prévia do executado quando se tratar de um pedido de reforço de penhora. Muito embora a lei processual atual privilegie a celeridade, essa não pode ser dada quando atingir o direito a uma ampla defesa, princípio do contraditório e ao princípio de execução que prevê uma menor onerosidade ao devedor. O credor terá direito de cobrar os seus direitos, mas para isso, deverá seguir os trâmites legais e o Código de Processo Civil protege também a figura do devedor. Antes da reforma processual era clara a posição da doutrina que entendia pelo cabimento de novos embargos, mas restritos quanto aos aspectos formais da segunda penhora. Segundo Misael Montenegro Filho<sup>7</sup> (2011, p.479):

---

<sup>6</sup> Art.745, I a V, CPC.

<sup>7</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. *II Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral dos Recursos, recursos em espécie, processo de execução*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

Eventual reclamação do devedor contra o reforço de penhora deve ser manifestada através de peça avulsa, apresentada na primeira oportunidade de que dispõe falar nos autos, sob pena de preclusão (art.245), reiterando o tema em embargos à adjudicação (art.746), se o magistrado não enfrentar o assunto até a conclusão do procedimento.

No mesmo sentido, o STJ entende cabível a complementação de impugnação de cumprimento de sentença, quando existente o reforço da penhora. Segundo a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. EXECUÇÃO FISCAL. NOVA PENHORA. NOVOS EMBARGOS DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. DISCUSSÃO RESTRITA AOS ASPECTOS FORMAIS DO ATO CONSTRITIVO. PRECEDENTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DE PROVA. EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO DE MODO ADEQUADO NAS RAZÕES RECURSAIS. ÓBICES DA SÚMULA 7/STJ E DA SÚMULA 283/STF, RESPECTIVAMENTE.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. "A anulação da penhora implica reabertura de prazo para embargar, não assim o reforço ou a redução, posto permanecer de pé a primeira constrição, **salvo para alegação de matérias suscetíveis a qualquer tempo ou inerente ao incorreto reforço ou diminuição da extensão da constrição**", de modo que **'é admissível o ajuizamento de novos embargos de devedor, ainda que nas hipóteses de reforço ou substituição da penhora, quando a discussão adstringir-se aos aspectos formais do novo ato construtivo'** (REsp 1.116.287/SP, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010 - recurso submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC). (grifo nosso)<sup>8</sup>

Em suma para parte da doutrina e jurisprudência, o reforço de penhora que se dê de forma equivocada, ou incorreta nos termos da lei, quando, por exemplo, houver a penhora de bem de família, que é relativamente impenhorável, poderá ser impugnado por uma simples petição, pois o prazo para impugnar seria apenas o de 15 dias após a penhora inicial. Entretanto, para outros, é possível ajuizar novos

<sup>8</sup>AgRg no AREsp 173306 / MGAGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL2012/0089612-2. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141)T2 - SEGUNDA TURMA. DJe 21/08/2012

embargos desde que a matéria do mesmo seja restrita aos aspectos formais do novo ato construtivo.

Na minha opinião, a impugnação complementar do devedor, em virtude de penhora incorreta, pode se dar tanto através da complementação à primeira impugnação propriamente dita, quanto através de uma simples petição. O princípio da instrumentalidade processual deve ser observado a fim de se garantir um verdadeiro acesso à justiça, para que o processo atinja sua finalidade principal, que é a pacificação social. Ora, caso a justiça não aceitasse uma segunda oportunidade ao devedor que, somente teve conhecimento/foi intimado de uma segunda penhora em momento posterior ao prazo para a primeira impugnação e não se desse a oportunidade ao executado para se manifestar sobre a referida penhora, ainda que eivada de vícios, isso significaria em uma interpretação esdrúxula da legislação processual, que estaria cerceando o direito de defesa do devedor. Desse modo, poderia ocorrer a seguinte hipótese, um executado, após ter suas contas-correntes penhoradas pelo sistema BACEN e, a seguir, tendo sido intimado da penhora, apresenta impugnação ao cumprimento de sentença, vem a sofrer uma nova constrição judicial, com a penhora de seu único imóvel residencial, considerado bem de família. Nessa hipótese, caso se entendesse pela preclusão do prazo para embargar, haveria a absurda interpretação de que a penhora de bem de família é legítima e estaria sacramentada diante da preclusão para apresentação de defesa? Defendemos que, até mesmo por simples petição o devedor poderá complementar sua defesa, desde que se trate de aspectos meramente formais da penhora, conforme interpretação atual do Superior Tribunal de Justiça.

O acesso a justiça é um direito fundamental previsto constitucionalmente, e abrange vários outros conceitos e princípios inerentes. Dessa forma, pode-se entender como acesso à justiça, o acesso a uma ordem jurídica justa, a uma efetividade das decisões, uma maior celeridade, uma maior satisfação a quem realmente deve ser destinada a justiça: à própria sociedade.

As reformas processuais têm se pautado na busca pelo acesso à justiça, não somente no Brasil, mas como um movimento mundial. Em nosso país, desde a criação dos juizados especiais, do fortalecimento dos meios alternativos de jurisdição, como a arbitragem, a mediação, a conciliação, com a Lei 9.307/1996, e a

implantação desses meios no âmbito da própria justiça visam, sobretudo, a um melhor atendimento aos que necessitam de seus serviços. Não basta, para um efetivo acesso, uma decisão célere, mas uma decisão correta, e em tempo hábil, pois justiça tardia não pode ser considerada justiça. As reformas administrativas de cada Estado também sempre têm por escopo um melhor aproveitamento do aparelho estatal jurídico.

O surgimento do processo eletrônico e a tecnologia cada dia mais presentes no poder judiciário são também bem-vindos para tornar a justiça mais célere. Por fim, as reformas processuais realizadas e as por vir são também modos de se melhor garantir o acesso à justiça. Em relação às reformas processuais, especialmente no tocante ao processo de execução, que sofreu profundas modificações entre 2005 e 2006, devem ser feitas as devidas críticas e interpretar-se o processo executivo como um todo, ou seja, conforme a própria Constituição Federal e os princípios de processo de execução, sob pena de interpretar-se de forma muito literal os artigos previstos no CPC, especialmente quanto à defesa dos devedores.

Já há quem entenda que, por exemplo, com a promulgação do artigo 736 do CPC, que dispensou a prévia constrição legal através da penhora de bens como requisito para a propositura de Embargos do devedor, como uma cláusula geral, que deve ser aplicada até em outros tipos de execução, como é o caso da execução fiscal, ou seja, não haveria necessidade de penhora prévia para propor impugnação ao cumprimento de sentença ou mesmo para execução fiscal (que é regido por lei especial que prevê a penhora prévia). Nesse sentido, embora o artigo 16, inciso III, parágrafo 1º da lei de execução fiscal, entenda que não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução. Paulsen<sup>9</sup> (2012, p.405-406), em nota de rodapé comenta esse parágrafo aduzindo que:

**No sentido de que não mais se exige garantia para embargar.** 'A exigência de prévia garantia do juízo para oposição dos embargos à execução – feita no parágrafo 1º do art.16 da Lei n.6.830/1980 – não decorre de detalhes, vicissitudes ou particularidades da relação entre o contribuinte e a Fazenda Pública. Quando da edição da Lei n.6830/1980, essa era uma regra geral, aplicável a qualquer execução. Em qualquer

---

<sup>9</sup> PAULSEN, Leandro, et al. *Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

execução, a apresentação de embargos dependia, sempre, da prévia garantia do juízo. A Lei n.6830/1980 cuidou, nesse ponto, de copiar, reproduzir, seguir a regra geral; a segurança prévia do juízo como exigência para o ajuizamento dos embargos era uma regra geral, e não uma regra que decorresse da peculiar relação havida entre o particular e a Fazenda Pública. À evidência, não se trata de regra especial criada pela legislação em atenção às peculiaridades da relação de direito material, mas de mera repetição, na lei especial, da regra geral antes prevista no CPC. Não incide, portanto, o princípio de que a regra geral posterior não derroga a especial anterior. Atualmente, revogada essa exigência geral, não há mais garantia do juízo para a oposição dos embargos, devendo deixar de ser feita tal exigência também na execução fiscal. Aqui, não se trata de norma geral atingindo norma especial, mas de norma geral atingindo norma geral. A norma não é especial por estar inserida num diploma legislativo extravagante ou específico, mas por retratar um situação peculiar ou por estar inserida num regime jurídico próprio. (...) Não se deve, portanto, exigir mais a garantia do juízo para a apresentação dos embargos à execução fiscal.(...)' (CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. Novas reflexões sobre os embargos à execução fiscal: desnecessidade de prévia garantia do juízo e casos de efeito suspensivo automático...RDDP 62/57, mai/08).

A posição do jurista Carneiro da Cunha, supramencionada, entretanto, não é ainda a que prevalece no Superior Tribunal de Justiça e na maioria da doutrina. Assim, em sentido oposto, citado por Paulsen (2012, p.405):

**Permanência da exigência de garantia prévia mesmo após a alteração do Código de Processo Civil pela Lei n.11.382/2006.** Não se aplica à execução fiscal a alteração do art.736, caput, do Código de Processo Civil, que prevê a recepção dos embargos independentemente de garantia, ainda que desprovidos de efeito suspensivo, pois a Lei de Execução Fiscal prevê, expressamente, de forma diversa, sendo a aplicação do Código de Processo Civil, subsidiária na espécie.

- 'A nova redação do art.736 hoje diz, muito diretamente, que o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos'. O termo a quo da contagem do prazo para embargar (que na execução fiscal é de 30 dias, mais alargado, portanto, que no Código de Processo Civil, que hoje prevê o prazo de 15 dias, nos termos do art.738), continua sendo, portanto, da intimação da penhora (ou o depósito, ou a juntada da prova da fiança bancária, se for o caso). A sobrevivência da regra especial, portanto, parece não poder ser posta em dúvida. (PITA, Flávia Almeida. A execução fiscal diante da nova disciplina da execução cível. RePro 169/160, mar/09).

Destaca-se que na execução fiscal, mesmo que a penhora de bens não seja suficiente para garantir a dívida executada, isso não será impedimento para se propor Embargos à execução, eis que o Superior Tribunal de Justiça convalidou esse entendimento, sob o argumento de que, caso houvesse impedimento para a defesa do devedor em virtude da insuficiência da penhora, configurar-se-ia em um cerceamento ao direito de defesa. Nesse sentido:

PENHORA INSUFICIENTE. ADMISSIBILIDADE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO.1. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que, a despeito do valor do bem penhorado, considera-se segurado o juízo, possibilitando-se, assim, a admissibilidade dos embargos à execução, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório. (REsp 899.457/RS. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T., DJe 26/08/2008)

Feitas essas considerações quanto às mudanças no processo de execução e o problema relativo, primeiramente à penhora incorreta e a possibilidade de impugnar, seja por impugnação complementar, seja por simples petição, assegurando-se o acesso a justiça, com respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e instrumentalidade processual, a segunda problemática é quanto à influência e/ou modificação provocada pela nova lei processual no âmbito de execuções fiscais.

A polêmica consiste em considerar-se revogada ou não a exigência de penhora prévia para opor-se embargos à execução, conforme a doutrina mais moderna. Para essa doutrina, não mais se exigiria a penhora prévia para embargar na execução fiscal, em virtude da promulgação do art.736 do CPC, que não mais exige a garantia prévia para os Embargos à Execução. Entretanto, para boa parte da doutrina e jurisprudência atual, ainda se entende que a lei de execução fiscal, por ser norma especial, não seria atingida pelo art.736, do CPC, até por ter previsão expressa em sentido contrário.

### **3 CONCLUSÕES**

Em minha opinião, as formas de defesa ou de embargos do executado, ao contrário da bagunça legislativa e doutrinária atual, deveriam ser unificadas, abdicando-se da penhora prévia para se propor embargos ou cumprimento de sentença para todas as formas de defesa. Vejamos, a exigência de prévia garantia já é, por si só, um cerceamento de direito de defesa ao executado, que, caso, não tenha patrimônio para garantir a dívida, não poderá apresentar defesa, em se tratando de impugnação ao cumprimento de sentença ou de embargos à execução fiscal. Apenas quando se tratar de embargos à execução de título extrajudicial é que o devedor pode apresentar essa ação, sem garantir a dívida. Não há uma explicação

lógica para diferenciar os devedores conforme as dívidas exigidas. O caráter patrimonialista em excesso do direito privado, que tem por finalidade proteger muito mais o patrimônio do que a pessoa é considerado, atualmente, bastante mitigado em virtude da constitucionalização do direito privado.

O direito processual civil também sofre influências dessa nova abordagem constitucional, que reflete em todos os ramos do direito. A instrumentalidade do processo, o princípio da ampla defesa e do contraditório, o devido processo legal, a proteção da sociedade como um todo, ou seja, da coletividade, até mais do que a individualidade são novos parâmetros igualmente importantes na compreensão do direito processual civil. A respeito do novo centro do sistema jurídico Fachin<sup>10</sup> (2006, p.48) aduz que:

A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração.

Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial.

Observa-se, pois, o distanciamento do Direito de uma perspectiva ligada ao individualismo e ao liberalismo sem limites, para reconhecer a qualidade existencial da pessoa humana, valor supremo do Direito.

A final, Sessarego reconhece que os esquemas tradicionais do Direito são inadequados para captar, em toda a sua complexidade, a temática relativa à tutela da pessoa humana. O autor destaca o egoísmo e a desumanização da sociedade massificada pelo consumismo, tendente à despersonalização, submetida a um regime de igualdade e justiça formais.

Apesar do parágrafo anterior se referir a constitucionalização do direito privado, no que se entende por direito civil, nada impede que essa expansão da interpretação da constituição federal para a proteção de pessoas no direito processual civil, até em virtude do objetivo maior do processo, que é a pacificação social. Impedir devedores de apresentar defesa, apenas por não terem bens para garantir a dívida, a meu ver, é interpretar a lei processual contrariamente até a lei maior, que protege a ampla defesa e o contraditório. Sendo assim, defendo a inexigibilidade de garantia prévia do juízo para oposição de qualquer defesa do executado, por compreender que a todos deve ser assegurado o direito de defesa.

---

<sup>10</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do*. (1988). Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *II Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral dos Recursos, recursos em espécie, processo de execução*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

PAULSEN, Leandro, et al. *Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Site de consulta: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

## **CONTROLE PRISIONAL E O USO DE NOVAS TECNOLOGIAS: O CASO DA PRISÃO DE GUARABIRA**

### **PRISON CONTROL AND USE OF NEW TECHNOLOGIES: THE CASE OF PRISON GUARABIRA**

FÁBIO GOMES DE FRANÇA\*  
TAMARA RAIZA GOMES DE ANDRADE\*\*

#### **RESUMO**

Neste paper analisamos, à luz das teorias empreendidas pelo pensador francês Michel Foucault, como podemos perceber as novas formas de controle engendradas especificamente no que tange à realidade do contexto prisional. Por esse escopo, abordamos as recentes tecnologias e a implementação de suas estratégias, que aqui pode ser percebida através do uso de tornozeleiras eletrônicas. Tal uso faz parte de um projeto sistematizado para monitorar os detentos do regime semiaberto e em prisão domiciliar. Nesse sentido, debruçamo-nos especificamente sobre o caso da cidade de Guarabira, na Paraíba.

Palavras chave: Prisões. Controle. Monitoramento Eletrônico.

#### **ABSTRACT**

In this paper we analyze, in the light of theories undertaken by the french philosopher Michel Foucault, as we realize new ways to control engineered specifically with respect to the reality of the prison context. For this scope, we address the latest technologies and implementing their strategies, which can be seen here through the use of electronic anklets. Such use is part of a systematic design to monitor inmates semi-open and under house arrest. Accordingly, we focused specifically on the case of the city of Guarabira, Paraíba.

Keywords: Prisons. Control. Electronic Monitoring.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo se debruça na análise da alternativa de monitoramento eletrônico como uma nova configuração nas formas de controle prisional. Essa proposta diz respeito à busca de outras estratégias vinculadas às políticas de

---

\* Doutorando em Sociologia pela UFPB. E-mail: <lillehammer@bol.com.br>.

\*\* Graduada em Direito pelo IESP. E-mail: <raizatam@hotmail.com>.

organização das prisões em nosso país e, nosso olhar se volta especificamente sobre o projeto de aplicação de tornozeleiras eletrônicas que vêm sendo testadas em presos do regime semiaberto na prisão da cidade de Guarabira, no Estado da Paraíba.

Desse modo, procuramos mostrar, inicialmente, como as teorias do filósofo francês Michel Foucault nos serve de subsídio para melhor entendermos o significado da implementação dos mecanismos disciplinares e do controle, esses aliados a novas relações de poder que se instituíram na modernidade.

Nesse percurso, destacamos as legislações penais existentes no Brasil que versam sobre o uso de equipamentos eletrônicos para a monitoração de presos dentro de determinadas particularidades. O propósito constitucional que relata o princípio da dignidade humana passa a ser problematizado.

Por fim, analisamos a realidade da prisão de Guarabira e como o projeto do uso das tornozeleiras eletrônicas passou a ser aplicado sob condições específicas, o que nos deixa na observação dos efeitos que surgem com essas novas tentativas de correção delitual, pois é comum às políticas públicas o uso de paliativos correcionais em detrimento da busca dos princípios reais elencados em nossa Carta Magna.

## **2 MODERNIDADE E PRISÃO**

O período moderno surgiu concomitante às transformações ocorridas no mundo europeu, a partir de meados do século XV com a fragmentação do tradicionalismo próprio à época feudal. Desse modo, inúmeros eventos confluíram-se para formatar outra realidade. Os grandes acontecimentos que caracterizaram o que então passou a ser conceituado de modernidade abrangeram as diversas facetas do existir humano e essas modificações estiveram vinculadas aos campos social, político, econômico, filosófico, religioso e ideológico. Foi por meio desse conjunto de fatores que a história humana descortinou-se e, sinteticamente, podemos destacar a eclosão da Revolução Francesa, a Revolução Industrial, a ascensão do capitalismo, o declínio do monopólio da Igreja Católica e, a influência marcante do pensamento iluminista.

Sobre a forma que a filosofia das luzes propiciou ao homem moderno europeu a negação dos valores tradicionais próprios ao medievalismo feudal e à busca de outras formas de convivência, o ordenamento jurídico destaca-se como um dos elementos que incidiram diretamente no *modus vivendi* das novas formas de sociabilidade. Os ideais libertários do movimento emancipatório que eclodiu na França trouxe consigo a proposta de que as pessoas deveriam ser acobertadas por direitos e deveres<sup>11</sup> que traduziam o que se firmou no contrato social. Agora era possível viver sob o regime de leis na busca pela concretização de valores como a democracia, a liberdade e a igualdade.

Nesse sentido, podemos colocar como proposição chave nessa discussão, a maneira pela qual os juristas e legisladores europeus preocuparam-se em reformular as formas de correção daqueles que deleitavam no meio social. Nessa esfera, as contribuições do pensador francês Michel Foucault torna-se mister. Em sua obra “Vigiar e Punir” (1987), ele estuda as transformações das práticas penais na França da Época Clássica ao século XIX. Depois de muitos séculos punindo com castigos físicos e humilhação – “os suplícios corporais” -, uma nova tecnologia ganhou espaço denotando também outras formas de poder que não àquelas advindas do Ancien Regime em que o poder soberano era evidente por garantir a soberania real, pois tudo o que era cometido de forma ilícita na sociedade era uma afronta ao rei.

A tecnologia do poder expandiu-se e as prisões tornaram-se *par excellence* lugares de vigilância e não mais de suplício físico. O fator primordial dessa nova forma de exercer o poder disseminou-se nas diversas instituições que surgiram na modernidade e, esse poder Foucault (1979) denominou de disciplinar. Baseado na ideia do pensador inglês Jeremy Bentham e seu Panóptico, Foucault percebe que a disciplina passa a funcionar nas instituições modernas (prisões, escolas, quartéis, asilos, penitenciárias e até mesmo na relação familiar) como uma “tecnologia política do corpo”, adestrando os indivíduos para serem “úteis” e “dóceis” e garantir o funcionamento das instituições pela lógica do poder disciplinar (FOUCAULT, 2003).

No que tange especificamente sobre as prisões modernas, para FOUCAULT (2003), o Panóptico como modelo ideal dos sistemas prisionais tem o efeito de “induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura

---

<sup>11</sup> Foram essas garantias que acabaram por influenciar a formulação da Constituição atual de nosso país, que ficou conhecida como “Constituição Cidadã” e foi promulgada em 1988.

o funcionamento automático do poder” (FOUCAULT, 1987, p.166). Desse modo, a ideia do Panóptico deveria basear-se de forma que,

Na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção: elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar (Ibidem, p.165-166).

Esse local de internamento e vigilância é “um local heterogêneo a todos os outros e fechado em si mesmo. Local protegido da monotonia disciplinar” (Ibidem, p.122). Com o tempo, aquele que está submetido à vigilância constante, termina vigiando a si mesmo, por isso, o panoptismo atua fazendo-nos vigiar nossos próprios atos e pensamentos, pois ele “funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens” (Ibidem, p.169). Então, com essa visão de controlar a si mesmo, o homem se torna o principal e primeiro vigilante de suas atitudes. Assim, juntamente com a disciplina, o controle torna-se um instrumento de veiculação para legitimar o poder disciplinar, o qual não pode ser possuído por ninguém. Esse poder, ao adquirir um caráter positivo de manutenção de si mesmo, visto que o controle não se baseia na violência física, ramifica-se nas micro localidades, sendo transmitido entre os diversos indivíduos, sujeitando-os e negando a possibilidade de suas autonomias (FOUCAULT, 1988).

Nesse contexto, o poder disciplinar é antes de tudo, uma forma de organizar o espaço público, e utiliza uma técnica de separar e dividir as pessoas, para garantir o controle social de forma total. Deve-se ainda ressaltar que Foucault buscou uma postura metodológica que se afastava das formas tradicionais de pensar o poder e o controle social, pois:

O novo poder disciplinar será, deste modo, um poder voltado para o ‘adestramento’ dos indivíduos. E, para isso, esse poder utilizará alguns mecanismos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e o exame. A vigilância hierárquica induz, através do olhar, efeitos de poder: o indivíduo adestrado deve se sentir permanentemente vigiado. A sanção normalizadora implica toda uma micropenalidade do tempo, da atividade, da maneira de ser, do corpo, da sexualidade visando os comportamentos

desviantes. O exame, por fim, indica uma técnica de controle normalizante que permite qualificar, classificar e punir ininterruptamente os indivíduos que são alvos do poder disciplinar (ALVAREZ, 2004, p. 172).

Na contemporaneidade, percebe-se que o poder e seus principais mecanismos, ou seja, a disciplina e, em especial o controle, ganhou novas formas de atuação e, esse último, que destacamos para o entendimento deste trabalho, prolifera-se por meio de artefatos tecnológicos. Ele está em todo lugar, em toda parte, basta vermos a organização urbana, o olhar das câmeras sobre nós, que monitoram os passos do homem no meio urbano. Assim como em todo o mundo, o Brasil também segue os princípios do panoptismo atual, e a legislação penal brasileira serve de suporte para entendermos a disseminação desse controle baseado numa lógica do poder vigilante.

### **3 A LEGISLAÇÃO NO BRASIL PARA O USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO**

Sob a luz da Constituição Federal, a lei nº 12.403/2011 que prevê a aplicação abrangente das medidas cautelares, dentre elas as diversas de prisão, destaca-se a elencada no artigo 319 do CPP (alterado pela lei 12.403 de 2011): “Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão: IX - monitoração eletrônica”. E o que seriam medidas cautelares? Podemos responder de acordo com Lima quando o mesmo diz que “são medidas de natureza urgente que atinge a pessoa do acusado, tem natureza pessoal, assegurando que a pessoa permaneça solta durante o percurso do processo, garantindo o Princípio de Presunção de Inocência<sup>12</sup>, previsto na Constituição Federal”.<sup>13</sup>Temos também a lei nº 12.258/2010, que trata especificamente dessa possibilidade de utilização de materiais e equipamentos eletrônicos para o monitoramento de presos do sistema prisional brasileiro.

De acordo com essa conjuntura normativa, essas leis e outras novas modalidades de controle social orientam-se para a busca do princípio da dignidade à

---

<sup>12</sup> Ver artigo *art. 5º*, inciso LVII, da CF 1988.

<sup>13</sup>LIMA, Renato Brasileiro. Direito, Moralidade e Pós – Modernidade. In.:*Fórum de debates jurídicos: Palestra sobre a nova prisão cautelar*, I, 2011, João Pessoa-PB. Escola Brasileira de Estudos Constitucionais - EBEC, 2011.

pessoa humana que está elencado no artigo 1º, Título I – Dos Princípios Fundamentais, da Constituição Federal, ou seja, “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” (CF, 1988). Esse discurso legitima a possibilidade de ser sócio - juridicamente instituída e divulgada uma concepção de segurança cidadã, ou seja, um modelo de controle social pelo Estado, onde seja possível ter controle total do deslocamento dos presos, de modo que a maior intenção desse novo modelo controlador seja recuperar os espaços urbanos, até então ocupados por presídios e centros de detenção.

Nessa possibilidade, de acordo com a lei nº 12.258/2010 (lei específica), no seu art.146-B, “o uso de equipamentos para o monitoramento, como o caso das tornozeleiras eletrônicas, só serão possíveis em presos do regime semiaberto<sup>14</sup> e prisão domiciliar”.<sup>15</sup> Portanto, é notório observar o crescimento de projetos para prevenir a violência e reduzir a criminalidade urbana, e até mesmo a intenção de aperfeiçoamento dos meios de punição já existentes. Por isso, estudantes, filósofos, psicólogos, sociólogos e pesquisadores estudam novas alternativas de políticas públicas de segurança que possam garantir o direito de segurança dos cidadãos que se encontram circulando livremente pelas ruas e, sobretudo, garantir que aqueles que já estão com a liberdade vigiada pelos órgãos estatais, reclusos nas cadeias, penitenciárias e casas de detenção, sejam vigiados constantemente para não cometerem o desrespeito ao regime de monitoramento.

Com o monitoramento eletrônico, desenvolve-se a crença de que exista a correlação direta com a diminuição nos investimentos no setor penitenciário, o que equivale a falar-se em economia nos cofres públicos. Como consequência imediata desse novo modelo de punição penal, pode reduzir-se também o quadro de funcionários como agentes penitenciários e policiais, ou seja, o discurso voltado para a busca no campo econômico se fortalece. De certa forma, trata-se de projeto enredado nas malhas da concepção neoliberal que invade o governo das políticas públicas. Mas, voltando-se à particularidade do que deve ser o objetivo das políticas penitenciárias, ou melhor, a ressocialização dos detentos, como pensar na

---

<sup>14</sup> Ver artigos 34 e 35 do Código Penal.

<sup>15</sup>Ver artigo 318 do Código Processualista Penal.

reinserção desses indivíduos na vida em sociedade e, principalmente, no mercado de trabalho, o que deve estar previsto em lei? De acordo com essa indagação podemos dizer que:

Outra marca da sociedade de controle é a presença da política de tolerância zero; ou seja, não interessa mais a reeducação dos corpos ou mesmo a reintegração dos ladrões, assassinos, criminosos de alta periculosidade. Estes escaparam de todos os equipamentos de formação, destoam dos costumes, provêm de famílias consideradas desestruturadas, são, enfim, pessoas para as quais o investimento social deve ser destinado ao ato de retirá-las, em definitivo, de circulação (CHEVITARESE, 2004, p. 178).

Por fim, retomemos a crítica ao sistema eletrônico e verifiquemos que o bem estar dos infratores torna-se irrelevante, o que obscurece o discurso da ressocialização do preso ao sair das cadeias através das políticas governamentais.

#### **4 O CASO DA PRISÃO DE GUARABIRA**

Como modelo do uso de equipamentos eletrônicos para o controle de presos do regime semiaberto e em prisão domiciliar, destacamos a experiência que ocorre na cidade de Guarabira, no Estado da Paraíba, desde o ano de 2007.

O projeto intitulado por “Liberdade Viglada - Sociedade Protegida” desenvolveu-se a partir da iniciativa do juiz da Comarca da cidade de Guarabira e os estudantes do curso de Direito e em parceria com a empresa Insiel Tecnologia, que foi pioneira no Estado da Paraíba no desenvolvimento de aparelhos eletrônicos para monitorar presos. A partir dessa abordagem, vale mencionar que as tornozeleiras foram criadas em 1979 por um juiz americano e implementadas em 1984 nos EUA.

A empresa Insiel usa para a fabricação das tornozeleiras a tecnologia GSM, usada em celulares e monitoramento de caminhões (via satélite); sua cor geralmente é preta, pesa menos de 100 gramas e é inviolável. Vale ressaltar que são muito mais baratas do que a forma tradicional da pena, além de garantir a segurança de toda a sociedade, segundo o discurso oficial usado para legitimar a implementação do projeto, uma vez que o apenado que a estiver usando vai ser acompanhado em tempo real. Um cidadão aprisionado, em um sistema carcerário de porte médio como

o da Paraíba, custa em média R\$ 1.800,00 por mês, enquanto uma tornozeleira custa aproximadamente um salário mínimo. Esse tipo de monitoramento pode ser usado como um novo formato para a prisão domiciliar, com o propósito de reduzir o inchaço que existe no sistema carcerário. Nesse contexto, as tornozeleiras são um ótimo recurso para se combater uma das principais chagas do sistema penitenciário, que é a superlotação. Sem falar que traz efetividade no cumprimento da pena e segurança para a população (AZEVEDO, 2008).

O que não podemos deixar de destacar na conformação desse novo meio do Estado punir os eventuais praticantes de delitos é que, no uso das tornozeleiras eletrônicas, o que se tem na realidade é uma prisão virtual na qual se delimitam horários em que a pessoa deverá estar em casa ou se apresentar no presídio. Elas podem, portanto, dificultar na ressocialização de quem as estiver usando, ou seja, é apenas uma solução paliativa para tantos problemas existentes no sistema carcerário brasileiro.

Ainda torna-se relevante levar em consideração que, em 2010, foi publicada uma reportagem com o título “Presa paga para usar tornozeleira eletrônica em Guarabira”, enredo esse que ganhou destaque porque uma detenta condenada a seis anos por tráfico de drogas cumpre prisão domiciliar e paga a quantia de R\$ 380,00 por mês para ter acesso ao equipamento. Lógico que, para isso, ela atendeu a condições impostas pela Vara de Execuções Penais e conseguiu o benefício da prisão domiciliar, o que resultou em troca que consiste no pagamento direto à empresa que dispõe do equipamento. A questão suscitada na época pelo Ministério Público foi que a Secretaria de Cidadania e Administração Penitenciária da Paraíba passasse a custear a tornozeleira, porque o preso não é obrigado a pagar pela privação da própria liberdade. Com base nessa informação podemos suscitar a indagação de que: Quem não tiver condições de pagar não poderá requerer esse benefício?

Por essa apreciação, ainda não é possível identificarmos o progresso ou a rejeição total do projeto do monitoramento eletrônico no Estado da Paraíba. Sabemos, pois, que as tecnologias no âmbito prisional estão avançando em todo o mundo, colocando em debate outras perspectivas que, pelo menos para os veiculadores das políticas públicas prisionais, trata-se de pensar no melhor

aproveitamento dos espaços públicos, já que, ao se pensar no futuro, estaríamos por falar na diminuição da construção de presídios. A título de ilustração vejamos os modelos da tornozeleira eletrônica:



Figura 1: imagem da tornozeleira eletrônica  
Fonte: <<http://migre.me/d3QZE>>.



Figura 2: imagem da tornozeleira eletrônica  
Fonte: <<http://migre.me/d3R0N>>.



Figura 3: Uso da tornozeleira domiciliar por detento em Guarabira  
Fonte: Disponível em: <<http://migre.me/d3R2x>>.

Vale ressaltar que até gestores públicos estão prontos para usar a tornozeleira eletrônica, tudo porque foi recentemente exibida uma reportagem pela Rede Globo de televisão, dia 24 de agosto de 2012, em que o equipamento é usado

por um prefeito e dois auxiliares de uma cidade no interior de Minas Gerais, para impedir que ambos cheguem próximo a Prefeitura, local onde deveriam estar trabalhando, na verdade. O uso das tornozeleiras eletrônicas vai monitorar cada passo deles, pois os três foram afastados dos cargos e são investigados por Fraude em Licitação e o uso indevido de funcionários e máquinas do Município em obras de construtoras particulares. Como mencionado, à medida substitui a prisão e além de serem monitorados, os três estão proibidos de se aproximarem uns dos outros e de frequentarem a Prefeitura e Secretarias do Município.

Mas, será que após retirarem as tornozeleiras, os três, Prefeito, Secretário e Contador, e tantos outros usuários deste equipamento, continuarão normalmente andando pelas ruas da cidade sem sofrerem nenhuma discriminação por parte da sociedade? É claro que a nenhum ato considerado como crime deve-se deixar de ser aplicada a pena respectiva para tal, mas como justificar a aplicação da tornozeleira sem atingir a dignidade humana? Nesse âmbito evidencia-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto Constitucionalmente, sofre reveses e contradições, pois as pessoas que passam a portar em seu corpo um equipamento como as tornozeleiras logo despertarão a curiosidade das pessoas em sociedade, o que pode sinalizar mecanismos sociais como a estigmatização e o preconceito.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como vimos, segundo Foucault, numa sociedade regida por poderes que se disseminam por entre os indivíduos de forma micro localizada, dissemina-se também o controle e a disciplina como técnicas eficazes de legitimar esses mesmos poderes. Por esse viés, se observarmos as condições sociais postas e os fatores negativos provocados pelas pessoas que delituam no meio social, teremos de acreditar que as formas de controle efetivadas pelas proposições de poderes que se positivam devem ser a tônica que regimenta a sociedade moderna.

Diante desse contexto, vê-se que o legislador e o aplicador do direito, normalmente, eivados pelo ocultamento das relações de poder acima referenciadas,

criam um cenário legislativo ligado à prisão e à liberdade através da crença de que o cenário prisional está sempre a buscar proposições mais justas e humanas, o que concretiza o discurso propalado de acordo com a jurisprudência penal e em relação à própria prática penitenciária e seus modos correccionais sobre o comportamento dos indivíduos. Oculta-se, desse modo, fatores ideológicos e de poderes não vistos em seus desequilíbrios.

O que deve ser questionado, já que destacamos o uso de novas tecnologias para melhor vigiar e controlar os indivíduos presos, não é a eficácia do equipamento, como se estivéssemos tratando de objetos e não de pessoas. Por esse escopo, se vivemos em meio a uma sociedade regida por princípios democráticos, temos também que trazer ao debate o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que, parece oficializado e generalizado que o delito faz parte do caráter de quem o comete, como se o Estado não tivesse parcela significativa de culpa nas questões que envolvem os desvios criminais em sociedade.

Por fim, destacamos que o debate sobre o uso de equipamentos eletrônicos na vigilância dos indivíduos, no nosso caso, com o olhar específico sobre as tornozeleiras eletrônicas, é algo que deve ser problematizado e não aceito de forma passiva como todo paliativo que é utilizado em nosso país, que em meio ao desesperador caos no qual se encontra não só o sistema prisional, mas todo o contexto da Segurança Pública, passa a enxergar qualquer solução como um milagre que supostamente dará conta de toda a complexidade que envolve a relação entre indivíduos, sociedade e a prática de delitos.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. Controle social: notas em torno de uma noção polêmica. In: *São Paulo em perspectiva*, 18(1): 168-176, 2004. Disponível em: <<http://migre.me/d3Raw>>. Acesso em: 15 ago 2012.

AZEVEDO, Bruno César Isidro. *Blog*. Disponível em: <<http://migre.me/d3RbD>>. Acesso em: 13 ago 2012.

CHEVITARESE, Leandro. A questão da liberdade na sociedade de controle, por uma alegoria de Kafka em O Processo. In: *Análogos. Anais da IV SAF-PUC. V. III*,

PUC-Rio, 2004. Disponível: <[http://www.faa.edu.br/revista/v1\\_n1\\_art11.pdf](http://www.faa.edu.br/revista/v1_n1_art11.pdf)>. Acesso em: 17 ago 2012.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

\_\_\_\_\_. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

\_\_\_\_\_. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro. Direito, Moralidade e Pós – Modernidade. In.: *Fórum de debates jurídicos: Palestra sobre a nova prisão cautelar, I*, 2011, João Pessoa-PB. Escola Brasileira de Estudos Constitucionais - EBEC, 2011.

Vídeos consultados:

*Ser ou não ser?*: Foucault e a vigilância como forma de dominação. Disponível: <<https://www.youtube.com/watch?v=wkeSChaPcTU>>. Acesso em: 16 ago 2012.

Sites consultados

<<http://www.brejo.com/b8/>>. Acesso em: 17 ago 2012, às 20:50 horas.

<<http://migre.me/d3RgM>>. Acesso em: 17 ago 2012, às 20:50 horas.

<<http://www.patosonline.com/interna>>. Acesso em: 17 ago 2012, às 20:50 horas.

<<http://migre.me/d3Ri1>>. Acesso em: 30 ago 2012, às 20:50 horas.

<<http://migre.me/d3Rit>>. Acesso em: 25 ago 2012, às 20:50 horas.

<<http://migre.me/d3RiS>>. Acesso em: 26 set 2012, às 10:26 horas.

## **A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA REDE PÚBLICA MUNICIPAL DE JOÃO PESSOA NA CONTEMPORANEIDADE**

### **THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATION IN THE MUNICIPAL NETWORK OF JOÃO PESSOA IN CONTEMPORARY TIMES**

JOSEANE BATISTA AZEVEDO BARROS\*  
RUTH PESSOA GONDIM ALBUQUERQUE\*\*

#### **RESUMO**

O direito à educação é um direito humano imprescindível ao convívio social e à formação cultural para a cidadania. Sendo assim, cobra-se a efetivação deste direito para a consolidação da democracia e da participação popular, todavia, pragmaticamente, percebe-se que as políticas públicas educacionais e as diretrizes nacionais para a educação básica são negligenciadas pelo Poder Público. Com isso, neste trabalho científico buscou-se apreciar a concretização do direito à educação na cidade de João Pessoa, seja na análise dos índices de aprendizagem dos alunos, como também acerca da efetivação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996) e do Plano Nacional de Educação. Além disso, ressaltaram-se os instrumentos legais para a tutela jurídica da educação básica e o papel do Terceiro Setor na defesa da educação pública, gratuita e obrigatória.

Palavras chave: Direito à Educação. Eficácia. Tutela Jurídica.

#### **ABSTRACT**

The right to education is a human right essential to the social life and training for citizenship. Thus, billed the effectuation of this law for the consolidation of democracy and popular participation, however, pragmatically, it is clear that the educational and public policy national guidelines for basic education are neglected by the Government. With this, in this scientific work we sought to assess the implementation of the right to education city of Joao Pessoa, is the analysis of the learning contents, as well as to the implementation of the law of guidelines and Bases for national education (Law 9,394/1996) and the National Education Plan. Moreover, stressed the legal instruments for legal protection of basic education and the role of the third sector in defence of public education, free and compulsory.

Key words: The Right to Education. Effectiveness. Legal Guardianship.

---

\*Concluinte do curso de Direito da Fesp Faculdades. Professora da Rede Pública Municipal e Estadual. Endereço eletrônico: [joseaneazevedo@ymail.com](mailto:joseaneazevedo@ymail.com).

\*\* Doutora em direito ambiental, professora do Curso de Bacharelado em Direito da Fesp Faculdades, orientadora desse estudo.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho científico tem como objetivo estudar o direito à educação como um mecanismo para o desenvolvimento da pessoa humana, da sua cidadania e da sua profissionalização, justificando-se, assim, a relevância da temática. Além disso, a educação pública e gratuita possui um notável valor social, possibilitando à ascensão social e à redução das disparidades socioeconômicas de um país.

Diante das novas exigências do mundo globalizado, o direito à educação modificou-se ao longo do processo histórico. Precedentemente à promulgação da Constituição de 1988, entendia-se que o gozo de tal prerrogativa materializava-se com o acesso à escola, em razão disso, a democratização do ensino reduziu-se ao direito de matricular-se em uma escola pública e gratuita, sem haver a preocupação com o direito ao aprendizado efetivo e significativo.

Em virtude disto, neste artigo far-se-á uma apreciação histórica do direito educacional, analisando o arcabouço legislativo nacional e as diretrizes curriculares, como também a judicialização das políticas públicas educacionais e o papel do Terceiro Setor na educação pública. Dessa forma, o método de abordagem foi o dedutivo, partindo dos dados gerais da legislação e da doutrina, inferindo-se na situação atual dos dados referente à tutela da educação na cidade de João Pessoa.

Referindo-se ao contexto educacional do município de João Pessoa, conforme dados do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB)<sup>16</sup> alusivos ao ano de 2011, João Pessoa atingiu a média de 4.4, ao passo que a média estadual foi 4.0 e a nacional foi de 4.7. Vale salientar que esses índices possuem como parâmetros: o fluxo escolar e a média de desempenho dos alunos na Prova Brasil. Diante disso, questiona-se o papel da sociedade civil organizada, das entidades públicas e privadas e do Poder Público na tutela da educação básica, visto que as problemáticas que permeiam o espaço escolar, como os baixos índices de aprendizagem, evasão escolar, reprovação, dentre outros; poderão ser minimizados por meio de políticas públicas educacionais eficientes.

---

<sup>16</sup>Ver: PORTAL IDEB.

Disponível em: <http://www.portalideb.com.br/estado/115-paraiba/ideb?etapa=5&rede=municipal>. Acesso em: 03 set. 2012.

Segundo estudo da Revista Nova Escola<sup>17</sup>, um dos maiores problemas da educação pública no Brasil diz respeito à elitização da educação; a falta de visão estratégica; a ineficiência da gestão escolar; os interesses corporativistas; o fracasso escolar e o despreparado dos professores. Salienta-se que o aumento dos índices da violência escolar, por meio dos atos indisciplinados, dos casos de agressões e dos crimes contra a honra, corroboram com o colapso da educação pública.

No tocante à falta de observância das diretrizes nacionais, vale salientar o exemplo da Educação Ambiental, percebe-se que a escola pública não aplica à práxis pedagógica desta disciplina, implicando na ausência de uma formação ambiental e cidadã do aluno, muito embora seja relevante para o acúmulo de informações acerca do conhecimento científico sobre as temáticas ambientais, as quais possibilitam uma melhor tomada de decisão para transformar o meio ambiente natural ou o artificial.

Além do que, as modalidades de intervenção nas políticas públicas educacionais exigem a participação dos segmentos sociais, com o fim de efetivar o sistema jurídico educacional. Assim, é de extrema relevância a atuação dos organismos internacionais; das instituições governamentais e das organizações não governamentais para o desenvolvimento de uma política educacional equânime para todos.

Esta dimensão pública, social e não estatal propicia o cooperativismo e a criatividade coletiva, resultando em diversos programas sócio educacionais, como o Programa Brasil Alfabetizado, a Política de Educação Inclusiva, o Programa Escola Acessível, o Projeto Rondon, dentre outros. Para tanto, faz-se necessário que o sistema educacional, seja tutelado também pelo Terceiro Setor, o qual poderá utilizar-se dos instrumentos jurídicos imprescindíveis à coerção das condutas e práticas ilícitas da Administração Pública em face do direito à educação. Como a educação trata-se de um direito público subjetivo, cabendo à responsabilidade estatal nos casos da não oferta ou da oferta irregular. Em razão disto, a sociedade civil organizada e mobilizada deverá exigir a concretização do direito à educação,

---

<sup>17</sup> Ver: REVISTA NOVA ESCOLA. Os 10 Maiores Problemas da Educação Básica no Brasil. 2003. Disponível em: [http://revistaescola.abril.com.br/img/politicas-publicas/fala\\_exclusivo.pdf](http://revistaescola.abril.com.br/img/politicas-publicas/fala_exclusivo.pdf). Acesso em: 03 set. 2012.

pois os alunos da rede pública recebem uma educação precária, resultante da ineficiência de políticas em educação.

Afinal, é insuficiente proporcionar vagas nas escolas, oferecendo tão somente o acesso à educação pública; é imprescindível à garantia da permanência no espaço escolar, bem como a capacitação dos profissionais da educação, só assim, ter-se-á um ensino de qualidade. Portanto, a efetivação do direito humano à educação igualitária e democrática para todos, trata-se de um direito inerente à pessoa humana, devendo ser tutelado pelo Estado, família e a sociedade.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS À LUZ DO DIREITO A EDUCAÇÃO

Etimologicamente, o termo educação, provém do latim *educatio*, derivado do verbo *educare* (instruir e ensinar), significa a criação de cultura condizente a um ato ou um processo. Como a concepção de educação varia de acordo com a cultura, pois cada país e sociedade possuem realidades distintas e com valores diferenciados, conseqüentemente, o termo educação não é sinônimo de escolarização, haja vista que o processo educativo ocorre em qualquer lugar, desde que haja a transmissão do saber e da cultura, a exemplo da educação familiar, sindical, religiosa, moral dentre outras. Assim, Libâneo entende a educação como:

[...] o processo de desenvolvimento unilateral da personalidade, envolvendo a formação de qualidades humanas- físicas, morais, intelectuais, estéticas- tendo em vista a orientação da atividade humana na sua relação com o meio social, num determinado contexto de relações sociais. A educação corresponde, pois, a toda modalidade de influências e inter-relações que convergem para a formação de traços de personalidade social e do caráter<sup>18</sup> [...].

O conceito de educação para o educador Paulo Freire<sup>19</sup> é:

[...] a educação, especificidade humana, como um ato de intervenção não está sendo usado com nenhuma restrição semântica. Quando falo em

---

<sup>18</sup> LIBÂNEO, José Carlos. *Didática*. São Paulo, 1994, p. 22-23.

<sup>19</sup> FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo, 1996. p.68.

educação como intervenção me refiro tanto à que aspira a mudanças radicais na sociedade, no campo da economia, das relações humanas, da propriedade, do direito ao trabalho, à terra, à educação, à saúde, quanto à que, pelo contrário, reacionariamente pretende imobilizar a História e manter a ordem injusta.

Por conseguinte, o direito humano à educação é fruto das conquistas dos movimentos educacionais, refletindo à nova postura do homem frente às mudanças sociais.

Os direitos humanos são instrumentos para a implementação do direito à educação. É obrigação do Estado à gratuidade, igualdade, fiscalização nas escolas. A educação é uma condição para desenvolver os talentos das pessoas, para que com isso elas tenham direitos e possam ser solidárias com a coletividade para a efetivação do direito.<sup>20</sup>

Ressalta-se que a mais antiga declaração de direitos humanos foi editada por Cilindro de Ciro (século VI a. C), rei persa, como precursor dos direitos humanos libertou escravos, como também possibilitou a liberdade de religião e a igualdade racial, surgindo o primeiro conceito de direito natural, possibilitou também o acesso à cultura.

Foram os gregos que aperfeiçoaram a ideia de direito natural, abordando o conceito de Justiça como virtude. Tratando-se, do direito à educação na Idade Antiga, “desde os primeiros tempos existem indícios de formas elementares de instrução e aprendizagem. Na chamada Antiguidade Clássica (gregos e romanos) também se desenvolvem formas de ação pedagógica, em escolas, mosteiro, igrejas, universidades”.<sup>21</sup>

Em 1215, surgiu a Magna Carta, do rei João Sem Terra, propiciando ao povo o direito de lutar contra as arbitrariedades do soberano, caso não cumprisse as garantias do interesse dos súditos. Em meados dos séculos XVII e XVIII, a Europa iniciava novos tempos, o poder estatal limitava e condicionava a participação política e, conseqüentemente o gozo de direitos, assim, os nobres e os aristocratas

---

<sup>20</sup>*Dieses Menschenrechtsteinzentrale Instrument, um die Verwirklichung anderer Menschenrecht zu fordern. Esthematisiert den menschlichen Anspruch auf freien Zugang zu Bildung, Chancengleichheit und Schurecht. Bildung ist hierbei die Voraussetzung für die Fähigkeit des Menschen, sich für die eigenen Rechte einzusetzen und sich ihm solidarischen Einsatzgrundlegender Rechte anderer zu engagieren.* VER: INTERNATIONALES ZENTRUM INTERNATIONAL CENTRE FÜR MENSCHENRECHTE.

<sup>21</sup>LIBÂNEO, José Carlos. *Didática*. São Paulo, 1994, p. 57.

gozavam de privilégios, haja vista que não pagavam tributos e ocupavam cargos públicos.<sup>22</sup>

O surgimento da Didática, ciência que visa investigar o processo de ensino e aprendizagem, surgiu no século XVII com a obra *Didacta Magna*, de João Amós Comênius, o primeiro educador a formular as regras e princípios sobre a educação formal. Nesse período, apareceram diversas correntes filosóficas, bem como novas técnicas de produção advindas do modelo capitalista, modificando a esfera social, cultural e política da sociedade da época. “O movimento de renovação da educação, inspirada nas ideias de Rousseau, recebeu diversas denominações, como a educação nova, escola nova, pedagogia ativa, escola do trabalho<sup>23</sup>”.

Desse modo, as pessoas não mais suportavam as arbitrariedades e às injustiças praticadas pelos reis absolutistas, pela nobreza e pelo clero, com isso, uniram-se contra estes repressores. Advieram, então, as Revoluções Burguesas, a saber: a Revolução Inglesa de 1688, na qual os poderes do soberano passaram a ser limitado pelo Parlamento Inglês; a Independência dos Estados Unidos (1776) e o estopim dos direitos fundamentais com a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, propiciando a fundamentação basilar para as declarações universais posteriores, e por fim, a Revolução Francesa, de 1789, trouxe à tona um novo modelo de sociedade, surgindo uma nova concepção de cidadania, eliminando os privilégios dos nobres e trouxe como inovação os termos: cidadão e o princípio da isonomia, conforme a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Depois da égide dos regimes totalitários e da Segunda Guerra Mundial adotou-se a concepção de que o Estado seria o corresponsável para resguardar os direitos humanos, referindo-se ao modelo do Estado do Bem-Estar Social ou Estado-providência, o qual propõe um papel de defensor da ordem social e organizador da economia. Dessa forma, todo o indivíduo seria titular de um conjunto de bens e serviços garantidos, diretamente pelo Estado ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil, a exemplo da educação. Com isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma em seu art. XXVI que a instrução será gratuita e obrigatória nas séries elementares.<sup>24</sup> Ademais, esta norma jurídica

---

<sup>22</sup> DORNELLES, João Ricardo W. *O que são Direitos Humanos*. São Paulo, 2006, p. 17.

<sup>23</sup> LIBÂNEO, José Carlos. *Didática*. São Paulo, 1994, p. 62.

<sup>24</sup> Ver: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL.

internacional possui força vinculante, tornando-se parâmetro para os Estados, cuja inobservância ensejará na aplicação de sanções.

Quanto ao direito à educação no Brasil divide-se nos seguintes períodos históricos, a saber: o período colonial; o período monárquico e o republicano. Na fase colonial havia a propagação dos ideais da fé católica, tendo como fulcro à expansão portuguesa, assim, a política da conquista dos portugueses foi exitosa, haja vista que conquistou, subjuguou e colonizou os nativos. Assim, a respeito do avanço da Companhia de Jesus, assegura Piletti<sup>25</sup>:

No Brasil, os jesuítas dedicaram-se a duas tarefas principais: a pregação da fé católica e o trabalho educativo. Com seu trabalho missionário, procurando salvar as almas, abriram caminho à penetração dos colonizadores; com o seu trabalho educativo, ao mesmo tempo em que ensinavam as primeiras letras e a gramática latina, ensinavam a doutrina católica e os costumes europeus.

Destaca-se que, os jesuítas dedicaram-se ao ensino das primeiras letras às crianças, tendo um papel relevante na sociedade, pois lhe incumbiam à educação dos filhos da elite agrária, dos colonos, dos índios e dos escravos. Já no período monárquico, com o advento da Independência, houve a legalização do ensino básico, consoante o art. 179, XXXII da Constituição de 1824, todavia houve dificuldades para fazer com que a instrução primária fosse realizada nos estabelecimentos de ensino. “Tanto que a primeira lei do ensino primário, em 1827, determinou que deveriam ser criadas escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugarejos.<sup>26</sup>”

Com isso, das reformas educacionais promovidas a mais evidente foi à criação do Colégio de Pedro II, em 1837. Além disso, a proposta era oferecer um ensino de qualidade, com um arcabouço enciclopédico vasto no currículo escolar no ensino primário e secundário, todavia, referindo-se ao ensino superior só no século XX foram criadas as primeiras universidades. Assim, percebe-se que houve a tentativa de implantar um método para viabilizar o ensino:

Em 1823, através do decreto de 1º de março, foi criada no Rio de Janeiro uma escola que deveria trabalhar segundo o método Lancaster, ou do

---

<sup>25</sup> PILETTI, Nelson. *História da Educação no Brasil*. São Paulo, 2006, p.20.

<sup>26</sup> *ibidem*, p.24.

ensino mútuo. Segundo esse método, baseado na obra de Joseph Lancaster ( Sistema monitoral, 1798), haveria apenas um professor por escola e, para cada grupo de dez alunos ( decúria) que ensinaria os demais). 27

Para tanto, o ensino primário prosseguiu sendo ministrado por professores leigos, já no ensino secundário ocorria como cursos avulsos, enfatizando a área das Humanidades, exceto o ensino ministrado no Colégio de Pedro II, o qual havia a sistematização do currículo com as diversas áreas. Conseqüentemente, a educação pública estava voltada para o interesse da elite, caracterizando as disparidades sociais no sistema educacional brasileiro.

No período republicano, houve a tentativa de superar séculos de atraso, contudo, manteve-se o ensino primário e secundário em algumas escolas e em salas de aulas nas propriedades rurais. Assim, com a Constituição de 1934 e a Lei n. 5. 692 de 1971 trataram do direito à educação, regulamentando o sistema de ensino; já na década de 30, foi criado o Ministério de Educação e as Secretarias de Educação dos Estados, com o objetivo de fomentar os instrumentos educativos para viabilizar o atendimento educacional à população:

A nova realidade brasileira passou a exigir uma mão-de-obra especializada e para tal era preciso investir na educação. Sendo assim, em 1930, foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública e, em 1931, o governo provisório sanciona decretos organizando o ensino secundário e as universidades brasileiras ainda inexistentes. Estes Decretos ficaram conhecidos como "Reforma Francisco Campos. Em 1932 um grupo de educadores lança à nação o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, redigido por Fernando de Azevedo e assinado por outros conceituados educadores da época 28.

Frisa-se que, pioneiramente, a Constituição de 1934 trouxe à denominação direito à educação como um direito de todos, bem como abordou a responsabilidade solidária da educação, sendo dever do Estado e da família. Assim, “no Brasil a dualidade de sistemas e de competências em matéria educacional: de um lado, o sistema federal, cuja principal preocupação era a formação das elites, através dos cursos secundário e superior; de outro lado, os sistemas estaduais que [...] limitava-

---

<sup>27</sup> *ibidem*, p.43.

<sup>28</sup> Ver: BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei n. 477*, de 26 de fevereiro de 1969. Pedagogia em Foco.

se a organizar e manter a educação das camadas populares -ensino primário e profissional- e assim mesmo se forma bastante precária.”<sup>29</sup>.

Já na fase democrática no período de 1945-1964, a educação foi tratada como um direito de todos, tornando à escola primária obrigatória nos estabelecimentos de ensino oficiais. Além disso, com a promulgação da Lei nº 4.024 de 1961, a primeira lei de diretrizes e bases da educação nacional, tratou-se da estruturação do pré-primário ao ensino superior. Todavia, o número de escolas públicas e gratuitas era bastante reduzido, sendo inviável a democratização da educação, porquanto, surgiram vários movimentos populares em prol da alfabetização de adultos, como a Campanha de Educação de Adultos e o Movimento de Educação de Base e o Programa Nacional de Alfabetização.

No período da ditadura militar de 1964 a 1985, prevaleceu um ensino tecnicista, voltado para a formação técnica, pois não havia uma educação socializadora e democratizante devido à repressão do governo contra os docentes e discentes. Deste modo, o Ato Institucional nº 5 da Educação foi o Decreto-lei nº 477 de 1969, o qual estabeleceu as infrações disciplinares dos profissionais da educação e dos discentes:

Art. 1º Comete infração disciplinar o professor, aluno, funcionário ou empregado de estabelecimento de ensino público ou particular que:  
I - Alicie ou incite a deflagração de movimento que tenha por finalidade a paralisação de atividade escolar ou participe nesse movimento;  
II - Atente contra pessoas ou bens, tanto em prédio ou instalações, de qualquer natureza, dentro de estabelecimentos de ensino, como fora dele;  
III - Pratique atos destinados à organização de movimentos subversivos, passeatas, desfiles ou comícios não autorizados, ou dele participe;  
IV - Conduza ou realiza, confeccione, imprima, tenha em depósito, distribua material subversivo de qualquer natureza;  
V - Sequestre ou mantenha em cárcere privado diretor, membro do corpo docente, funcionário ou empregado de estabelecimento de ensino, agente de autoridade ou aluno;  
VI - Use dependência ou recinto escolar para fins de subversão ou para praticar ato contrário à moral ou à ordem pública.

Com a reforma educacional de 1971, houve a condensação do antigo ensino primário e secundário como curso de 1º grau com duração de 8 (oito) anos, da mesma feita, aumentou o número de disciplinas obrigatórias no currículo. Assim,

---

<sup>29</sup>PILETTI, Nelson. *História da Educação no Brasil*. São Paulo, 2006, p.58.

minimizaram a autonomia das escolas, extirpando as disciplinas reflexivas como Filosofia e Sociologia, resultando na deficiência intelectual das classes menos favorecidas, consoante afirma Ferreira apud Nietzsche<sup>30</sup> “O Estado jamais se importa com a verdade, salvo com aquela que lhe é útil – mais exatamente, ele se ocupa em geral com tudo o que lhe é útil, seja isso verdade, meia-verdade ou erro”.

Mediante a retomada democrática a partir de 1988, os debates no campo educacional foram intensos, assim, a Constituição Federal de 1988 colocou a educação como direito de todos e dever do Estado e a Lei da educação estabeleceu os fins da educação e os meios para os quais devem ser alcançados. Todavia, no espaço educacional também ocorrem conflitos, pois há interesses de grupos privilegiados que impedem a operacionalização de uma educação igual para todos.

Nesse sentido, a Lei 9.394 de 1996 trouxe à definição do ensino formal, como sendo um processo pelo qual se dá a fomentação dos aspectos da personalidade humana, como também das relações sociais, seja na família, no trabalho, nos institutos escolares, no convívio social e nas manifestações culturais. A partir da lei da educação, novas conquistas foram empreendidas como: a Lei 9.795 de 1999 que dispõe sobre educação ambiental; houve a regularização do ensino das culturas afro-brasileira e indígenas, através da Lei n. 11. 645 de 2008; o Fundo de Manutenção da Educação Básica (FUNDEB), regulado pela Lei n. 11. 494 de 2007; a Lei n. 11.738 de 2008 referente ao piso salarial nacional dos professores dentre outras.

Assim sendo, a educação básica no Brasil precisa enfrentar inúmeros desafios, dentre eles a estruturação de um sistema de ensino com modelos pedagógicos modernos, como o construtivismo e o culturalismo, bem como investimentos na infraestrutura dos estabelecimentos de ensino e nos recursos humanos.

---

<sup>30</sup>FIGUEIRA, Felipe. O problema do conhecimento (in) útil. In: Nietzsche, 2003, p. 217. *Revista Filosofia*. 2012, p. 18.

### 3 A POLÍTICA NACIONAL DA EDUCAÇÃO VERSUS O SISTEMA DE ENSINO EM JOÃO PESSOA

A educação, primordialmente, é o instrumento pelo qual o indivíduo age no mundo, podendo transformar a sua realidade. Contudo, factualmente, há vários entraves na realidade educacional, em virtude da ausência das políticas públicas concretas visando à garantia do padrão de qualidade na educação brasileira.

Como o processo educativo é um universal, coerente com os valores morais e éticos de uma determinada sociedade. Desta feita, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. XXVI proclama sobre o direito à educação:

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos<sup>31</sup>.

Nesta mesma compreensão, O Programa Nacional de Direito Humanos (doravante PNDH), em sua terceira versão, denota que compete tanto às ações governamentais, como também à intervenção dos atores sociais para salvaguardar os direitos humanos. Diante da ineficácia do Poder Público para garantir o mínimo existencial, o PNDH, elaborado pelo Ministério da Justiça, conjuntamente com as organizações da sociedade civil visa promover ações de proteção aos direitos humanos no Brasil, inclusive do direito à educação.

Em virtude disto elegeu-se o eixo “Educação e cidadania: bases para uma cultura de direitos humanos”, com a finalidade promover às informações e o conhecimento acerca da conscientização e mobilização pelos Direitos Humanos, pois só por meio de uma educação cidadã e democrática é que pode-se construir bases para uma cultura de Direitos Humanos. Referindo-se ao direito educacional na

---

<sup>31</sup>Ver: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL.

Alemanha, como uma prioridade na atuação estatal. “Segundo a Constituição Alemã de 1949, o direito à educação é um direito humano, conforme o art. 26, proveniente da Declaração de Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. É considerado um direito humano, no sentido do art. 13 como pacto cultural, internacional, econômico e social na sua forma mais ampla”<sup>32</sup>.

Ainda nesta conjuntura constitucional alemã, sobre o direito social à educação, vale salientar que:

O direito à educação fosse implementado na Alemanha, este direito tornou-se um dever. O direito à educação gera conflitos aos direitos dos pais para a formação dos seus filhos. Especialmente na área de formação sexual, os pais ensinam apenas parte desta formação, ou seja, é obrigação do Estado esclarecer às crianças sobre este tema, devendo-se proteger a orientação sexual. Apenas em casos excepcionais pode a escola ser omissa neste tema. Para facilitar o acesso à educação das crianças, grupos ou associações podem oferecer educação em casa, como em casos de doenças, deficiências, hospitalização e internações.<sup>33</sup>

Retornando ao caso brasileiro, apesar dos direitos fundamentais serem universais ainda não se tem a efetividade do direito à educação, muito embora as diretrizes da Lei 9.394/1996 e do Plano Nacional de Educação visem estruturar a educação brasileira, conforme os dispositivos constitucionais descritos no Título III, Da Ordem social e o capítulo III do artigo 205 aos 214, estabelecendo a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, propiciando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

---

<sup>32</sup>Das Recht auf Bildung ist ein Menschenrecht gemar. Art. 26 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrecht der Vereinten Nationenvom 10. Desember 1948 und wurdeim Sinneineskulturellen Menschenrechtgemarartikel des Internationalen Parts ubewirtschaftliche, soziale und kulturelleRechte (IPwskR) nocherweitert.

<sup>33</sup>ZurBildung Durchsetzung des Rechtes auf Bildungbesteht in Deutschland Schulpflicht. Das Recht auf stehtdadurch in einem Konfliktzum Reacht der Eltern auf die Erziehungihrer Kinder. Insbesondereim Bereich der Sexualerziehunglehen Elternteilweise die Forderung des Staates auf Aufkarungab und fordermein Recht, ihre Kinder vor der Konfrontationmitihrer Sexualitatzu “schutzen”. In extremen Fallen fuhr dies zur Schulverweigerung. Um dennocheinefachliche Bildung der Kinderzu Ermoglichen, wird in diesen Fallen teilweise die Legalisierung des Homeschooling gefordert. Einprominenter Vertreterdieser Forderungist VernorMuñoz. VER: INTERNATIONALES ZENTRUM INTERNATIONAL CENTRE FÜR MENSCHENRECHTE .

Vale salientar que é de competência da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, conforme dicção do art. 22, XXIV da Constituição de 1988. Por conseguinte, o direito à educação é universal, tendo como imperativo o ensino fundamental obrigatório e gratuito para todos. Nesse sentido, os municípios atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil, consoante o art. 208, IV da CF/88.

Sob o enfoque dos preceitos constitucionais a educação é fundamentada na premissa-maior do princípio da igualdade de condição a todos, de modo que é garantido o acesso e a permanência na escola, sem os resquícios da evasão escolar. Além disso, o aluno e o professor possuem o direito à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e a divulgar os seus pensamentos, por meio da arte e do saber. A autonomia do professor em sala de aula adere ao princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas inseridas no ambiente escolar, e a gratuidade ao ensino público nos estabelecimentos oficiais com a plena gestão democrática do ensino público.

Assim, a política nacional da educação tem como alvo a consolidação dos objetivos constitucionais da educação descritos no art. 214 da CF/88. Para tanto, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atuarão em regime de colaboração no que tange aos sistemas de ensino, correlacionado com a iniciativa privada. Além disso, incumbe à União:

Organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.<sup>34</sup>

Assim, a educação é um dever estatal e um direito fundamental, inserido nos direitos de 3ª dimensão, aqueles alusivos aos direitos sociais, exigindo uma prestação positiva do Estado em face dos mais necessitados, porém, a família e a sociedade civil também colaborarão na organização e manutenção da educação formal. Logo, o direito à educação como um dos direitos metaindividuais e difusos,

---

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 832.

deve primar pela qualidade de vida dos cidadãos, garantindo a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme o art. 21 Lei 9.394/1996, a educação escolar compõe-se da educação básica, aquela compreendida desde a educação infantil, o ensino fundamental até o ensino médio; e a educação superior, além disso, a oferta do ensino regular será feita nas modalidades de educação de jovens e adultos, educação especial e educação profissional. A referida lei também enfatiza a valorização dos professores e a gestão democrática das escolas públicas com a finalidade de viabilizar um ensino de qualidade, o qual valorize a experiência extra escolar.

Referindo-se ao Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei nº 10.172/2001 traz como objetivos primordiais a elevação global do nível de escolaridade da população, bem como a melhoria da qualidade do ensino em todos os níveis, havendo a redução das desigualdades sociais e regionais no tocante ao acesso e à permanência na educação. Com isso, a educação é um mecanismo de inclusão social, de modo que os hipossuficientes que não podem obter a educação por meio próprios, terão a tutela estatal para garantir atendimento educacional a todos.

Questiona-se se as propostas curriculares nacionais são aplicadas efetivamente nas salas de aula na cidade de João Pessoa, pois são essenciais na formação cultural das massas e na participação política. “Justamente porque o domínio da cultura constituiu instrumento indispensável para a participação políticas das massas. Se os membros das camadas populares não dominam os conteúdos culturais, eles não podem fazer valer os seus interesses”<sup>35</sup>.

O sistema municipal de ensino da cidade de João Pessoa foi instituído pela Lei nº 8.996/99 com o propósito de regular e executar as políticas públicas educacionais, consubstanciadas pelo Plano Municipal de Educação e das decisões do Conselho Municipal de Educação. Vale destacar as diretrizes curriculares do sistema de ensino municipal em João Pessoa, com os seus respectivos eixos temáticos norteadores das atividades pedagógicas a serem realizadas nas escolas,

---

<sup>35</sup>SAVIANI, Dermeval. *Escola e democracia*. Campinas, SP, 2008, p. 45.

bem como descrição de metas, objetivos, estratégias, acompanhamento de rendimento e avaliação são todos norteados pelo Plano Municipal de Educação.

No tocante às funções do Conselho Municipal de Educação possuem natureza consultiva, fiscalizadora e normativa, com representatividade da sociedade civil, da secretaria de educação e das escolas, consoante o princípio da gestão democrática do ensino. Além disso, institui as diretrizes e metas da educação municipal, aprovando diversas resoluções como a resolução nº003/2000 que estabelece diretrizes para a elaboração do Projeto Pedagógico e do Regimento das Escolas Públicas e Privadas que oferecem Educação Infantil, pertencentes ao Sistema Municipal de Ensino de João Pessoa.

As diretrizes gerais (2012)<sup>36</sup> proposta pela Diretoria de Gestão Curricular da Secretaria de Educação propõe desenvolver a capacidade de aprendizagem, tendo em vista o favorecimento de aquisição de competências e habilidades, bem como a formação de valores e atitudes, garantindo o domínio do uso social da leitura, da escrita, da linguagem e do cálculo matemático, bem como das demais formas de expressão.

Todavia, factualmente, não há a formação comum indispensável para o exercício da cidadania, em razão dos problemas que envolvem a escola como a violência, a criminalidade e a corrupção. Com isso, necessita-se da criação de associações de pais e mestres, bem como de institutos de ensino e pesquisa para envolver a comunidade escolar, tentando dirimir conflitos e salvaguardar direitos e deveres no âmbito educacional.

A sociedade precisa compreender que o Poder Público possui suas atribuições legais, contudo, todos têm o papel de agente transformador, assim, com a participação social poder-se-á valorizar o ser humano na luta contra o uso de drogas e da criminalidade, da violência nas escolas, minimizando também as taxas de repetência e de evasão escolar.

Da mesma forma, as organizações não governamentais podem criar oportunidades para melhorar os níveis de alfabetismo, fortalecendo a educação de crianças, jovens e adultos e desenvolvendo ações pedagógicas e educacionais, tendo como meta a qualidade do ensino, principalmente nos níveis infantis.

---

<sup>36</sup> Ver: SECRETARIA DE EDUCAÇÃO E CULTURA. Diretrizes 2012.

Referindo-se à educação ambiental nas escolas públicas em João Pessoa não há projetos voltados para esta área, muito embora as diretrizes curriculares do município exijam a elaboração e a execução destes projetos.

Ademais, a Lei nº 9.795 de 1999 e os Parâmetros Curriculares Nacionais orientam como tema transversal o eixo meio ambiente e cidadania, pois se trata de modalidade de educação que exige urgência de reversão do quadro de deterioração ambiental, assim, os alunos desde cedo necessitam aprender práticas de desenvolvimento sustentável para uma melhor qualidade de vida, como a conservação dos recursos naturais.

Além disso, o tema de educação ambiental pode ser trabalhado de modo transversal que supera a ideia fragmentada de disciplina, integrando os temas de um mesmo eixo norteador; também de modo interdisciplinar englobando várias disciplinas do currículo escolar, como também a abordagem multidisciplinar que visa a resolução de uma problemática, envolvendo cada disciplina e sua metodologia. Dessa forma, as instituições escolares necessitam de uma qualificação dos seus profissionais para abordarem as temáticas transversais em seus projetos políticos pedagógicos.

Outro desafio é a implantação da Escola Tempo Integral, necessitando do apoio de instituições públicas e privadas, oferecendo apoio às atividades escolares e curriculares de arte, esporte, cultura, lazer, entre outras. Só assim, a escola estará integrada com a comunidade, motivando a participação ativa dos diferentes atores sociais.

Portanto, deve-se estimular a participação da família e da comunidade no processo ensino e aprendizagem, favorecendo o desenvolvimento dos alunos no plano afetivo, social e educacional, haja vista que a ação pedagógica também é uma concepção política. Desta forma, os estudantes, pais, professores, gestores, funcionários, técnicos e especialistas poderão participar dos conselhos escolares, das reuniões de pais e mestres, bem como elaborar o Projeto Político Pedagógico das escolas.

#### 4 FORMAS DE CONTROLE JUDICIAIS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO EDUCACIONAL

Indubitavelmente, o direito à educação é um direito público subjetivo por orientação constitucional, sendo assim, como direito fundamental tem aplicabilidade imediata por força do parágrafo 1º, do artigo 5º da Constituição Federal, vinculando os Poderes do Estado à sua efetividade máxima e direta. Assim, quando o Estado não cumpre a satisfação do interesse social por meio das políticas públicas, compete à sociedade civil organizada, aos órgãos de defesa da educação que compõe o Terceiro Setor fiscalizar e exigir a efetividade de uma educação pública, gratuita e de qualidade para todos.

Portanto, para a efetivação do direito à educação, exige-se que a Administração Pública cumpra às metas e diretrizes nacionais para educação básica, todavia, a máquina administrativa utiliza-se do princípio da reserva para mitigar a prestação do serviço público<sup>37</sup>. Conforme Carvalho Filho<sup>38</sup> sobre a reserva do possível e a aplicabilidade de políticas públicas:

Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador- situação que se configura como a reserva do possível, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo. Neste passo, é oportuno ressaltar a bem constante discussão sobre o controle de políticas públicas, como resultado do desenvolvimento das ideias de 'judicialização da política' (ou 'politização da justiça'), segundo as quais se admite o que se tem denominado 'ativismo judicial', propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração.

Em virtude disto, o direito à educação como um direito individual homogêneo e direito difuso e coletivo será tutelado como sustentáculo dos direitos humanos, logo, o Ministério Público, as Associações de Pais e Mestres, os Conselhos Escolares poderão impetrar os remédios constitucionais, bem como a Ação Civil Pública (ACP) em favor dos direitos educacionais violados.

---

<sup>37</sup> Entende-se como princípio da reserva do possível o conjunto de elementos que tornam possível as ações da Administração Pública, contudo revelam-se inviáveis de serem executadas, em razão de um determinado tempo e de certas circunstâncias.

<sup>38</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 2010, p. 137.

*Data vênia*, a sociedade pode fazer uso dos remédios constitucionais, os quais são os meios jurídicos acessíveis aos cidadãos para sanar ilegalidades e abuso de poder em face dos direitos e interesses individuais, sendo, portanto, as garantias constitucionais. “As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos de exigir dos poderes públicos a prestação dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade [...]”<sup>39</sup>..

Dentre os instrumentos constitucionais cabíveis a tutela do direito à educação tem-se o mandado de segurança, a ação civil pública, o mandado de injunção, a ação popular e o direito de petição. Com isso, o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia da educação básica obrigatória.

Por conseguinte, estabelece o art. 5º da LDBN que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo. Assim, as partes mencionadas têm legitimidade para peticionar ao Poder Judiciário à prestação do atendimento educacional.

Para que haja a garantia do direito à educação deve-se verificar se há a consonância de alguns elementos indispensáveis como a disponibilidade referente às matrículas nas instituições de ensino; a acessibilidade no tocante às condições propícias para a oferta da educação básica, como infraestrutura adequada, a localização da escola próxima à residência do educando, a alimentação escolar, dentre outros. Ressalta-se também a aceitabilidade social, a satisfação quanto à qualidade da educação ofertada pelo Poder Público, assim como a adaptabilidade das diretrizes e orientações nacionais para o ensino público, como, por exemplo, a gestão democrática nas escolas.

Em face da falta de disponibilidade de matrículas, pode-se invocar o direito de petição descrito no art.5º, inciso XXXIV da Constituição Federal, direcionando-se à Secretaria de Educação ou até mesmo impetrar um mandado de segurança contra a recusa da matrícula, haja vista que se trata da proteção de um direito líquido e certo (art.5º, inciso LXIX da CF de 1988).

---

<sup>39</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo, 2009, p. 33.

Ademais, as escolas garantem condições de acessibilidade aos alunos com deficiência, bem como o meio ambiente laboral é danoso aos profissionais da educação, para isto, pode-se fazer uso da tutela coletiva por meio da ACP, visando garantir melhores condições de trabalho para professores.

Foi com o surgimento da Lei da Ação Civil Pública – LACP ( Lei 7347/1985), que a tutela dos direitos coletivos passou a ser difundida e ter sua importância reconhecida. Assim, a LACP incorporou ao ordenamento jurídico institutos processuais coletivos como a extensão da legitimidade ativa a vários órgãos, pessoas, entidades ou associações (art. 5º); previu a possibilidade de instauração do inquérito civil pelo Ministério público, destinado à colheita de elementos para a propositura responsável da ação civil pública, funcionando também como importante instrumento facilitador de conciliação extrajudicial.<sup>40</sup>

Portanto, ao Poder Judiciário submetem-se causas de cunho coletivo, com o fim de garantir a efetivação do acesso à justiça de forma universal, nesse sentido, o processo coletivo aduz o objetivo político. Assim, a ACP, cuja legitimidade é do Ministério Público trata-se de um instrumento de efetividade ao acesso à justiça, diante da violação do direito constitucional à educação. Acerca disto, assevera Barroso:

Posteriormente à Constituição, várias outras leis dispuseram sobre a ação civil pública para a tutela de direitos e interesses transindividuais. Assim, a Lei 7.853/89, cujo de deficiência; também a Lei 7.913/89, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, considerada o primeiro diploma a tutelar de forma coletiva os direitos individuais homogêneos, embora não houvesse utilizada esta denominação; e a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que em seus arts. 208 a 224, regulamenta a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos assegurados às crianças e aos adolescentes.<sup>41</sup>

Contudo, a Lei 7347/1985 também estendeu à legitimação ativa da ACP para órgãos, pessoas, entidades ou associações, possibilitando a instauração de inquérito civil diante do dano coletivo, como nos casos de superfaturamento no processo licitatório de merenda escolar.

---

<sup>40</sup>GARCIA, Leonardo de Medeiros; ZANET, Júnior Hermes. *Direitos difusos e coletivos*. Bahia 2011, p. 123.

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro, 2003, p. 217.

Pode-se impetrar a ação popular (art. 5º, LXXIII da Constituição Federal), objetivando a proteção aos direitos de cidadania e ao patrimônio público, contra atos ilegais ou imorais da Administração Pública, a exemplo dos casos de desvio de verba de merenda escolar e a superfaturamento nas licitações para a compra de material didático escolar. Logo, “a finalidade da ação popular é a defesa de interesses difusos, reconhecendo-se aos cidadãos *uticives e não uti singuli*, o direito de promover a defesa de tais interesses”<sup>42</sup>.

Deste modo, ao curador da defesa da educação compete promover as medidas judiciais ou administrativas necessárias à defesa da educação, por meio dos procedimentos preliminares de investigação, instaurando e acompanhando o inquérito civil, bem como promovendo ACP e a ação penal. Assim, nos casos de denúncias, o membro do Ministério Público deve encaminhar e acompanhar a aplicação de políticas e programas educacionais.

Para tanto, o Ministério Público, como também as associações, sindicatos e grupos de classes devem fiscalizar os programas educacionais, a exemplo do Programa Nacional de Alimentação Escolar, o qual tem o escopo de possibilitar o acesso à alimentação saudável no meio escolar; fiscalização do Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE) que possibilita a assistência financeira suplementar e anual, com atividades atrativas ao aluno, como o funcionamento nos finais de semana.

Atualmente, na rede pública de ensino no município de João Pessoa, percebe-se a atuação eficaz do Ministério Público na tutela da educação básica por meio de inquérito civil, dos termos de ajustamento de conduta; da execução do título de compromisso e das ações judiciais em defesa da tutela coletiva no ensino público, além do mais, a Promotoria da Educação fiscaliza a documentação da escola, como o Projeto Político Pedagógico e também os regimentos internos das unidades escolares.

Desta feita, a promotoria da educação, além de realizar um trabalho coercitivo com medidas judiciais e extrajudiciais, também desenvolve projetos educativos nas escolas de João Pessoa, através do Centro de Apoio Operacional às Promotorias da

---

<sup>42</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo, 2009, p. 185.

Educação, por meio de palestras e distribuição de material educativo, com a participação dos professores, alunos e funcionários das unidades escolares<sup>43</sup>.

Tratando-se da participação do Terceiro Setor na defesa do ensino público, percebe-se que ainda é insuficiente, em razão da ausência da cultura de participação nos movimentos sociais, os quais visam proteger os direitos humanos. A respeito do papel destas organizações sociais na educação, afirmam Peroni, Oliveira e Fernandes 44:

Neste contexto, não se pode esquecer que os municípios brasileiros passaram a assumir, progressivamente, a oferta do ensino fundamental, tendo em vista o cumprimento das normas legais prescritas na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), Lei n. 9.394/1996. E muitos deles buscaram, por meio de parcerias, alternativas no terceiro setor, para execução de políticas educacionais, no sentido de atender as suas demandas, superar os problemas educacionais e, principalmente, modernizar a gestão escolar, conforme mostram pesquisas em andamento.

Conforme explica a Dra Ruth Pessoa Gondim<sup>45</sup> “a Governança Global (GG) tem sido analisada com o objetivo de trazer respostas sobre a influência dos atores não-estatais, tanto na política, como no Direito Internacional [...]”. Resultando, assim, na formação das instituições internacionais, a exemplo da ONU, OIT, UNICEF, bem com das organizações não governamentais, visando o enfrentamento das problemáticas globais, inclusive do direito a uma educação básica de qualidade para todos.

Todavia, no contexto brasileiro, a atuação do Terceiro Setor na defesa da educação pública ainda é escassa, muito embora a participação popular exija uma consciência ideológica sobre as problemáticas sociais, bem como as respectivas ações de enfrentamento. Logo, a representação deste setor por meio das organizações não governamentais, associações, conselhos e sindicatos tornam-se imprescindíveis na formação para a cidadania.

---

<sup>43</sup> Ver: MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA. Em 2012, Projeto do Ministério Público já fiscalizou 1.759 unidades escolares em toda a Paraíba.

<sup>44</sup> PERONI, Vera Maria Vidal; Oliveira, Regina Tereza Cestari de; FERNANDES, Maria Dilnéia Espíndola. *Estado e terceiro setor: as novas regulações entre o público e o privado na gestão da educação básica brasileira.*, out. 2009, p. 761, out. 2009.

<sup>45</sup> ALBUQUERQUE, Ruth Pessoa Gondim. *Implementação do Direito Ambiental*. João Pessoa, 2009, p. 27.

Neste sentido, a exigibilidade social ou difusa do direito à educação, exige a conscientização social, de modo que as pessoas possam expor suas insatisfações e reivindicar melhoria no âmbito educacional. Assim, os indivíduos organizados podem buscar soluções para os seus problemas em comum, através dos mecanismos de decisão, através das paralisações, caminhadas, atos públicos, audiências públicas, abaixo-assinados, debates, panfletagens, sites de discussão, blogs, e-mails, cartas abertas dirigidas aos governantes, órgãos públicos dentre outras formas de protesto.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A aplicabilidade do direito à educação encontra-se vinculada à participação efetiva dos atores envolvidos na educação, de modo a validar o exercício da cidadania. Além disso, os agentes da educação não podem manter uma conduta passiva diante da ineficácia da prestação educacional, em razão disso, aumentará o sucateamento do ensino obrigatório na rede pública de ensino em João Pessoa.

Este trabalho propôs-se investigar, primordialmente o reconhecimento do direito à educação igualitária de qualidade a todos, sob o prisma da tutela coletiva. Analisou-se que o Estado tem o dever de garantir o direito à educação, conforme o sistema jurídico educacional brasileiro, todavia, pragmaticamente não há a aplicação do direito à educação pública, gratuita e de qualidade.

Por conseguinte, é de extrema relevância o papel do Terceiro Setor na tutela da educação pública, pois estimula a participação popular por meio do engajamento dos atores nos movimentos sociais institucionalizados, a exemplo do Instituto Paulo Freire, Alfalit Brasil, Instituto Brasileiro de Educação Moral, dentre outros. Deste modo, mediante a intervenção da governança global no sistema de ensino tem-se uma contribuição propositiva e fiscalizadora diante das políticas públicas, como a estruturação das propostas curriculares, a respeito da gestão democrática nas escolas, da fiscalização de verbas públicas e licitações na rede pública de ensino.

Como as ações de Estado são insuficientes para pacificar as problemáticas advindas da realidade educacional, torna-se imprescindível as contribuições e intervenções do associativismo e a interligação dos setores sociais envolvidos no

processo educativo das crianças e jovens, propondo fóruns de discussões sobre evasão escolar e analfabetismo; formação de comitês e conselhos com atuação efetiva, haja vista que independem da vontade política, além disso, são instituições sem fins lucrativos e na sua composição há participação de vários setores da sociedade e de representantes de organizações nacionais e internacionais.

Destaca-se que o ensino público gratuito e obrigatório na rede de ensino em João Pessoa, carece de uma representatividade mais efetiva do Terceiro Setor, por meio das organizações não governamentais, associações e institutos que podem fornecer assessoria técnica, bem como capacitações profissionais aos professores, alunos, gestores, equipe pedagógica, bem como aos pais e alunos.

Só por meio da mobilização da sociedade civil organizada, juntamente com a aplicação da política educacional de governo e as instituições do Estado Democrático de Direito, poder-se-ão buscar possíveis soluções para o ensino público. Assim, observa-se por meio deste estudo que é condição *sine qua non* disseminar uma cultura de participação popular, de modo que o indivíduo possa intervir nas decisões políticas a respeito dos bens jurídicos coletivos, como a educação pública.

Finalmente, a educação tem como meta principal a formação cultural para o exercício da cidadania, propiciando ao educando princípios de solidariedade e de responsabilidade social. Para tanto, os agentes da educação precisam propagar o papel ativo do cidadão, tornando-o sujeito ativo de sua aprendizagem, tutelando os seus direitos de cidadania, sobretudo, a defesa de uma educação de qualidade para todos, através de ações coletivas e comunitárias, sem a dependência única e exclusiva da atividade estatal.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ruth Pessoa Gondim. *Implementação do Direito Ambiental*. João Pessoa: Edições Linha d' água, 2009, 340p.

ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos*. 3.ed. São Paulo: Forense, 2008, 342p.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 357p.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 477, de 26 de fevereiro de 1969. *Pedagogia em Foco*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://migre.me/d3SMR>>. Acesso em: 15 ago 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 1307p.

DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006, 77p.

FIGUEIRA, Felipe. O problema do conhecimento (in) útil. In: *Nietzsche*, 2003, Revista Filosofia. 2012, 217p.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 25 ed. São Paulo. Paz e Terra, 1996. 165p.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; ZANET, Júnior Hermes. *Direitos difusos e coletivos*. 2.ed. Bahia: Jus Podivm, 2011, 873p.

IDEB. *PORTAL IDEB*. Disponível em: <<http://migre.me/d3SQL>>. Acesso em: 03 set. 2012.

INTERNATIONALESZENTRUMINTERNATIONAL centre für menschenrechte. Informationsschreibenrechtaufbildung. Disponível em: <<http://migre.me/d3ST1>>. Acesso em: 30 out 2012.

LIBÂNEO, José Carlos. *Didática*. São Paulo: Cortez, 1994, 263p.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL*. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> Acesso em: 04 set 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA. Em 2012, Projeto do Ministério Público já fiscalizou 1.759 unidades escolares em toda a Paraíba. Disponível em: <<http://migre.me/d3SVI>>. Acesso em: 08 nov 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, 914p.

PERONI, Vera Maria Vidal; OLIVEIRA, Regina Tereza Cestari de; FERNANDES, Maria Dilnéia Espíndola. Estado e terceiro setor: as novas regulações entre o público e o privado na gestão da educação básica brasileira. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 30, n. 108, p. 761-778, out. 2009. Disponível em <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 15 out 2012.

PILETTI, Nelson. *Sociologia da Educação*. 18. ed. São Paulo: Ática, 2003, 264p.

\_\_\_\_\_. *História da Educação no Brasil*. 7.ed.São Paulo: Ática, 2006, 258p.

PREFEITURA MUNICIPAL DE JOÃO PESSOA. Educação. Estudantes comemoram semana da alimentação com práticas saudáveis. Disponível em: <<http://migre.me/d3SX3>>. Acesso em: 08 out 2012.

REVISTA NOVA ESCOLA. Os 10 Maiores Problemas da Educação Básica no Brasil. Editora Abril. 2003. Disponível em: <<http://migre.me/d3SXC>>. Acesso em: 08 out 2012.

SAVIANI, Dermeval. Escola e democracia. Campinas, SP: Autores associados, 2008, 112p.

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO E CULTURA. Diretrizes 2012. Disponível em: <<http://migre.me/d3SZI>>. Acesso em 05 set 2012.

## **A EQUIPARAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO, COMO FATOR DE CORREÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E O ARTIGO 285-A DO CPC**

### **THE ASSIMILATION OF MINIMUM WAGE AS A FACTOR CORRECTION OF BENEFITS AND PENSIONS OF ARTICLE 285-A CPC**

FERNANDO AMÉRICO DE FIGUEIREDO PORTO\*

#### **RESUMO**

O Judiciário sempre é criticado pela sua lentidão. Muito se deve ao grande número de ações repetitivas ajuizadas, no intuito de se pleitear um direito cujo reconhecimento já foi negado há anos pelos Tribunais Superiores. É o caso da equivalência salarial no reajuste dos benefícios previdenciários após a eficácia do artigo 58 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Trarei uma rápida fundamentação teórica sobre os temas que envolvem o assunto e um estudo de caso que espelha estas demandas repetitivas. Por fim, farei uma breve análise do artigo 285-A do Código de Processo Civil, que trata das demandas repetitivas.

Palavras chave: Previdenciário. Equivalência Salarial. Repetitivo.

#### **ABSTRACT**

The Judicial Power has always been criticized for its slowness. Much of that is due to the great number of judged repetitive lawsuits, in order to plead a right which has been denied by the Superior Courts for years. It is the case of salary equivalence in the adjustment of Security Insurance benefits after the effectiveness of the Article 58 of the ADCT. I will briefly work on some conceptual framework about the themes involving the subject and a case study to exemplify these repetitive pleads. At last, I will analyze the Article 285-A of the Brazilian Code of Civil Procedure, that deals with repetitive pleads.

Key words: Pension. Salary Equivalence. Repetitive.

#### **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Vários segurados procuram o Judiciário, para tentarem a revisão dos seus benefícios previdenciários, sob o argumento de que os valores recebidos atualmente

---

\* Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Juiz Federal substituto lotado na 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto – SP

não correspondem àqueles que recebiam no momento em que a prestação foi concedida. Usam, como principal argumento, a comparação de valores recebidos inicialmente com o equivalente em salários mínimos vigentes na época, e a diferença real atual, em relação ao mesmo número de salários mínimos. Em outras palavras, uma aposentadoria concedida há dez anos no valor equivalente a dez salários mínimos deveria retratar o mesmo número de salários mínimos vigentes hoje.

Farei uma breve explanação teórica dos conceitos imprescindíveis para compreensão do tema, procurando situar o contexto legislativo e doutrinário do assunto. Em seguida, trarei um caso concreto, para tentar aplicar os temas até então abordados, e trazer a solução sugerida, com base no meu pensamento e no da jurisprudência.

Não tratarei de outras espécies de revisão, como índice-teto, IRSM, dentre outras, mas apenas da (im)possibilidade de revisão da correção do benefício previdenciário, para que seu reajuste se dê com base nos mesmos índices aplicados à correção do salário mínimo. Em outras palavras, este artigo se limitará ao questionamento a respeito da manutenção do valor real do benefício previdenciário, baseado no equivalente em números de salários mínimos.

Por fim, farei uma breve explanação do artigo 285-A do Código de Processo Civil, que trata do julgamento de causas repetitivas, fazendo sua ligação com as demandas que envolvem desaposentação.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

A atualização monetária dos benefícios previdenciários é um direito consagrado na nossa Constituição Federal, e não podia ser diferente, principalmente se considerarmos o fato de que, quando a vigente Carta entrou em vigor, a inflação existente no país era altíssima (só vindo a se normalizar após a introdução do Plano Real, em 1994).

A atualização não possui caráter de reajuste, e sim de reposição do poder de compra decorrente das perdas causadas pelo processo inflacionário. A polêmica

sobre essa reposição diz respeito justamente aos índices que devem ser utilizados para corrigir os benefícios, porém, antes é necessária uma abordagem conceitual sobre os temas que envolvem a matéria.

O salário mínimo está previsto no artigo 7º, IV da Constituição Federal, que o qualifica como direito do trabalhador. A redação constitucional determina que tal salário deve ser:

[...] capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer outro fim.

A Constituição também prevê que o benefício da previdência social que substitua a remuneração do segurado não pode ser inferior ao valor de um salário mínimo (art. 201, §6º).

O artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, norma constitucional de natureza transitória, prevê:

Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.  
Parágrafo único. As prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

Observamos que todas as referências constitucionais ao salário mínimo demonstram sua importância em relação ao essencial para se ter uma vida digna, e talvez tenha sido este o motivo que levou o legislador constitucional a prever uma norma de caráter transitório que atrelasse a evolução dos benefícios previdenciários ao salário mínimo.

A equiparação salarial, embora prevista com prazo certo, acabou sendo aplicada em benefícios concedidos após a publicação da Constituição Federal, devido ao ingresso de ações judiciais, embora o próprio STF, em sua Súmula 687, tenha vedado tal equiparação: “A revisão de que trata o art. 58 do ADCT não se

aplica aos benefícios previdenciários concedidos após a promulgação da Constituição de 1988”.

Um problema não pensado pelo legislador constituinte se deu em relação à conversão de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, quando o primeiro benefício possuía data inicial (DIB) anterior à Constituição, mas a conversão no segundo benefício era posterior à Carta Magna. Então, qual DIB seria considerada: a do auxílio-doença, ou da aposentadoria? O STF acabou optando pela segunda opção:

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ADCT-CF/88, ARTIGO 58. APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA EQUIVALÊNCIA SALARIAL. Auxílio-doença convertido em aposentadoria por invalidez antes da promulgação da Constituição Federal. Critério de revisão previsto no artigo 58 do ADCT-CF/88. Incidência, a partir do sétimo mês da vigência da Constituição, sobre o valor percebido em razão da aposentadoria e não daquele recebido em virtude do auxílio-doença. Embargos de Divergência conhecidos, mas desprovidos (RE 239.950 EDV/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 9.5.02, DJ. 2.8.02).

O reajuste do salário mínimo em setembro de 1991 foi de 147,06%, porém o INSS não aplicou tal índice para os benefícios que eram expressos em cruzeiros, o que levou a Associação dos Aposentados e Pensionistas de Brasília e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo a ingressarem com mandado de segurança (nºs 1.270 e 1233, respectivamente), que foram conhecidos e acolhidos pelo STJ, determinando-se a aplicação do reajuste aos benefícios previdenciários. Tais decisões foram mantidas pelo STF (RE 147.684-2-DP).

Ocorre que tais decisões deveriam ser aplicadas apenas para os benefícios concedidos até a entrada em vigor da Constituição, porém a Previdência Social criou a Portaria GM/MPS nº 330/92, que previu a aplicação dos 147,06% para todos os beneficiários que estivessem em gozo de prestação previdenciária em setembro de 1991.

A situação atual é a de ausência de previsão legislativa que determine a revisão dos benefícios previdenciários mediante equiparação ao salário mínimo. Ocorre que, ainda assim, são numerosas as demandas questionando tal possibilidade.

O Código de Processo Civil – CPC previu, através da Lei 11.277/06, um dispositivo que visa a impedir a proliferação de demandas repetitivas: o artigo 285-A. Esta solução processual tem o intuito de vedar o processamento daquelas ações cujo conteúdo sejam exclusivamente de direito, e o juízo já houver proferido sentença de improcedência sobre o caso.

A solução processual para as questões previdenciárias em análise é uma das saídas possíveis para resolver o problema, mas, como demonstrarei, ainda é insuficiente para impedir que tais questões se proliferem.

### **3 ESTUDO DE CASO**

Trago o presente caso para análise e posterior conclusão: João S. ingressou com ação em face do INSS, em 2009, alegando que sua aposentadoria por tempo de contribuição, concedida em 2000, não foi atualizada monetariamente de maneira correta.

Alegou que, na época em que se aposentou, seu benefício correspondia ao equivalente a 4 (quatro) salários mínimos, e que, atualmente, tal valor é inferior a 3 (três) salários mínimos. Pleiteia que o benefício seja corrigido, utilizando-se, para tanto, dos mesmos fatores usados para correção do salário mínimo. Pede, ao final, procedência, para que o INSS corrija o benefício de aposentadoria, aplicando-se os mesmos índices utilizados para correção do salário mínimo, e implante o valor corrigido, pagando-se os atrasados mediante requisição de pequeno valor – RPV, ou precatório.

Requeru perícia contábil e outras provas admitidas em Direito. Anexou carta de concessão inicial com a respectiva Renda Mensal Inicial – RMI do benefício, bem como último extrato de depósito bancário, demonstrando a renda recebida atualmente a título de aposentadoria.

O INSS contestou, alegando, preliminarmente, decadência do direito à revisão do benefício e, eventualmente, prescrição das parcelas anteriores aos cinco anos do ajuizamento da demanda. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido, alegando que o benefício do autor foi atualizado segundo os parâmetros legais e

que não poderia haver vinculação ao salário mínimo, para fins de reajuste, por vedação constitucional expressa.

O autor, embora intimado, não impugnou a contestação. Decidi que é caso de julgamento antecipado da lide, pois a matéria é exclusivamente de direito, nos termos do artigo 330, I do CPC. Analisarei as preliminares antes de ingressar no mérito.

Rejeito a preliminar de decadência, pois o prazo previsto no artigo 103 da Lei 8.213/91 é de 10 (dez) anos, contados a partir da concessão do benefício, e, como este ocorreu em 2000 e a demanda foi ajuizada em 2009, não transcorreu o período previsto na norma. Ainda que o autor tivesse ingressado em período posterior ao prazo decenal, também não há que se falar em decadência, pois não se trata de concessão inicial de benefício, e sim revisão de benefício concedido.

Quanto à preliminar de prescrição, acolho-a parcialmente. De fato, o parágrafo único do artigo 103 da Lei 8.213/91 concede ao segurado o prazo de cinco anos para pleitear qualquer parcela que não tenha sido paga pela Previdência. A demanda ajuizada em 2009 só pode cobrar parcelas eventualmente devidas a partir de 2004, portanto, acolho a prescrição das parcelas que datarem mais de cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação. Passo a analisar o mérito.

O pedido deve ser julgado improcedente. Os argumentos apresentados pelo autor, embora bastante convincentes, não são suficientes para possibilitar a revisão de seu benefício como pretende.

É incontroverso que a Constituição Federal previu, no seu artigo 58 do ADCT, que os benefícios de prestação continuada (dentre eles a aposentadoria) seriam reajustados com base no salário mínimo, porém, o mesmo dispositivo determinou que tal vinculação só ocorreria por um determinado período de tempo. Este prazo de vinculação teve início no sétimo mês seguinte ao da promulgação da Constituição (abril de 1989), e durou até que a lei dos benefícios previdenciários foi implementada (dezembro de 1991).

O argumento de que há previsão constitucional não se sustenta, pela leitura completa do referido dispositivo do ADCT, devido ao seu caráter transitório, cuja eficácia já foi esgotada, desde a entrada em vigor das Leis 8.212 e 8.213 de 1991.

O segundo argumento levantado pelo autor diz respeito ao direito adquirido à vinculação. Ocorre que, em nenhum momento, o autor demonstrou que fazia jus ao reajuste de sua aposentadoria com base nos mesmos índices aplicados à correção do salário mínimo, pois a implantação de seu benefício se deu em momento bem posterior àquele previsto na legislação que autorizava a vinculação. Ainda que o autor estivesse sob proteção daquele período, não há que se falar em direito adquirido a regime jurídico.

Direito adquirido, segundo a Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), é aquele em que *“o titular, ou alguém que por ele possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”*.

O direito adquirido à aposentadoria não sofreu ofensa, pois, preenchendo os requisitos, foi concedido o benefício. A atualização monetária que será feita sobre tal prestação não é abrangida pela noção de direito adquirido, já que a própria norma constitucional atribui ao legislador ordinário o papel de criar critérios que reflitam os índices a serem utilizados no momento da atualização monetária.

Para que o segurado pudesse ter direito adquirido também aos índices de atualização futuros de seu benefício, a previdência teria que possuir um caráter retributivo, em que o contribuinte arrecada uma determinada quantia a ser revertida em benefício próprio; além disso, no momento da contribuição, os índices de atualização deveriam estar prefixados, como acontece com muitos planos de previdência privada, ou mesmo de investimento no mercado de ações ou fundos de investimento. Esta, contudo, não é a realidade da nossa previdência.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já se manifestou no sentido de afastar a alegada ofensa a direito adquirido, com base em mudança de regime jurídico:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Ocupantes de cargo em comissão. Filiação ao Regime Geral de Previdência Social. Advento da EC nº 20/98. Direito adquirido a regime jurídico previdenciário. Inexistência. Precedentes. 1. Os ocupantes de cargo em comissão de forma exclusiva estão sujeitos ao regime geral de previdência social. 2. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que não há direito adquirido a regime jurídico, inclusive o previdenciário. 3. Aplica-se à aposentadoria a norma vigente à época do preenchimento dos requisitos

para a sua concessão. 4. Agravo regimental não provido (RE 409.295 AgR/RS, 1ª T. j. 3.5.11, DJ 29.7.11).  
PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. CÁLCULO. SISTEMA HÍBRIDO. DECRETO 89.312/84 E LEI 8.213/91. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que descabe alegar direito adquirido a regime jurídico. Improcede a pretensão da recorrente de conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior, para efeito de revisão de benefício. 2. Agravo regimental improvido. (AI 654.807 AgR/SP, 2ª T. j. 23.6.09, DJ 7.8.09).

O terceiro argumento do autor refere-se à ofensa ao artigo 201, §4º da Constituição Federal que assegura “o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

Uma interpretação isolada do dispositivo permitiria concluir que a expressão “valor real”, a que se refere a Constituição, significaria a manutenção do poder aquisitivo presente em que o benefício foi concedido.

Exemplificando: em 2000, quando começou a receber o benefício, o segurado conseguia comprar uma motocicleta popular com o equivalente a três benefícios mensais. Hoje, o mesmo bem deveria ser adquirido com a mesma quantidade equivalente de benefícios. Isso se aplicaria em média a todos os bens de consumo, admitidas as variações para mais ou menos decorrente da inflação. Esse exemplo mostra como se daria a evolução do poder aquisitivo de maneira real.

Ocorre que a interpretação normativa não se dá de maneira estanque. A primeira questão a ser considerada está na parte final do §4º do artigo 201 da Constituição, que remete à legislação ordinária a definição dos critérios a serem verificados nesta atualização do valor real. O segundo ponto, já enfrentado pelo STF, relaciona-se à interpretação dada ao termo “valor real”.

Quando a Constituição faz referência “aos termos da lei” significa dizer que o dispositivo da Lei Maior não é autoaplicável, pois depende da edição de lei específica. Assim, os critérios para definir os parâmetros de atualização dos benefícios previdenciários serão descritos em lei infraconstitucional.

Cumprindo a determinação da Constituição, foram editadas as Leis nº 8.212 e 8.213/91 e respectivos Decretos regulamentadores nº 357/91 e 611/91. Outras leis e medidas provisórias, posteriormente, acabaram instituindo índices a serem aplicados no reajustamento dos benefícios: IRSM - Lei nº 8.542/92; IPC-r - Lei 8.880/94; INPC

- MP nº 1.053/95 e suas reedições; e IGP-DI, a partir de maio/95 – MP nº 1.415/96, posteriormente convertida na Lei nº 97.11/98.

A partir de 1997, o INSS reajustou os benefícios utilizando os índices definidos nas MPs nº 1.572/97, nº 1.663-10/98, nº 1.824/99 e nº 2.022/2000 e nº 2.129/2001 e nos Decretos nº 3.826/2001, nº 4.249/2002, nº 4.709/2003, nº 5.061/2004, nº 5.443/05 e nº 5.756/06.

Analisando a complexidade de dispositivos normativos regulamentando os reajustes, pode-se chegar a uma conclusão equivocada de que teria havido alguma distorção na escolha dos índices aplicáveis na correção dos benefícios, pois, por que o INSS não escolhera um único índice ao longo do tempo? A resposta decorre da própria turbulência econômica que o país viveu nas últimas décadas, notadamente com altas inflacionárias.

A escolha de diversos índices ao longo do tempo visa justamente a atender o preceito constitucional que garante a manutenção do valor real dos benefícios, nos termos do art. 201, § 4º da Constituição Federal. Conforme expressamente determina aquele dispositivo, cabe ao legislador ordinário definir os critérios de correção monetária. Então, o texto constitucional não quis definir o que seria “valor real”, passando esta penosa atividade para o legislador.

O INSS não possui poderes para escolher o melhor índice. Deve atrelar-se àqueles estabelecidos pelo legislador ordinário ou pelo Poder Executivo, no caso de medidas provisórias, que têm força de lei.

É fato que algumas vezes o INSS utilizou-se de índices que não refletiram o valor real, como no caso do reajuste do INPC e IGP-DI entre 1997 e 2001, mas a escolha acabou favorecendo o segurado, caso analisada de maneira global. Várias ações foram propostas (e até hoje algumas pendem de julgamento), pleiteando o fracionamento dos índices (alguns anos INPC, noutros, o IGP-DI), mas o STF rejeitou a possibilidade de escolha dos melhores índices (RE 376.846).

Hoje convivemos com diversos índices que medem a variação de preços no país (INPC, IPCA, etc.), mas os benefícios previdenciários devem se pautar nos índices que mais reflitam a variação de preços para a faixa salarial correspondente ao benefício recebido, de acordo com o poder aquisitivo que representa.

O teto do benefício pago no RGPS atualmente (novembro de 2011) é de R\$ 3.691,74, sendo que o piso salarial corresponde ao mínimo nacional (R\$ 545,00). Assim, para as pessoas que ganham entre o mínimo e o teto dos benefícios previdenciários, pacificou-se, no âmbito dos tribunais superiores, que o índice que melhor reflete a variação de preços para esta faixa de renda é o INPC/IBGE:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIOS: REAJUSTE: 1997, 1999, 2000 e 2001. Lei 9.711/98, arts. 12 e 13; Lei 9.971/2000, §§ 2º e 3º do art. 4º; Med. Prov. 2.187-13, de 24.8.01, art. 1º; Decreto 3.826, de 31.5.01, art. 1º. C.F., art. 201, § 4º. I.- Índices adotados para reajustamento dos benefícios: Lei 9.711/98, artigos 12 e 13; Lei 9.971/2000, §§ 2º e 3º do art. 4º; Med. Prov. 2.187-13, de 24.8.01, art. 1º; Decreto 3.826/01, art. 1º: inconstitucionalidade. II.- A presunção de constitucionalidade da legislação infraconstitucional realizadora do reajuste previsto no art. 201, § 4º, C.F., somente pode ser elidida mediante demonstração da impropriedade do percentual adotado para o reajuste. Os percentuais adotados excederam os índices do INPC ou destes ficaram abaixo, num dos exercícios, em percentual desprezível e explicável, certo que o INPC é o índice mais adequado para o reajuste dos benefícios, já que o IGP-DI melhor serve para preços no atacado, porque retrata, basicamente, a variação de preços do setor empresarial brasileiro. III.- R.E. conhecido e provido (STF, RE 376846/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 24.9.03, DJe 2.4.04).

O Supremo entendeu que, ao fazer referência à lei, a competência para definir o que seria a preservação do valor real era matéria de cunho infraconstitucional, portanto, representava ofensa reflexa à Constituição, e não poderia ser apreciada pela corte constitucional:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CF/88, ART. 201, § 4º. PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. 1. A norma constitucional do § 4º do art. 201 assegura revisão dos benefícios previdenciários pelos critérios definidos em lei. 2. O debate em torno do índice utilizado para o reajuste de benefícios previdenciários depende de exame da legislação infraconstitucional. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido (STF, AI 543.804 AgR/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ªT, j. 23.3.10, DJe 16.4.10).

Com base neste posicionamento, a última palavra para definir o que seja a “manutenção do valor real” do benefício competirá ao STJ, que tem o poder de interpretar a legislação federal. As duas Turmas desta corte superior pacificaram o tema, entendendo que não havia ofensa do legislador ordinário em fixar os índices de reajustes escolhidos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REAJUSTE. SALÁRIO MÍNIMO. VINCULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 41, INC. II, LEI N.º 8.213/91. OFENSA A PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEITO LEGAL. VIOLAÇÃO. NÃO INDICAÇÃO PRECISA. SÚMULA 284/STF. INCIDÊNCIA.

1. Não se presta, para configurar o dissídio, a simples indicação de ementa, desacompanhada do confronto analítico, mediante a transcrição de trechos dos acórdãos, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

2. Fica comprometida a admissibilidade do recurso especial quando não indicados, com precisão e clareza, os dispositivos infraconstitucionais tidos por violados. Incidência da Súmula n.º 284/STF.

3. O reajuste dos benefícios previdenciários deve obedecer aos critérios definidos pela Lei n.º 8.213/91, com suas modificações, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da preservação do valor real dos benefícios.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no Ag 1247947/MG, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T. j. 30.6.10, DJe 2.8.10).

PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 8.213/91. MANUTENÇÃO DO VALOR REAL DOS BENEFÍCIOS.

1. Os critérios de concessão e revisão dos benefícios previdenciários previstos na Lei n. 8.213/91 não ofendem a garantia de preservação do seu valor real. Precedente.

2. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no REsp 1108397/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T. j. 20.10.09, DJe 7.12.09).

O controle do STF só poderia ocorrer de maneira reflexa, por exemplo, caso os índices escolhidos pelo legislador ordinário fosse fixados em um patamar que não refletisse sequer o valor correspondente da inflação. Como base nesta premissa, há um julgado do STF neste sentido:

Previdenciário: reajuste inicial de benefício concedido nos termos do art. 202, caput, da Constituição Federal: constitucionalidade do disposto no art. 41, II, da L. 8213/91. Ao determinar que 'os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com as suas respectivas datas, com base na variação integral do INPC', o art. 41, II, da L. 8213/91 (posteriormente revogado pela L. 8542/92), não infringiu o disposto nos arts. 194, IV, e 201, § 2, CF, que asseguram, respectivamente, a irredutibilidade do valor dos benefícios e a preservação do seu valor real: se na fixação da renda mensal inicial já se leva em conta o valor atualizado da média dos trinta e seis últimos salários de contribuição (CF, art. 202, caput), não há justificativa para que se continue a aplicar o critério previsto na Súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos ('no primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês de concessão') (STF, RE 231.395/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.8.98, DJ 18.9.98).

Ressalto que o posicionamento dos Tribunais Superiores também é acompanhado de maneira unânime pelos Tribunais Regionais Federais. Por todos, colaciono aresto da 3ª Seção do TRF da 3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. PRELIMINAR DECADÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. REVISÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DA CF/88. CORRESPONDÊNCIA ENTRE O VALOR DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO E SALÁRIO DE BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 58 DO ADCT. SALÁRIO-MÍNIMO DE JUNHO DE 1989. GRATIFICAÇÃO NATALINA. ÍNDICES INFLACIONÁRIOS. VALORES PAGOS ADMINISTRATIVAMENTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Na esteira do entendimento do STJ, acolhido por esta Terceira Seção, ressalvados os casos de intempestividade, absoluta falta de previsão legal e evidente má-fé, o prazo para a propositura de ação rescisória conta-se do trânsito em julgado do último recurso. 2. Em sede recursal o acórdão que substituiu a sentença decidiu matéria estranha a lide, a caracterizar julgamento extra-petita, e por via de consequência, violação à norma processual de regência, notadamente aos artigos 128 e 460 do Codex. 3. Cabível ação rescisória, fundada no artigo 485, V, do CPC, para a desconstituição de decisão extra petita, ainda que tal hipótese não tenha sido arguida pela parte autora. Precedentes da Terceira Seção desta Egrégia Corte. 4. Quanto à pretendida correspondência entre o valor do salário de contribuição e o valor da renda mensal inicial, anote-se que o salário de benefício possui fórmula própria de cálculo de acordo com a legislação em vigor na época da concessão do benefício. 5. Por falta de previsão legal, é incabível a equivalência entre o salário-de-contribuição e o salário-de-benefício para o cálculo da renda mensal dos benefícios previdenciários. 6. O critério de atualização do artigo 58 do ADCT, de caráter transitório, incidiu sobre os benefícios em manutenção em outubro de 1988 e vigorou de abril de 1989 até 9 de dezembro de 1991, quando ocorreu a publicação do Decreto 357/91, regulamentário da Lei n. 8.213/91, que cessou a aplicação da equivalência salarial como critério de reajuste dos benefícios. 7. Conforme precedentes do e. STJ, os benefícios previdenciários relativos ao mês de junho de 1989 devem ser calculados com base no salário mínimo vigente, no valor de NCz\$120,00. 8. De acordo com a Súmula n. 13 desta Egrégia Corte: "O artigo 201, parágrafo 6º da CF, tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento da gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989". 9. Indevida a inclusão dos expurgos inflacionários no reajuste do benefício. 10. Correção monetária fixada nos termos das Súmulas n. 148 do E. Superior Tribunal de Justiça e 8 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, bem como de acordo com o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução n. 134, de 21/12/2010, do Conselho da Justiça Federal. 11. Juros de mora fixados em 0,5% ao mês, contados da citação até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando tal percentual é elevado para 1% ao mês, devendo, a partir da vigência da Lei n. 11.960/09 (29/6/2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em consonância com o seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97. 12. Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais). Custas e despesas processuais ex vi legis. 13. Matéria preliminar rejeitada. Ação rescisória procedente. Pedido subjacente parcialmente procedente (TRF3, AR 733, Rel. Des. Daldice Santana, j. 13.10.11. DJF3 21.10.11).

Outra questão importante, mas nem sempre abordada, diz respeito ao limite dos benefícios previdenciários. O teto pago hoje pela previdência, de quase R\$ 3.700,00, equivale a aproximadamente 6,5 salários mínimos.

Imaginemos a seguinte situação: um segurado que ganhava o equivalente a 8 salários mínimos há 10 anos, caso aplicada a equivalência salarial para os dias atuais, estaria recebendo acima do teto da previdência social, que hoje é de 6,5 salários. Isso ocorre porque o reajuste do salário mínimo sempre é superior ao reajuste dos benefícios previdenciários, pois, enquanto este se utiliza exclusivamente do INPC/IBGE, aquele leva em conta este índice, com fator de correção monetária e mais a variação do Produto Interno Bruto, como fator de reajuste real, nos termos da Lei 12.382/11:

Art. 2º Ficam estabelecidas as diretrizes para a política de valorização do salário mínimo a vigorar entre 2012 e 2015, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano.

§ 1º Os reajustes para a preservação do poder aquisitivo do salário mínimo corresponderão à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste.

§ 2º Na hipótese de não divulgação do INPC referente a um ou mais meses compreendidos no período do cálculo até o último dia útil imediatamente anterior à vigência do reajuste, o Poder Executivo estimará os índices dos meses não disponíveis.

§ 3º Verificada a hipótese de que trata o § 2º, os índices estimados permanecerão válidos para os fins desta Lei, sem qualquer revisão, sendo os eventuais resíduos compensados no reajuste subsequente, sem retroatividade.

§ 4º A título de aumento real, serão aplicados os seguintes percentuais:

I - em 2012, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto - PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2010;

II - em 2013, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2011;

III - em 2014, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2012; e

IV - em 2015, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2013.

§ 5º Para fins do disposto no § 4º, será utilizada a taxa de crescimento real do PIB para o ano de referência, divulgada pelo IBGE até o último dia útil do ano imediatamente anterior ao de aplicação do respectivo aumento real.

Art. 3º Os reajustes e aumentos fixados na forma do art. 2º serão estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de decreto, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. O decreto do Poder Executivo a que se refere o caput divulgará a cada ano os valores mensal, diário e horário do salário mínimo decorrentes do disposto neste artigo, correspondendo o valor diário a um trinta avos e o valor horário a um duzentos e vinte avos do valor mensal.

Por isso que o salário mínimo teve um reajuste de 6,86% em 2011, enquanto que a variação da inflação pelo INPC/IBGE no ano anterior foi de 6,47%, o que implicou um aumento real no salário mínimo de 0,37%, segundo dados obtidos no sítio eletrônico da G1, caderno de economia.

Conclui-se que o aumento do salário mínimo sempre será superior àquele aplicado aos benefícios previdenciários. Tal constatação não implica em ilegalidade ou inconstitucionalidade do reajuste dos benefícios, pois o trabalhador que ganha apenas um salário mínimo terá que sobreviver com aquela quantia para satisfazer as necessidades básicas de sua família, enquanto que o segurado que ganhar acima do salário mínimo, já estará em condições financeiras mais favoráveis.

Diante de todo o exposto, julgo improcedente a demanda, condenando o autor em custas e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa. Após o trânsito em julgado e inexistindo requerimento de cumprimento de sentença, arquivem-se.

Esta sentença deverá ser utilizada como parâmetro para outros casos repetitivos, devendo-se aplicar o artigo 285-A para os casos semelhantes. Publique-se, Registre-se, Intimem-se.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Demonstrei que a equivalência salarial com base no artigo 58 do ADCT não possui mais aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico. A matéria se encontra pacificada no âmbito dos cinco Tribunais Regionais Federais, bem como nos Tribunais Superiores.

Ainda assim, inúmeras ações continuam sendo propostas no Judiciário, sob o mesmo fundamento. Entendo que é o momento de se aplicar o artigo 285-A do CPC, que prevê:

Quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente proferida.

Embora a citada norma impeça o processamento das demandas repetitivas, ainda carecemos de um instrumento mais efetivo para barrar esse verdadeiro abuso no poder de litigar.

O artigo 14 do CPC expõe, dentre os deveres das partes e procuradores, o dever de divulgar os fatos conforme a verdade, procedendo com lealdade e boa-fé. A má-fé processual é punida, mas a responsabilidade é atribuída, em regra, às partes, nos termos do artigo 16 do CPC. A jurisprudência dominante entende que a parte é responsabilizada, e o advogado só poderia vir a ressarcir-la em ação própria:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO DO ADVOGADO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NOS MESMOS AUTOS EM QUE CONDENADA A PARTE POR ELE PATROCINADA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A utilização de mandado de segurança contra ato judicial é admitida excepcionalmente, desde que o referido ato seja manifestamente ilegal ou revestido de teratologia, o que ocorre na hipótese.

2. 'Os danos eventualmente causados pela conduta do advogado deverão ser aferidos em ação própria para esta finalidade, sendo vedado ao magistrado, nos próprios autos do processo em que fora praticada a alegada conduta de má-fé ou temerária, condenar o patrono da parte nas penas a que se refere o art. 18, do Código de Processo Civil' (Resp 1173848/RS, 4.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO, DJe de 10/05/2010 - sem grifos no original).

3. Recurso provido para cassar o acórdão impugnado e determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que se manifeste quanto ao mérito do Mandado de Segurança n.º 2007.00.2.012946-7 (STJ, RMS 27868/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 5<sup>ª</sup>T. j. 25.10.11, DJe 11.11.11).

Ocorre que a condenação direta à parte possui um grande óbice no caso em questão: a ineficácia da medida, já que a maioria das demandas previdenciárias são patrocinadas sob os benefícios da justiça gratuita, logo, a parte não terá como arcar com a multa por litigância de má-fé.

O ajuizamento de ação na Justiça Federal comum depende de advogado, e este, ciente do posicionamento consolidado nos Tribunais, deveria ter o dever de não patrocinar questões que não levarão o seu constituinte a qualquer lugar.

Não se trata de uma tentativa de vedar o exercício da profissão pelo advogado, que tem o direito de atuar com liberdade, até porque advoguei por vários anos, mas uma alerta, notadamente de natureza ética, para que aventuras jurídicas não continuem sendo feitas, tudo em detrimento de um prejuízo para a parte (que

terá que pagar o advogado), além de um crescimento no volume de causas inúteis, devido à movimentação da máquina judiciária.

A solução, no meu entendimento, seria punir diretamente aqueles advogados, que se utilizam da inocência dos seus clientes, visando ao recebimento de honorários, sem que haja a menor chance de um sucesso perante o judiciário, nesses casos em que a jurisprudência já pacificou o assunto há muitos anos.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Cálculo de benefícios previdenciários – teses revisionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, Disponível em: <<http://migre.me/d3Ttt>>, acesso em 10 dez. 2011, 10h00.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 687. *Súmulas*. Brasília, 12 set. 2008, Disponível em <<http://migre.me/d3Twh>>, acesso em 8 dez 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 6ª. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

OLIVEIRA, Mariana. Salário mínimo tem menor aumento real desde o início do Governo Lula. *Globo.com. Rio de Janeiro, fev.2011. Seção Economia*. Disponível em: <<http://migre.me/d3Tvi>>. Acesso em: 11 dez. 2011, às 11h23.

## **O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM REFLEXIVA À LUZ DO GARANTISMO PENAL**

THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: A REFLECTIVE APPROACH TO CRIMINAL GARANTISMO LIGHT

SILVÉRYA CHRYSTINIANI VIEGAS DE ALBUQUERQUE\*

### **RESUMO**

Após o atentado terrorista de 11.09.2001, na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, propagou-se a institucionalização do combate ao inimigo do Estado, para tanto, foram elaboradas leis penais para sanar a insatisfação da opinião pública em face do perigo social: o terrorismo. Nesse diapasão, O objetivo do presente artigo é analisar a teoria do direito penal do inimigo, o qual se centra na punição subjetiva do autor do crime e não no ato delituoso, restringindo os direitos humanos em face da segurança social. Com isso, analisar-se-ão os institutos jurídicos do Estado Democrático de Direito, bem como leis que adotam uma punibilidade excessiva e mitigam os direitos e garantias fundamentais do acusado. Por fim, abordar-se-á a funcionalidade do garantismo penal diante do endurecimento da norma penal.

Palavras chave: Direito Penal do Inimigo. Democracia. Direitos Humanos.

### **ABSTRACT**

After the terrorist attack of 11.09.2001 in New York City, in the United States, spread the institutionalization of combat to enemy of the State, criminal laws were prepared to address public dissatisfaction in the face of danger: terrorism. In this tuning, the goal of this article is to analyze the enemy's criminal law theory, which focuses on subjective punishment of the offender and not the criminal act, restricting human rights in the face of social security. With this, they will analyze the legal institutions of the democratic State of law, as well as laws that take an excessive and mitigate criminality the fundamental rights and guarantees of the accused. Finally, will address the criminalgarantismo functionality before the hardening of the criminal standard.

Key words: Criminal Law of the Enemy. Democracy. HumanRights.

---

\*Concluinte do curso de Direito da Fesp Faculdades. Estagiária do Crispim, Ribeiro & Cabral Advogados Associados. Viegasilverya@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Entende-se o direito penal do inimigo como um sistema jurídico penal que defende o funcionalismo sistemático, tendo como função primordial do direito penal a é garantir a vigência da norma penal. Dessa forma, tem-se a criminalização da prevenção à lesão dos bens jurídicos, sendo, portanto, uma tendência política de lutar contra o crime organizado, o inimigo de guerra, o terrorista, como outros autores de delitos.

Neste artigo, utilizou-se do método de pesquisa dedutivo, analisando a doutrina e a legislação sobre o tema, correlacionado com algumas práticas institucionais no ordenamento jurídico brasileiro. No primeiro item, tratar-se-á do direito penal do inimigo no Estado Democrático de Direito; posteriormente abordar-se-ão as práticas institucionais condizentes com o direito penal do inimigo, e, por fim, analisará a flexibilização dos direitos humanos em face do direito penal máximo.

Diante do terrorismo internacional e do crime organizado, o Estado tem feito uso de medidas restritivas de direitos individuais, tendo conseqüentemente mudanças no ordenamento penal e processual. Ademais, essa intervenção do direito penal do inimigo tem-se materializado nas ações policiais, como mero instrumento de repressão.

Após a queda do muro de Berlim (1989) rompeu-se com a bipolarização mundial, a saber: o bloco dos países capitalistas e dos socialistas. Logo, com a queda do comunismo alguns atentados terroristas de grupos criminosos passaram a amedrontar, pregando uma ideologia fatalista contra os países ricos e desenvolvidos.

Em 11 de setembro de 2001, com os ataques terroristas nos Estados Unidos, colocou-se em pauta as propostas de Jakobs da teoria do direito penal do inimigo, com isso, neste país adotou-se a defesa preventiva, dessa forma, foi aprovada a Lei Patriota ou a chamada USA Patriot Act (2001), dando amplos poderes a polícia, permitindo atos de tortura, prisões ilegais dentre outras medidas. Assim, pode-se exemplificar o desrespeito aos direitos humanos por meio dessas ações na prisão de Guantánamo, em Cuba.

Com o endurecimento da norma penal, violando os ditames constitucionais e a ampliação do jus puniendi estatal, sob o argumento da prevenção da criminalidade e do terrorismo para garantir a segurança pública, permite que a potência mundial bélica possa atingir a todos que sejam suspeitos de perigo, ocorrendo à violação dos direitos e garantias individuais, com o uso do direito penal do inimigo e das medidas policiais. Dessa forma, os agentes públicos passam a constranger as pessoas que aparentemente são suspeitas, para que haja a prevenção do delito, ou seja, trata-se de uma antecipação penal, pois o Estado poderá investigar os atos de qualquer pessoa, de forma arbitrária.

Sob o enfoque do direito penal do inimigo, o perigo pode está em todo lugar, a todo tempo e qualquer pessoas é suspeita, em virtude disso o Estado passou exigiu um maior endurecimento da normal penal, muitas vezes, adotando penas cruéis. Assim, tem-se uma luta com inimigos invisíveis, criando estereótipos de quem seria um criminoso em potencial. Com isso, a teoria do direito penal do inimigo, inserida em um contexto de terror no início do século XXI, pregava a antecipação da punição do inimigo, tendo como alvo os estrangeiros, imigrantes, negros, islâmicos, árabes dentre outros. Pode-se elucidar, a exemplo, a morte do brasileiro, Jean Charles de Menezes, sendo alvo dos disparos dos policiais britânicos em 2005.

Nesse diapasão, houve o aumento do policiamento e do poder de polícia, ocorrendo à desproporcionalidade das penas e relativização e a supressão de certas garantias processuais. Com isso, a legislação criou penas mais severas, pois o inimigo deixa de ser cidadão, travando um duelo com o Estado, logo, o indivíduo será considerado como uma ameaça à sociedade e o Estado.

Sabe-se que a teoria Direito penal do inimigo foi elucidada pelo teórico Günther Jakobs, alemão apresentou a teoria do Feindstrafrecht no ano de 1985, na jornada de penalistas alemães, defendendo o adiantamento da proteção aos bens jurídicos, assim, as normas penais seriam as “leis de luta” contra a criminalidade, reduzindo as garantias do processo penal constitucional.

De acordo com a teoria contratualista, o criminoso, de forma unilateral, descumpriu o pacto social, pois ao violar a norma penal lesionou o bem jurídico maior a incolumidade pública. Por isso, o Estado deverá excluir o inimigo da relação social, em detrimento do direito subjetivo do cidadão de gozar da segurança. Esse

controle policial e o endurecimento da norma penal faz com que o infrator não seja visto como cidadão, pois o Direito Penal do inimigo foge à razoabilidade em face da aplicação de medidas punitivas, como o aumento de pena, a mitigação dos princípios do contraditório e da ampla defesa dentre outros. Assim, muitas leis penais são elaboradas de forma rigorosa, com tolerância zero àqueles que infringem a norma penal.

A partir da década de 90 houve a consolidação da temática, fazendo o paradoxo entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão. Ao passo que a finalidade do direito penal seria de eliminar perigos, a exemplo, dos ataques terroristas na Europa e nos Estados Unidos. Para tanto, o Estado deve proporcionar a segurança das pessoas, precisando coibir os atos atentatórios por meio de medidas de segurança.

Vale salientar que os inimigos do Estado são desde os criminosos econômicos, os terroristas, os criminosos que agem nos crimes organizados até qualquer pessoa que violar a norma penal, tendo lesionado os bens jurídicos. Assim, o inimigo não é sujeito de direito, pois suas condutas contrariam o fiel cumprimento norma penal. Indubitavelmente, a pena é aplicada sem parâmetros, sendo, pois aplicadas exageradamente, como também as garantias penais e processuais do delincente são minimizadas em função da flexibilização dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Contrariamente, o direito penal pune atos pretéritos, ao passo que o direito penal do inimigo tem como alvo atos futuros, havendo a antecipação da proteção penal, sem a aplicação dos direitos e garantias fundamentais. Ademais, considera-se a periculosidade do agente e não a culpabilidade, causando semelhantes a pena e a medida de segurança, pois não há razão de diferenciação, já que desconsidera o tratamento curativo das medidas de segurança.

Por fim, nesse artigo elucidaremos o direito penal do inimigo, considerando seus aspectos interdisciplinares, com vistas à política criminal, criminologia e a dogmática penal e de cunho legal, precipuamente com relação aos seus reflexos no Estado Democrático de Direito.

## 2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo configuram em polos distintos, todavia muitas vezes convivem em um mesmo contexto jurídico-penal. Conforme Jakobs e Melliá (2007, p. 21) “ Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só mundo [...]”. Nesse sentido, o direito penal do cidadão seria aquele que garante os direitos humanos e o outro aquele que possui um caráter autoritário e antidemocrático. Questiona-se: quem é o inimigo do Estado?

Inegavelmente, depende do contexto histórico que reprime determinadas condutas, por exemplo, como os grupos religiosos, determinados grupos étnicos, os estrangeiros ou até mesmo os nacionais que atentem contra a segurança social.

Estos ‘nuevos enemigos’ no son combatientes de ningún Estado, no visten uniformes ni tienen bases fijas, no suelen responder a autoridad gubernamental alguna y, lo que es peor, su propósito consiste en causar el máximo nivel de destrucción y horror en sus objetivos.(PISCITELLO; ANDRÉS, 2007, p. 3)<sup>46</sup>.

Outrossim, a teoria do Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois a sociedade conquistou ao longo do tempo contra o poder arbitrário. Pode-se elucidar que na Idade Média com as ações da Santa Inquisição, cujos mecanismos de punição prenderam pessoas inocentes, condenaram-nas e forma mortas. Consoante Jesus (2006, p.1):

A expressão Direito Penal do Inimigo foi utilizada por Jakobs primeiramente em 1985, mas o desenvolvimento teórico e filosófico do tema somente foi levado a cabo a partir da década de 1990. Jakobs contrapõe duas tendências opostas no Direito Penal, as quais convivem no mesmo plano jurídico, embora sem uma distinção absolutamente pura: o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão. Ao primeiro, cumpre a tarefa de garantir a vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade (prevenção geral positiva). Ao outro, cabe a missão de eliminar perigos. Essas tendências são uma realidade presente na legislação penal moderna e a função do jurista deveria ser no sentido de construir uma barreira entre elas, de modo que não se misturem.

---

<sup>46</sup>Esses ‘novos inimigos’ não são combatentes de qualquer Estado, não usam uniformes ou fixaram as bases, não geralmente respondem à autoridade governamental qualquer e, o que é pior, seu objetivo é causar o maior nível de destruição e horror em seus objetivos (tradução livre).

Sob a égide da inquisição da Igreja Católica, os acusados não tinham oportunidade de defesa, pois não havia o contraditório e a ampla defesa, imperando as regras do sistema inquisitivo, de modo que o juiz era então o julgador, defensor e acusador. Com isso, na fase das revoluções burguesas, ascendia o ideal de liberdade e de limitação do poder do soberano por meio das leis, vários teóricos do Iluminismo como Montesquieu e Rosseau defendiam a separação de poderes e a limitação do poder do monarca.

Em decorrência dos regimes totalitários, o positivismo jurídico, o qual pregava total obediência às leis deu o aval para uma das maiores tragédias, assim, os juristas passaram a dicotomizar a lei vigente de lei válida, haja vista que toda lei deve guiar-se por valores maiores. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito deve obedecer às leis, bem como os princípios de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Com isso, o direito penal é essencial para o controle da sociedade, protegendo os bens jurídicos de todos.

A justificação da violência ilegal por parte de policiais parece derivar de uma percepção generalizada sobre o crescimento da criminalidade urbana e a necessidade de remédios radicais como modo de evitar que o mal se espraie por todo o tecido social. Teresa Caldeira identifica esse tipo de percepção na cidade de São Paulo, onde a população se sente abandonada pelas autoridades e instituições, que não conseguem conter o avanço da criminalidade.

O mal, no caso, é a criminalidade, vista como algo contagioso e cujo combate é extremamente difícil, caso tenha se apossado do corpo de um delinquente. A solução não poderia ser mais radical: “apoia-se a pena de morte como necessária e, no caso da classe média, constroem-se barreiras simbólicas (preconceitos) e materiais (muros, cercas, condomínios fechados) para isolar e proteger um espaço de convivência social dos perigos exteriores” (BELLI, 2004, p. 9).

“O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 30). Ademais, almeja-se que o direito penal atue de forma preventiva e não apenas repressiva, logo, surgindo à infração penal, surge para o Estado o direito de punir.

Todavia, não “se pode rotular a “bonzinhos” e os “bandidos”, diferenciando o direito penal do cidadão e do inimigo. Assim, o direito penal do cidadão serve para as pessoas que cometem crimes, contudo não representam risco ao Estado, por isso, são asseguradas todas as garantias processuais e penais. Ao passo que o direito penal do inimigo aplica-se aqueles que afastam das normas jurídicas.

Nas palavras de Jakobs, ‘Direito Penal’ do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias. Como se vê, é negada ao inimigo a sua condição como pessoa. A própria ‘despersonalização’ do indivíduo já nos parece, em si mesma, uma sanção imposta a priori que nem sequer se reveste de um processo legitimador. Isto é, quer-se desconstituir a pessoa para afastá-la de suas garantias fundamentais, sem qualquer análise para uma fundamentação. Como se não bastasse sua ilegitimidade material, nem se fala em um processo cognitivo ou lógico-valorativo para essa desconstituição (LOBERTO, 2008, p.1).

As garantias fundamentais inseridas no Brasil não abrangem o inimigo, o qual não pode ser tratado como pessoa, nem como sujeito de direito. Ademais, conforme a teoria contratualista, o indivíduo que não obedece ao contrato social, deve ser punido, então, o direito penal inimigo pauta-se no direito penal do autor, assim o criminoso é punido apenas pelo o que ele é, desconsiderando o ato criminoso. Para tanto, o inimigo é punido com medida de segurança, pois recai um juízo de periculosidade e não de culpabilidade para que não venha a delinquir futuramente.

Assim, por exemplo, o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação- denominada abertamente deste modo- de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, assim como, em geral, no que tange aos crimes. Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais) [...] (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 34-35)

Nesse diapasão, a flexibilização de princípio e garantias fundamentais, como das medidas cautelares, a não observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Porquanto, o direito penal do inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois o direito de punir do Estado é limitado pelos direitos fundamentais dos cidadãos. Logo, “O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o

Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra.” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 30).

Por fim, o indivíduo é tratado como res, perdendo status de sujeito de direito, muito embora a luta pelos direitos humanos seja incompatível com o estado de polícia, cujos mecanismos de repressão visam extirpar o terrorista. Essa situação de guerra possui um punitivismo exacerbado.

## **2.1 AS CONDUTAS INSTITUCIONAIS QUE CORROBORAM COM A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL**

Indiscutivelmente, o transgressor da norma penal deverá cumprir a sanção estabelecida em lei, e não sofrer penas que violem os direitos essenciais da pessoa humana. “Quando refletirmos sobre o Direito penal, mormente sobre a pena, nos defrontamos com uma relação de poder do Estado, com um confronto dialético entre a soberania do Estado e os Direitos Humanos” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 17).

Percebe-se que as normas penais que corroboram com a teoria do direito penal do inimigo possuem penas excessivas, mitigando os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Com isso, o infrator passa a ser visto como um guerreiro, inimigo do Estado e da própria sociedade:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratada como cidadão, mas deve ser combatida como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído (GÜNTHER, 2007, p. 49).

Questiona-se, se o Estado poderá tratar o indivíduo de modo irracional, olvidando que o delinquente é um sujeito de direito? Dessa forma, o punitivismo expansionista agrega ao direito penal, que diferencia o cidadão comum e do inimigo do Estado, ademais, essa excepcionalidade fere os princípios constitucionais.

Em virtude do aumento da criminalidade organizada, associada a impunidade gera a necessidade urgente de políticas públicas na esfera criminal. Com isso, “o

Brasil adotou-se de uma forma incongruente e desproporcional- critérios alternativos à pena privativa de liberdade” (MORAES, 2009, p. 71).

Ressalta-se que o jus puniendi do Estado, possui uma limitação constitucional, preservando os direitos e garantias fundamentais. Outrossim, a relativização e a supressão dessas, denota a despersonalização do infrator da norma penal, criando uma atmosfera do terror social, aplicando a pena em face da pessoa e não dos fatos.

Este direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito, e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos começa a dar-se, também, nos Estados democráticos de Direito que acolhem, em suas constituições e textos jurídicos fundamentais, princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o da legalidade, proporcionalidade, como o da presunção de inocência, devido processo legal e outras garantias do impugnado em um processo penal (CONDE, 2003, p.112).

O ordenamento jurídico-penal deve tratar o autor como pessoa e não como um perigo social, pois a pena é uma coação, como resposta a um fato delituoso. “No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito penal” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 25).

Quando o delinquente infringe o contrato social, desregulando a relação jurídica, deixando de ser membro do Estado. Porquanto, há a ausência completa de direitos, haja vista que os cidadãos exigem do Estado às medidas adequadas para garantir a segurança jurídica.

Destaca-se que há o contraponto entre a periculosidade real do delinquente e a periculosidade de fato, pois no momento de realização do delito deve-se observar a violação da norma jurídica e não uma punibilidade de vingança, eliminando um perigo. Dessa feita, o dano à vigência da norma penal transforma-se em uma reação estatal de eliminar o perigo, sendo que à medida que a punibilidade avança, tende-se a punir fatos futuros e não os anteriores.

Segundo Avila (2002, p. 3) acerca da função da ciência penal:

Diante dessa complexa rede de relações, depara-se a ciência jurídico-penal em sua tarefa de zelar pelos direitos e garantias fundamentais, de zelar pelo equilíbrio e racionalidade na atuação reservada à sua intervenção. E a pergunta, inevitável pergunta que daí advém, perfaz-se em saber se essa

crítica que compete às ciências penais é, ou ao menos deve ser, uma crítica de acento político-criminal. Se dado o particular momento de desenvolvimento das ideias penais na Europa continental, se dado o momento de evidente ascensão da política criminal no seio da 'ciência conjunta do direito penal', deve ser esse questionamento crítico, também ele, um questionamento que se faz primeiro e fundamentalmente em âmbito político-criminal.

Com isso, questiona-se “uma ulterior formulação: um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar de benefícios do conceito de pessoas” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p.36). Para tanto, a reação estatal persegue aquele que está destruindo a ordem jurídica e ressalta-se ainda, “Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinquente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos de guerra e de processo penal” (JAKOBS e MELIÁ, 2007, p.37).

O Estado Democrático de Direito vem legitimando o direito penal em dois polos, a saber: aquele que coaduna com a estrutura normativa social e, por outro lado, convive com um tratamento diferenciado para o inimigo do Estado com um elevado grau de periculosidade. Pode-se, demonstrar, a exemplo, o Regime Disciplina Diferenciado (RDD no ordenamento jurídico penal brasileiro que se iniciou com a Resolução nº 26, de 04/05/2001, da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo).

Essa polarização fica explícita no direito processual penal, principalmente no processo inquisitivo, em que há a mitigação na tutela jurídica, na produção de provas, interrogatórios dentre outros. Ainda, em face do sujeito processual surge a prisão preventiva, uma coação física, muitas vezes utilizada de forma desnecessária.

Nesse diapasão, afirma Luisi (2005, p. 3):

Ressalte-se que o maior perigo no Estado Democrático de Direito é o fracasso da paz social e do bem-estar coletivo. A ordem, a paz e a justiça constituem um respeito à individualidade do cidadão. Dessa forma, o Direito Penal vem exercer a segurança de uma ordem primordialmente fora de sua esfera de competência, uma vez que a política criminal vai muito além da legislação punitiva e deve buscar alternativas variadas, justamente em função do princípio da dignidade humana. O fim que persegue o Direito Penal para a segurança do bem comum só deve ser atingido dentro de um sistema de legalidade, pois o exercício da função pública tem limites que derivam dos direitos humanos – que são atributos inerentes à dignidade humana, e, em consequência, superiores ao poder de Estado. Portanto, a

eficácia do princípio da dignidade humana depende da ordem legal e política do Estado.

Em decorrência das exigências do bem jurídico comum, as ingerências aos direitos serão ilegais quando resultem na desproporcionalidade injustificada e carente de razoabilidade.

Frisa-se que essa coação, não se aplica ao sujeito de direito, todavia dirige-se ao inimigo, pois poderá por em perigo a tramitação do processo penal. Com isso, percebe-se o ordenamento jurídico penal elimina, tanto direitos, como também as garantias fundamentais do, de modo juridicamente aceito pela sociedade, fomentando uma política de neutralização do indivíduo-infrator. Conforme Jakobs e Meliá (2007, p.41).

O que pode suceder, a margem de um processo penal ordenado, é conhecido em todo mundo desde os fatos de 11 de setembro de 2001: em um procedimento em que falta a separação do Executivo, com toda certeza não pode denominar-se um processo judicial próprio.

Assim, o processo penal é utilizado como eliminação de terroristas, criminosos sexuais, agentes de crime organizado dentre outros? Por fim, no ordenamento jurídico penal no Brasil, percebe-se que a guerra contra o crime organizado e as facções criminosas, corrobora com a tendência do Estado em fazer uso de meios exagerados para justificar o fim maior: a manutenção da ordem jurídica. Contudo, a destruição ou a dominação dos inimigos, não se justifica para resguardar os cidadãos inocentes.

## 2.2 A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Ao longo do processo histórico, buscou-se a concretização dos direitos da pessoa humana. Homens, mulheres, negros, pobres, burgueses, trabalhadores, enfim, todos sofreram abusos, como também viram seus direitos sociais e políticos violados. Assim, em detrimento de um poder político arbitrário as pessoas menos favorecidas tornam-se vulneráveis, logo, o Estado pode aplica a pena, de acordo parâmetros previamente estabelecidos. “Pena e Estado são conceitos intimamente

relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena” (GRECO, 2009, p. 83).

No contexto brasileiro, o direito penal do inimigo possui sua gênese no momento da Ditadura Militar, em que houve vários abusos de direito sob a égide do Estado de Polícia. Hodiernamente, a mídia tem o papel de repressão para a rigidez da normatização penal no combate à criminalidade.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais estão ligados à liberdade e a dignidade humana, coerentemente com os valores filosóficos e históricos, dessa forma, será conduzida a uma utopia dos direitos humanos. Ademais, o ordenamento jurídico extremamente dogmático, nem sempre garante a materialização dos direitos fundamentais, haja vista que há interesses econômicos e político como pano de fundo:

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação [...] Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo. (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 42).

Há pressupostos fáticos que impedem a plena operacionalização dos direitos humanos, por isso, tem-se a colisão entre o Estado e o indivíduo. Conforme Bonavides (2003, p.562) “os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimir, eram ali ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança a resistência à opressão.” Assim, para que haja a concretização dos direitos fundamentais, toca não só ao Estado, como também a sociedade civil erradicar a passividade frente ao descaso da violação desses direitos.

De fato, o direito penal do inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, todavia, adota-se determinadas medidas repressivas como o aumento das penas, a restrição de garantias processuais, violando o princípio da dignidade humana. Nesse sentido, o direito penal do inimigo tem como foco o autor do ato delituoso e não do fato criminoso em si.

Segundo Neto (1999, p.2) sobre justiça penal e tolerância zero afirma que:

O programa 'tolerância zero' deixa de lado a prevenção policial para aumentar a repressão do direito penal ao máximo para fazer valer o estado de polícia versus estado democrático de direito. Desconsidera o governo norte-americano, o Código de Conduta para os Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (ONU Res. 34/169, 1979, art. 1º comentário 'a expressão funcionário encarregado de fazer cumprir a lei' inclui todos os agentes da lei que exercem a função de polícia, especialmente as faculdades de detenção ou prisão); e os Princípios Básicos sobre o Emprego da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (ONU, 1990).

Com relação à antecipação penal por meio da adoção da tolerância zero, o Estado usa procedimentos de adiantamento da punibilidade, como mitigação das garantias penais e processuais e aplicação de leis de luta e combate a um determinado grupo de pessoas. Ademais, o Estado de Direito passa a adotar as medidas da tolerância zero para proteger os bens jurídicos e mitigar a liberdade do cidadão.

Em tempos de pós-modernidade, a miséria, fome, desemprego, violência, enfim, a evolução da sociedade capitalista está fomentando as injustiças sociais, e, conseqüentemente a criminalidade. Com isso, a segurança pública cobra a punição de atos preparatórios, punindo não só a conduta realizada, mas também a planejada que ensejará em um ato criminoso futuro.

Com a punição de danos futuros tem-se a tolerância à mitigação dos direitos humanos, mediante penas excessivas, logo:

[...] a expansão do ordenamento penal, está, efetivamente, em uma simples constatação: a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p.56).

Assim, o direito penal constitucional deve primar pela defesa social, haja vista que a proteção do cidadão e a segurança jurídica são bases da política criminal. Contrariamente, o Estado de Direito impõe a pena de prisão como solução para todos os males:

A prisão, em vez de conter a delinquência, tem lhe servido de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda série de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário,

possibilita toda a sorte de vícios e degradações. A literatura especializada é rica em exemplo dos efeitos criminógenos da prisão. (GREGO, 2009, p. 111)

Logo, os direitos fundamentais aplicados do direito penal não podem ser mitigados, pois não pode ser objeto da injustiça social. Por conseguinte, os direitos da pessoa humana não poderão ser minimizados, pois ao indivíduo foram-lhe oferecidas as garantias e os processuais penais sob o enfoque constitucional. Dessa forma, deve-se recuperar o potencial ético, humano e cultural dos cidadãos e não flexibilizar esses direitos conquistados.

Nesse diapasão, quem seria o inimigo do Estado?

*Encuanto al caso del imputable peligroso, que se le califique como 'enemigo', lo que por cierto resulta, como mínimo, um exceso verbal, en absoluto implica que se le niegue el status de persona. Es verdad que em algunas ocasiones Jakobs se ha referido al 'enemigo' como 'no-persona' Pero, más allá de las palabras, ni su concepción ni ninguna outra concepción teórica contemporánea de algo así como um Derecho penal de los enemigos trata al delincuente, sea de la clase que sea, como una absoluta no persona. Em el trato conél no se prescinde, ni mucho menos, de todas las garantías del Estado de Derecho. No se le trata como a un animal peligroso. Y ello tampoco sucede em ninguna regulación legal que supuestamente responda a tal modelo. Más allá del nominalismo, em estos casos se produce sólo—según se indica repetidamente por el próprio Jakobs - una adelantamiento de la intervención, la no reducción de pena em términos correspondientes y la limitación de garantías procesales. Es decir, se trata de una certa reducción – mayor o menor- del status civitatis, pero no de una exclusión del status personae. Por lo demás, al supuesto enemigo – imputable peligros o- le alcanza también de modo pleno la protección que el Derecho dispensa a las personas frente a otros terceros. La enemistad no es, pues, 'absoluta'<sup>47</sup> ( SILVA SÁNCHEZ, 2007, p.3)*

Atualmente, o inimigo não é só o terrorista, o pedófilo ou o assassino em série, também se enquadram os crimes comuns, de pequeno e médio potencial ofensivo, na maioria das vezes de caráter patrimonial. Assim, as políticas de

---

<sup>47</sup> No caso de falha perigosa, que se classificaria como 'inimigo' que por sinal é, no mínimo, excesso verbal, em todos os meios para ser negado o status de pessoa. É verdade que às vezes Jakobs referiu o 'inimigo' como 'acredita'. Mas além das palavras, nem sua concepção, nem qualquer outra concepção teórica contemporânea de algo assim como um direito penal de inimigos é o autor da infração, é a classe que é, como um absoluto não pessoa. Lidar com o não são, muito menos, todas as garantias de um estado de direito. Não é tratado como um animal perigoso. E isso também acontece em qualquer norma legal que supostamente respondem a esse modelo. Além do nominalismo, nesses casos ocorre apenas - mostra repetidamente pelo próprio Jakobs - um avanço da intervenção, a redução dos termos correspondentes de pena em limitação das garantias processuais. (tradução livre).

emergência fomenta o medo do crime, principalmente por meio da mídia que prega um pânico social para combater a criminalidade. Inegavelmente, direito penal tem passado por inúmeras transformações com especificações de bens jurídicos e da tipicidade penal.

Hodiernamente, com o mundo globalizado e o avanço da tecnologia trouxeram novos riscos sociais, assim, novos princípios sofreram mitigações como da ultima ratio, dando espaço para a expansão do Direito Penal. Ademais, o direito penal tem o condão de proteger os direitos subjetivos, garantindo aos cidadãos a intervenção estatal, trazendo a sanção penal com a privação de liberdade. Contudo, necessita-se do princípio da legalidade, protegendo o cidadão contra a punição arbitrária do Estado.

Consoante Salim ( 2007, p. 13) sobre a expansão do direito penal:

A transformação do Direito Penal de última prima ratio, particularmente para a 'solução' dos mais agudos e, com frequência, irresolúveis problemas sociais no campo da ecologia, da genética, da economia, das finanças etc. Vem produzindo uma verdadeira discrasia, desviando-se dos conceitos originais e fundadores da intervenção punitiva, para adotar conceitos desestruturadores e anômalos, que modulam o chamado Direito 'simbólico' ou 'retórico'.

Quando há violação ao bem jurídico deverá haver a intervenção do direito penal, o criminoso tem o princípio da legalidade, como garantia do cidadão. Por isso, o sistema penal centra-se nas atividades repressivas e não nas preventivas, denotando um caráter ameaçador. Entende-se, precipuamente que a função do direito penal é de fazer com que a pena torne-se um instrumento de ameaça a afetação de bens jurídicos. Mas, muitas vezes impõe medidas de segurança para os inimigos do Estado.

A segurança jurídica tão almejada pretender manter a paz social, por isso, quando a norma jurídica é violada, como é um imperativo para todos, deve haver a conduta coercitiva do Estado. Surge, assim, a importância da ciência penal como estruturação para o enfrentamento das novas transformações sociais. Em virtude disso, não se pode pregar a deslegitimação do direito penal, quando há excessivas críticas ao poder punitivo do Estado, mas sim, a expansão do direito penal para

propiciar segurança, haja vista que surgiram novos delitos, como os crimes ambientais, o crime organizado, o terrorismo, o xenofobismo dentre outros.

Portanto, o Direito penal reconhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade; por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estágio prévio, a quem combate por sua periculosidade (CALLEGARIA; GIACOMOLI, 2007, p. 37).

Nesse diapasão, o direito penal encontra-se em crise, pois a sociedade cobra uma resposta jurídica frente ao delito, tendo um grau elevado de reprovabilidade social frente à flexibilização das penas e das garantias processuais do criminoso. Com isso, os instrumentos punitivos do Estado foram limitados, em razão dos mecanismos de pacificação social.

Ademais, com a crise da segurança pública tem-se aumentado as leis penais, seja no ramo econômico, saúde, crime organizado, meio ambiente dentre outros. Assim, o indivíduo deve respeitar as normas para alcançar a eficácia social e concreta do direito, evitando o resultado lesivo.

Destarte, o direito penal tutela de direitos subjetivos dos indivíduos contra os arbítrios do Estado, assim, tende-se a redução na intervenção penal. Com isso, não há o direito penal mínimo, mas a expansão do direito penal. Com isso, o direito penal do inimigo põe em xeque a segurança jurídica da sociedade, mesmo que o argumento seja no sentido do combate à criminalidade, pois a extirpação da periculosidade pode trazer o caos social, com casos de violações aos direitos humanos.

Nessa conjuntura, precisa-se evitar a flexibilização das normas constitucionais, para que não haja a violação dos direitos humanos. Por conseguinte, em um país caracterizado pela violência, agrupamento de renda, desemprego estrutural, afinal, inúmeras desigualdades sociais e econômicas não pode fomentar a injustiça penal.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse artigo, conclui-se que para o direito penal do inimigo, o cidadão torna-se inimigo da sociedade e o Estado, em razão da sua pessoa e não em função do ato delituoso que cometeu. Assim, a paz social e a segurança jurídica quando violada, feriu os ditames do direito penal, necessitando de uma defesa preventiva fomentada pela política criminal.

Com isso, o criminoso que comete atos infracionais de periculosidades, vindo estes a provocar pânico na sociedade, terá seus direitos de cidadão renunciados, haja vista que passará a integrar um mundo paralelo ao mundo da cidadania, pois não será digno de usufruir das prerrogativas essenciais ao conceito de pessoa. Assim, com o argumento de ressocializar o delinquente é que o Estado faz uso de medidas de seguranças nefastas, pois a tutela dos bens jurídicos é o que legitima o Estado de Polícia.

Muitas vezes, a opinião pública clama por uma reação efetiva e devastadora do Estado para resolver os problemas de segurança pública, contudo, não há a percepção de que com a adoção de medidas desproporcionais podem ocasionar a instrumentalização do direito penal do inimigo. Em decorrência do perigo que oferece o inimigo causa grandes riscos ao meio social, não sendo digno de respeito, pois não possuem os mesmos direitos de um cidadão, a exemplo dos terroristas e os criminosos de forma geral, que são considerados inimigos da sociedade e estes não devem ter o direito de integrar-se como pessoa.

Ademais, no ordenamento jurídico penal brasileiro têm-se as regulamentações penitenciárias e de execução penal que corroboram com o direito penal do inimigo, é o caso do regime disciplinar diferenciado, e também a restrição de garantias penais e processuais, tão comuns nos processos penais nos tribunais brasileiros.

Dessa forma, deve-se ignorar a valoração do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico penal, pois é politicamente errôneo e traz à tona paradigmas da segurança e da efetividade dos direitos fundamentais, dando margem aos agentes políticos agirem de acordo com a sua vontade e com o argumento de prevenção da criminalidade.

Especificamente, analisou-se que o direito penal do inimigo como está inserido em um direito de terceira velocidade, prega a flexibilização dos direitos e garantias penais do acusado, visando também antecipar a culpabilidade, adotando normas penais abusivas no combate ao inimigo. Resultando em um enorme risco para o Estado de Direito, pois os direitos e garantias individuais são frutos das lutas dos movimentos sociais em prol da igualdade, liberdade, da dignidade da pessoa humana e das garantias processuais.

No âmbito processual penal, as prisões preventivas e as medidas cautelares, bem como a interceptação das comunicações telefônicas e a incomunicabilidade de presos perigosos, dentre outros, são exemplos de mitigação dos direitos e garantias processuais do acusado. Para tanto, a aplicação da teoria do direito penal do inimigo no Estado Democrático de Direito é inviável, pois não se podem abolir os direitos essenciais da pessoa humana, além disso, é permeado de subjetivismo. Com isso, acredita-se que o direito penal do inimigo propicia uma auto psicanálise do direito penal, criticado institutos obscuro.

Assim, o aumento da criminalidade ocorre em razão da ausência de políticas públicas criminais, além dos desastrosos casos de impunidade, exigindo uma postura legislativa mais efetiva, todavia, resguardando as garantias penais e processuais. Diante da violação dos direito humanos devem-se impor limites ao exercício do poder estatal e não aderir a práticas abusivas, por isso, o direito penal do inimigo deve ser recusado, pois é excessivamente difamatório e emocional, portanto, é dispensável.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Fabio Roberto D'. *Os limites normativos da política criminal no âmbito da ciência conjunta do direito penal*. Von Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila, Porto Alegre, (PucRS), Brasilien, 2002.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELLI, Benoni. *Violência Policial e Segurança Pública: democracia e continuidade autoritária no Brasil contemporâneo*. Departamento de Sociologia da UnB: Perspectiva, 2004.

BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte Geral – Vol. 1- 8. edição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*, 12 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2008.

GRECO, Luis. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 13, nº 56, SP, RT, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JAKOBS, Gunther; MELLIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito penal do inimigo. Breves considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 2 out. 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUISI, Mariana. *Os discursos de direito penal de emergência*. Programa de mestrado em ciências criminais. PUC, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de direito penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

NETO, Cândido Furtado Maia. (in) *TOLERÂNCIA ZERO: Justiça Penal e Direitos Humanos*. Política criminal (Nova York-USA) contra os melhores postulados da ciência, da filosofia e da história universal. 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4. ed. rev. atual e comp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PISCITELLO, Daniel Pavón; ANDRÉS, Gabriel Eugenio. Repercusiones de la lucha contra el terrorismo internacional mediante el uso de la fuerza armada em la población civil: especial referencia a los desplazados internos y a los refugiados. *Int. Law. Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia)* N° 9: 273-317, mayo de 2007. Disponible em:

[http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/7\\_pavon\\_y\\_andres\\_002.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7_pavon_y_andres_002.pdf)  
f. Acesso em: 30 de outubro de 2012.

SALIM, Alexandre Aranalde. *Direito penal do inimigo: análise de um paradigma contemporâneo de política criminal*. Porto Alegre, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología(en línea)*. 2007, núm. 09-01, p.01:1-01-18.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

## **A GÊNESE COLONIAL DO DIREITO BRASILEIRO: UMA APRECIÇÃO SÓCIO JURÍDICA**

### **THE GENESIS OF THE COLONIAL BRAZILIAN LAW: A SOCIO-LEGAL ASSESSMENT**

ANA CAROLINA GONDIM DE A. OLIVEIRA\*  
GENEZIA MARIA BESSA\*\*

#### **RESUMO**

O objetivo do presente trabalho foi estudar, brevemente, alguns aspectos da gênese do direito brasileiro, relacionado com as políticas de discriminação positiva e ações afirmativas, tendo em vista as diretrizes jurídicas que, historicamente, segregaram a maioria da população. Na pesquisa documental aqui indicada fez-se uma análise dos textos históricos que tratam da origem do direito brasileiro, interpretando-os e extraindo deles a influência mútua na estrutura do sistema jurídico coevo. Através dessas informações foram retiradas as principais ideias para fomentar a presente pesquisa. Ao final da presente pesquisa se conclui que a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro hodierno, provém de um processo histórico de dominação.

Palavras chave: História do Direito. História do Direito Brasileiro. Direito Colonial.

#### **ABSTRACT**

The goal of this work was to study briefly the problem of Genesis of Brazilian law, related to the policies of positive discrimination, affirmative action, in view of the legal guidelines that secrete the majority of the population. In documentary research herein made an analysis of historical texts dealing with the origin of Brazilian law, interpreting them and extracting them to mutual influence in the structure of the legal system, through these information we correct the main ideas to promote this research. Soon, it was realized that the Systematics of the Brazilian legal system today, originates from a historical process of domination, being then a scathing factor for the ineffectiveness of legal standards, which are those devoid of social acquiescence.

Keywords: History of Law. History of Brazilian Law. Colonial Law.

---

\* Professora de FESP, mestra em Direito pela UFPB; pesquisadora do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da UFPB, leciona as disciplinas Teoria e História do Direito e Direito Constitucional. Endereço Eletrônico: [anagondim30@hotmail.com](mailto:anagondim30@hotmail.com).

\*\*Aluna do 10º período do curso de Direito da Fesp Faculdades. Endereço eletrônico: [geneziabessa@hotmail.com](mailto:geneziabessa@hotmail.com).

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo a seguir aborda a vinculação entre os primórdios do Direito brasileiro no período colonial e o nascedouro da formação jurídica brasileira. Dessa forma, parte-se de breve análise histórica de algumas instituições jurídicas do Brasil colônia, com o afã de apresentar uma releitura crítica e desmistificadora da gênese do direito brasileiro, analisando as disparidades do nosso sistema jurídico, que serviu, historicamente, como instrumento de repressão da maioria da população.

Para tanto, destaca-se que o método utilizado para a confecção da pesquisa foi o documental, conhecido também como o procedimento de pesquisa histórica, no qual os estudos das fontes históricas possibilitam a busca de mais informações acerca de determinado objeto de análise científica, assim, tal metodologia contribui para a produção de novos conhecimentos teóricos.

Ressalta-se com relação à temática que há uma restrita construção teórica a propósito da origem social e política do ordenamento jurídico brasileiro, o que justifica os entraves em torno dos conhecimentos vinculados nas universidades sobre a linha histórica da ciência jurídica.

Sendo assim, através da análise documental dos textos de autores que discorrem sobre a estrutura da sociedade colonial e da formação de alguns institutos jurídicos, se utilizando de uma metodologia interdisciplinar, dando ênfase tanto aos aspectos jurídicos como também aos aspectos sociológicos, econômicos e antropológicos, e, principalmente, históricos.

Cumprе destacar que se fez necessário refletir em torno das seguintes indagações: Quais foram às particularidades do nascimento do direito brasileiro? Como se deu sua aplicabilidade e funcionalidade? Os costumes, os hábitos e as crenças dos povos autóctones inseriram-se na legalidade jurídica? Por que o Direito Lusitano predominou? Tais respostas são primordiais para compreendermos a normatividade colonial.

De tal modo, o problema que norteou esta pesquisa surgiu do seguinte questionamento: Quais os caracteres da gênese do Direito brasileiro e qual a sua influência no sistema jurídico contemporâneo? O Brasil, como muitos países forjados ao longo de um processo de colonização, incorporou em sua cultura distinta dos

aspectos étnicos, pois o direito é processo e produto cultural, simultaneamente, não poderia passar ao largo dessa realidade.

O direito brasileiro, ao longo de sua história, formou-se como uma colcha de retalhos, tecido do seguinte tripé étnico: brancos, índios e negros; com prevalência política, religiosa e moral do primeiro. Assim, é de extrema importância conhecer as ideologias provenientes do direito colonial e analisar se essas ideologias são a síntese de um processo de dominação e exploração, e como esses elementos formaram o sistema jurídico nacional, do período colonial até os nossos dias.

Quanto à divisão sistemática do trabalho, primeiramente far-se-á análise dos antagonismos presentes na formação do direito nacional, partindo do pressuposto de que o monismo jurídico, ou seja, apenas um sistema jurídico; aliou-se ao pluralismo jurídico, o qual considera vários sistemas jurídicos. Todavia o primeiro formalmente prevaleceu, posteriormente, analisa-se a cultura jurídica românica e canônica de Portugal, a qual pretendeu, tão somente, adquirir lucros exacerbados com a empresa colonialista, por isso, aplicou seu ordenamento jurídico de maneira violenta e impositiva ao Brasil.

Concomitantemente, ponderou-se a respeito da organização jurídica costumeira, baseada nos usos, costumes e tradições dos povos indígenas e dos negros africanos, marginalizada pelo colonizador branco. Pois, Portugal para legitimar seu projeto exploratório e escravista negou e aniquilou a cultura jurídica desses povos.

Quais foram os instrumentos ideológicos utilizados para alienar os vencidos? A Fé Cristã, pregada pelos jesuítas, finalizando catequizar os pecadores do Novo Mundo? Nesse diapasão, o propósito da Companhia de Jesus era bem mais ambicioso do que garantir a salvação dos índios, como também, de provar que os negros não tinham alma.

Desse modo, o fito deste labor é contra argumentar a abordagem teórica que defende a crença da pacificidade da conquista do Brasil, demonstrando o mito da interação harmônica entre a tradição jurídica dos brancos e dos índios e negros, pois o choque de

Ao término, propõe-se uma nova postura para encarar as disparidades do direito brasileiro, tendo em vista que os operadores do direito terão como missão

precípua de redefinir um novo conceito de cidadania, garantindo à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e a segurança da ordem democrática.

## **2 BREVE ANÁLISE DA ORDEM JURÍDICA NO PERÍODO COLONIAL**

Neste item, propõe-se elencar algumas explicações de cunho racional do fenômeno em estudo visando aperfeiçoar algumas hipóteses a respeito do tema, como também compreendê-las de forma dialética vendo-as por vários ângulos sociológicos, antropológicos, históricos e jurídicos.

Até 1808, o direito produzido no Brasil Colônia, seja como manifestações da norma positiva seja como ciência, foi tipicamente português, mais precisamente das Ordenações Filipinas. Foram os ouvidores e os procuradores, para exercício de seus misteres, que atuavam no Brasil, os disseminadores da doutrina portuguesa (PAULA, 2002, p. 218).

A imposição do direito lusitano na colônia, a negação do direito nativo e do ordenamento costumeiro dos negros africanos, somados denotam o processo de aculturação e dominação. Para melhor apreender um estudo do fenômeno jurídico sob a perspectiva histórico-sociológica, é imprescindível que abordemos os aspectos sociais e políticos do período em questão, fornecendo elementos-chave sob o prisma, tanto dos dominadores como dos dominados.

Inegavelmente, as instituições jurídicas brasileiras são frutos das contradições estruturais do binômio patrimonialismo-escravismo, relação que concedeu privilégios aos latifundiários e comerciantes lusitanos, como também embasou a nossa cultura preconceituosa e liberal-burguesa. Como propõe Cunha (2003, p. 27):

A visualização dessa realidade jurídica, no Brasil, permite antevê que, no processo de evolução do ordenamento jurídico nacional, coexistiu sempre um dualismo normativo corporificado, de um lado, pelo direito estatizante, cujo poder coativo e mantido pelo exercício das leis oficiais e setores sociais dominantes, e, por outro, pelo direito de base costumeira, periférico em sua identidade popular, produzido e utilizado pelas camadas sociais discriminadas e excluídas da vida política do país, e que o Estado teima em ignorar.

Parafrazeando Ribeiro (1995), no período do 'achamento do Brasil', Portugal estava passando por uma transição, do modo de produção feudal para o nascente capitalismo. Com isso, não possuía um sistema jurídico moderno, pelo contrário ainda estava em consonância com a cultura medieval, conseqüentemente, a cultura jurídica brasileira nasceu num contexto da hegemonia de uma economia agroexportadora ligada aos interesses elitistas, juntamente com um direito informal e não estatal.

Inegavelmente, quando os portugueses chegaram ao Brasil e durante todo o processo de colonização, não houve a constituição de alternativas jurídicas encontradas nas comunidades indígenas, e, posteriormente nos quilombos dos negros:

Sobre base escravista desenvolveu-se, pois, a colonização da América portuguesa, e a sociedade colonial foi sendo moldada sobre essa base. Já o Pe. Manuel da Nóbrega notava, nos primórdios da colonização, que os homens que para aqui vêm não acham outro senão viver do trabalho escravo. A introdução do escravo africano tem sido explicada de um lado, curiosamente, pela inadaptação do índio à lavoura, de outro, pela oposição jesuítica à escravização do aborígine (NOVAIS, 1986, p. 88).

Segundo Vita (1989), repensar sobre a estrutura da sociedade contemporânea, implica que se deve buscar as características da herança colonial, por mais que muitos ignorem tal estudo. Mas, a história das sociedades é extremamente ambígua, pois não se conhece o presente, se houver a negação da importância do pretérito.

A herança colonial brasileira deixou marcas e feridas que não foram ainda saradas, impossibilitando as metamorfoses no seio da nossa sociedade. "A prosperidade, a própria existência do reino europeu passavam a depender exclusivamente da colônia. Tratava de tirar o maior proveito e partido possíveis" (PRADO JÚNIOR, 2004, p. 49).

Pondera-se que a Metrópole matinha uma relação de exploração com a colônia, porque o sistema de monopólio comercial havia se ampliado, com isso, houve a decadência das autoridades econômicas locais e os impostos elevaram-se deixando os brasileiros amedrontados. Logo, insaciavelmente os portugueses procuravam compensar suas perdas e fracassos comerciais sugando o Brasil.

À medida que se descobriam mais recursos as políticas de restrições acentuavam-se, dessa feita, o sistema jurídico implantado deveria guiar-se pela estrutura mercantilista. “O Brasil tem seu direito ligado a Portugal, colônia que foi desse país. Esteve, portanto, regrado pelas ordenações, pelos Regimentos e por outras normas advindas da dinâmica histórica e dos interesses dos governantes”. (CASTRO, 2001, p. 269).

Portanto, a cultura jurídica brasileira não foi obra de uma ordem social harmônica e igualitária, existiu a cominação dos moldes legais dos lusitanos aos aborígenes e aos escravos africanos, desrespeitando suas origens e suas memórias:

O Brasil organiza-se social, política e economicamente por meio de uma elite, representada pelos proprietários rurais. A cultura brasileira, de qualquer forma, nasceu da imposição da Metrópole, tendo sido relegados a plano secundário os valores indígenas e negros. Desse modo, o direito local não admitia direitos ponderáveis que não fossem para a elite. O direito do Brasil Colônia era, portanto, totalmente desvinculado da população. Voltado para os interesses do reino e dos poderosos. (VENOSA, 2006, p. 305).

Mediante a fundamentação exposta, no que tange ao contexto sociopolítico do Brasil colônia, pode-se elencar os seguintes aspectos que propiciaram a fomentação do direito da nação: o processo de aculturação dos índios, a superioridade do direito lusitano e a utilização da legalidade jurídica como mecanismo de repressão.

Tratando-se do positivismo no Brasil disserta Paula (2002, p. 316): “Os primeiros passos do positivismo no Brasil se deram ainda no tempo do Império, com o comtismo como doutrina científica” Sendo assim, o direito estabelecido e reconhecido no período colonial foi imposto de forma extremamente violenta e sanguinária, forjando uma formação jurídica, olvidando-se dos preceitos dos direitos humanos. Ademais, a Nova História<sup>48</sup> pretende, por conseguinte, mostrar o espectro dos vencidos com suas consternações e pelejas, principalmente no que tange à gênese social do Direito.

Dessa maneira, encontraram-se as raízes discriminatórias da legalidade no direito colonial brasileiro, objetivando avalizar os direitos e garantias fundamentais de todos, não só no plano teórico, bem como sob o prisma pragmático. Com isso,

---

<sup>48</sup> Trata-se de uma corrente histórica que enfatiza as representações coletivas da sociedade. Dessa forma, os acontecimentos históricos não são atribuídos a uma única pessoa, mas ao coletivo.

ressalta-se a necessidade de buscar as fontes históricas do direito para a compreensão dos institutos jurídicos do período colonial.

### 3 A LEGALIDADE DO DIREITO PORTUGUÊS

Fazendo referência ao processo de formação do Estado Nacional Português, bem como da nacionalização do direito lusitano no século XII, pode-se perceber que as normas aplicadas sem haver a preocupação com a sua eficácia, então, as leis tornaram-se gerais e formais, tendo a proteção da Monarquia portuguesa, que foi feudo da Espanha<sup>49</sup>. Ademais, mesmo após a independência portuguesa o processo de identidade jurídica foi lento, sendo por muito tempo, ainda utilizado em Portugal a legislação espanhola, e os costumes jurídicos feudais, dando surgimento ao direito português.

Destaca-se a decretação das leis gerais em 1210, pelo rei Afonso II, visava buscar a força nacional e centralizar o poder monárquico, em contrapartida, no âmbito local os Forais ainda eram aplicados de acordo com o modelo dos feudos, ou seja, eram instituições municipais reconhecidas pela população (CRISTIANI, 2003).

“Fé + Império- binômio que, constituindo um polo único, se pôs ante o polo dos fatos na gênese do direito lusitano” (PINHO, 1973, p. 87). Contudo, para se analisar os caracteres do direito nacional, vale frisar que se deve ter ciência do desenvolvimento do direito português, tendo em vista que várias instituições jurídicas portuguesas foram transferidas para o Brasil, posto que este era colônia daquele:

O estudo da história de nosso Direito deve necessariamente iniciar-se pela península ibérica e pelo direito português. Importa saber, em seguida, qual foi o direito imposto pela Metrópole à Colônia bem como as transformações locais que esse direito lusitano sofreu no meio brasileiro (VENOSA, 2006, p. 299).

O direito português foi alicerçado pela seguinte tríade: Direito Romano (Corpus Júris Civilis), Direito Germânico (código dos visigóticos e das normas do

---

<sup>49</sup>Na Idade Média, Portugal pertencia ao feudo comitatusPortaculenis (ano de 997), pertencente à Espanha e, posteriormente foi reconquistado pelos árabes.

direito espanhol) e o Direito Canônico (Decretalis Gregorii IX), caracterizando o ordenamento jurídico continental da Europa e da América Latina. Vale enfatizar que, não apenas esses ordenamentos serviram de base para o direito português, mas também as práticas costumeiras locais. Com a Reconquista, ocorrida depois da expulsão dos mouros formou-se uma nova nação portuguesa. E para a consolidação da identidade portuguesa, o rei D. Dinis (1279) ordenou a elaboração da Lei das Sete Partidas (condensação jurídica fundamentada no Direito Romano e o Direito Canônico) já aplicadas nos países hispânicos. Em seguida, D. Afonso III (1248), percebendo o crescimento da burguesia temeu um possível levante contra a frágil monarquia e em virtude disto elaborou a Lei Mental<sup>50</sup> que tratava da sucessão da coroa. No que tange ao desenvolvimento do direito lusitano, é possível elencar três momentos imprescindíveis: a) o acolhimento do Direito Romano e Canônico; b) a invasão da legislação bárbara, e; c) a compilação das Ordenações portuguesas, a saber: as Ordenações Afonsinas; Manuelinas e Filipinas.

Em 1446, o rei D. Afonso IV ordenou que todas as leis esparsas do reino fossem codificadas, pois o povo português precisava reconhecer suas instituições jurídicas, surgindo, então, as Ordenações Afonsinas. Dessa forma, de acordo com a afirmação de Venosa (2006, p. 302): “[...] esse direito nacional passou a concorrer com o Direito Canônico, que poderia ser invocado nos casos de pecados, crimes sexuais e heresia”.

Muito embora as Ordenações Afonsinas tenham unificado a legislação civil portuguesa, com as Grandes Navegações exigiu-se que novas normas arbitrassem na esfera econômica. Dessa maneira, reformulando a ordenação anterior, em 1512, D. Manuel editou as Ordenações Manuelinas com o fito de dirimir as controvérsias de cunho econômico entre a Metrópole e suas colônias.

Com a unificação dos reinos ibéricos, em 1603, tornou-se o único soberano absoluto dos reinos lusitano e hispânico, Filipe II. Para consolidar o seu reinado fez uma ampliação e revisão das Ordenações Manuelinas, reeditando os primórdios do Direito Romano, destarte, editou as Ordenações Filipinas:

---

<sup>50</sup> No século XV, houve vários movimentos contra o feudalismo, durante o reinado de D. Duarte (1433-1438), diante disso, foi editada a Lei Mental em 1434 que limitava o poder da nobreza, tratando do direito sucessório dos bens doados pela Coroa portuguesa.

As três ordenações foram divididas em cinco livros, versando sobre diversas matérias: I – direito administrativo e organização judiciária; II – direito dos eclesiásticos, do rei, dos fidalgos e dos estrangeiros; III – processo civil; V – direito civil e comercial; V - direito penal e processo penal. (VENOSA, 2006, p. 303).

Percebem-se nitidamente esses pormenores, em razão das deliberações portuguesas na colônia, desde as Cartas de Doação e Forais até as Cartas-Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores gerais, Ordenações reais. Esses pressupostos legais significaram a fragilidade da nova nação, subserviente e vítima das garras do Capitalismo e do Colonialismo (WOLKMER, 2003b).

Cumprir destacar que o direito português que era extremamente organizado, pois descrevia as legislações peculiares à Administração da colônia, principalmente aos aspectos econômicos. Com isso, leis extravagantes eram formuladas com o intuito de manter o monopólio comercial da metrópole sobre a colônia.

Descreve Prado Júnior (2004) que os representantes da monarquia, transformaram as instituições estabelecidas na colônia, em executoras de seus caprichos e mandamentos estritamente comerciais e parasitários, assim como faziam em Portugal. Devido a isso, o fracasso das Capitânicas Hereditárias foi inevitável, pois o Reino português outorgou aos donatários à administração dessas faixas de terras.

Inegavelmente, a base política da colonização portuguesa, trouxe resquícios ainda medievais, haja vista que foi consolidada por meio do regime de Capitânicas Hereditárias, visando, tão somente, o povoamento e não o desenvolvimento da colônia. Consequentemente, as primeiras disposições legais foram as Cartas de Doação, Forais e a Legislação Eclesiástica, que serviram de pilares para a nascente nação brasileira, sendo, portanto, metaforicamente, a semente do ordenamento jurídico.

Conforme Vita (1989, p. 11): “[...] a sociedade brasileira não pode ser compreendida sem que se tenha em mente o peso de um passado colonial e escravista.” Nesse diapasão, o fato da Coroa portuguesa não ter dado à devida atenção a fomentação de um direito estritamente brasileiro fez com que o Direito aqui estabelecido fosse utilizado como instrumento de repressão, criando regras que

satisfizessem os interesses econômicos da Metrópole, ou seja, cobrando fortes encargos e tributos aos habitantes da nova terra.

Nos primeiros anos da colonização os Forais<sup>51</sup> não tinham caráter burocrático, deixando confusas as funções de legislar, julgar, administrar, acusar e de provedor financeiro, incumbências dos donatários, pois acumulavam os cargos de chefe militar, administrador e juiz. Assim, o rei estabelecia uma Carta de Doação que regulamentava a posse da terra, enquanto a de Forais estabelecia os direitos e deveres dos donatários.

Para Novais (1986, p. 14) “[...] a legislação colonial, na realidade, o que procurava era disciplinar as relações concretas, políticas e, sobretudo econômicas”. Por conseguinte, o direito brasileiro é fruto da política expansionista-mercantil lusitana que objetivava dominar suas colônias e fomentar as relações econômicas. Logo, a Metrópole visando centralizar o poder colonial, implantou o Governo-Geral para controlar as riquezas da agregada e de proteger o Pacto Colonial.

Instalado o Governo-Geral, instituiu-se a função de Ouvidor-Geral, autoridade máxima do judiciário colonial, auxiliado pelos juízes ordinários, os juízes de fora, os juízes de vintena e os juízes de órfãos. Tal cargo estruturou a seara jurídica, pois tinha a atribuição de julgar os conflitos nas câmaras das capitanias reais. Vale destacar que foi criado o primeiro Tribunal de Relação na Bahia, em 1587, posteriormente em 1751, o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, ambos subordinados à Casa de Suplicação, em Lisboa. Esses tribunais eram compostos por dez desembargadores, que possuíam a finalidade principal de aplicar as leis reais na colônia. De acordo com Wolkmer (2003b, p. 52) “[...] as reformas pombalinas, resultaram na grande mudança em matéria legislativa: as Leis da Boa Razão”, haja vista que minimizaram a hegemonia do direito canônico.

Por conseguinte percebe-se no processo de fomentação da Estrutura do Poder Judiciário uma elitização dessa função pública, pois os juízes eram homens intelectuais, diferentes da plebe. Portanto, ser magistrado no Brasil era passaporte para a ascensão social, assim, os falidos nobres portugueses vieram ao Brasil, com o intuito de elitizar a Justiça, conseqüentemente, a magistratura brasileira

---

<sup>51</sup> Era um documento usado pela coroa portuguesa para estabelecer e delimitar os poderes dos donatários.

fundamentava-se nas trocas mútuas de favores, vícios que contaminaram a legalidade jurídica da nova nação.

Todavia, o direito brasileiro enquadrou-se no espólio jurídico de Portugal para preservar os abusos e privilégios da classe emergente da colônia: a burguesia liberalista, gerando graves conflitos entre a massa populacional e a elite.

Conclui Gusmão sobre a problemática que:

É evidente que os portugueses, com suas naus e armas, só poderiam transferir para o Brasil a sua organização jurídica adaptando-a ao novo meio social em que deveria vigor, como não poderia deixar de ser, pois toda norma jurídica supõe condições sociais possibilitadoras de suas aplicações, para as quais se destina. Tivemos, assim, legislação comum a Portugal e ao Brasil e legislação especial destinada ao Brasil (GUSMÃO, 2007, p. 330).

Indubitavelmente, os lusitanos negaram o ordenamento jurídico costumeiro dos povos indígenas, legitimando a normatividade alienígena, assim, houve a efetivação da colonização e do povoamento do Brasil. Enquanto isso, os marginalizados alimentavam-se das migalhas desse monstruoso sistema: os negros e os índios perdiam sua cultura e identidade nacional.

Discorre Cristiani (2003, p. 334) que:

As nações dos nativos que aqui habitavam, quando da chegada da colonização viviam num período neolítico em que era comum a confusão entre o direito e o divino, e os tabus e o misticismo eram formas de resolução para as questões jurídicas. Nem por isso justifica-se o fato de os indígenas terem sido desrespeitados como sujeitos de direito e postos na condição de objeto, de res, do mesmo.

Ademais, a sintética referência à situação desses povos marginalizados à época da colonização: os índios viram a invasão portuguesa como algo inusitado, espantoso e até místico. Primeiramente, a vida dos silvícolas, antes da chegada dos portugueses, era ingênua e viviam de acordo com as leis da natureza tirando dela, tão somente, o necessário para a subsistência da tribo, por isso, não compreendiam as leis do Capitalismo nascente.

Quanto aos negros que foram retirados de suas terras e jogados nos porões dos insalubres navios negreiros e os poucos que sobreviviam eram largados nas senzalas, além de sofrerem a desintegração de suas matrizes, eram considerados

como objetos e coisas, pois a Igreja Católica, defensora da escravidão do negro, reconhecia que eles eram desprovidos de alma e não poderiam ter a salvação.

O Vaticano em 1454 edita a bula papal *Romanus Pontifex* assinada pelo Papa Nicolau V que enumera entre os benefícios e títulos de glória de Portugal na África está o envio de negros apresados para os reinos, e estabelece o seguinte: “Muitos desses negros trazidos a Portugal, trocados por outro gênero de compra haviam recebido o batismo, sendo, portanto, de esperar, da continuação do tráfico à conversão de todos aqueles povos a fé cristã”. Este fragmento da bula papal resumiu o pensamento da Igreja Católica perante o eito dos africanos por séculos<sup>52</sup>.

Não obstante, mantiveram sua cultura nos guetos da escravidão, mesmo diante de uma maciça tortura e castigos. Literalmente, para a teratologia mercantil, a violência nua e crua garantia o melhor desempenho dos escravos. São estigmas que a história não apagou. Logo, com o menosprezo as peculiaridades culturais e antropológicas da colônia houve a literal imposição do direito estrangeiro, qual seja a transferência da normatividade jurídica lusitana, visando manter sob o controle da colônia e preservar, assim, os interesses coloniais.

De fato Portugal conseguiu alcançar seus objetivos, mantendo os povos dominados como meros fantoches do rigoroso regime, bem como as ordenações reais, incididas no Brasil deram uma nova missão ao Poder Judiciário: implantar a burocratização do sistema colonial. Para tanto, o objetivo desse estudo não é apenas de questionar o papel do sistema jurídico colonial e seus reflexos na coletividade contemporânea, contudo faz-se necessário apreciar o passado com outros olhos, negando uma visão de mundo extremamente apática e preconceituosa.

---

<sup>52</sup> Ver: O VER MUNDO. Escravização dos africanos e a benção do Vaticano. Disponível em: <<http://www.overmundo.com.br/overblog/escravizacao-dos-africanos-e-a-bencao-do-vaticano>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

#### 4 O MITO DA INTEGRAÇÃO SOB O PRISMA DO CONFRONTO NO DIREITO COLONIAL BRASILEIRO

Para a consolidação do ordenamento jurídico nacional, vários fatores influenciaram na legitimação deste na nova terra, possibilitando a Metrópole toda autonomia para explorar e matar quem ousasse impedir a estruturação da política mercantil portuguesa. De tal modo, a cultura jurídica brasileira consagrou-se sob dois prismas: os interesses da Metrópole e a propriedade privada da elite agrária.

A respeito dos escravos afirma Pinho (1973, p. 49):

O Homem- o Escravo. Era equiparado às aves e outras “cousas”. Poderia ser de qualquer raça ou religião. Mesmo quando a lei impunha ao senhor batizar os escravos, estes não obtinham a liberdade. O número exagerado de escravos facilitou a corrupção dos costumes portugueses e inspirou normas penais.

Houve, então, a predominância da visão de mundo do homem branco e a negação da cultura do índio e do negro. Propõe Lopez (1981, p. 358) que: “[...] a submissão e a fidelidade era condição de necessidade para que a colonização se desse.” As classes sociais do período colonial se formaram a partir das alianças e rupturas comungando os mesmos interesses e explorando os mais fracos: a repressão do colonizador sobre o colonizado. No entanto, os primeiros movimentos sociais uniram-se contra tal exploração política. A aristocracia rica, com suas imensas extensões de terras, manipulava a Justiça de acordo com seus interesses.

Vale destacar que as normas jurídicas aplicadas à classe latifundiária e a mercantilista não eram as mesmas para as demais classes representativas da sociedade colonial, conseqüentemente, o direito nacional na sua gênese fora segregador e discriminatório. Com relação ao mito da liberdade, disserta Carneiro (1994, p. 14):

Enquanto o racismo antijudaico era alimentado pela tradição cristã, o racismo contra os negros derivou da própria escravidão colonial. O negro e o mestiço dificilmente conseguiam igualar-se ao homem branco. O “mundo da senzala” sempre esteve muito distante do mundo da casa-grande. Para alcançar pequenas regalias, fosse como escravo ou como homem livre, os descendentes de negros precisavam ocultar ou disfarçar seus traços de africanidade, já que o homem branco era apresentado como padrão de beleza e de moral. Desse passado de opressão e preconceito, herdamos a

discriminação que se pratica ainda hoje contra negros e mulatos. Dos porões dos navios negreiros esses homens passaram para os porões da sociedade.

Além disso, os negros e índios eram vistos como seres inferiores, verdadeiros animais, servindo tão só para o trabalho duro nos grandes latifúndios. Ressalta-se que eram ridicularizados, em razão de suas características físicas e dos seus costumes:

Herdamos do período colonial um mundo repleto de preconceitos, apesar do intenso processo de miscigenação. Ao contrário do que se pode imaginar, a miscigenação apenas colaborou para aumentar a massa da população escrava: até a Lei do Ventre Livre ( 1871), os filhos de escravas – fossem ou não mestiços – eram também escravos. No processo de competição por um lugar melhor na escala social, venceria aquele que mais se aproximasse do modelo ideal aceito pela sociedade: o branco cristão. Prova disso é a expressão negro de alma branca, que a cultura popular emprega ainda hoje para caracterizar um negro bom e ideal. (CARNEIRO, 1994, p. 10).

Mesmo havendo no período colonial três grupos étnicos, a saber: índios, negros e europeus, todos provenientes de uma sociedade jurídica, porém, só o direito da Metrópole influenciou de forma unânime a formação jurídica do Brasil, haja vista que o processo colonizador tenha sido autoritário e impositivo, à medida em que implantava um sistema jurídico para subjugar os dominados e escravizados.

Pondera Wolkmer (2003a) que a estrutura colonial da Justiça privilegiou a garantia dos direitos e garantias fundamentais de cunho liberal-burguês para a aristocracia, os mineradores e os comerciantes, mediante um formalismo retórico que propiciou a uma justiça dos ricos e poderosos. Dessa maneira nasceu uma ordem jurídica de caráter excludente. Pode-se elucidar quem era o criminoso no direito colonial:

Há categorias de delinquentes. Não cientificamente determinadas, mas decorrentes das classes sociais. O homem, em si, não é levado em conta, salvo quanto à idade. Veja-se sobre esta o Título XXXVI relativo aos que “ matam ferem ou tiram arma na Corte: ‘E estas penas não haverão lugar no que tirar arma, ou ferir em defesa de seu corpo e vida, nem os escravos cativos que com pau ou pedra ferirem nem na pessoa que for de menos idade de quinze anos’ ( PINHO, 1973, p. 99).

Essas concepções supracitadas desmentem o mito da integração multicultural, tão difundida pela historiografia tradicional. Não houve em hipótese alguma um processo de condensação jurídica, pelo contrário, ocorreu o extermínio dos pilares da organização social dos colonizados. Nesse sentido Ribeiro (1995, p. 20) argumenta:

A sociedade e a cultura brasileira são conformadas como variantes da versão lusitana da tradição civilizatória europeia ocidental, diferenciadas por coloridos herdados dos índios americanos e dos negros africanos. O Brasil emerge, assim, como um novo mutante, remarcado de características próprias, mas atado genesicamente à matriz portuguesa, cujas potencialidades insuspeitadas de ser e de crescer só aqui se realizariam plenamente.

Cabe-nos, tão exclusivamente, repaginar os rumos da narrativa do direito, enfrentando os desafios do porvir e abonar aos milhões de excluídos a verdadeira versão da história do direito de sua nação. Só assim parecerá válido o ofício dos operadores do direito. Enfim, o conto de fadas do Descobrimento não existiu, nem muito menos a aceitação passiva do direito alienígena e mercantilista.

Após a independência do Brasil (1822) houve tão só a independência política, contudo, ainda se aplicavam as leis portuguesas, desde que não contrariassem as leis nacionais, demonstrando uma imaturidade jurídica da nova nação. Dessa forma, os negros e indígenas não foram considerados como pessoas de direito, estando, portanto, à margem da lei, não havendo a integração religiosa, moral, jurídicas e sociais:

Em consequência, o direito brasileiro, acompanhando a evolução política do Brasil, tornou-se obra exclusiva do legislador brasileiro, definitivamente separado, de vez, do direito português. Ora, a transparência da corte de Portugal para o Brasil produziu esses efeitos jurídicos, porque criou, ou melhor pôs em evidência condições políticas, jurídicas e morais, próprias do povo brasileiro, as quais serviram de base, de alicerces para a construção da nação ou império do Brasil. Essas condições, pois consistiram, principalmente, na inversão da posição política do Brasil, em relação a Portugal, na unidade política dos negócios do Brasil e de Portugal, e na afirmação do sentimento nacionalista brasileiro ( PAULA, 2002, p. 112).

Por fim, a história do Brasil demonstra que não houve uma formação jurídica em consonância com a cultura do povo brasileiro, ao contrário, o direito vigente no período colonial foi um plágio da legislação portuguesa. Consequentemente,

consolidava-se a opressão e a emancipação dos índios no período do Brasil Colônia.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo primordial desse trabalho foi o de ponderar uma discussão multidisciplinar a respeito origem do direito brasileiro, mas também de sugerir aos futuros operadores, especialmente a comunidade científica, a reflexão sociológica em torno do fenômeno jurídico-social.

Dessa feita, ao analisar a cominação de um direito civilizatório no Brasil colônia, ponto que foi discutido ao longo do texto, pode-se inferir que seus esses pilares constituíram o ordenamento jurídico brasileiro, por esta razão, convivemos com um sistema jurídico a serviço dos donos do poder.

Analisando os pormenores da legitimidade da gênese do nosso direito, podemos inferir que uma ordem jurídica dinâmica e democrática no Brasil ainda encontra-se no plano especulativo, qual seja utópico. Realmente, houve muitos erros na história do direito brasileiro.

Para que uma melhor compreensão das problemáticas jurídicas, como: o ativismo judicial, a crise das instituições democráticas, a concretização dos direitos fundamentais, enfim, precisa-se, primeiramente, considerar a matriz histórica da celeuma jurídica. Depois da apreciação dos caracteres da gênese do direito brasileiro, demonstrando seus vários prismas: jurídicos, sociais, históricos e antropológicos, pode-se afirmar que tais nuances corroboram com a dinâmica atual das instituições jurídicas, as quais não são reconhecidas pelo povo brasileiro, devido ao caráter elitista do sistema jurídico.

Tem-se a compreensão das políticas de discriminação positiva, como as cotas para os negros e índios com o objetivo de incluí-los nas diversas esferas sociais, como a exemplo das universidades públicas. Justificando-se a exclusão social dos indígenas e afrodescendentes, pois não há a aplicabilidade das políticas públicas, por isso, pode-se afirmar que há o mito da democracia racial. Nesse diapasão, a tendência de sempre buscar iniciativas privilegiando o afrodescendente

em concursos públicos, buscando a igualdade formal é apenas um benesses social, haja vista que alimenta a discriminação racial, com medidas racistas.

Por fim, o direito colonial brasileiro não considerou os costumes, as regras sociais e amoral dos povos indígenas e africanos, mitigando a legitimidade da ordem jurídica, dessa forma, ocorreu a privação da juridicidade em face do povo brasileiro. Partindo dos requisitos expostos no presente artigo para regularizar a ordem jurídica, concluímos que a justificativa das problemáticas do sistema legalista brasileiro provém da estruturação das suas instituições, desde o projeto mercantilista português.

Assim, a imposição de um sistema jurídico alienígena que outorgou um direito voltado para o massacre de povos inofensivos e para resguardar os negócios da Monarquia Ultramarina. Dessa maneira, faz-se imprescindível compreender os vestígios do passado, para então abrirmos novos horizontes para um futuro promissor do campo legal.

Os embasamentos arrazoados no decorrer do texto demonstram que, ora o direito colonial privilegiava os interesses públicos da Administração da Metrópole, ora os da aristocracia rural, porém nunca fugira desse parâmetro.

Quanto aos elementos para construção do direito nacional foram brutais, mediante a violência e a dominação ideológica por parte das instituições estabelecidas no nosso país. Sob este prisma podemos desmistificar alguns conceitos e, então, passarmos a compreender o fenômeno jurídico de uma forma mais racional.

Nessa investigação, constatamos que a estruturação das instituições jurídicas foi complacente com o fito da Metrópole portuguesa: explorar as riquezas da nova terra. Assim, aos colonos restou tão só a submissão e a exploração.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. *História do direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O racismo na história do Brasil*. São Paulo: Ática, 1994.

CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia aplicada ao direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos da História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 331-348.

CUNHA, Djacon B. Della. *Crise do direito e da regulação jurídica nos Estados Constitucionais periféricos: modernidade e globalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil colonial*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1981.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOVAIS, Fernando A. *Estrutura e dinâmica do antigo sistema colonial*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

O VER MUNDO. *Escravidão dos africanos e a benção do Vaticano*. Disponível em: <http://www.overmundo.com.br/overblog/escravizacao-dos-africanos-e-a-bencao-do-vaticano>. Acesso em: 08 de novembro de 2012.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Manole, 2002.

PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo, Bushatsky, Ed. Da Universidade de São Paulo, 1973.

PRADO JR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VITA, Álvaro de. *Sociologia da sociedade brasileira*. São Paulo: Ática, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a.

\_\_\_\_\_. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003b.

## MEIO AMBIENTE E (IN)JUSTIÇA SOCIAL, FACE PERVERSA DA INSUSTENTABILIDADE ECONÔMICA

## ENVIRONMENT AND SOCIAL (IN) JUSTICE, THE FACE PERVERSE ECONOMIC UNSUSTAINABILITY

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES\*

ARYADNE THAÍS DA SILVA MENEZES\*\*

VIVIANE OLIVEIRA LOPES DE LIMA\*\*\*

MARIA DE FÁTIMA AMARAL DA SILVA\*\*\*\*

### RESUMO

Meio ambiente e (in)justiça social é temática complexa cuja abordagem requer o traçado de um cenário que enseje novas perspectivas de atuação do Poder Público diante da exploração de atividades informais e das questões ambientais, vislumbradas na concepção de sustentabilidade conjugada com o necessário desenvolvimento econômico. A preocupação com o meio ambiente, através da adoção do conceito de sustentabilidade, tem sido a tônica das discussões em torno dos projetos de desenvolvimento econômico, em razão do seu princípio norteador que busca produzir um equilíbrio aceitável entre eficiência econômica e justiça social. Diante desse enunciado esse estudo considera que a sustentabilidade, mediante atuação do Poder Público com a instituição de mecanismos de gestão ambiental voltados para assistir as atividades potencialmente ou efetivamente poluidoras, exploradas na informalidade podem contribuir para reduzir o ciclo vicioso da pobreza e preservar o meio ambiente, simultaneamente. As atividades econômicas potencialmente ou efetivamente poluidoras, independente de serem exploradas por empresas formalizadas ou por grupos informais, dado o seu poder de interferência nas condições ambientais, estão sujeitas ao controle do poder público, conforme determina o art. 225 da nossa Carta Magna em vigência. Isso significa dizer que os órgãos e entidades de todas as esferas do poder público tem obrigação de atuar na defesa e preservação do meio ambiente. Enfatizando o licenciamento ambiental como sendo o instrumento adequado para superar essa problemática, esse estudo conclui ser urgente que o Poder Público identifique os problemas ambientais decorrentes da exploração de atividades informais e viabilize procedimentos de gestão ambiental, para que tais atividades sejam desenvolvidas

---

\* Mestre em economia, Especialista em Direito Ambiental, Ex-Chefe da Divisão de Fiscalização da SEMAM/PMJP, Fiscal Ambiental da SEMAM/PMJP, Professora do Curso de Direito da Fesp Faculdades. Coautora do Livro Sinopse de Direito Ambiental, publicado pela EDIJUR em 2012

\*\* Analista de Sistemas, Bacharel em Direito, Funcionária Pública exercendo atualmente a função de Assessora Jurídica da PROJUR/SUDEMA/PB.

\*\*\* Tecnóloga em Meio Ambiente, Administradora de Empresa, Advogada, Funcionária Pública exercendo atualmente a função de Assessora Jurídica na ASJUR/SEMAM/PMJP.

\*\*\*\* Pedagoga, Advogada, especialista em Metodologia do Ensino Superior.

atendendo as normas ambientais vigentes, caminhando na direção de sua legalização, inclusive no que respeita à obtenção do seu licenciamento ambiental.

Palavras chave: Meio Ambiente. Sustentabilidade. Injustiça Social. Atividades Informais. Licenciamento Ambiental.

## **ABSTRACT**

Environment and social (in) justice is complex thematic approach which requires the drawing of a scene that inspires new perspectives of performance of the government on the operation of informal activities and environmental issues, sustainability envisioned in the design combined with the necessary economic development. Concern for the environment by adopting the concept of sustainability has been the tone of discussions of economic development projects, due to its guiding principle and aims to produce an acceptable balance between economic efficiency and social justice. This study considers the sustainability, performance by the Government with the establishment of environmental management mechanisms geared to assist effectively or potentially polluting activities, explored in informality can contribute to reduce the vicious cycle of poverty and preserve the environment simultaneously. Economic activities effectively or potentially pollutant , regardless of being exploited by companies formalized or informal groups , given its power to intervene in environmental conditions, are subject to the control of public authorities, as required by art. 225 of our Constitution. This means that the organs and entities of all spheres of government have an obligation to act in the defense and preservation of the environment. Emphasizing environmental licensing as the appropriate tool to overcome this problem , this study concludes that urgent that the Government identifies the environmental problems associated with the use of informal activities and makes possible environmental management procedures , that such activities are developed meeting the environmental standards force, moving toward its legalization , including with regard to obtaining the environmental licensing .

Key words: Environment. Sustainability. Social injustice. Informal activities. Environmental Licensing.

## **1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

A preocupação com o meio ambiente, através da adoção do conceito de sustentabilidade, tem sido a tônica das discussões em torno dos projetos de desenvolvimento econômico, em razão do seu princípio norteador que busca produzir um equilíbrio aceitável entre eficiência econômica e justiça social. É comum encontrar-se em discursos políticos, a adoção das expressões “economicamente viável”, “socialmente igualitária” e “ecologicamente sustentável”, empregadas para

designar a sustentabilidade, equiparando-a a ideia de que é possível obter-se progresso técnico com a preservação dos recursos ambientais.

Em tais discursos, são omitidas questões importantes como, por exemplo, a indicação de que as raízes da degradação ambiental também são responsáveis por injustiças sociais, dado que, as pressões sobre os recursos naturais acham-se, via de regra, relacionadas com as injustas práticas de distribuição das riquezas, a dependência financeira e ausência de controle sobre o comércio, tecnologia e fluxos de investimentos; revelando, então, mecanismos de exclusão econômica e social daqueles que não detêm os meios de produção.

A deterioração da qualidade ambiental é visível entre aqueles que se veem excluídos do processo produtivo formalizado e, por isso, tentam ganhar o seu sustento explorando atividades produtivas, potencialmente ou efetivamente degradadoras do meio ambiente, sem o devido licenciamento ambiental, via de regra, atuando na informalidade, ou seja, sem estar legalizado<sup>53</sup> e sem adotar as medidas necessárias para evitar a ocorrência de: poluição do ar, do solo e dos recursos hídricos; desmatamento de florestas, afetando diversos biomas, resultando em desertificação; emissão de vários tipos de substâncias tóxicas que estão sendo causadoras das mudanças climáticas, do efeito estufa e do aquecimento global, os quais deterioram ainda mais a qualidade de vida do segmento mais pobre e desprovido da sociedade, revelando assim a face perversa da insustentabilidade econômica.

## **2 IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS E SOCIAIS DO DANO AMBIENTAL**

As atividades econômicas potencialmente ou efetivamente poluidoras, independente de serem exploradas por empresas formalizadas ou por grupos informais, dado o seu poder de interferência nas condições ambientais, estão

---

<sup>53</sup> A informalidade funciona como uma economia paralela, já que tais empresas não participam da contabilidade nacional, ou seja, sua produção não está incluída no cálculo do Produto Interno Bruto (PIB), indicador que mede o crescimento da economia de um país. Entretanto, há evidências de que essas atividades respondem por cerca de 64% da circulação de riquezas no Brasil, sendo, portanto, um dado importante a ser considerado em qualquer análise que se faça sobre exploração econômica.

sujeitas ao controle do poder público, conforme determina o art. 225 da nossa Carta Magna em vigência. Isso significa dizer que os órgãos e entidades de todas as esferas do poder público tem obrigação de atuar na defesa e preservação do meio ambiente.

Também importa ressaltar que, conforme proclamação da conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano que ocorreu em 1972, em Estocolmo, no seu primeiro princípio está posto que o homem é, ao mesmo tempo, obra e construtor do ambiente que o cerca, ou seja:

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 e gozar de bem-estar, e é portador da solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. [...] (apud DIAS, 2003, p. 369).

Diante de tal princípio e considerando o emprego dos recursos produtivos ou recursos naturais, fica evidente que a exploração de qualquer tipo de atividade produtiva não pode ser considerada lesiva ao meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, nem pode funcionar sem que seja avaliado o seu potencial poluidor, o que ocorre por ocasião do seu licenciamento ambiental<sup>54</sup>.

No que diz respeito às questões relacionadas às atividades econômicas, observa-se que o crescimento econômico, nos moldes do sistema de economia de mercado, produziu e continua produzindo concentração de riqueza e de poder, abrindo espaço para a expansão do capital especulativo, causando efeitos perversos sobre as classes menos favorecidas: desemprego, fome, miséria, condições de vida que ferem a dignidade da pessoa humana e vão de encontro ao que determina a nossa Constituição, ao considerar o meio ambiente como um bem jurídico.

---

<sup>54</sup> Considera-se oportuno enfatizar que a questão econômica não pode e não deve se sobrepor a questão ambiental, em razão de outro conceito importante a considerar nesse contexto: o de externalidade que contempla a poluição e a degradação ambiental decorrente da exploração de atividades econômicas sem considerar que os recursos naturais são bens econômicos, sujeitos à escassez e ao esgotamento se não forem utilizados adequadamente. A esse respeito sugere-se consultar o art. 170 da Carta Magna em vigor que trata dos princípios gerais da atividade econômica e, no seu inciso VI trata de defesa do meio ambiente e do impacto ambiental. Isso, por si só já é um dado importante a considerar na questão do licenciamento ambiental cuja função, segundo Farias (2007) é de evitar que o meio ambiente seja vilipendiado, na medida em que se faz uma análise prévia das condições, restrições e medidas a adotar, tendo em vista essa finalidade.

Sob o enfoque social, observa-se, por um lado, que a classe dominante é proprietária dos recursos produtivos, os quais são extraídos da natureza e processados nas fábricas. Por outro lado, há a classe trabalhadora, que apenas dispõe de sua força de trabalho como recurso produtivo a ser posto à disposição dos donos dos recursos produtivos para gerar uma produção que impacta o meio ambiente de formas diversas: as fábricas produzem poluentes, utilizam insumos e matérias-primas tóxicas e não biodegradáveis, exploram a força de trabalho através do mecanismo da mais-valia.

A exploração dos trabalhadores é, portanto, variável importante a ser considerada quando se trata de separar as pessoas pela sua condição social (leia-se ricos, donos do capital, e pobres, proprietários da força de trabalho), dado que os privilegiados socialmente concentram seus esforços na produção e reprodução de mercadorias e de mais valia, o que permite se afirmar que ser a essência da produção capitalista: o trabalho assalariado, a produção e reprodução das relações sociais. Esse raciocínio remete aos fundamentos da lei geral da acumulação capitalista cujo resultado não é outro senão crescimento da riqueza social e crescimento da pobreza, simultaneamente, isto é, a acumulação capitalista resulta na polarização da riqueza e da pobreza social, gerando desigualdades econômicas e sociais.

Na sua formulação teórica sobre a contextualização da lei geral da acumulação capitalista, em 1867, Marx (1984) esclarece que a acumulação do capital, ocasiona uma acumulação de miséria correspondente à acumulação de capital. A acumulação da riqueza num polo é, portanto, ao mesmo tempo, a acumulação de miséria, tormento de trabalho, ignorância, brutalização e degradação moral no polo oposto.

Ocorre que, a dinâmica da acumulação capitalista não impacta apenas os trabalhadores, isto é o proletariado; impacta também os capitalistas, ou seja, aqueles que podem substituir máquinas, automatizar o processo produtivo, adquirir novas empresas e penetrar em novos mercados, ampliam seu poder; ao contrário dos pequenos, constantemente derrotados, mas não totalmente eliminados, sendo

que sua atividade econômica vai suprir a produção das grandes empresas, de alguma forma<sup>55</sup>.

A questão social é, portanto, determinada pela lei geral da acumulação capitalista. Retornemos à nossa argumentação: o dano ambiental pode estar tanto associado à pobreza como à afluência do crescimento econômico, podendo ser causado por grandes ou pequenos empreendimentos, porém afetam com maior intensidade o pequeno capitalista e o trabalhador de baixa renda, na medida em que tornam-se vítimas do capital que os expropria do processo produtivo, instalando seus pequenos negócios ou suas moradias em espaços de solo mais poluídos, degradados e, por isso, mais baratos, sujeitando-se aos prejuízos decorrentes de acidentes naturais e da falta de saneamento básico, expondo-se às agressões resultantes de emissões de poluentes e resíduos urbanos e industriais.

Esta questão é algo mais complexa do que parece a simples vista, pois envolve o acirramento do confronto entre a tríade capital, trabalho e meio ambiente. Nesta dimensão, não há como deixar de considerar as (in)justiças sociais decorrentes da interligação desses elementos, ou seja, a configuração jurídica do direito ambiental não só estabelece relação do meio ambiente com a ordem econômica, mas também com os direitos humanos fundamentais.

## 2.1 RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS ECONÔMICO, DIREITOS DIFUSOS E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Como se sabe, o desenvolvimento econômico, desde a época da Revolução Industrial vinha provocando impacto negativo sobre o meio ambiente, consequência da exploração desordenada dos recursos naturais, haja vista não haver, até então, preocupação com o esgotamento desses recursos produtivos, nem com a forma como os resíduos resultantes de diversos processos produtivos, sem receber qualquer tipo de tratamento, eram lançados sobre a natureza, contaminando o ar, o solo, a água, comprometendo assim a qualidade do meio ambiente, situação essa

---

<sup>55</sup> Foge ao escopo desse estudo aprofundar a argumentação em torno da acumulação capitalista, da exploração do trabalho e da questão social. A esse respeito, sugere-se consultar o trabalho de PAULO NETTO; BRAZ (2007), tratando dessa temática em sua abordagem sobre economia política.

não percebida pela população e pelas autoridades que conduziam a política econômica em escala global.

Vale salientar que a situação da exploração econômica e os problemas ambientais daí decorrentes, agravaram-se ao longo do tempo tornando-se alarmantes diante da proporção tomada pela aceleração da integração econômica entre países que estão formando blocos econômicos, cujos impactos se fazem sentir sobre os seus sistemas produtivos, hábitos de consumo e crescimento desordenado da população em escala planetária (RATTNER, 2002).

Para Farias (2009, p. 63) os problemas ambientais da atualidade, bem como as causas de sua perpetuação podem ser assim enumerados:

[...] escassez de água potável, aquecimento planetário, buraco da camada de ozônio, desertificação, desmatamento, extinção de espécies, falta de tratamento dos resíduos industriais, acúmulo de lixo urbano, vazamento de petróleo etc. A crença na inesgotabilidade desses recursos e na dominação do ser humano sobre a natureza, que ainda hoje perdura, paralelamente à ânsia desmedida pelo lucro, parece ser a responsável pela degradação do planeta.

O argumento aqui referido enfatiza o mau uso dos recursos naturais, ou seja, o ar e a água deviriam ser naturalmente renovados, do mesmo modo que os seres vivos – animais e vegetais - deveriam ser perpetuados através de sua reprodução, não fosse à ação predatória do homem econômico que explora também os recursos não renováveis sem manifestar preocupação com a sua destruição, mas apenas em obter lucro, agindo em nome do crescimento econômico sem imposição de limites a esse crescimento.

Oliveira (1998, p. 567) refletindo sobre o conteúdo da obra limites do crescimento, publicada em 1968, diz que “o ritmo da economia mundial só se sustenta graças a exploração crescente e insustentável dos recursos naturais e ao comprometimento das condições do meio ambiente humano”. Essa observação é reveladora de que não se pode ignorar a utilização que se faz dos recursos naturais, sobretudo quando há espécies ameaçadas de extinção e quando há previsão de esgotamento das jazidas de combustíveis fósseis, só para citar alguns exemplos dessa problemática.

Trazendo essa preocupação para a realidade da exploração econômica com a preservação ambiental, devemos considerar o exemplo do que ocorre com a exploração do petróleo, cujos lençóis são encontrados embaixo da terra, passando por mais de uma propriedade, podendo sua disputa resultar inclusive em guerra como ocorreu na Guerra do Golfo Pérsico em 1990.

Segundo destaca Cabral (2013) a motivação dessa guerra foi muito mais de natureza econômica do que política, haja vista o fato de o Iraque ter acusado o *Kwait* de causar queda dos preços do barril de petróleo, além de suscitar questões sobre a extensão dos limites territoriais. O fato é que, nesse conflito foram utilizados equipamentos eletrônicos, a exemplo dos aviões caças F-117, bombas guiadas a laser e mísseis teleguiados, além de armas químicas e biológicas cujo efeito sobre o meio ambiente foi extremamente danoso.

Ao argumentar sobre essa temática da exploração econômica visando unicamente à obtenção de lucro extraordinário, Farias (2009) esclarece que o objetivo do direito econômico é de regular a política econômica estatal por meio de ordenação jurídica que discipline o *modus operandi* dos agentes econômicos<sup>56</sup>, para evitar que ocorra o acirramento da degradação ambiental.

Trazendo essa discussão para a nossa realidade atual, podemos dizer que a Carta Magna em vigência estabelece que o meio ambiente seja explorado de forma equilibrada e racional, visando à harmonização entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental consagrada no seu art. 170, inciso VI, assegurando ainda redução das desigualdades regionais e sociais, inciso VII, e prevendo tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte, inciso IX.

Dessa forma, o controle das atividades econômicas deve levar em consideração o conceito de sustentabilidade no qual deve se fazer presente o equilíbrio entre as dimensões ambiental, econômica e social, o que, por sua vez,

---

<sup>56</sup> Os agentes econômicos são responsáveis pela dinâmica funcional do sistema econômico englobando: a produção, a distribuição, a circulação e o consumo de riquezas. Os agentes produtivos são: as unidades produtivas que mobilizam os recursos produtivos [recursos naturais, trabalho e capital] e colocam o sistema em funcionamento; as unidades familiares que vendem sua força de trabalho, recebem salário e participam do processo produtivo como recurso e como consumidores, simultaneamente; o governo que atua como consumidor, como provedor de serviços e como responsável pela condução da política econômica e pelos seus resultados; e o resto do mundo mediante relações jurídicas de comércio internacional que viabilizam as trocas entre os diversos países desse mundo globalizado. A esse respeito, c.f. as anotações feitas por TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN, Francisco. *Introdução à economia*. São Paulo: Makron Books, 2005, p. 19-59.

requer mudança nos padrões atuais de produção e consumo, os quais devem tornar-se mais eficientes visando à preservação da qualidade ambiental, bem difuso cuja titularidade compreende o interesse social, posto seus benefícios atingir toda a coletividade. Isso significa dizer que:

[...] o meio ambiente ecologicamente equilibrado surge como um patrimônio, em termos macroambientais, uno e indivisível – e, por assim dizer, difuso – beneficiando-se, em termos de tutela jurídica, de todo um aparato jurídico desenvolvido, o qual se denomina instrumental de gestão dos interesses difusos (PEDRO; FRANGETTO, 2004, p. 628).

Assim sendo, podemos afirmar que a proteção ambiental é proteção de interesses difusos e o parâmetro considerado deve ser a qualidade ambiental que deve ser mantida ou melhorada, observando-se que nisso reside também a relação entre meio ambiente e direitos humanos. Reforçando essa relação citamos novamente a Declaração Universal do Meio Ambiente Humano de 1972, cujo teor do seu princípio oitavo resguarda um direito universal expressão da dignidade da pessoa humana, na medida em que se refere às condições de exploração dos recursos produtivos e do desenvolvimento econômico, estabelecendo o seguinte: “o desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar, na Terra, as condições necessárias à melhoria da qualidade de vida” (apud DIAS, 2003, p.370).

Com esse mesmo objetivo, o Brasil, através da Lei nº 6.939/81 consigna a proteção ambiental como direito humano fundamental, estabelecendo no seu art. 2º que:

A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação **da qualidade ambiental propícia à vida**, visando assegurar, no País, condições de **desenvolvimento socioeconômico**, aos interesses da segurança nacional e **à proteção da dignidade da vida humana** (BRASIL, 1981, grifos nossos).

Seguindo essa perspectiva de atrelamento do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, a Constituição de 1988, através do *caput* de seu art. 225, estabelece que:

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, grifos nossos).

É importante que se diga que esse dispositivo é um direito de terceira geração cujos reflexos se faz sentir na esfera dos direitos humanos, na medida de sua prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, de direito difuso, de defesa de interesse social, haja vista ser o meio ambiente elemento a ser cuidado para garantir a continuidade da vida humana em condições dignas. Em razão desse motivo, o parágrafo 1º do art. 225, reza o seguinte:

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, **incumbe ao Poder Público:**

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e **prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;**

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e **fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;**

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, **vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;**

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, **estudo prévio de impacto ambiental**, a que se dará publicidade;

V - **controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;**

VI - **promover a educação ambiental** em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - **proteger a fauna e a flora**, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a **extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade**. (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Ao mesmo tempo em que o parágrafo primeiro do art. 225 estabelece que a defesa do meio ambiente compete ao Poder Público, indica também os mecanismos a serem adotados para evitar que o dano ambiental, decorrente da exploração dos recursos ambientais resultem em danos, cujas implicações possam admitir que haja extinção de espécies, esgotamento de recursos naturais e comprometimento da qualidade de vida ambiental.

Nesse sentido, destacamos dois aspectos que são cruciais, o primeiro deles refere-se à educação ambiental (inciso VI) cuja relação com o desenvolvimento sustentável é vista como aspecto fundamental, sobretudo, porque a capacidade de regeneração da terra em relação ao suporte para manter o padrão de consumo de seus habitantes, está seriamente comprometida conforme atestado pelo indicador que recebeu a denominação de pegada ecológica<sup>57</sup>. Boff (2009) alertava desde 2008 que a capacidade de suporte e de regeneração do sistema Terra havia sido ultrapassada em 40%, indicador esse que atesta a seguinte realidade, a humanidade está consumindo um planeta inteiro e mais 40% dele que não existe.

Essa observação é importante quando se leva em conta que o modelo de desenvolvimento econômico em curso no planeta, não é de fato, desenvolvimento e sim apenas crescimento econômico, haja vista que o crescimento do PIB resulta em aumento da produção industrial e, conseqüentemente de maior impacto ambiental, isto é, a relação existente entre a produção e a conservação dos recursos naturais é inversamente proporcional: mais crescimento, menos natureza, menos ambiente, menos sustentabilidade.

Tendo em vista esse contexto, considera-se primordial destacar que o objetivo mais amplo da educação ambiental é de:

Tratar as questões globais críticas, suas causas e inter-relações em uma perspectiva sistêmica, em seu contexto social e histórico. Aspectos primordiais relacionados ao desenvolvimento e ao meio ambiente, tais como população, saúde, paz, direitos humanos, democracia, fome, degradação da flora e fauna, devem ser abordados dessa maneira (apud SEABRA, 2009, p. 15).

Desse modo, vislumbramos uma luz tênue no fim do túnel representando a perspectiva de mudanças comportamentais e de atitudes para que se possa ter um meio ambiente mais equilibrado e socialmente mais justo. Vale aqui lembrar que, o modelo de globalização de mercados em curso no mundo apresenta-se como uma das principais causas de deterioração da qualidade ambiental e da produção de (in)justiça social enquanto face perversa da insustentabilidade econômica.

---

<sup>57</sup> Pegada ecológica é a área total de ecossistemas necessária para sustentar o consumo de recursos e assimilação dos resíduos de uma determinada área habitada pela população humana.

Esse último aspecto, por sinal apresenta um quadro preocupante quando se leva em conta a desigualdade na distribuição das terras produtivas e dos recursos naturais, cujos indicadores apontam na seguinte direção:

Enquanto os 20% mais ricos da população mundial goza de bem estar material sem precedentes, consumindo até 60 vezes mais que os 20% mais pobres, amplia-se o fosso entre os ricos e pobres, e instala-se a insustentabilidade social, política, econômica e ecológica (DIAS, 2003, p.234).

Esses resultados apontam na direção da insustentabilidade e ferem frontalmente os direitos humanos no que respeita a distribuição do perfil de consumo global. Por outro lado, o inciso VII do art. 225 trata das consequências da exploração sem qualquer forma de controle dos recursos produtivos: extinção de espécies e, conseqüentemente comprometimento da qualidade de vida ambiental, de desrespeito à natureza e de danos ambientais irreparáveis.

A ênfase no desenvolvimento sustentável deve partir da premissa de que as políticas macroeconômicas devem cuidar de promover os ativos produtivos para minimizar a exclusão social, mantendo o foco do tradicional desenvolvimento associado à produção de bens materiais para a satisfação das necessidades humanas básicas e para a melhoria das condições de vida, entretanto, considerando os requisitos essenciais para a sustentabilidade, cujas variáveis englobam aspectos como: o bem-estar econômico produtividade; capital humano e qualidade de vida; capital social e equidade; gestão ambiental integrada dos recursos ambientais, dentre outros.

Situando o desenvolvimento sustentável segundo essa perspectiva, é possível obter-se uma atenuação no círculo vicioso da pobreza, enquanto efeito perverso do processo de reprodução do capital, que, por sua vez, gera um contingente crescente de pessoas excluídas, desempregadas, desabrigadas e que procuram formas alternativas de sobrevivência, desenvolvendo atividades produtivas na informalidade e, conseqüentemente, sem obter o licenciamento ambiental, o que nos leva a afirmar tratar-se de uma produção marginal, isto é, “clandestina”.

## 2.2 TENSÕES E CONTRAPONTO DO DESENVOLVIMENTO E DA SUSTENTABILIDADE

Tendo em vista que o objeto da economia é a gestão dos recursos produtivos ou recursos naturais, os quais juridicamente são considerados bens ambientais, de natureza difusa e que tendem ao esgotamento, se não forem explorados de forma racional, podemos afirmar que encontramos aí o ponto de congruência do direito com a economia, haja vista a tutela desses recursos que englobam: a água, o ar, o solo, a fauna, a flora e as jazidas minerais.

Vale salientar que, conforme exposto anteriormente, o modelo atual de desenvolvimento do mundo não é sustentável, pois é responsável pela exclusão e pela degradação social e ambiental, sendo necessário grande aporte de recursos financeiros para mitigá-los e evitar que ocorra deterioração da qualidade de vida de todos, independente de ser ou não proprietário do capital, ou seja, necessário se faz contextualizar os problemas daí decorrentes e buscar respostas para evitar tensões e contrapontos do desenvolvimento e da sustentabilidade.

Argumentando a esse respeito Figueiredo Filho e Menezes (2012) revelam que o direito ambiental é considerado como uma obrigação de resultados dada a sua finalidade de criar normas visando à preservação dos recursos ambientais. A economia, por sua vez, pela sua interdependência dos recursos ambientais estabelece parâmetros para o manejo desses recursos, considerando as normas jurídicas existentes, ou seja, não há como dissociar o uso dos recursos econômicos do meio ambiente e do direito.

Essa relação é pautada na tutela jurídica do interesse difuso, cuja relação jurídica recai sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sobre o direito de propriedade e sobre a ordem econômica. É nesse contexto que se aplica o conceito de sustentabilidade onde se vê que o parcelamento e o uso do solo com atividades devidamente licenciadas são ferramentas indispensáveis no controle da degradação ambiental, e para que se possa vislumbrar a função social da propriedade onde as atividades produtivas são desenvolvidas.

Neste cenário, o direcionamento dado ao licenciamento ambiental deve ser entendido como procedimento básico não apenas de controle, mas de gestão

ambiental, pois conforme posicionamento adotado por Farias (2009, p. 114) com o qual concordamos:

Com efeito, o licenciamento ambiental é a base estrutural da gestão ambiental pelas empresas e demais atividades capazes de causar impacto ambiental, visto que cada licença ambiental aponta expressamente uma série de condicionantes que devem ser seguidos pelos empreendedores. [...]. Além de ser considerado o instrumento mais efetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, o licenciamento ambiental adquire especial importância na medida em que serve como mecanismo de articulação entre os demais instrumentos, a exemplo da avaliação de impactos ambientais, dos padrões de qualidade ambiental e do zoneamento urbanístico e ambiental.

Tomando-se como exemplo o regramento contido no parágrafo 1º, inciso V do artigo 225 da Carta Magna Vigente, estabelecendo ser incumbência do Poder público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”, podemos afirmar que o licenciamento ambiental é, de fato, o instrumento administrativo que concretiza essa determinação, posto ser a sua finalidade verificar se determinada atividade está de acordo com os padrões de qualidade ambiental previstos na legislação constitucional e infraconstitucional vigentes, bem como aquelas prescritas pelo órgão ambiental competente.

O problema é quando nos voltamos para as atividades potencialmente poluidoras que deveriam ter o amparo do Poder Público, em face de serem exploradas sem o registro formal junto aos órgãos competentes, detectamos que, pela sua atuação no setor informal da economia, ocorre um relacionamento conflituoso entre a exploração econômica e a sustentabilidade. Tomando o exemplo do segmento salão de beleza, verificamos que entre 2005 e 2011, o número de salões abertos, segundo dados da Associação Nacional do Comércio de Artigos de Higiene Pessoal e Beleza [ANABEL], cresceu 78% (NOVO AMBIENTE, 2011).

E, entre 2010 e 2011, constatamos, com base nos dados estatísticos do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas [SEBRAE] que a quantidade de empreendedores individuais que atuam nesse segmento salão de beleza aumentou 220%. Vale salientar que esses são empreendimentos registrados e, por isso aparecem nas estatísticas oficiais; entretanto, esses números podem ser ainda maiores já que não se tem dados sobre o total de estabelecimentos e de

profissionais que atuam na informalidade, mas sabe-se que são muitos que surgem como alternativa ao desemprego, gerando emprego e renda para várias famílias.

O Brasil é o terceiro maior mercado de beleza do mundo. Dados obtidos junto a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos [ABIHPEC] mostram que, em 2010 o segmento faturou um pouco mais de R\$ 27 bilhões. Acrescentamos ainda referência à existência de dados obtidos através de pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE] em parceria com a Federação do Comércio do Estado de São Paulo [FECOMÉRCIO-SP] mostrando que, na atualidade, as famílias brasileiras gastam em média, cerca de R\$ 1 milhão por mês em serviços oferecidos pelos salões de beleza<sup>58</sup>.

Reconhecida a importância econômica e social dessa atividade e dos respectivos empreendimentos que exploram o segmento salão de beleza, passamos a enfatizar as questões que caracterizam tensões e contrapontos do desenvolvimento e da sustentabilidade, nas suas dimensões tangíveis e intangíveis, haja vista o potencial degradador dessa atividade que utiliza, em grande escala, compostos químicos que formam a base de shampoos, condicionadores, tinturas, descolorantes, alisadores, gel e *sprays* fixadores, os quais, via de regra, não tem suas embalagens, geralmente de metais ou plásticos, descartadas adequadamente. Ocorre que, mesmo possuindo resíduos químicos, essas embalagens são depositadas em aterros sanitários comuns ou lixões, resultando em contaminação do solo e do lençol freático, só para citar um pequeno exemplo desse potencial.

Pela sua capacidade inclusiva, já que emprega informalmente um contingente populacional marginalizado que encontra nessa atividade possibilidade de que, além de gerar o sustento seu e de sua família, o empreendedor possa empregar mais algumas pessoas que passam a exercer atividade produtiva e deixam de ser vistas como marginais. Nesse ponto, consideramos que essas reflexões adquirem importância ímpar, a começar pela indicação de que essas pessoas exercem atividade perigosa, onde é possível constatar empiricamente, tratar-se de atividade cujo processo de preparação e aplicação de produtos contendo amônia, formol, metais pesados a exemplo do chumbo e do cádmio, entre

---

<sup>58</sup> A esse respeito consultar matéria publicada na revista Novo Ambiente (2011) sob o título Beleza (im)pura! O impacto químico dos salões de beleza, p. 46-49.

outros é realizado sem o uso de equipamento de proteção individual [EPI], principalmente máscaras, aventais e luvas que são essenciais para evitar contaminação do profissional e do cliente que está fazendo uso desse serviço, conduta que caracteriza infração ambiental e que, inclusive enseja licença da vigilância sanitária pela sua periculosidade.

Ressaltamos que na Paraíba, por exemplo, não há empreendimentos explorando esse segmento produtivo salão de beleza que possuam licença de operação fornecida por órgão ambiental competente<sup>59</sup>. Isso significa dizer que seu potencial degradador não foi ainda analisado, bem como não há indicação de medidas mitigadoras a serem adotadas, pois seus empreendedores não demonstram conhecimento ou preocupação com os riscos ambientais decorrentes de sua atividade, do mesmo modo que o Poder Público não possui uma política de fiscalização adequada para identificar e sanar os problemas daí decorrentes.

Ocorre que, diante de situação envolvendo qualquer denúncia sobre irregularidade no que diz respeito ao cumprimento da legislação ambiental, tanto o Ministério Público, quanto os órgãos ambientais competentes para apurar essa irregularidade, entendem que se o estabelecimento objeto de averiguação não possuir a licença de operação, este deverá ter suas atividades suspensas, até que esse procedimento administrativo seja concluído<sup>60</sup>. Isso ocorre com outros empreendimentos que atuam na informalidade como oficinas mecânicas, lava auto, panificadoras, fabricação caseira de detergentes, bares, lanchonetes, restaurantes, lavanderias, estúdios de gravação de CD e DVD, dentre outros.

É nesse ponto que focamos a maior tensão entre a sustentabilidade e o desenvolvimento econômico. Ora, se o empreendimento deixar de funcionar, as pessoas envolvidas na atividade produtiva deixarão de auferir renda e, conseqüentemente não terão meios de pagar seus compromissos financeiros assumidos com fornecedores, com funcionários – que também não são registrados e, por isso não fazem jus ao seguro desemprego; ou mesmo manter o seu sustento

---

<sup>59</sup> Essa afirmação é embasada em consulta feita ao setor de licenciamento ambiental da Superintendência de Desenvolvimento do meio Ambiente do estado da Paraíba [SUDEMA] e da Secretaria Municipal de Meio Ambiente da Prefeitura de João Pessoa [SEMAM], em julho de 2013.

<sup>60</sup> Esse entendimento é fundamentado na Lei nº 6.938/81 – Política Nacional de Meio Ambiente, inciso IV do art. 9º e art. 10. Resolução nº 237/97 do Conama e art. 60 da Lei 9.605/98- Lei dos Crimes Ambientais.

e de suas famílias. Assim, não seria menos traumático, se o Poder Público, ao invés de suspender a atividade, oferecesse meios de adequação para evitar degradação ambiental, já que o licenciamento ambiental não será liberado, haja vista o caráter informal da atividade?

Essa adequação implicaria em assistência técnica sobre gestão ambiental, de modo que a atividade passe a ser desenvolvida dentro de padrões definidos pela legislação ambiental e, nesse contexto, seja traçado o caminho para a sua legalização e a tramitação do licenciamento ambiental, pois a questão de sobrevivência das pessoas não pode estar abaixo da lei, ou seja, não se pode deixar as pessoas em estado de necessidade, sem perspectiva de atender suas necessidades básicas.

Ousamos admitir que a sustentabilidade, antes não vislumbrada seria posta em prática, ou seja, ao mesmo tempo em que evitaria precarização e deterioração das condições de vida dessa população, o Poder Público estaria abrindo espaço para um processo de conscientização e de efetivação da aplicação de políticas públicas voltadas para o cumprimento da legislação ambiental e da produção sobre o paradigma da sustentabilidade.

Esse paradigma reduzirá os custos sociais enquanto produto do desemprego da atividade informal nas modalidades micro, pequeno ou médio negócio como também reduzirá o impacto dessas atividades sobre o meio ambiente, haja vista a adoção de medidas mitigadoras que deverão constar nos condicionantes de cada licença concedida, evitando, inclusive que ocorram acidentes, bem como deposição inadequada de resíduos, poluição e degradação ambiental com consequências dramáticas sobre a vida em todas as suas dimensões.

### **3 ALGUMAS REFLEXÕES, A TÍTULO DE CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Injustiça social é termo que remete à noção de exclusão, termo relacionado a situações de crises do Estado de Bem-Estar Social e das tendências do mercado de trabalho no contexto do desenvolvimento econômico em curso no mundo globalizado. Trata-se de um fenômeno típico do capitalismo que resulta em questão

social cujo perfil é marcado pelo desemprego, pela sobrevivência em ocupações precárias, pela vedação ao acesso a uma ocupação estável e regular, mas também por uma reação que objetive reverter essa situação, surgindo então a exploração das denominadas atividades econômicas informais.

As atividades econômicas informais são vistas como via alternativa para reverter esse quadro e garantir as condições mínimas de sobrevivência aos excluídos, diante de um sistema de economia de mercado cuja dinâmica não consegue gerar emprego e renda, capaz de oferecer ao trabalhador condições dignas de sustento para si e seus dependentes. Agregamos a esse elemento dificultador a problemática ambiental, que assim como a exclusão é conceito de natureza difusa, posto atingir o tecido social de forma abrupta e danosa, caracterizando assim situação de vulnerabilidade.

O desafio de conciliar o crescimento e o desenvolvimento econômico com a dimensão ambiental representada pelo conceito de sustentabilidade, pelo licenciamento ambiental, pelo estudo de impacto ambiental, pela conscientização de que os recursos produtivos ou recursos ambientais estão caminhando para o esgotamento, comprometendo a qualidade de vida das populações e do meio ambiente, precisa ser concretizado.

Assim, consideramos ser imprescindível a adoção de uma nova abordagem a essa problemática envolvendo o conceito de sustentabilidade para que ocorra interface deste com a superação da exclusão social, ou seja, urge que o Poder Público identifique os problemas ambientais decorrentes da exploração de atividades informais e viabilize procedimentos de gestão ambiental para que tais atividades sejam desenvolvidas atendendo as normas ambientais vigentes, caminhando na direção de sua legalização, inclusive no que respeita à obtenção do seu licenciamento ambiental.

Quanto ao tratamento diferenciado, que sugerimos deve ser dado a esses empreendedores, defendemos a tese de que a própria Carta Magna no seu artigo 170, inciso IX, prevê tratamento diferenciado para as atividades econômicas de pequeno porte, o qual foi regulamentado pela Lei Complementar Federal nº 123/2006, Lei Geral das microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tratamento esse que o Poder Público Municipal, através de mecanismos de gestão ambiental

específicos, pode estender as atividades informais, justificando assim a função exercida por tais empreendimentos diante de sua capacidade de gerar emprego e renda, de promover a inclusão social e de contribuir para o fortalecimento da economia local, criando assim um ambiente macroeconômico favorável ao desenvolvimento já que haverá maior circulação de recursos financeiros, vislumbrando-se o começo de um processo de superação da pobreza e de desenvolvimento social sustentável como uma nova página da política ambiental local que deverá começar a ser delineada.

Em suma, consideramos que os mecanismos de gestão ambiental potencializam a adoção de políticas públicas capazes de internalizar ações que objetivem a redução dos impactos ambientais e o fomento do desenvolvimento de atividades produtivas, sejam elas formais ou informais, em harmonia com o meio ambiente, ancoradas no conceito de sustentabilidade. Essa construção depende da compreensão de que o meio ambiente saudável é condição *sine qua non* para o Bem Estar Social, para o desenvolvimento das atividades produtivas e para a sobrevivência das atuais e futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

BELEZA (im)pura! O impacto químico dos salões de beleza. *Novo Ambiente: desenvolvimento com equilíbrio*. ano 2, ed. 18. Novembro/2011

BOFF, Leonardo. *A última trincheira: temos que mudar economia e ecologia* (2009). Disponível em: <[www.franciscanos.org.br](http://www.franciscanos.org.br)>. Acesso em 15 nov. 2012.

CABRAL, Gabriela. Guerra do Golfo. In: *Mundo contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com/historiageral/guerra-golfo.htm>>. Acesso em 2 mar. 2013.

DIAS, Genebaldo Freire. *Educação ambiental: princípios e práticas*. São Paulo: Gaia, 2003.

FARIAS, Talden. Aspectos gerais do licenciamento ambiental. In: *Direito ambiental: tópicos especiais*. João Pessoa: Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIGUEIREDO FILHO, Francisco Freire de; MENEZES, Maria do Socorro da Silva. *Sinopse de direito ambiental*. São PAULO: CL EDIJUR, 2012.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

OLIVEIRA, Roberto Guerra de. Economia do meio ambiente. In: MONTORO FILHO et. al. (orgs.). *Manual de economia*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

PAULO NETTO, José; BRAZ, Marcelo. *Economia política: uma introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

PEDRO, Antonio Fernando Pinheiro; FRANGETTO, Flávia Witkowski. Direito ambiental aplicado. In: PHILIPPI JR, Arlindo; ROMÉRIO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet (org.). *Curso de gestão ambiental*. BARUERI: Manole, 2004, p. 617-656.

RATTNER, Henrique. *Mercosul e Alca: o futuro incerto dos países sul-americanos*. São Paulo: EDUSP, 2002.

SEABRA, Giovanni. Educação ambiental na sociedade de consumo e riscos. In: \_\_\_\_\_. (org.). *Educação ambiental*. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2009.

TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN, Francisco. *Introdução à economia*. São Paulo: Makron Books, 2005.

**NO ÂMBITO PROCESSUAL, A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DEVE SER ENQUADRADA COMO SENDO UMA RELAÇÃO DE TRABALHO OU UMA RELAÇÃO DE CONSUMO?**

**UNDER PROCESS, THE SERVICE MUST BE FRAMED AS BEING AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP OR CONSUMPTION OF A RELATIONSHIP?**

MARKUS SAMUEL LEITE NORAT\*

## **RESUMO**

Este artigo tem por objetivo o estudo da competência da Justiça do Trabalho após a modificação promovida pela EC 45 no texto do artigo 114 da CF. Após a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que alterou diversos dispositivos da Constituição Federal brasileira, dentre eles, o disposto no artigo 114, a competência material da Justiça do Trabalho, sofreu uma enormíssima alteração, que causou nos operadores do Direito, várias dúvidas quanto a sua amplitude, pois a Justiça do Trabalho que, agora, estaria apta para processar e julgar ações oriundas dos mais diversos tipos de relações de trabalho e, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. Tal situação gerou uma grande celeuma doutrinária e jurisprudencial, pois os operadores do direito tiveram dúvidas sobre como ficaria essa “nova” competência da Justiça do Trabalho frente a determinadas situações fáticas. Sendo a mais palpitante delas a discussão se a Justiça do Trabalho teria o condão para processar e julgar, também, ações oriundas de prestação de serviços, que são, notadamente, tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Palavras chave: Direito Processual do Trabalho. Competência da Justiça do Trabalho. Prestação de serviço autônomo. Relação de trabalho. Relação de consumo.

---

\* Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais; Pós-Graduação em Direito Eletrônico pela Universidade Gama Filho; Pós-Graduação em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor pela UNIASSELVI - Centro Universitário Leonardo da Vinci - ICPG - Instituto Catarinense de Pós Graduação; Pós-Graduação em Direito de Família pela Universidade Gama Filho; Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela ESA-PB - Escola Superior da Advocacia da Paraíba - Faculdade Maurício de Nassau; Pós-Graduação em Direito Ambiental pela UGF - Universidade Gama Filho; Extensão universitária em Direito Digital pela Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo; Extensão universitária em Didática Aplicada pela UGF; Extensão universitária em Novas Tecnologias da Aprendizagem: Novas Plataformas pela UGF; Extensão universitária em Políticas Educacionais pela Universidade Gama Filho; Extensão universitária em Aspectos Filosóficos pela UGF; Advogado; Assessor Jurídico do Ministério Público da Paraíba; Professor, Voluntário e Coordenador do Departamento de Pós-Graduação Jurídica da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba; Membro Coordenador Editorial de Livros Jurídicos da Editora Edijur (São Paulo); Membro-Diretor Geral e Editorial da Revista Científica Jurídica *Cognitio Juris*, ISSN 2236-3009; Membro Coordenador Editorial da Revista *Ciência Jurídica*, ISSN 2318-1354; Membro do Conselho Editorial da Revista *Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, ISSN 2237-1168; Autor de livros e artigos jurídicos.

## ABSTRACT

After Constitutional Amendment No. 45, December 30, 2004, the substantive jurisdiction of the Labor Court, has changed, causing the operators of the law, several questions regarding its amplitude. Being the most of them throbbing discussion to the Labour Court would have the privilege to try and judge, also actions from services, which are, notably, tutored by the Brazilian Code of Consumer Protection.

Keywords: Labour Procedure Law; Jurisdiction of the Labour Court; Providing Standalone Service; Working Relations; Consumption Ratio.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 30 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional nº 45 alterou diversos dispositivos da Constituição Federal brasileira, dentre eles, o disposto no artigo 114, que trata da competência da Justiça do trabalho.

Com a referida alteração do texto constitucional, o artigo 114 da CF, que antes dispunha:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Passou a apresentar a seguinte redação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

- I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- II as ações que envolvam exercício do direito de greve;
- III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
- IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
- V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
- VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
- VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
- VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Percebe-se, facilmente, que a competência da Justiça do Trabalho, após a Emenda Constitucional nº 45, sofreu uma enormíssima alteração.

A Justiça do Trabalho que, antes, tinha a competência de conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos, agora estaria apta para processar e julgar ações oriundas dos mais diversos tipos de relações de trabalho e, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

De tal maneira, a alteração do texto constitucional promovida em 2004 alterou o entendimento sobre a competência da justiça trabalhista, que, historicamente<sup>61</sup>, sempre tratou – exclusivamente – dos conflitos oriundos das relações de emprego, ou seja, dos conflitos provenientes da relação entre os empregados e os empregadores, para, a partir de agora, tratar das relações de trabalho (trabalhadores e empregadores).

O novo texto constitucional – que foi instituído com o intento de ampliar a competência da justiça trabalhista, e por isso traz em sua redação a expressão “relação de trabalho”, que é demasiadamente expansiva – trouxe, em virtude, justamente, da enorme amplidão abarcada pelo termo, um problema intrínseco: Ao determinar, simplesmente, que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho”, a norma não estaria estipulando até que ponto a expressão “relação de trabalho” alcançaria, e, por conseguinte, até que ponto seria a competência da Justiça do Trabalho.

Tal situação gerou uma grande celeuma doutrinária e jurisprudencial, pois os operadores do direito tiveram dúvidas sobre como ficaria essa “nova” competência

---

<sup>61</sup> Desde a Constituição Federal de 1934 que, em seu artigo 122, dispunha sobre a competência da Justiça do Trabalho. Devemos atentar que, mesmo que, na ocasião, a Constituição Federal não utilizasse o termo “competência”, o dispositivo deixava claro o intento do legislador, quando determinava que “para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I” (O Capítulo IV do Título I da Constituição Federal de 1934 trata do Poder Judiciário).

da Justiça do Trabalho frente a determinadas situações fáticas, como, por exemplo: a prestação de serviços seria enquadrada como sendo uma relação de trabalho ou uma relação de consumo?

Ora, sabemos, todos nós, que a prestação de serviços é regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro<sup>62</sup>; contudo, sabemos, ainda, que a prestação de serviços também pode ser caracterizada como sendo uma relação de trabalho. Daí surge o seguinte questionamento: um cirurgião plástico que fez uma cirurgia em uma paciente e não recebeu o pagamento pelo serviço prestado, deverá demandar contra a paciente na justiça consumerista<sup>63</sup> ou na justiça trabalhista?

Esse tipo de situação seria, portanto, caracterizada como sendo uma relação jurídica de natureza bifronte?

A competência material da Justiça do Trabalho, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, teria o condão para processar e julgar, também, relações jurídicas tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro?

Estamos diante do assunto que será tratado neste artigo jurídico; e, para bem compreender o tema, passaremos a apresentar a conceituação dos devidos polos constitutivos.

## **2 RELAÇÃO DE TRABALHO, DE EMPREGO E DE CONSUMO**

### **2.1 RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO**

O empregado é a pessoa física que preste serviços de natureza não eventual a um determinado empregador, sob a dependência deste e mediante salário; contudo existem diversas formas de prestação de serviços que não se enquadram nos requisitos necessários que caracterizam o empregado. São, portanto os trabalhadores.

---

<sup>62</sup> Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

<sup>63</sup> Atente que em alguns estados da federação nós podemos encontrar Varas Especializadas de Direito do Consumidor, em outros, o consumidor que precise acionar a justiça em virtude de um conflito decorrente de relação de consumo só poderá o fazer através da justiça comum (cível).

Não devemos confundir, como sendo sinônimo, o termo *empregado* com o termo *trabalhador*, pois estes não se delimitam naquele. O empregado está inserido no grupo dos trabalhadores, é uma das classes desses.

O empregado é caracterizado pelas seguintes características: ser pessoa física, pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade; inexistindo qualquer um desses requisitos, estaremos, portanto, diante de um trabalhador (trabalhador autônomo, trabalhador eventual, trabalhador voluntário, empreiteiro, estagiário...).

Temos, portanto, que os trabalhadores são o gênero ao qual pertence o empregado. Seguindo o mesmo sentido, devemos diferenciar a relação de trabalho da relação de emprego.

A relação jurídica é uma “situação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra de um dever ou de uma sujeição”<sup>64</sup>, ou seja, é uma relação social que repercute no âmbito jurídico.

A relação jurídica, englobando os sujeitos, o objeto e o negócio jurídico vinculante das partes, é, como visto, a categoria básica do fenômeno do Direito. Efetivamente, ela se qualifica como o vértice em torno do qual se constroem todos os princípios, institutos e regras que caracterizam o universo jurídico.

Ao lado desse caráter geral magnetizador, a relação jurídica ocupa posição de destaque em cada um dos ramos jurídicos especializados. Na verdade, a especialização desses ramos surge exatamente à medida que lhes desponta uma relação jurídica específica, hábil a detonar a necessidade de formulação e desenvolvimento de princípios, regras e institutos jurídicos que sejam compatíveis e referenciados a essa relação surgida.<sup>65</sup>

A relação de trabalho e, também, a relação de emprego, são, portanto, espécies de relações jurídicas.

Existe uma grande distinção entre a relação de trabalho e a relação de emprego; como bem aponta Mauricio Godinho Delgado:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente

---

<sup>64</sup> DOMINGUES DE ANDRADE. Manuel A. *Teoria geral da relação jurídica*. V. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 2.

<sup>65</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 285.

admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

A relação de emprego, entretanto, é, do ponto de vista técnico-jurídico, apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes.<sup>66</sup>

Assim, temos que a expressão *relação de trabalho* é utilizada para designar todo e qualquer tipo de prestação de serviços. Se uma pessoa presta um serviço a outra, essa relação é chamada de relação de trabalho. O termo tem caráter genérico, ou seja, é extremamente abarcante, por compreender qualquer tipo de contratação do trabalho humano; incluindo-se aqui a relação de emprego, além das relações de trabalho autônomo, eventual, avulso etc.

Temos, portanto, que a *relação de trabalho* é o gênero ao qual pertence a *relação de emprego*.

A relação de emprego, que é uma espécie de relação de trabalho, é caracterizada pela presença da subordinação, da dependência; que, por sua vez, é elemento inerente ao conceito de empregado.

## 2.2 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

### 2.2.1 Conceito de Empregador

A Consolidação das Leis do Trabalho trata expressamente, em seu artigo 2º, sobre a conceituação de empregador, quando dispõe que empregador é a empresa, seja ela individual ou coletiva, que, assumindo os riscos de uma atividade econômica, admita, assalarie e dirija a prestação pessoal de serviços.

A CLT dispõe ainda, no parágrafo 1º do artigo 2º, que devem ser equiparados ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras

---

<sup>66</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Ibidem*. p. 285-286.

instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados; conforme podemos aferir no texto do dispositivo:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Importante salientar que esse conceito apresentado pela Consolidação das Leis do Trabalho recebe críticas por parte da doutrina, que alega que assimila o empregador à empresa, que, por sua vez, não tem o *status* de sujeito de direito, com exceção da empresa pública; existindo, também, os que discordam desse entendimento, afirmando que o legislador não está subjetivando, quando diz que o empregador é a empresa, mas sim determinando que a contratação do empregado não se dá com a pessoa física do empregador, mas sim com a sua empresa. Como bem leciona Alice Monteiro de Barros:

O art. 2º da CLT considera empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos do empreendimento econômico, contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Esse conceito é criticado pela doutrina, sob o argumento de que assimila o empregador à empresa, a qual não é sujeito de direito, salvo a empresa pública, por força do Decreto-Lei n. 200. Há, entretanto, quem refute essa crítica, dizendo que, quando o legislador considera empregador a empresa, não está subjetivando-a, mas esclarecendo que o empregado, ao contratar os seus serviços, não o faz com a pessoa física do empregador, por ser efêmera, acidental, mas com o organismo duradouro que é a empresa.<sup>67</sup>

Há de se perceber que a conceituação de empregador trazida pela CLT fica um tanto errônea quando determina que o empregador é a empresa, porque, sabemos, que existe a possibilidade de uma pessoa ter os seus serviços contratados para a satisfação de necessidades humanas que não ofereçam lucro;

---

<sup>67</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 294.

em tal caso, podemos, sim, encontrar empregadores que não podem ser caracterizados como sendo uma empresa; pois não possuem o hábito da produção e busca pelo lucro.

De tal maneira, podemos, pois, determinar que o empregador pode ser juridicamente conceituado como sendo uma pessoa física ou jurídica que admita, assalarie e dirija a prestação pessoal de serviços, e, assuma os riscos da atividade.

### 2.2.2 Conceito de Empregado

A Consolidação das Leis do Trabalho dispõe, em seu artigo 3º, sobre a conceituação de empregado, quando considera que empregado é toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Devemos atentar que o conceito legal, trazido pelo artigo 3º da CLT, não impõe restrições quanto ao serviço que deve ser prestado, assim sendo, independe o tipo de serviço prestado, podendo ser de natureza intelectual, técnica ou manual. É exigido apenas que o serviço não seja prestado de maneira eventual; ou seja, o empregado, que é subordinado ao empregador, pessoalmente deverá prestar o serviço com habitualidade, mediante contraprestação pecuniária.

Do conceito apresentado, podemos aferir, pois, os requisitos essenciais para a caracterização do empregado: ser pessoa física, pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade.

É importante, ainda, ser ressaltado que esses requisitos são essenciais, inerentes, e, portanto, devem coexistir, devem ser apresentados cumulados.

Faltando qualquer um destes requisitos, não poderemos empregar o termo empregado, pois será apenas um trabalhador.

## 2.3 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Uma relação jurídica será considerada como sendo uma relação jurídica de consumo quando pudermos identificar, como pólos constitutivos da relação, o

consumidor de um lado e o fornecedor do outro lado transacionando produtos e/ou serviços.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro tem o desígnio de equilibrar as relações jurídicas de consumo, que são as relações praticadas entre pessoas desiguais: consumidores e fornecedores, tendo por objeto produtos e serviços.

Se, na relação jurídica, não pudermos identificar o elemento subjetivo (o consumidor e o fornecedor) e o elemento objetivo (produtos e serviços), essa relação não é uma relação jurídica de consumo e, por conseguinte, não será tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, é extremamente importante sabermos quem são os consumidores e os fornecedores e ainda, o que pode ser considerado produto e serviço.

## 2.4 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

### 2.4.1 Conceito de Consumidor

A Constituição Federal determina ao Estado promover a defesa ao consumidor, mas não define quem seria esse sujeito de direitos. Conceituação esta, que encontraremos a partir do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que traz, expressamente, em seu texto, o conceito de consumidor no artigo 2º, e completa essa conceituação nos artigos 17 e 29, conforme segue:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Deste modo, podemos determinar como sendo consumidor: a pessoa física, a pessoa jurídica ou, até mesmo, por meio de equiparação, a coletividade de pessoas, independente de serem determináveis ou não, que adquirem ou utilizam produtos ou serviços, para o seu próprio benefício ou de outrem.

O consumidor – destinatário final é aquela pessoa que adquire o produto ou o serviço para o uso privado, porém, admitindo-se esta utilização em atividade de produção, com a finalidade de desenvolver atividade comercial ou profissional, desde que seja provada a vulnerabilidade desta pessoa física ou jurídica que está adquirindo o produto ou contratando o serviço.

Devemos tratar diferenciadamente aqueles que adquirem um produto ou serviço para utilizá-lo como forma de produção, pois estes adquirentes podem possuir tanta vulnerabilidade em relação ao produto ou serviço que está sendo adquirido, como qualquer outra pessoa que o utilizaria para satisfação de uma necessidade própria.

Seria, por exemplo, uma pequena panificadora que compra um veículo automotor para utilizá-lo na entrega das encomendas e este apresenta diversos vícios de produção; ou ainda, o taxista que adquire um veículo e este apresenta os mesmos problemas encontrados no automóvel adquirido pela panificadora. Há de se notar que tanto o padeiro como o taxista possuem habilidades distantes da produção de automóveis, portanto podem não ter o menor conhecimento técnico sobre veículos, da mesma maneira que qualquer outra pessoa que adquire o veículo para uso privado. São todos igualmente vulneráveis neste aspecto, e, portanto, consumidores.

#### 2.4.2 Conceito de Fornecedor

Após explicitar a conceituação do consumidor, definir-se-á agora o outro polo da relação jurídica de consumo, o fornecedor. O Código do Consumidor dispõe em seu artigo 3º que fornecedor pode ser toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou, ainda, entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou de prestação de serviços.

Pela simples leitura do *caput* do artigo 3º do CDC, fica evidenciada a intenção do legislador em estender ao máximo o conceito de fornecedor. E, o fez de modo

muito acertado, pois, sabemos, que o consumidor, para existir, carece da existência do fornecedor.

No conceito trazido pelo Código, encontramos um pré-requisito essencial para se determinar a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, e os entes despersonalizados, como sendo um fornecedor: a habitualidade. Quando o Código, no *caput* do art. 3º, fala em “*desenvolvem atividade de...*”, se refere àquela pessoa que pratica com habitualidade determinada atividade.

Importantíssimo se faz a expressa disposição no conceito de fornecedor: somente poderá ser determinado como sendo fornecedor, aquela pessoa que coloque produtos ou serviços no mercado de consumo de forma habitual.

Se, por exemplo, uma panificadora que possua um veículo automotor e o utilize para transportar suas encomendas, decidir vender este veículo para uma pessoa particular, este estabelecimento não pode ser considerado como fornecedor nessa relação, pois ela não tem habitualidade de negociar a compra e venda de veículos automotores. A panificadora tem a habitualidade, apenas, de produzir alimentos.

No exemplo supramencionado, inexistente um fornecedor nesta relação de consumo, portanto esta relação não poderá ser normatizada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, visto que o consumidor carece da presença do fornecedor para que exista a relação jurídica de consumo e para que esta seja regulada pelo CDC. Assim, esta relação deverá ser regida pelo Código Civil brasileiro.

Justamente pela obrigatoriedade da existência de um fornecedor para que o consumidor possa ser tutelado pelos efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é que a definição de fornecedor recebe tanta amplitude. O Código determina que fornecedor seria aquela pessoa que desempenha atividade de produzir, montar, criar, construir, transformar, importar, exportar, distribuir ou comercializar produtos ou prestar serviços. Sendo assim, é fornecedor aquele que coloca produtos ou serviços à disposição no mercado de consumo, desde que de forma habitual.

### 3 RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE CONSUMO

#### 3.1 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: RELAÇÃO TRABALHISTA OU CONSUMERISTA?

Já dissemos, no início deste trabalho, que a alteração do texto constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 45 gerou uma grande celeuma doutrinária e jurisprudencial, pois os operadores do direito tiveram dúvidas sobre como ficaria a abrangência da “nova” competência da Justiça do Trabalho. A grande questão levantada foi se a prestação de serviços, que é regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, passaria a ser caracterizada como sendo uma relação de trabalho e, portanto, de competência da Justiça do Trabalho ou continuaria sendo uma relação de consumo.

Buscando a solução para esta pergunta, a doutrina se dividiu e teorias distintas foram formadas. Neste tópico apresentaremos as principais teorias apresentadas, para, por fim, demonstrarmos qual delas delineia a melhor solução para a presente discussão.

Alguns juristas acreditaram que uma relação jurídica de consumo que seja constituída com base em uma prestação pessoal de serviços, seja por um autônomo ou por um profissional liberal, deverá ser analisada sob dois distintos pontos de vista, que determinaram sua competência, pois esse tipo de situação seria uma relação jurídica de natureza bifronte:

Passemos a analisar o entendimento de Renato Saraiva:

Discute-se na doutrina se a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho alcançaria também a relação contratual de consumo, reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

O Código de Defesa do Consumidor possibilita que a relação de consumo também tenha por objeto a prestação pessoal de serviços (art. 3º, § 2º, da Lei 8.078/1990). Pois bem, nessa hipótese, a relação jurídica formada entre o prestador do serviço (fornecedor) e o destinatário do mesmo serviço (consumidor) apresenta-se sob dois ângulos distintos.

Caso o litígio entre o fornecedor e o consumidor envolva relação de consumo, ou seja, a discussão gire em torno da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, entendemos que a Justiça do Trabalho não terá competência para processar e julgar a demanda, uma vez que a pretensão deduzida em juízo não está afeta à relação de trabalho.

Todavia, se o litígio entre o prestador de serviços e o consumidor abranger a relação de trabalho existente entre ambos, como no caso de não-

recebimento pelo fornecedor pessoa física do numerário contratado para a prestação dos respectivos serviços, não há dúvida que a Justiça do Trabalho será competente para processar e julgar a demanda.<sup>68</sup>

Este entendimento é seguido por João Oreste Dalazen, Ministro do TST, que assim doutrina:

Cuida-se, a meu juízo, de uma relação jurídica de natureza **bifronte**: do ângulo do consumidor/destinatário do serviço, relação de consumo, regida e protegida pelo CDC; do ângulo do prestador do serviço (fornecedor), regulada pelas normas gerais de Direito Civil.

Evidentemente, que nessa relação contratual tanto pode surgir lesão a direito subjetivo do **prestador do serviço** (fornecedor) quanto do **consumidor/destinatário** do serviço.

Entendo que a lide propriamente da relação de consumo, entre o **consumidor**, nesta condição, e o **respectivo prestador do serviço, visando à aplicação do Código de Defesa do Consumidor**, escapa à competência da Justiça do Trabalho, pois aí não aflora disputa emanada de relação de trabalho. É lide cujo objeto é a defesa de direitos do cidadão na condição de **consumidor** de um serviço e, não, como **prestador** de um serviço. Afora isso, em geral a relação de consumo traduz uma obrigação contratual de resultado, em que o que menos importa é o trabalho em si.

Entretanto, sob o enfoque do prestador de serviço (fornecedor), é forçoso convir que firma ele uma relação jurídica **de trabalho** com o **consumidor/destinatário** do serviço: um se obriga a desenvolver determinada atividade ou serviço em proveito do outro mediante o pagamento de determinada retribuição, ou preço.

Se, pois, a relação contratual de consumo **pode** ter por objeto a prestação de serviços e, assim, caracterizar **também**, inequivocadamente, uma relação **de trabalho** em sentido amplo, afigurasse-me inafastável o reconhecimento da competência material da Justiça do Trabalho para a lide que daí emergir, **se e enquanto não** se tratar de lide envolvendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Vale dizer: se não se cuida de litígio que surge propriamente da relação de consumo, mas da relação de trabalho que nela se contém, regulada pelo Direito Civil, não atino para a razão de descartar-se a competência da Justiça do Trabalho. É o que se dá, por exemplo, na demanda da pessoa física prestadora de serviços em favor de outrem pelos honorários ou preço dos serviços contratados.<sup>69</sup>

Seguindo a linha de entendimento apresentada pelos autores supramencionados, à época da mudança do texto constitucional pela EC 45/2004, muitos operadores do direito – advogados, na tentativa de receber honorários advocatícios que não foram devidamente quitados pelos seus clientes, impetraram ações judiciais na justiça trabalhista. Contudo, na grande maioria das vezes, a

<sup>68</sup> SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 72-73.

<sup>69</sup> DALAZEN, João Oreste. *in ANAMATRA* (autores diversos). *Nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 156-157. *Apud* SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 73-74.

Justiça do Trabalho se julgava incompetente. Determinando, portanto que, por se tratar de uma relação de consumo, a competência seria da Justiça Comum.

A seguir, analisemos uma jurisprudência que considera a Justiça do Trabalho incompetente para conhecer e dirimir os litígios que envolvam a cobrança de honorários advocatícios do patrono em face de cliente que não quita sua verba honorária, por considerar tal assunto como uma relação de consumo:

**RECURSO DE EMBARGOS NA VIGÊNCIA ATUAL DO ARTIGO 894, II, DA CLT. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE MANDATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE CONSUMO. DESPROVIMENTO.**

894 II CLT A Justiça do Trabalho é incompetente para julgar a presente ação, em que o advogado, profissional liberal, busca o recebimento dos honorários advocatícios pelos serviços executados. Trata-se de uma relação de consumo, e não de trabalho, sendo, portanto, de competência da Justiça Comum. In casu, o trabalho não é o cerne do contrato, mas sim um bem de consumo que se traduziu nele, que é o resultado esperado diante de um contrato realizado entre as partes, qual seja, prestação de serviços de advocacia como profissional liberal. Assim, a competência da Justiça do Trabalho estará assegurada apenas quando não houver, pela natureza dos serviços realizados, relação contratual de consumo. A apreciação da matéria, que nos parece mais coerente, deve levar em consideração, pelo caráter bifronte da relação, a regra da -bilateralidade da competência- (Ministro João Oreste Dalazen), pela via da ação de reconvenção, em que o juiz competente para a ação, também o deve ser para a reconvenção. Recurso de embargos conhecido e desprovido.

(781 781/2005-005-04-00.5, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 29/10/2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais,, Data de Publicação: 20/11/2009)

Agora, analisemos uma jurisprudência que considera a Justiça do Trabalho competente para conhecer e dirimir os litígios que envolvam a cobrança de honorários advocatícios do patrono em face de cliente que não quita sua verba honorária:

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RELAÇÃO DE CONSUMO X RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - E.C.45.**

A discussão sub judice remete o julgador à observância do atual Texto Constitucional, à luz do advento da Emenda Constitucional nº 45, que alargou sensivelmente o espectro da competência material desta Justiça do Trabalho, principalmente com a redação do inciso I do artigo 114, substituindo a expressão anterior "...dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores...", pela atual redação de competência para "...as ações oriundas da relação de trabalho...". Em verdade, o dispositivo suso mencionado traz mudança substancial da Constituição

Federal colocando, agora, de maneira inexorável, a Justiça do Trabalho no centro da solução dos conflitos provenientes do trabalho humano, prestigiando ainda mais os princípios da República Federativa do Brasil, de respeito ao ser humano, seus valores fundamentais e o valor social do trabalho (artigo 1º, III e IV). Através dessa atuação jurisdicional especializada, passa-se a dirimir por completo os litígios envolvendo essa relação, compreendendo agora não somente a prestação de serviços subordinada mas abrangendo, também, o trabalho de natureza autônoma, o que atrairá com maior frequência a incidência de outras normas dos Direitos Comum e Processual, desde que sejam compatíveis com as regras celetistas, cabendo ao Juiz do Trabalho aplicá-las ao caso concreto, somando-as à sua conhecida competência tradicional de relação de emprego. A relação "de caráter trabalhista", mencionada em referido dispositivo da Lei 8.078/90, diz respeito, por certo, à relação de emprego, prevista no Estatuto Consolidado. Isso por uma questão cronológica de sua inserção no ordenamento jurídico, já que anterior à Emenda Constitucional nº 45, cuja vigência deu-se a partir de 31 de dezembro de 2.004, do que resultaria a aplicação da legislação consumerista às relações de trabalho que não fossem relação de emprego. Com efeito, o advogado é um profissional liberal. Contudo é, acima de tudo, um trabalhador que se utiliza de sua força de trabalho para subsistência própria e de seus familiares. Importante frisar que o caso específico é o da prestação de serviços regida pelos artigos 593 usque 609 do Código Civil Brasileiro. Outrossim, é vedado ao advogado, por dispositivos estatutários (artigos 34, incisos III e IV da Lei nº 8.906/94 e artigos 5º e 7º do Código de Ética da OAB) a prática de atos de agenciamento, captação de clientela ou mercantilização de causas, próprios da relação consumerista da Lei 8.078/90. Pode-se dizer, pois, com segurança, que é da competência material dessa Justiça Especial do Trabalho, conhecer e dirimir os litígios que envolvam a cobrança de honorários advocatícios do patrono em face de cliente que não quita sua verba honorária. (1271200804502008 SP 01271-2008-045-02-00-8, Relator: VALDIR FLORINDO, Data de Julgamento: 04/11/2008, 6ª TURMA, Data de Publicação: 14/11/2008)

O entendimento jurisprudencial majoritário é o de que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar casos em que o advogado busca o recebimento dos honorários advocatícios pelos serviços executados, chegando, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça a editar a súmula 363, que assim dispõe: "Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra clientes".

Defendendo posicionamento diferente do apresentado por Renato Saraiva e por João Oreste Dalazen, de que a competência para ações oriundas de relações consumo não é da Justiça do Trabalho, mas sim, da Justiça Cível, podemos citar Carlos Henrique Bezerra Leite, que assim assevera:

(...) a nosso ver, não são da competência da Justiça do Trabalho as ações oriundas da relação de consumo. Vale dizer, quando o trabalhador autônomo se apresentar como fornecedor de serviços e, como tal, pretender receber honorários do seu cliente, a competência para a demanda será da

Justiça Comum e não da Justiça do Trabalho, pois a matéria diz respeito à relação de consumo e não à de trabalho. Do mesmo modo, se o tomador de serviço se apresentar como consumidor e pretender devolução do valor pago pelo serviço prestado, a competência também será da Justiça Comum.

Isso porque relação de trabalho e relação de consumo são inconfundíveis.<sup>70</sup>

### Entendimento também defendido pelo jurista Otavio Amaral Calvet:

Numa relação de trabalho, portanto, nunca pode aparecer como tomador do serviço o usuário final, este mero cliente consumidor, mas sempre alguém que, utilizando do labor adquirido pela relação de trabalho, realiza sua função social perante os usuários finais.

Cita-se, como exemplo, o paciente que utiliza dos serviços de um dentista dentro de uma clínica especializada. Em relação ao paciente há verdadeira relação de consumo com a clínica, que a realiza através de um dos seus trabalhadores (o dentista). Já entre o dentista e a clínica sim, podemos fixar a existência de relação de trabalho, ainda que mencionado profissional seja autônomo ou eventual.

Observe-se que o dentista, no exemplo supra, despende sua energia de trabalho em prol da clínica que, recebendo o pagamento do paciente, repassa parte para o dentista e retém parte como lucro. Assim, restam evidenciadas duas relações: a de consumo entre paciente-clínica e a de trabalho, entre dentista-clínica. A primeira foge à competência da Justiça do Trabalho. A segunda, insere-se na nova competência material desse ramo do judiciário.

Indagar-se-á se, no exemplo supra, ao invés do paciente buscar uma clínica para tratamento, fosse ele buscar diretamente um dentista, profissional liberal autônomo, para execução do serviço dentário. Um exame açodado poderia levar à conclusão de que o paciente “tomou” os serviços do dentista, configurando-se uma relação de trabalho entre ambos, figurando o dentista como trabalhador e o paciente como tomador dos serviços.

Ocorre que, conforme conceito acima explicitado, a relação de trabalho não ocorre entre o trabalhador e o usuário final do serviço. No caso em análise, existiria verdadeira relação de consumo, figurando o paciente como consumidor e o dentista como prestador de serviços. A presente conclusão assegura o tratamento correto às relações de trabalho e consumo, cada uma com princípios diversos ou, pelo menos, com foco em pólos diversos dessas relações.

Se é pacífico que a doutrina trabalhista vê na relação de consumo questões similares à relação de emprego (em sentido estrito) pela hipossuficiência de uma das partes e pela concessão de benefícios a ela em busca de uma igualdade substantiva, há de se ressaltar que, na relação de consumo, o protegido é o consumidor e, em hipótese alguma, o prestador dos serviços, este aparecendo como o detentor do poder econômico que oferece publicamente seus préstimos auferindo ganhos junto aos consumidores.

Transportando-se para as relações de trabalho em sentido lato, seria no mínimo estranho imaginar-se o deferimento de uma tutela especial ao consumidor que, no caso, apareceria também como tomador dos serviços, reconhecendo-se-lhe, simultaneamente, duas posições que se afiguram incompatíveis ontologicamente: a de fragilizado consumidor com a de contratante beneficiado pela energia de trabalho (tomador dos serviços).

---

<sup>70</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 206.

Assim, resta fixada a segunda premissa para caracterização das relações de trabalho da competência da Justiça do Trabalho: o tomador dos serviços não pode ser o usuário final, mas mero utilizador da energia de trabalho para consecução da sua finalidade social (ainda que seja o tomador pessoa natural ou ente despersonalizado).<sup>71</sup>

Nosso entendimento é o de que a Justiça do Trabalho não é competente para julgar casos que envolvam a cobrança de honorários advocatícios do patrono em face de cliente que não quita sua verba honorária. Tal assunto é de competência da Justiça Comum (ou da Vara especializada em Direito do Consumidor, quando existir na localidade).

Da mesma maneira, a Justiça do Trabalho, também, não possui o condão para processar e julgar as relações jurídicas de consumo, que são, por conseguinte, tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, e, desta forma, de competência da justiça cível ou consumerista.

### 3.2 POSICIONAMENTO SOBRE A COMPETÊNCIA PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DAS AÇÕES ORIUNDAS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Após todas as considerações explanadas, podemos concluir que uma relação jurídica que seja consubstanciada em uma prestação pessoal de serviços, por exemplo: um cirurgião plástico que fez uma cirurgia em uma paciente e não recebeu o pagamento pelo serviço prestado, deverá demandar contra a paciente na justiça consumerista<sup>72</sup> ou cível.

Esse tipo de situação pode ser enquadrada – nos moldes do Código de Defesa do Consumidor – como uma relação de consumo, e, também, pode ser enquadrada como sendo uma relação de trabalho. Tal situação jurídica pode ser, portanto, caracterizada como sendo uma relação jurídica de natureza bifronte.

Neste tipo de situação nós não devemos encaminhar o possível litígio para a Justiça do Trabalho, por ser uma justiça especializada. A justiça trabalhista,

<sup>71</sup> CALVET, Otavio Amaral. *A Nova Competência da Justiça do Trabalho: Relação de Trabalho x Relação de Consumo*. Disponível em < <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/A%20Nova%20Competência%20da%20Justiça%20do%20Trabalho%20Relação%20de%20Trabalho%20x%20Relação%20de%20Consumo%20-%20Otavio%20Calvet.pdf>>.

<sup>72</sup> Atente que em alguns estados da federação nós podemos encontrar Varas Especializadas de Direito do Consumidor, em outros, o consumidor que precise acionar a justiça em virtude de um conflito decorrente de relação de consumo só poderá o fazer através da justiça comum (cível).

passando a receber ações de natureza bifronte, perderia a característica que lhe é essencial e inerente; de tal modo, perderia, portanto, a sua autonomia e importância. A Justiça do Trabalho, ao aceitar querelas judiciais que tenham a potencialidade de versar sobre matérias estranhas à laboralista, estaria, em verdade, se transformando em uma justiça comum.

Mais do que isso, devemos ressaltar, ainda, uma importante consideração: Utilizemos o exemplo hipotético supramencionado: “um cirurgião plástico que fez uma cirurgia em uma paciente e não recebeu o pagamento pelo serviço prestado decide buscar as vias judiciais para receber o pagamento a que tem direito”.

Suponhamos, agora, que a referida ação, proposta pelo médico cirurgião plástico, é recebida – normalmente – pela Justiça do Trabalho, e, durante o decurso do processo, a paciente que não efetuou o pagamento pela cirurgia plástica alega que foi vítima de erro médico, pois seu corpo ficou deformado e sofre, até a presente data, com enormes dores. A paciente apresenta uma reconvenção. E agora?

O artigo 315 do CPC dispõe que o réu poderá reconvir ao autor, no mesmo processo. Contudo resta a seguinte questão: A Justiça do Trabalho seria competente para julgar a reconvenção do exemplo hipotético supramencionado? Um assunto eminentemente consumerista poderia ser julgado por um juiz trabalhista? A resposta é não.

Sobre o tema, Carlos Henrique Bezerra Leite, de forma magistral, leciona:

É certo, porém, que a reconvenção, como qualquer ação, exige do réu-reconvinte a satisfação dos pressupostos processuais e das condições da ação, além de observar alguns requisitos específicos exigidos por lei para o seu cabimento, seja no processo civil, seja no trabalhista.

Com efeito, dispõe o art. 315 do CPC que o “réu pode reconvir ao autor no mesmo processo toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”.

Comentando o referido dispositivo, *Nelson Nery Júnior* leciona que para a admissibilidade da reconvenção existem quatro pressupostos específicos:

a) que o juiz da causa principal não seja absolutamente incompetente para julgar a reconvenção (CPC, Art. 109). A reconvenção deve versar, pois, sobre demanda oriunda da relação de emprego ou da relação de trabalho, ou ainda, nas demais hipóteses previstas no art. 114 da CF, com redação dada pela EC n. 45/2004.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 513.

Portanto, diante das considerações explanadas, podemos concluir que a competência material da Justiça do Trabalho, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, não possui o condão para processar e julgar, também, relações jurídicas de consumo, que são, por conseguinte, tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, e, desta forma, de competência da justiça cível ou consumerista.

Ainda, após todo o exposto nesse trabalho, podemos dizer, seguindo a lição do Professor Paulo Antônio Maia e Silva<sup>74</sup>, que a mudança introduzida pela Emenda Constitucional 45 não trouxe alteração no campo de aplicação do direito material trabalhista: as normas do ordenamento jurídico do direito laboral continuam sendo de aplicação exclusiva do trabalhador subordinado. Segundo Paulo Maia, a diferença em relação ao quadro anterior à Emenda, é que atualmente as ações que envolvem litígios decorrentes de outras relações de trabalho serão apreciadas pela Justiça Trabalhista.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esta obra trata da competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional número 45, com ênfase especial aos aspectos da relação jurídica de trabalho *versus* a relação jurídica de consumo.

O tema passou a ser o objeto de estudo deste trabalho em virtude da celeuma doutrinária e jurisprudencial motivada pela alteração trazida pela Emenda constitucional nº 45 que concedeu uma enormíssima alteração na competência da justiça trabalhista, que, antes, tinha a autoridade de conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos (tratando exclusivamente dos conflitos provenientes de relações entre empregados e empregadores), passaria agora, a processar e julgar ações oriundas dos mais diversos tipos de relações de trabalho (relações entre trabalhadores e empregadores) e de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

---

<sup>74</sup> SILVA, Paulo Antônio Maia e. Direito do trabalho. Leme: Edijur, 2011. p. 48.

De tal modo, dentre as dúvidas apresentadas pelos operadores do direito, quanto a competência da Justiça do Trabalho após a EC 45, tratamos, mais detidamente, do questionamento que envolve as relações consumeristas: Afinal, agora, a prestação de serviços seria enquadrada como sendo uma relação de trabalho ou uma relação de consumo? Em outras palavras: A competência material da Justiça do Trabalho, trazida pela Emenda Constitucional nº45/2004, teria o condão para processar e julgar, também, as relações jurídicas que são tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor?

Para abordar o tema, iniciamos o trabalho expondo os fundamentos e a formação histórica dos movimentos que deram origem às relações sociais, e sindicais que motivaram o desenvolvimento dos pleitos por melhores condições trabalhistas e consumeristas.

Para tanto, explicamos que as relações jurídicas trabalhistas e consumeristas foram desencadeadas em virtude da luta do homem pelos Direitos Humanos e Universais, após o advento da Revolução Industrial. Os pleitos por melhores condições de vida (trabalho, higiene, dignidade, alimentação...) dão o ponto de partida para o surgimento dos sindicatos, dos movimentos trabalhistas e dos movimentos sociais, que buscavam a regulamentação das condições em que os operários eram submetidos dentro das indústrias.

Após explicar como se dá a relação de trabalho, a relação de emprego e a relação de consumo, passamos a conceituar, de modo acertado, os polos constitutivos dessas relações jurídicas, a saber: os sujeitos da relação de emprego (empregador e empregado) e os sujeitos da relação de consumo (consumidor, fornecedor, produto e serviço).

Por fim, tratamos se a prestação de serviços seria da competência da Justiça do trabalho, após o disposto pelo artigo 114 da Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional nº 45, assunto este, que é o suporte fático deste trabalho; apresentando, para tanto, excelente levantamento jurisprudencial, e findando com uma conclusão que apresenta um posicionamento preciso, firme e claro.

Expondo, assim o nosso entendimento, que é o de que a Justiça do Trabalho não é competente para julgar casos que envolvam a cobrança de honorários advocatícios do patrono em face de cliente que não quita sua verba honorária, pois

tal assunto é de competência da Justiça Comum (ou da Vara especializada em Direito do Consumidor, quando existir na localidade).

Da mesma maneira, a Justiça do Trabalho, também, não possui o condão para processar e julgar as relações jurídicas de consumo, que são, por conseguinte, tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, e, desta forma, de competência da justiça cível ou consumerista.

## 5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Direito do trabalho material, processual e legislação especial*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

ALZUGARAY, Domingo; ALZUGARAY, Cátia (Editores). *A revolução industrial in The concise guinness encyclopédia*. Inglaterra: Guinness Publishing Ltd., 1993.

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. São Paulo: Ática, 2001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil anotado e legislação complementar*. São Paulo: Atlas, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. *Código de proteção e defesa do consumidor: nova edição revista, atualizada e ampliada com o decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em 15 abr.2012.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº 1/1992 a 64/2010, pelo decreto legislativo nº 186/2008 e pelas emendas constitucionais de revisão nº 1 a 6/1994*. 32. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

- CALVET, Otavio Amaral. *A Nova Competência da Justiça do Trabalho: Relação de Trabalho x Relação de Consumo*. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/A%20Nova%20Competência%20da%20Justiça%20do%20Trabalho%20Relação%20de%20Trabalho%20x%20Relação%20de%20Consumo%20-%20Otavio%20Calvet.pdf>. Acesso em 15 abr.2012.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria geral da relação jurídica*. V. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, 2001. Volume Único.
- FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010.
- GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 3.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, decreto nº 2.181/97*. 6. ed. rev., ampl. e atual. pelas leis nºs 11.989/2009 e 12.039/2009. Niterói: Impetus, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NORAT, Markus Samuel Leite. *Direito do consumidor*. Leme: Edijur, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Direito do consumidor: interpretação jurisprudencial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: CDAN, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Direito do consumidor: oferta e publicidade*. Leme: Anhanguera, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito para concursos públicos*. Leme: CL Edijur, 2012.

\_\_\_\_\_. O conceito de consumidor no direito: uma comparação entre as teorias finalista, maximalista e mista. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande: Ano XIV, Número 88, maio 2011.

\_\_\_\_\_. Evolução histórica do direito do consumidor. *Cognitio Juris*, João Pessoa: Ano I, Número 2, agosto 2011.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de defesa do consumidor anotado e comentado*. São Paulo: Atlas, 2004.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007.

SILVA, Paulo Antônio Maia e. *Direito do trabalho*. Leme: Edijur, 2011.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENEZIANO, André Horta. *Direito e processo do trabalho*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Volume 1.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 6. ed., São Paulo: Scipione, 1996.

## NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por email, digitados em espaço 1,5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT e em duas vias impressas. Uma das duas vias impressas deve vir sem informação que identifique a autoria. As versões impressas não serão devolvidas ao autor, que manterá seu texto em arquivo para as eventuais modificações sugeridas pelos pareceristas. Em folha à parte devem vir o título, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor.

As "Notas" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4cm, fonte 10 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo trabalho segundo o exemplo:...como diz Preti (1991: 43)...; referências após citação: (Preti 1991:43); no caso de paráfrase (cf.: Preti 1991:43). Nunca usar idem, ou idem, ibidem. Para ênfase usar itálico e não sublinhar.

"Tabelas", "gráficos", "desenhos", "quadros" e "árvores" devem ser encaminhados, também separadamente, em versão impressa, pronta para ser fotografada, em laser/ink jet ou tinta nanquim. Devem ser numerados e ter título. Apenas as iniciais do título devem estar em maiúsculas.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas e sem espaço entre as referências. O principal sobrenome de cada autor é seguido de vírgula e do nome e sobrenomes. O nome de outros autores, quando houver, ou dos organizadores da obra de onde for retirado o artigo, precedem o sobrenome. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em itálico. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. A data identificadora da obra deve vir entre pontos, após o nome do autor (outras datas relevantes no final da entrada). Mais de uma obra de um autor no mesmo ano devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data.

Tamanho do artigo: 12 a 15 páginas.

Endereço:

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º  
Piso; Manaíra Shopping;  
Bairro: Manaíra;  
Cidade: João Pessoa – PB  
CEP: 58037-000

Fone: (0xx83) 2106 6175