

José Carlos Kraemer Bortoloti
Luciane Drago Amaro
(Orgs.)

temas

contemporâneos
de direito



Edição
Fac-similar



méritos
editora

José Carlos Kraemer Bortoloti
Luciane Drago Amaro
(Orgs.)

temas
contemporâneos
de direito



Edição
Fac-similar

Passo Fundo

2009



méritos
editora

© 2009 – versão livro em papel – Livraria e Editora Méritos Ltda.
[2021 – versão fac-similar em e-book]

Rua do Retiro, 846
Passo Fundo - RS - CEP 99074-260
Fone: (54) 3313-7317
Página na internet: www.meritos.com.br
E-mail: sac@meritos.com.br

Charles Pimentel da Silva
Editor

Jenifer Hahn
Auxiliar de edição

Importante: As opiniões expressas neste livro, que não sejam as escritas pelos organizadores em seus capítulos, não representam idéia(s) destes. Cabe, assim, a cada autor responsabilidade por seus escritos.

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei nº 9.610 de 19/02/1998. Partes deste livro podem ser reproduzidas ou transmitidas, desde que sejam citados o(s) nome(s) do(s) autor(es)(as), o título da obra, do capítulo, o nome da editora e os demais elementos que conformam as regras de referência da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T278 Temas contemporâneos de direito / organizado por
José Carlos Kraemer Bortoloti e Luciane Drago Amaro. -
Passo Fundo: Méritos, 2009.
208 p.

ISBN 978-85-89769-63-1

1. Direito 2. Ciência Jurídica I. Bortoloti, José Carlos
Kraemer, org. II. Amaro, Luciane Drago, org. III. Título.
CDU 34

Ficha catalográfica elaborada por Rafael Antunes dos Santos CRB10/1898

Impresso no Brasil

*Agradecemos à professora
Dra. Sandra Leal, idealizadora do
NAPEJ e das conquistas do Curso de Direito,
e também ao professor Ms.
Valdecir Antônio Simão, pelo pronto auxílio
e apoio nos projetos do NAPEJ, assim como
nas demandas cotidianas do Núcleo.*

Muito obrigado!



Deusa Themis, estilizada. 2009. Arte sobre tela, 60 x 170 cm. Autor: Ale Zanonato, artista plástico.

E-mail: alezanonato1@yahoo.com.br. Fone: 54-3361-1665.

Nota dos organizadores

O pensador: este é agora o ser em que o impulso à verdade e aqueles erros conservadores da vida combatem seu primeiro combate, depois que o impulso à verdade se demonstrou como uma potência conservadora da vida. (Nietzsche)

Ao se relacionar pesquisa e direito contemporâneo por meio do âmbito acadêmico, é imprescindível se partir da constatação de que o desenvolvimento histórico-jurídico exerce fundamental influência sobre as características atuais do ensino jurídico brasileiro. As constantes alterações curriculares, bem como a ausência de uma matriz eficaz e voltada à realidade do âmbito jurídico brasileiro, criaram um ensino estagnado, preocupado unicamente em legislar sobre o perfil burocrático-administrativo das instituições, assim como sobre o aparato teórico excessivamente centralizado de seus currículos.

Além disso, diante das contínuas alterações políticas e sociais ocorridas no Brasil, o ensino jurídico manteve suas características pautadas em bases já distintas em relação às classes que predominam nas instituições, conseqüentemente com padrão e linhagem intelectual desqualificados em relação ao que os ciclos sociais necessitam.

Tem se deparado, nas últimas décadas, com uma forte necessidade de alteração em seu modelo central, principalmente pelo excessivo aspecto dogmático, descartando o fomento às atividades de conciliação do âmbito jurídico e o social. Assim, são formados, na grande maioria, dogmáticos despreparados para enfrentar a atividade profissional e, mais grave, se permite a continuidade e o

aumento preocupante de uma singularidade na promoção às novas necessidades no âmbito social.

Por essas sendas, a pesquisa docente (formação docente) se revela como um dos fatores principais para a alteração dos quadros de tecnicização dogmática do curso de Direito, promovendo, assim, a formação de um corpo discente preparado para a atividade profissional contemporânea. Conforme Luiz Alberto Warat, “[...] deve abrir-se para os domínios afins ao jurídico, desde os quais pode extrair novos critérios de significação jurídica, mais conformes com a dinâmica social atual, cuja complexidade e alterabilidade estão crescendo aceleradamente”¹. Docência, nesse sentido, é sinônimo de pesquisa e de formação contínua.

A presente obra – Temas contemporâneos de Direito – é resultado do fomento à pesquisa docente do NAPEJ – Núcleo Avançado de Prática e Estudos Jurídicos do curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Ela não tem a pretensão de concluir ou formar tese, mas sim de criar perspectivas para a continuidade da formação do corpo docente do curso de Direito, especialmente criando um vínculo interdisciplinar entre teoria e prática jurídicas.

Boa leitura.

Passo Fundo-RS, inverno de 2009.

José Carlos Kraemer Bortoloti

Mestre em Direito

Coordenador do NAPEJ

Luciane Drago Amaro

Especialista em Processo Civil

Docente do NAPEJ

¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 39.

Prefácio

Metaforicamente, a atividade de ensino, pesquisa ou extensão pode ser pensada como um deslocamento no tempo e no espaço, cujo combustível é a paixão, e o veículo, a razão. Se a vontade é a ignição e o projeto o destino, o método é, sem dúvida, a direção. Deisy Ventura

Aprender: um processo antropofágico de tornar-se *designer* de si mesmo

Estranho como as coisas vão perdendo sentido com o passar dos tempos. Porém, também é o tempo o redentor dos sentidos, pois basta uma pequena olhada para trás, uma incursão romântica nos clássicos, por que não dizer um *revival* reflexivo pela história, para recuperar a banalidade dos significantes e dos significados e, definitivamente, ressignificar.

Ressignificar: trabalho para Sísifos, num mundo tão veloz e com tão pouco tempo para (re) pensar, constantemente, com consciência metodológica, o porquê da opção por um determinado caminho.

Pois é um sinal dos tempos o eterno retorno de um tema recorrente, mas esquecido, ou melhor dizendo sublimado: por que não educar pela pesquisa? Quem são e onde estão os professores pesquisadores?

Historicamente, a universidade foi o símbolo da transição entre mundos – do medieval para o renascimento; da vida rural para a urbana; do mundo eterno para o temporal, do pensamento dogmático para o racional. Ainda que pensadores como Leibniz e

Copérnico nunca tenham se aproximado do saber institucionalizado, e embora pese sobre a universidade o processo de condenação de Joanna D'Arc, era esse o espaço de produção de conhecimento. Um conhecimento que, influenciado pelo pensamento decartiano, encerrou o científico ao comprovável, e, por conta disso, santificou o local da pesquisa. Ser professor, nessa perspectiva, incondicionalmente, era ser pesquisador.

Séculos se passaram e o cenário acadêmico passou a ser embalado por uma máxima do senso comum teórico: ser docente é ensinar. Quem dá aula é docente. O que se perdeu neste hiato entre o conhecimento e o pensamento, processo esse relacionado à concepção de ensinar, tão questionada por Maturana, foi a capacidade de perceber que ensinar é impossível, porque ela depende do sujeito. E o processo cognitivo é muito mais complexo do que preparar um aula expositiva com slides, data-show e tiradas engraçadas.

Somente depois de quebradas as resistências, denunciadas por Piaget, através de um processo maiêutico de desestabilização do saber evoca-se no sujeito (aluno ou professor) a vontade de “saber”. Dessa desacomodação cria-se o desejo de agir sobre o problema, a partir da condição de realidade do sujeito, para um novo processo de assimilação. Neste processo de continuidade e novidade do cognitivo, é preciso tomar consciência da coordenação das ações, porque aprender é criar mapas para movimentar o conhecimento. E, definitivamente, isto só é possível através do instrumental que a pesquisa oferece em suas múltiplas possibilidades de abordagem. Só que para isso é preciso desafiar o preconceito, desmistificando o local a que a pesquisa foi alçada. É preciso decodificar o processo de pesquisa para torná-lo uma prática real, prazerosa e possível. Como? Potencializando os espaços de aprendizagem como a sala de aula, o Núcleo de Prática Jurídica, os projetos de extensão como nichos de pesquisa, resultando, desta ação, um ciclo de reatualização da tríade ensino–pesquisa–extensão. Nessa aventura coletiva de tornar o ambiente universitário um ambiente de aprendizagem, o professor deve realizar em si o que espera do aluno: aprender bem!

Sandra Leal

Mestre e doutora em Direito;

professora da Anhanguera Educacional S.A.

Sumário

NOTA DOS ORGANIZADORES.....	9
PREFÁCIO – <i>Aprender: um processo antropofágico de tornar-se designer de si mesmo</i> <i>Sandra Leal</i>	11
A INTERATIVIDADE ENTRE A TÉCNICA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO <i>Luciane Drago Amaro</i>	17
<i>Introdução</i>	17
1 <i>Meio ambiente</i>	18
1.1 <i>O ser humano e sua interação com o meio ambiente</i>	18
1.2 <i>Meio ambiente como direito humano fundamental</i>	21
1.3 <i>O direito de titularidade coletiva</i>	26
2 <i>Degradação ambiental</i>	30
2.1 <i>O dano</i>	30
2.2 <i>Aspectos processuais do dano e as decisões judiciais</i>	33
<i>Considerações finais</i>	36
<i>Referências</i>	37
A APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE BRASILEIRO <i>Juliana Ractz</i>	39
<i>Introdução</i>	39

1 A teoria da reserva do possível e o direito à saúde	40
1.1 A reserva do possível	41
1.2 A reserva do possível como limitador do Poder Judiciário .	47
1.3 Críticas à reserva do possível: impossibilidade de aplicação na realidade brasileira	53
Considerações finais	59
Referências	60

DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE: AÇÕES AFIRMATIVAS PARA QUE(M)?

José Carlos Kraemer Bortoloti	63
Introdução	63
1 O direito fundamental à igualdade	64
1.1 A interpretação do princípio da igualdade na Constituição de 1988.....	67
2 O princípio da igualdade e os seus destinatários: iguais versus desiguais	69
Considerações finais	79
Referências	80

DESAFETAÇÃO DE ÁREAS VERDES: UM ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA CIDADE E O REGISTRO IMOBILIÁRIO

Iumar Junior Baldo	83
Introdução	83
1 Parcelamento do solo urbano na legislação brasileira	85
2 A função da cidade no atual contexto socioambiental	88
3 Preservação ambiental da cidade e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana	90
4 Da afetação e desafetação de área verde	94
4.1 Argumentos contrários e favoráveis à desafetação de área verde	98
5 O registro de imóveis como instrumento de cidadania.....	100
Considerações finais	106
Referências	108

OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ANALISADOS SOB A LUZ DO <i>JUS POSTULANDI</i> E DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL <i>Fabiana Spessatto Bringhenti</i>	111
<i>Introdução</i>	111
1 <i>A evolução histórica do direito do trabalho</i>	112
2 <i>O Jus Postulandi</i>	115
3 <i>O princípio da sucumbência</i>	121
4 <i>Os honorários advocatícios na justiça do trabalho</i>	126
<i>Considerações finais</i>	130
<i>Referências</i>	132
DELAÇÃO PREMIADA: CONSTITUCIONALIDADE, APLICABILIDADE E VALORAÇÃO <i>Valdoir Bernardi de Farias</i>	135
<i>Introdução</i>	135
1 <i>Constitucionalidade da delação premiada</i>	139
2 <i>Aplicabilidade da delação premiada de acordo com os protagonistas do sistema acusatório</i>	144
3 <i>Valor probatório da delação premiada</i>	149
<i>Considerações finais</i>	153
<i>Referências bibliográficas</i>	154
A LIMITAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA LEI 11.101/2005 <i>Caroline Porto de Magalhães</i>	159
<i>Introdução</i>	159
<i>Breve análise da evolução do direito falimentar no Brasil</i>	160
1 <i>O instituto da falência</i>	167
2 <i>O privilégio dos créditos trabalhistas – (in)constitucionalidade da limitação dos créditos trabalhistas</i>	172
<i>Considerações finais</i>	183
<i>Referências bibliográficas</i>	184

CONTRATO DE HONORÁRIOS DO PROFISSIONAL LIBERAL E
CLÁUSULAS ABUSIVAS: PERSPECTIVA DA COMPETÊNCIA
DA JUSTIÇA DO TRABALHO FRENTE À EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

<i>Jucelia Sabadin</i>	187
<i>Introdução</i>	187
<i>1 O profissional liberal</i>	188
<i>2 Relação de emprego, relação de trabalho e relação de consumo</i> .	191
2.1 <i>Relação de emprego</i>	191
2.2 <i>Relação de trabalho</i>	192
2.3 <i>Relação de consumo</i>	193
<i>3 A competência da justiça do trabalho</i>	194
3.1 <i>Das cláusulas reputadas abusivas</i>	199
3.2 <i>A competência da Justiça do Trabalho após a emenda constitucional 45/2004 para julgar cláusulas reputadas abusivas decorrentes do contrato de prestação de serviço dos profissionais liberais</i>	202
<i>Considerações finais</i>	206
<i>Referências bibliográficas</i>	207

A interatividade entre a técnica processual civil brasileira e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Luciane Drago Amaro¹

Introdução

A presente pesquisa busca avaliar o ser humano e sua interatividade com o meio ambiente, uma vez que é sabido que os danos causados pelo homem comprometem a possibilidade de autorregeneração planetária, condenando todas as formas de vida, inclusive a humana, à extinção.

Cumprir analisar, dessa forma, como o direito se entrelaça interdisciplinarmente para que as condições dignas de sobrevivência em relação a todos os seres vivos se perpetuem, sendo necessário que se desenvolva uma consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza, respeitando todo ser vivo, afastando uma conduta humana antropocêntrica. Além disso,

¹ Especialista em Direito Processual Civil e Metodologia do Ensino Superior; advogada; professora do NAPEJ – Núcleo Avançado de Prática e Estudos Jurídicos da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo.

o dano provocado ao ambiente não retorna nas mesmas proporções da degradação, isso é nunca se pode avaliar com precisão a extensão do dano ambiental, uma vez que a degradação não respeita fronteiras, podendo um desequilíbrio causado gerar efeitos negativos imprevisíveis. Como precisar exatamente, por exemplo, os danos de um derramamento de óleo no mar? Como mensurar os impactos da extinção de uma espécie? Quais as suas consequências? Como reparar os prejuízos? Quanto custa o ar puro? A água não contaminada? Essas são questões cada vez mais em voga na atualidade. Resta saber se o direito está evoluindo no mesmo ritmo dos impactos ambientais, pelo menos nas questões processuais, como no caso da sentença civil em matéria ambiental. Ao longo do trabalho tenta se provar que o sistema processual brasileiro, no modelo concebido, nem sempre responde ao anseio da coletividade, pois o dano ambiental pode ser potencialmente poluidor, não configurando seus efeitos negativos no momento da prolação da sentença. A questão é: como fica o ser humano nesse panorama? Que planeta herdarão as futuras gerações? Nesse contexto, é adequado afirmar que se trata o meio ambiente como um direito humano fundamental, tutelado constitucionalmente, no entanto, ainda pouco respeitado e valorizado.

1 Meio ambiente

1.1 O ser humano e sua interação com o meio ambiente

O ser humano e o planeta Terra não são eternos. Essa é uma certeza científica, e, dependendo do que o homem fizer, o tempo de vida dele e do seu *habitat* poderá ser abreviado. Tal alerta serve para que se possa ter consciência de que a vida planetária é finita e que o homem vem contribuindo muito para apressar esse fim (SIRVINSKAS, 2008, p. 03).

De onde viemos e para onde vamos? Essa, sem dúvida, é a grande inquietação humana. Uma vez que não é possível determinar

em que ponto da história do homem e do planeta Terra a humanidade está, a única resposta é que “a espécie humana e a Terra encontram-se num determinado estágio de evolução impossível de ser precisada” (MILARÉ, 2007, p. 54). Nesse panorama, há um enfrentamento entre direitos e deveres, progresso e crescimento, conflitando constantemente com a questão ambiental, sendo esse o palco onde se desenrola o drama da vida sobre o planeta (MILARÉ, 2007, p. 55).

A constituição química, física e biológica do planeta demonstra que tudo se concentra em um sistema único na natureza, configurando uma relação de interdependência entre todos os elementos orgânicos: “a Terra inteira como único ser vivo em procura constante do seu equilíbrio homeostático” (OST, 1995, p. 107)², sendo que a perturbação de um elemento pode afetar qualquer outro componente do sistema ao qual está integrado, e a desestabilização de um ecossistema pode gerar instabilidade nos sistemas vivos a ele relacionados (SENDIN apud STEIGLEDER, 2004, p. 20).

Todo esse processo de interdependências baseia-se em equilíbrios complexos, em ciclos de reprodução e em facultades de regeneração. Essa capacidade autorreguladora consiste no pressuposto de que os sistemas ecológicos estão em equilíbrio dinâmico, assegurando a automanutenção e a autorregulação das suas funções básicas. Isso se deve, essencialmente, à ação dos componentes bióticos (plantas e animais), que impõem seus ciclos vitais ao sistema onde se inserem (Idem, p. 20). Sendim refere que

esta capacidade significa, por um lado, que uma intervenção humana no ambiente pode ser tolerada sem determinar necessariamente uma perda da capacidade funcional do ecossistema. Mas significa, por outro, que os sistemas ecológicos têm limites de tolerância aos fatores limitantes que, uma vez ultrapassados, determinam a perda de equilíbrio dinâmico. Assim, o que se revela essencial, como objetivo do sistema jurídico

² Por homeostase se entende a habilidade de uma célula ou um organismo de manter um ambiente interno constante, um equilíbrio de condições, como a temperatura interna ou o conteúdo de um fluido, através da regulação de processos fisiológicos e ajustamentos às mudanças no ambiente externo. Muitos ambientalistas acreditam que esse princípio também se aplica ao meio ambiente externo. Um grande número de sistemas ecológicos, biológicos e sociais são homeostáticos, mantêm o equilíbrio, contrariando qualquer mudança, e, caso não sejam bem sucedidos em repor o equilíbrio, podem conduzir à interrupção do funcionamento do sistema (DICIONÁRIO DE ECOLOGIA, 1998, p. 285).

cujos objetos são o patrimônio natural, a preservação da capacidade de autorregulação dos sistemas ecológicos (Idem, p. 21, grifo nosso).

Tal constatação aponta para a possibilidade de os juristas entenderem ser as lesões ambientais sempre revertidas, não havendo necessidade, por isso, de intervenção urgente para contê-las, visão essa completamente errônea, tendo em vista que as ações humanas são cada vez mais intensas e temporalmente próximas, interrompendo os ciclos naturais, e podendo, por seus efeitos cumulativos, resultar em lesões irreversíveis (STEIGLEDER, 2004, p. 20-21).

Todavia, por meio de uma conduta humana de essência antropocêntrica³, o dano ambiental nem sempre será juridicamente tido como significativo, pois se for considerado que a qualidade ambiental deve ser medida pela maior ou menor interferência nas necessidades humanas, desde que não signifiquem perigo à vida e à saúde, o dano não será reparável (STEIGLEDER, 2004, p. 22). “Dessa forma, se tudo for quantificado apenas em função do homem e suas carências, perdem relevo os demais seres vivos e mal se compreende que a noção de ambiente a eles se refira” (Idem, grifo nosso). Infere-se, pois, que o meio ambiente é o *habitat* dos seres vivos, ou seja, a sua casa, formando um conjunto harmonioso que oferece condições de interação entre os ecossistemas para a existência da vida como um todo (SIRVINSKAS, 2008, p. 37), sendo também esse o entendimento de José Afonso da Silva (2007, p. 20), que conceitua o meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”, conceito que poderia ser complementado com referências ao meio ambiente do trabalho⁴.

³ Segundo Milaré (2007, p. 97), antropocentrismo é uma concepção genérica que, em síntese, faz do homem o centro do universo, ou seja, a referência máxima e absoluta de valores (verdade, bem, destino último, norma última e definitiva etc.), de modo que ao seu redor gravitem todos os demais seres por força de um determinismo fatal. Nesse mesmo sentido, Edgar Morin (2005, p. 46) defende que a educação ensina a separar, compartimentar, isolar, e não a ligar os conhecimentos, e, portanto, faz conceber a humanidade de forma insular, fora do cosmos que cerca o homem e da matéria física que os constitui.

⁴ Meio ambiente do trabalho é uma das categorias para um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ele está diretamente relacionado à segurança do empregado em seu local de trabalho. Esse local está, via de regra, inserido nos centros urbanos. É nesse ambiente

Logo, pode-se afirmar que o direito ambiental é uma espécie de direito sistematizador, articulando várias fontes do direito, entre elas a lei, a doutrina e a jurisprudência. Atualmente, esse direito vigora de tal forma que não se concentra apenas em codificações esparsas, tutelando o ar atmosférico, o solo, as florestas ou a biodiversidade, mas sim toda uma gama de direitos, interligando os mais diversos temas por meio de instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, mas, acima de tudo, informando, monitorando e participando ativamente do cotidiano de todos (MACHADO, 2008, p. 54-55).

As questões referidas indicam a necessidade de surgimento de um novo direito, voltado a uma nova sociedade pós-Revolução Industrial, que perceba que as condutas humanas que visam ao desenvolvimento necessitam ser tomadas com responsabilidade, pois, enquanto integrantes de uma coletividade, os homens devem preservar os ecossistemas para que as espécies, na sua totalidade, se perpetuem.

1.2 Meio ambiente como direito humano fundamental

A Declaração do Meio Ambiente, de Estocolmo, está para o meio ambiente assim como a Declaração dos Direitos do Homem⁶ está para a humanidade, porquanto houve sua constitucionalização,

que o trabalhador fica exposto a produtos perigosos ou a uma atividade insalubre. Ele deve ser adequado às atividades desenvolvidas pelo funcionário, proporcionando-lhe uma qualidade de vida digna. O direito ambiental não se preocupa somente com a poluição emitida pelas indústrias, mas também com a exposição direta dos trabalhadores a agentes nocivos (SIRVINSKAS, 2008, p. 559).

- 5 Primeira carta de direito internacional a ampliar o conceito de direitos humanos para abranger o direito de viver num ambiente sadio. Cançado Trindade refere que no plano de direito internacional, cada vez mais frequentemente tem sido reconhecida a íntima relação entre meio ambiente e direitos humanos, demonstrada pelo fato de que a degradação ambiental pode agravar as violações de direitos humanos e, por sua vez, as violações de direitos humanos podem conduzir à degradação ambiental ou dificultar a proteção do meio ambiente (STEIGLEDER, 2004, p. 107).
- 6 Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos[...]. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição [...]. todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. (artigos I,II,II da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada a 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia das Nações Unidas) (DORNELLES, 2006, p. 7-8).

o que fez com que se passasse a considerar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, muito embora ele não esteja elencado no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal. Apesar disso, a ele se equipara, sendo sua aplicabilidade plena (STEIGLEDER, 2004, p. 111).⁷

Adentrando um pouco mais na história do planeta para melhor entender a complexidade de sua constituição e a conseqüente necessidade de se classificar o meio ambiente como um direito humano fundamental, é preciso lembrar que todo o processo de constituição planetária foi extremamente violento e, ao mesmo tempo, extraordinário, considerando que todos os seres são, na verdade, filhos do cosmos, tendo uma origem e uma evolução comum.⁸

Edgar Morin, em uma perfeita reflexão sobre a evolução planetária, explica que

até cerca de 560 milhões de anos atrás, a Terra teria entrado numa fase de Idade Média, com a crosta arcaica paulatinamente substituída por uma nova crosta feita de sedimentos endurecidos, dobrados e depois erodidos, consolidados por injeções de granitos, agregados em *patchwork* [técnica de bordado em tecido] que iria se fragmentar em continentes, em deriva uns em relação aos outros. A teoria tectônica das placas permite hoje conhecer o complexo fenômeno da construção da superfície da Terra que lhe dá seu aspecto atual, ao cabo de 2 bilhões de anos durante os quais a vida se desenvolve e se espalha. Assim, um amontoado de detritos cósmicos adquiriu forma e organização para tornar-se o planeta Terra, e numa agitada aventura de 4 bilhões de anos, formou-se e organizou-se um sistema complexo, com núcleo, manto e crosta.

Eis aí um planeta aparentemente ajuizado, com seus continentes, ilhas, montanhas, vales, paisagens; suas águas, rios, mares, oceanos; sua atmosfera, sua estratosfera e, somente de tempo em tempo, tremores de terra, erupções vulcânicas, tornados, maremotos.

⁷ As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todo os meios e elementos necessários a sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, o que pressupõe, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos (SILVA, 2003, p. 101-102).

⁸ De acordo com cálculos recentes, o universo tem cerca de 20 bilhões de anos; o sistema solar, 14 bilhões; a Terra, 4,5 bilhões; a vida começou há 600 milhões de anos; os dinossauros viveram há 65 milhões; os grandes símios surgiram há 10 milhões de anos e os humanos há 3 ou 4 milhões (SIRVINSKAS, 2008, p. 15).

Mas, embora sendo um planeta dependente do Sol, essa Terra-Mundo é completa, isolada, autônoma, e obtém sua autonomia de sua própria dependência. É um planeta que se tornou singular e solitário entre os outros planetas do sistema solar e os astros da galáxia. E foi nessa solidão singular que fez nascer algo de solitário e de singular em todo o sistema solar, provavelmente na galáxia, talvez no cosmos: a vida.⁹

Diante de tais explicações, é possível compreender que a vida no planeta sobreviveu perseverante, através de profundas e marcantes transformações, produzindo ecossistemas perfeitos por bilhões de anos, não tendo o homem, hoje, o direito de destruir o meio em que vive.

A partir desse entendimento, é possível compreender que todo esse incrível processo evolutivo para originar a vida no planeta faz do meio ambiente o fundamento para elevá-lo a uma categoria de direitos de alta envergadura, uma vez que dizem respeito a “direitos inerentes à vida, à segurança individual, aos bens que preservam a humanidade [...]”. É a expressão de valores superiores que se encarnam no homem” (DORNELLES, 2006, p. 09). Deduz-se, daí, que a vida do planeta, bem como a vida daqueles que o habitam, é única e singular, sendo exatamente esse o fundamento para tutelar o meio ambiente como um direito humano.

Em relação a esses direitos, porém, Norberto Bobbio sustenta que, atualmente, o grande problema não circunda a sua justificativa, mas sim a sua garantia e proteção, pois não há um direito humano absoluto: ele será valorado conforme o contexto histórico, social, cultural, psicológico e econômico de determinada época (BOBBIO, 1992, p. 24).

No âmbito do direito ambiental, o que afirma o meio ambiente como um direito humano fundamental é a Declaração de Estocolmo,

⁹ A Terra é um planeta caótico cuja organização se dá através do confronto e da colaboração da ordem e da desordem. Na sua infância, foi submetida a bombardeios de meteoritos, entregue às erupções, que expeliam gases, os quais formaram as águas e a primeira atmosfera. O ferro penetra até seu centro, onde se mantém em estado líquido. Depois, sempre em meio a erupções e tremores de terra, ela foi varrida por tempestades, a uma temperatura que atingia 250°. As águas diluvianas provocaram as primeiras erosões (captação pelo cálcio do gás carbônico da atmosfera) e fizeram baixar a temperatura. De seu nascimento até menos de 2,7 bilhões de anos, a Terra permaneceu geologicamente muito ativa, destruindo, transformando os primeiros vestígios de sua história. Esse período foi, provavelmente, o do surgimento dos primeiros continentes imediatamente submetidos a uma erosão intensa. [...] (MORIN, 2005, p. 48-49).

de 1972, primeira carta de direito internacional a ampliar o conceito de direitos humanos para abranger o direito de viver num ambiente sadio, “salvaguardando não apenas a vida nas suas várias dimensões (individual, coletiva e até das futuras gerações), mas as próprias bases da vida, o suporte planetário que viabiliza a existência da integralidade dos seres vivos” (BENJAMIN, 1998, p. 12).

No que tange aos direitos fundamentais, Paulo Bonavides defende que a vinculação desses direitos enquanto valores históricos e filosóficos conduz ao significado da universalidade inerente como ideal da pessoa humana. Tal universalidade sugere uma classificação dos direitos fundamentais, colocando-os em quatro dimensões (BONAVIDES, 2001, p. 516).¹⁰

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está, segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, enquadrado na terceira dimensão¹¹ de direitos fundamentais:

O direito à integridade do meio ambiente, típico direito de 3º geração, constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão

¹⁰ Essa universalidade fez com que os direitos fundamentais fossem classificados como direitos fundamentais de primeira dimensão ou direitos da liberdade. Tendo como titular o “indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como facultades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição ao Estado”. Seguem os de segunda dimensão ou direitos sociais, culturais e econômicos, os de terceira dimensão ou direitos de fraternidade ou solidariedade, que visam à proteção do coletivo, do gênero humano, e os direitos de quarta dimensão, quais sejam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo: “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” (BONAVIDES, 2001, p. 515-525). Ingo Sarlet (2004, p. 57) segue nessa concepção: “Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. [...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação”.

¹¹ Canotilho insere o direito ao meio ambiente equilibrado na quarta geração de direitos fundamentais [...]. Prefere, no entanto, a expressão dimensão de direitos do homem, ao contrário da expressão geração, pois não existiria uma substituição de uma geração pela outra [...]. Nesse sentido, fala-se de *solidarity rights*, de direitos de solidariedade, sendo que a solidariedade já era uma dimensão incluída aos direitos econômicos, sociais e culturais (STEIGLEDER, 2004, p. 108)

significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.¹²

Bonavides sustenta que os direitos de terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2001, p. 516).

Nesse sentido, há primazia desse direito de titularidade coletiva quando confrontado com os interesses privados. Assim vêm se posicionando o Tribunal Regional Federal da 4^o Região e, por vezes, o Superior Tribunal de Justiça:

Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Área de Preservação Permanente. As dunas são áreas de preservação permanente, a teor do art. 21, letra “F”, do Código Florestal (Lei n^o 4.771/65). No conflito entre o interesse de alguns integrantes da comunidade, de ver construída uma praça e um quiosque sobre as dunas, destruindo o ambiente natural, e o interesse coletivo da preservação ambiental, deve prevalecer este último, a teor do disposto no art. 225, da Constituição Federal de 1988.¹³

Administrativo. Processo Civil. Ação declaratória. Estudo de impacto ambiental, realização de perícia. Terrenos da Marinha. Interesse processual da União Federal. Realização de perícia. Prevalência da preservação do meio ambiente.

[...] O interesse em proteger e preservar o meio ambiente, previsto na Constituição Federal em seu Capítulo VI, Título VIII, deve prevalecer sobre qualquer tipo de interesse de empresas ou indivíduos, motivo pelo qual não há razão para ser indeferida a realização de perícia antes da aprovação de projeto ecológico pelo IBAMA.¹⁴

Direito ambiental. Preservação ao meio ambiente. Liminar

[...] Questão relativas a interesses econômicos cedem passo quando colidem com deterioração do meio ambiente, se irreversível.¹⁵

¹² MS 22164/SP, julgado em 30/10/95, Tribunal Pleno, publicado no DJ em 17. 11. 95, p. 39206, vol. 1809, Rel. Min. Celso de Mello.

¹³ TRF- 4^oRegião, processo 1998040100933178, SC, 4^o Turma, Rel. Des. José Luiz Germano da Silva, j. 17/11/1998, unânime, DJU de 16/12/1998, p. 420.

¹⁴ TRF- 4^oRegião, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n^o71221, SC, 3^o Turma, Rel. Juíza Luíza Dias Cassales, j. 30.11.2000, DJU 21.03.2001.

¹⁵ STJ, Corte Especial, Agravo regimental na petição 924, Rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 20. 03. 2000, DJU 29.05.2000, p. 106, LEXSTJ, vol. 133.

O que se evidencia, nas análises acima, é o reconhecimento do julgador ao princípio da proibição do retrocesso social, implicando, na visão de Ingo Sarlet outro princípio: o da dignidade humana, que assegura “as condições mínimas para uma existência digna” (SARLET, 2004, p. 316).

Assim, a ciência jurídica tem evoluído consideravelmente no que tange às relações sociais, as quais transformam constantemente o panorama normativo, em vista de bens jurídicos mais elevados. Isso representa, na verdade, a evolução do direito, tentando acompanhar a evolução das sociedades, apesar de nem sempre ser concomitante a ela.

1.3 O direito de titularidade coletiva

A consciência de que é preciso aprender a conviver em harmonia com a natureza, manifestando, em vários preceitos, aquilo que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a questão ambiental, representa a vontade do legislador constituinte¹⁶ quanto à necessidade de normatização constitucional em relação ao ecossistema.

Quando o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal afirma que “todos” têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegura que esse direito é de cada um, como pessoa humana, independentemente de gênero¹⁷ – raça, cor, sexo, nacionalidade,

¹⁶ Luiz Regis Prado (1992, p. 22) refere a preocupação mundial no que tange à proteção ambiental, citando a Resolução da Conferência de Estocolmo, de 1972, como fonte inspiradora para todo o legislador constituinte. Tal Resolução afirma “que o homem é ao mesmo tempo criatura e criador do meio ambiente que lhe dá sustento físico e lhe oferece a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. A longa e difícil evolução da raça humana levou-o a um estágio em que, com o rápido progresso da ciência e da tecnologia, conquistou o poder de transformar de inúmeras maneiras e em escalas sem precedentes o meio ambiente. Natural ou criado pelo homem, é o meio ambiente essencial para o bem-estar e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, até mesmo o direito à própria vida”

¹⁷ Cabe salientar que o Supremo Tribunal Federal, através do voto do Ministro Celso de Mello (relator), conceituou o direito ao meio ambiente como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, o que justifica a especial obrigação – que cabe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações (MS 22.164-0-SP, j. 30.10.1995, DJU 17.11.1995. V. José Adércio L. Sampaio. *A Constituição reiventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 701) (MACHADO, 2007, p. 125)

idade, endereço, profissão ou renda, alargando a abrangência da norma jurídica, evitando, assim, que se exclua quem quer que seja (MACHADO, 2008, p. 123).

Explica Paulo Affonso Leme Machado:

O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo “transindividual”¹⁸. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espalhando para a coletividade indeterminada. Enquadra-se o direito ao meio ambiente na problemática dos novos direitos, sobretudo a sua característica de direito de maior dimensão que contém seja uma dimensão subjetiva como coletiva, que tem relação com um conjunto de utilidades (MACHADO, 2008, p. 123).

O direito constitucional ambiental¹⁹ busca, além de proteger a condição do planeta autorregenerar-se, tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. Além disso, protege os elementos constitutivos do meio ambiente, como a qualidade do solo, do patrimônio florestal, da fauna, do ar atmosférico, da água, do sossego auditivo e da paisagem visual, configurando-o como um bem nem público, nem privado, mas sim de interesse público (SILVA, 2007, p. 81). Esse posicionamento é compartilhado por Paulo Sirvinskas, o qual amplia esse entendimento, afirmando, como José

¹⁸ Um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado representa um bem e interesse transindividual, garantido constitucionalmente a todos, estando acima de interesses privados (TRF-4ª Região, 4ºT., Ap. em Ação Civil Pública 1998.04.01.009684-2-SC, rel. Juiz Federal Joel Ilan Paciornik, *DJU* 16.4.2003, in Interesse Público 19/288, 2003). Ainda em relação aos interesses transindividuais, o professor Gilson Borguedulff Medeiros defende que eles consistem em interesses compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação fática ou jurídica. Já interesses difusos ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, que envolvem pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato (MEDEIROS, 2008, p. 11-17).

¹⁹ Além do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a boa qualidade de vida, o art. 225 da CF dispõe também sobre a imposição, ao Poder Público e à coletividade, do dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Além disso, ele promove o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, preserva a biodiversidade e controle das entidades de pesquisa e manipulação de material genético; define espaços territoriais especialmente protegidos; prevê a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental; o controle da produção, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias nocivas à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente; a educação ambiental; proteção à fauna e à flora; meio ambiente e mineração; responsabilização cumulativa das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; proteção especial a macrorregiões; a indisponibilidade de terras devolutas e de áreas indispensáveis à preservação ambiental, bem como o controle das usinas nucleares.

Afonso da Silva, que o bem ambiental não deve ser classificado como bem público e tampouco como particular, mas sim como um bem difuso, pertencente a cada um e, ao mesmo tempo, a todos, não se identificando o titular, sendo o seu objeto não suscetível à divisão e inapropriável em sua integralidade (SIRVINSKAS, 2008, p. 44-49).

Uma consideração interessante com referência ao *caput* do artigo 225 da Constituição Federal foi destacada por José Afonso da Silva (2007, p. 88), dizendo respeito à questão da aparente redundância da expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, uma vez que a expressão “meio ambiente equilibrado” seria suficiente para caracterizar a qualidade ambiental almejada. No entanto, tal expressão sem o termo “ecologicamente” sugere um meio ambiente intocado, não sendo esse o sentido da norma:

O “ecologicamente” refere-se, sim, também à harmonia das relações e interações dos elementos do *habitat*, mas deseja especialmente ressaltar as qualidades do meio ambiente mais favoráveis à qualidade da vida. Não ficará o Homem privado de explorar os recursos ambientais na medida em que isso também melhora a qualidade da vida humana; mas não pode ele, mediante tal exploração, desqualificar o meio ambiente de seus elementos essenciais, porque isso importaria desequilibrá-lo e, no futuro, implicaria seu esgotamento. O que a Constituição quer evitar, com o emprego da expressão “meio ambiente *ecologicamente* equilibrado”, é a ideia, possível, de um meio ambiente equilibrado sem qualificação ecológica, isto é, sem relações essenciais dos seres vivos entre si e deles com o meio (Idem, 2007, p. 88, grifo nosso).

A assertiva acima, quanto à preservação ambiental como necessária também para as futuras gerações²⁰, é de importância fundamental, estando protegida constitucionalmente e sendo igualmente abordada por Paulo Affonso Leme Machado. A presença humana no planeta é uma cadeia de elos sucessivos, sendo que “o art. 225 consagra a ética da solidariedade entre as gerações, pois as gerações presentes não podem usar o meio ambiente fabricando a escassez e a debilidade para as gerações vindouras” (MACHADO,

²⁰ A Corte Suprema das Filipinas, em 30-07-1993, declarou que os requerentes podiam, de forma legítima, representar a futura geração, mesmo que ainda não nascida. Os requerentes – crianças e jovens menores, representados por seus pais – pediram à Corte que ordenasse o Governo local à cassação da permissão concedida de exploração de florestas, em decorrências dos danos que causariam ao meio ambiente (SIRVINSKAS, 2008, p. 72).

2008, p. 130). A boa gestão do meio ambiente implica no chamado desenvolvimento sustentado²¹: “O gênero humano tem perfeitamente os meios de assumir o desenvolvimento sustentado”,²² “respondendo às necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade para as gerações futuras de vir a satisfazer as suas necessidades”.²³ Para Machado,

O princípio da *responsabilidade ambiental entre gerações* refere-se a um conceito de economia que conserva o recurso sem esgotá-lo, orientando-se para uma série de princípios. O dano ambiental das emissões e dos lançamentos de rejeitos não deve superar a absorção da parte do próprio meio ambiente. O consumo dos recursos não-renováveis deve-se limitar a um nível mínimo. Grandes riscos ambientais, que possam prejudicar outros recursos, devem ser reduzidos numa medida calculável e submetida a contrato de seguro. Esta norma geral, já exigida pela geração atual, causa enormes problemas à ordenação atual da sociedade industrial, orientada para o crescimento contínuo (MACHADO, 2008, p. 131, grifo do autor).

Segundo Édis Milaré, a ideia surgida da década de 1960 à de 1980 de que o planeta está prestes a entrar em colapso, impôs uma dimensão de responsabilidades, tendendo a afastar o individualismo de que é herdeiro o homem de um sistema ético deformado. Isso implica admitir que a preocupação com o meio ambiente não é um luxo das classes dominantes, representando, sim, uma consciência mundial de que é preciso preservar para a perpetuação das espécies e o bem comum das pessoas. Assim é imperativo pensar uma nova ordem ecológica mundial, uma vez que o “homem pode tanto ser anjo da guarda como satã da Terra” (BOFF apud MILARÉ, 2007, p.

²¹ Esse conceito é contemplado, especialmente, no art. 170 da CF, ainda que tenha seu fundamento no art. 225 da CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

²² A sustentabilidade pode ser entendida como um conceito ecológico – isto é, como a capacidade que tem um ecossistema de atender às necessidades das populações que nele vivem – ou como um conceito político, que limita o crescimento em função da dotação de recursos naturais, da tecnologia aplicada ao uso desses recursos e do nível efetivo de bem-estar da coletividade (MILARÉ, 2007, p. 32)

²³ Notre Avenir à Tous. La Commission Mondiale sur l’Environnement et le Développement, Montreal, Les Éditions du Fleuve, 1987, p. 10 (MACHADO, 2008, p. 132-133).

125), a qual é de todos os seres vivos, indistintivamente, cabendo ao homem repensar o equilíbrio universal (MILARÉ, 2008, p. 123-125).

Cabe, aqui, salientar a preocupação relativa à função social da propriedade, cuja importância incentivou o legislador constituinte a inserir tal aspecto no corpo da Constituição Federal,²⁴ de tal forma que a função social da propriedade passou a ser um instrumento importante para a conservação do meio ambiente, unindo numa mesma ótica o legislador, o proprietário, os operadores do direito e, principalmente, o juiz. Nesse panorama, nota-se a existência de um princípio bastante específico da função social da propriedade: abordado por Milaré, o princípio da solidariedade intergeracional busca assegurar a solidariedade da atual geração em relação às que virão, devendo essas, igualmente, poder usufruir de forma sustentável dos recursos naturais, enquanto o homem e o planeta coexistem pacificamente.

2 Degradação ambiental

2.1 O dano

Apesar da relevância de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é preciso considerar que nem toda agressão a ele configura dano. Seria exagero sustentar que qualquer alteração no meio ambiente ocasionaria um dano, “pois dessa forma estaríamos negando a possibilidade de mudança e de inovação, isto é, estaríamos entendendo que o estado adequado do meio ambiente é o imobilismo, o que é irreal” (STEIGLEDER, 2004, p. 129). Para determinar melhor o que se entende como dano, Ricardo Luiz Lorenzetti diz:

A lesão ao meio ambiente supõe dois aspectos: o primeiro é que a ação deve ter como consequência a alteração do princípio organizativo; isto é, alterar o conjunto. De tal maneira excluem-se aquelas modificações ao ambiente que não têm tal efeito substantivo. Este critério serve

²⁴ A expressão função social encontra-se inserida em oito dispositivos da Constituição Federal brasileira: arts. 5º, XXIII, 170, III, 173, § 1º, I, 182, *caput* e §2º, 184, *caput*, 185, parágrafo único, e 186, II. Ela também é referida no Código Civil: art. 1.228, § 1º, e no Estatuto da Cidade: artigos. 1º, parágrafo único, e 2º.

para delimitar aqueles casos em que a atividade produtiva, transformando o meio ambiente, não resulta lesiva. Desta forma, a ação lesiva comporta uma desorganização da lei da natureza. O segundo aspecto é que essa modificação substancial do princípio organizativo repercute naqueles pressupostos do desenvolvimento da vida. O meio ambiente relaciona-se então com a vida, em sentido amplo, compreendendo os bens naturais e culturais indispensáveis para sua subsistência (LORENZETTI, 2002, p. 129).

Não é correto afirmar, por outro lado, que um dano causado ao ambiente pode ser mensurado matematicamente, pois nunca se pode precisar o seu alcance, já que, por exemplo, “a queda de uma pedra na água [...] provoca uma série de ondas que se expandem” (STEIGLEDER, 2004, p. 128)²⁵. No entendimento de Annelise Steigleder, a certeza da existência do dano supõe considerar o impacto ambiental como um todo, podendo, inclusive, recorrer-se a uma equipe multidisciplinar para a averiguação da configuração do dano, uma vez que o dano específico pode refletir prejuízos nos mais variados ecossistemas (Idem, 2004, p. 128).

Os danos ambientais podem ter reflexos futuros, os chamados reflexos evolutivos: “o dano futuro é um dano certo, mas ainda não concretizado quando da elaboração da perícia sobre o local impactado”, não podendo ser excluído o ressarcimento devido ao prejuízo causado (STEIGLEDER, p. 144).

Há, ainda, os chamados danos potenciais, os quais rompem os requisitos de atualidade e certeza do dano. Ao reconhecer tais danos, estabelece-se uma distância do dogma da segurança jurídica: “o dano não se limitará aos efeitos já conhecidos, abrangendo também os efeitos meramente prováveis a partir de conhecimentos científicos idôneos”. Além disso, a potencialidade do dano é mais sutil do que o dano futuro, o qual é qualificado como consequência lógica do evento presente, pois embora existam fundamentos científicos, aqui está presente apenas mera probabilidade (STEIGLEDER, 2004, p. 145-146).

²⁵ Deve-se ter presente que o dano ao meio ambiente afeta os ecossistemas, provocando, ao longo do tempo, efeitos cumulativos ou de sinergia. Assim, a interdependência já apontada entre os recursos bióticos e abióticos de um ecossistema implica que o dano ocasionado, por exemplo, à água, pode afetar a uma das espécies da flora, e essa, por sua vez, repercutir na fauna do lugar (Idem, 2004, p. 128).

Vale também ressaltar alguns aspectos referentes à crise ambiental deflagrada pelo desenvolvimento econômico. Segundo José Rubnes Morato Leite, tal crise aponta um esgotamento dos modelos econômicos e industriais utilizados pela sociedade, os quais prometiam o bem-estar de todos, o que posteriormente não se efetivou. Embora surgissem benefícios tecnológicos, a devastação ambiental planetária foi indiscriminada (LEITE, 2003, p. 22).

Assim, sustenta Leite, a coletividade torna-se igualmente responsável pela degradação ambiental, uma vez que ela negligenciou uma política pública do ambiente, apostando na economia suja, sendo que em nome do bem-estar desconsiderou a questão ambiental, deixando de lado projetos de preservação ambiental em nome do conforto moderno. “Em síntese, este divórcio entre a concepção de atividade econômica e ambiente é, pois, uma incontestada crise ambiental” (Idem, p. 22-23). Ademais, continua o autor,

o dano ambiental, por sua vez, constitui uma expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses (p. 94).

O cerne da questão está, dessa forma, em preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações, com base na restauração dos recursos naturais a longo prazo. A ideia de Morato Leite (p. 25-26) é a construção de um estado de direito ambiental. No entanto, admite ser essa uma tarefa muito difícil, tendo em vista a complexidade dos problemas que enfrenta a sociedade. Boaventura concorda com o posicionamento de Sousa Santos (2001, p. 43-44):

[...] a utopia ecológica é utópica, porque a sua realização pressupõe a transformação global, não só dos modos de produção, mas também dos conhecimentos científicos, dos quadros de vida, das formas de sociedade e dos universos simbólicos e pressupõe, acima de tudo, uma nova relação paradigmática com a natureza, que substitua a

relação paradigmática moderna. É uma utopia democrática porque a transformação a que aspira pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva, incluindo nela a carta dos direitos humanos da natureza.

Em relação às decisões que versam sobre matéria ambiental, Elaine Harzheim Macedo (2006, p. 69), fala da “[...] prestação jurisdicional em matéria de meio ambiente, que significa a própria vida ou qualidade de vida de uma coletividade, valor maior que a sociedade deve fazer prevalecer. Trata-se de decisão de maior responsabilidade política.”

Portanto, merece destaque o estudo das relações processuais e da sua interatividade com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois, por vezes, a técnica processual não alcança a efetividade do direito e tampouco consegue desempenhar a função de pacificadora social, uma vez que prima pelo procedimento, colocando em segundo plano as pretensões coletivas de viver em um planeta saudável.

2.2 Aspectos processuais do dano e as decisões judiciais

Atenta a essa peculiaridade em relação ao dano ambiental, o qual, como já dito anteriormente, pode ter efeitos ao longo do tempo, ainda que por vezes isso não seja verificado pelo judiciário, Annelise Steigleder (2004, p. 143) preconiza:

Quando se está em jogo o dano ambiental em seu sentido amplo, os problemas aumentam na proporção das inúmeras variáveis em jogo. O âmbito espacial da lesão é ampliado, afetando, muitas vezes, todo um ecossistema; e há efeitos nem sempre passíveis de serem verificados quando da prolação da sentença, mas que poderão surgir no futuro e guardar relação de causalidade com a fonte original do impacto.

A valorização do futuro, na definição do dano reparável, é importante porque traduz uma resposta aos riscos invisíveis, entendidos como um produto global do processo industrial, que se intensificam à medida que também se potencializam as fontes geradoras. Como se procurou demonstrar, ao abordar as características da sociedade de risco, os riscos invisíveis caracterizam-se pela imprevisibilidade de seus efeitos nocivos e por reunirem causalmente o que está separado pelo seu con-

teúdo, pelo espaço e pelo tempo. Assim, o câncer e as malformações fetais verificadas após anos de exposição à contaminação ambiental passam a ter um liame causal, o qual a priori, não é perceptível, pois as lesões – contaminação ambiental e câncer – têm conteúdos distintos.

Como bem demonstrado, ao sentenciar demandas judiciais acerca de questões ambientais, tomando como base o atual sistema processual o juiz poderá não identificar todas as dimensões do dano causado, proferindo, por vezes, decisões incompletas e equivocadas, consequentemente injustas, por carecerem de elementos suficientes, ao menos naquele momento, para decidir a lide. Todavia, o dano estará oculto em algum elemento que ao tempo da decisão judicial não pode ser valorado pelo julgador, exatamente pelas características de incerteza.²⁶

Sobre essa realidade é que Elaine Macedo (2006, p. 74) propõe que pelo menos em demandas de matéria ambiental se comece a discutir um novo paradigma de decisões judiciais a partir de dois aspectos:

Uma sentença voltada especialmente para o futuro: regulamentar as situações conflituosas não apenas no sentido de reparação dos danos causados (ainda que isto também se faça presente e necessário), mas dando-se ênfase às medidas inibitórias e executivas de tutela do meio ambiente, preservando a vida do povo brasileiro;

Que tais decisões, voltadas para o futuro, sejam sentenças mutáveis, modificáveis conforme a necessidade/exigibilidade das circunstâncias fáticas, frente ao direito fundamental da vida, propondo desde logo soluções alternativas, ou que estas alternativas se façam ao longo do caminho, conforme as situações de fato o provoquem, nos próprios autos do processo.

²⁶ Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 574-575) afirma que “Uma ação civil pode hoje resultar em improcedência, não por falta de provas, mas porque o juiz, desconsiderando a periccia, erroneamente entendeu que o resíduo emitido pela chaminé da fábrica do réu não é poluente; antes, conclui a sentença, o resíduo é saudável ou pelo menos inócuo para o homem. Formada a coisa julgada com eficácia *erga omnes*, e vencida a oportunidade da rescisória, será que a humanidade ficará eternamente condenada a suportar aqueles resíduos altamente tóxicos e prejudiciais? [...] Ora, não se pode admitir coisa julgada ou direito adquirido contra alguns direitos fundamentais da humanidade. A verdade suprajurídica é a de que não existe nem pode existir o direito de violar o meio ambiente e destruir as condições do próprio *habitat* do ser humano. Como admitir a formação de direitos adquiridos e coisa julgada em grave detrimento de gerações que ainda nem nasceram?”

Na esfera da desconstituição dos efeitos da sentença judicial e, por sua vez, colocando a coisa julgada em posição de relativizá-los, é importante mencionar que a relação jurídica que desencadeou uma ação judicial na qual, por consequência, foi proferida uma sentença, abarcava um pressuposto contratual conhecido *por rebus sic stantibus*²⁷. Isso é: em relação ao dano ambiental, a sentença prolatada valorava as presentes condições de avaliação do caso concreto, ou seja, determinado dano ambiental surtiu determinados efeitos nas circunstâncias específicas, não condicionando a imprevisibilidade oriunda da potencialidade e obscuridade da degradação do ambiente.

Quando se fala da teoria da imprevisibilidade nos contratos, remete-se a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, que tornam onerosamente excessiva a obrigação para o devedor. Tendo em vista o princípio do equilíbrio e da boa-fé nos contratos, é fácil observar que a obrigação imposta ao devedor vai além do que ele poderia suportar, desvirtuando a obrigação originária (VENOSA, 2003, p. 465-466).

Estendendo-se essa ideia ao direito ambiental, tem-se, portanto, o mesmo raciocínio: a sentença somente pode estar fundamentada em critérios que, naquele momento preciso, estavam ao alcance do juiz, desconsiderando que o dano ambiental vai além do que se pode observar aparentemente, de modo que seus efeitos negativos possam manifestar-se muito tempo depois da sentença ser proferida, o que configura, de certa forma, a imprevisibilidade da agressão.

Nesse contexto, como as sentenças judiciais, no que diz respeito ao meio ambiente, são decisões que não vinculam apenas os sujeitos processuais, mas o ambiente e todas as formas de vida que nele existem, por terem uma responsabilidade ainda maior, faz-se necessário que alguns institutos do direito cedam, evitando que sejam tomadas decisões ambientais contrárias ao bem comum.

²⁷ *Rebus sic stantibus* é a locução latina utilizada, na terminologia jurídica, para designar a cláusula contratual, que se julga incerta nas convenções, em virtude da qual o devedor é obrigado a cumprir o contrato somente quando subsistem as condições econômicas existentes no momento em que é fundado o ajuste. *Rebus sic stantibus*, significa, precisamente, o mesmo estado das coisas, ou a subsistência das coisas. Desse modo, a denominação atribuída à cláusula explica o próprio conceito: o contrato se cumpre se as coisas (*rebus*) se conservarem, dessa maneira, no estado preexistente (*stantibus*), quando de sua estipulação, isso é, desde que não tenham sofrido modificações essenciais (SILVA, 2008, p. 616-617).

Sendo assim, no duelo entre o binômio segurança jurídica e justiça, deve prevalecer a justiça, uma vez que não é o princípio da segurança jurídica o fim último do direito. Além disso, sem justiça não se concretiza outro princípio – o da condição humana, da dignidade da pessoa –, princípio esse tão arduamente conquistado e que se constitui em fundamento do Estado democrático de direito.

Considerações finais

Como demonstrado, a existência humana e de todas as formas de vida encontradas no planeta tiveram uma incrível evolução travada em bilhões de anos, sendo que de uma perfeita harmonia de condições criou-se a vida. Logo, o planeta Terra não pertence a esse ou àquele ecossistema, mas sim a todas as formas de vida nele existente, sendo o ser humano, por excelência, a forma mais evoluída de vida planetária. No entanto, o homem é o único dentre os animais que destrói seu *habitat*, condenando a si próprio e aqueles que virão depois dele.

Assim sendo, se torna imperiosa a tutela desse bem jurídico, no interesse da coletividade. Para tanto, é preciso que o direito esteja sempre alerta e se modernizando, acompanhando a evolução social, para que possa responder aos anseios da sociedade de forma condizente com as transformações inevitáveis que acompanham o desenvolvimento do homem.

Nesse sentido, as decisões judiciais são de extrema relevância, mormente em matéria ambiental, pois o objeto da ação é a tutela do meio ambiente, um bem de uso comum, de titularidade difusa, protegido constitucionalmente e, ainda, cujos danos não podem ser precisamente mensurados, podendo propagar-se no tempo.

Considerando-se os fatores mencionados anteriormente, por vezes as decisões judiciais nessa área não identificam todas as dimensões do dano causado, proferindo decisões incompletas em relação aos efeitos, e conseqüentemente injustas, por não existirem elementos suficientes, naquele determinado momento, para abranger todos os efeitos futuros da lide.

Portanto, o clássico processo civil, no que tange à respectiva sentença relacionada à matéria ambiental, exige que se comece a discutir um novo paradigma de decisões judiciais, pois o modelo conhecido, por vezes, não se presta à efetiva tutela de interesses coletivos. Dessa forma, o que se conclui a partir do estudo realizado é que o processo evolutivo das sociedades humanas é contínuo. As experiências vividas até hoje contribuem para o progresso e o aperfeiçoamento da vida, favorecendo o desenvolvimento social, tecnológico e econômico. A problemática, porém, não está no desenvolvimento humano, mas sim da forma como esse desenvolvimento está se operando, pois esqueceu-se da preocupação com a questão ambiental, deixando em segundo plano projetos de preservação, tudo em nome do conforto moderno. É dever do direito acompanhar a evolução social para oferecer respostas eficientes às demandas que incluem esses novos direitos. Atualmente, percebe-se que em termos de processo civil, muitas vezes não é possível prestar adequada tutela jurisdicional, tendo em vista que a técnica processual em vigor é essencialmente individualista e patrimonial, algumas vezes não tutelando de forma justa os interesses coletivos, como é o caso do meio ambiente.

Referências

- BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 9, ano 3, p.5-52, jan/mar. 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DICIONÁRIO DE ECOLOGIA E CIÊNCIAS AMBIENTAIS. São Paulo: Melhoramentos, 1998.
- DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. Teoria geral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 28, p. 139-149, out./dez. 2002.

MACEDO, Elaine Harzheim. Relativização da coisa julgada em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. v. 11, n. 42 abr/jun 2006.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDEIROS, Gilson. *O Ministério Público e a defesa de interesses transindividuais: legitimação para agir*. Porto Alegre, 2005, Monografia, Especialização em Direito Processual Civil – PUC – Porto Alegre, 2008.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORIN, Edgar. *Terra pátria*. 5 ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental – as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A aplicabilidade da teoria da reserva do possível no direito à saúde brasileiro

*Juliana Ractz*²⁸

Introdução

O direito à saúde é estudado, ainda que nos seus delineamentos básicos, abordando-se, essencialmente, a questão do controle, por parte do Poder Judiciário, das políticas públicas de saúde, bem como verificando se a concessão da saúde teria um limite fático (financeiro) em sua prestação por parte do Estado, o que aqui se passa a tratar como reserva do possível.

Este trabalho propõe-se a analisar o direito à saúde, especialmente na intenção de discutir se haveria uma limitação para sua concessão pela existência de uma reserva do possível. Defende-se a inaplicabilidade desse postulado no Brasil, uma vez que um direito social deveras essencial não pode ficar restrito à alegação de falta de recurso financeiro por parte dos poderes públicos.

Dessa forma, pretende-se analisar, neste trabalho, por que um país como o Brasil, com uma Constituição que prevê, explícita e literalmente, a proteção dos direitos fundamentais, não cumpre

²⁸ Mestre em direito; advogada; professora do NAPEJ – Núcleo Avançado de Prática e Estudos Jurídicos do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo.

com seu dever de concretização do direito fundamental à saúde, tentando esquivar-se de seus deveres através de teorias e alegações infundadas de falta de recursos financeiros.

1 A teoria da reserva do possível e o direito à saúde

A saúde é um direito fundamental, prescrito na Constituição Federal, devendo ser efetivado, uma vez que possui um grau máximo de juridicidade e normatividade, sendo competência dos agentes administrativos torná-lo efetivo. Porém, há que se analisar se existe um limitador à concretização do direito à saúde, visto que, por se tratar de um direito prestacional, esbarraria na falta de recursos financeiros para sua integral efetivação.

Sabe-se que as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros, escassos. Contudo, várias dessas necessidades só podem ser atendidas pelo Estado, uma vez que o sistema de mercado é inadequado para atendê-las, o que toma maior corpo nas sociedades periféricas, como a brasileira. Desse modo, o atendimento às necessidades básicas, como saúde, deve ser feito pelo Estado, especialmente no que se refere às pessoas que não possuem condições financeiras de adquirir esses bens e serviços no mercado (SCAFF, 2005, p. 216).

Um dos tópicos que se pretende abordar no presente trabalho, o qual vem tomando campo na atualidade, é justamente a questão atinente à capacidade limitada do poder público de prover todas as necessidades da coletividade (OLIVEIRA NETTO, 2005, p. 145). Nesse sentido, a administração pública vem buscando argumentações alternativas que possam apresentar uma solução jurídica aceitável e capaz de impedir que tais situações venham a se concretizar, prejudicando, assim, as estruturas governamentais. A solução encontrada para tanto foi a adoção do intitulado “princípio da reserva do possível” (Ibid., p. 146).

Neste tópico, será abordada a questão pertinente à aplicabilidade do postulado da reserva do possível no que se refere ao direito

à saúde, uma vez que esse, para ser concretizado, exige prestações positivas por parte do Estado, demandando recursos materiais para sua efetivação. Esse postulado analisa justamente a possibilidade financeira de cumprimento da ordem judicial.

Dessa forma, por ser o fator relativo aos custos, indubitavelmente, importante para a implementação dos direitos sociais, o presente trabalho visa a apresentar um estudo sobre a reserva do possível, seu surgimento, sua aplicação no Brasil e, por fim, se ela pode servir como limitador à concretização do direito à saúde, tomando-se por base as restrições orçamentárias do Estado.

1.1 A reserva do possível

A reserva do possível seria um limite para a concretização dos direitos fundamentais, uma vez que, antes da concessão de algum direito social prestacional, deveria ser averiguada a disponibilidade financeira, por parte dos poderes públicos, para a concessão da tutela pretendida.

Sarlet (2006, p. 281), referindo-se aos direitos sociais a prestações, assinala:

[...] seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

Dessa forma, segundo a reserva do possível, a disponibilidade de recursos financeiros estaria diretamente vinculada aos direitos fundamentais sociais a prestações, ou seja, deveria ser averiguado, antes da concessão de algum direito, se o destinatário da norma está em condições de prestar o que ela lhe impõe, uma vez que se encontra na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação (Idem, 2006, p. 282).

O postulado da reserva do possível analisa se é possível o julgador tutelar as pretensões que impliquem disponibilidade financeira, ou se essa discricionariedade não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, pois esse não poderia dispor sobre medidas de políticas sociais que impliquem gastos orçamentários. A reserva do possível também se fundamenta na disponibilidade efetiva dos recursos orçamentários para o cumprimento dos direitos sociais prestacionais, os quais esbarrariam na falta de recursos. Segundo Sarlet, esse postulado surgiu, justamente, pelo fato de os direitos sociais prestacionais necessitarem de ações do Estado destinadas à distribuição e criação de bens materiais, razão pela qual se torna essencialmente relevante a dimensão econômica (Idem, 2006, p. 280).

Entretanto, tratando-se de um direito tão essencial à vida e à qualidade de vida da população, há que se investigar se o direito à saúde poderia deixar de ser concretizado sob a alegação de falta de condições financeiras, pois “devemos considerar genericamente a saúde como um direito social próprio ao Estado do Bem-Estar Social” (MORAIS, 1995, p. 18), ou, ainda, sob o pressuposto de que a tarefa de concretização das políticas públicas não seria do Poder Judiciário, mas apenas conveniência dos administradores públicos. Para Sarlet, “para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado ‘fator custo’ de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional” (SARLET, 2006, p. 281). Dessa forma, o autor, a exemplo de outros, afirma que a questão financeira não pode interferir na efetivação dos direitos fundamentais sociais por parte do Judiciário.

A fim de dar maior consistência ao presente estudo é preciso, antes de mais nada, realizar uma análise do significado da expressão “reserva do possível”.

1.1.1 Significado da expressão “reserva do possível”

Alguns autores, como Canotilho (1991, p. 131), entendem estar o atendimento da saúde submetido a uma reserva do possível, postulado segundo o qual o cumprimento de decisões que impliquem

gastos públicos depende da existência de meios materiais disponíveis para sua implementação.

Canotilho entende que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está ligada diretamente à reserva do possível, uma vez que a decisão deve prescindir de análise dos recursos econômicos disponíveis e que poderão ser mobilizados para efetivar a medida pleiteada. Portanto, a limitação de recursos passaria a ser considerada um limite fático à efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais (Idem, 1991, p. 131). Assim, para o autor, existe uma reserva do possível, visto que não há como se fugir da questão financeira, ou seja, dos recursos econômicos, dos quais dependem os direitos prestacionais. Esse pensamento é compartilhado por Paulo Leivas (2006, p. 99), para quem os direitos fundamentais sociais demandam recursos financeiros, os quais são limitados e exigem previsão orçamentária.

Para Asbahr (2004, p. 23), a expressão “reserva do possível” (que o autor denomina de “reserva fática do possível”) tem natureza fática, referindo-se à “possibilidade material do destinatário da norma em cumprir a prestação social”.

Assim, a reserva do possível seria como um limitador da atividade do Poder Judiciário para efetivar políticas públicas (no caso específico, voltadas à saúde). Segundo essa teoria, haveria um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, que esbarraria na falta de recursos financeiros para sua concretização. A partir desse entendimento é que Port conceitua a reserva do possível como a “efetiva disponibilidade de recursos para que se faça viável o efetivo cumprimento da prestação requerida” (PORT, 2005, p. 99).

Portanto, a concretização da reserva do possível é visualizada principalmente na seara das possibilidades financeiras do poder público, assumindo especial relevância no âmbito dos direitos prestacionais, já que não haveria como contornar o limite fático representado pelo esgotamento dos recursos (ROCHA, 2005, p. 26-27). Dessa forma, a reserva do possível procura estabelecer alguns parâmetros para a emissão de ordens judiciais, que visam a obrigar o ente público a dar efetividade a determinada categoria de prerrogativas instituídas em favor das pessoas (OLIVEIRA NETTO, 2005, p. 146).

Muito embora os direitos fundamentais sociais prestacionais estejam dispostos no texto constitucional, de acordo com a reserva do possível, sua concretização estaria limitada a uma reserva financeira, a qual, uma vez inexistente, impediria a concretização de tais direitos. De acordo com o postulado em questão, um direito fundamental somente poderia alcançar efetividade se presentes as condições fáticas e jurídicas capazes de lhe conferir eficácia. Caso contrário, por mais nobre que seja o intuito do mandamento legal, ninguém poderá ser compelido a cumpri-lo, até porque *ad impossibilia nemo tenetur* (“ninguém é obrigado a coisas impossíveis”) (OLIVEIRA NETTO, 2005, p. 147).

De acordo com Ana Paula Barcellos (2002, p. 236), “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele suprimidas”. Assim, Barcellos analisa, perante a necessidade dos indivíduos, a aplicação desse postulado, ponderando sobre sua aplicabilidade.

Segundo Sarlet (2006, p. 282), a reserva do possível fundamenta-se em duas facetas diversas, mas entrelaçadas, que envolvem os direitos sociais prestacionais, razão pela qual se passou a sustentar a ligação dos direitos sociais a prestações ao que se denominou de uma “reserva do possível”, que, “compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma”.

Dessa maneira, Sarlet analisa a reserva do possível segundo dois enfoques, ou seja, se pode o Judiciário dispor sobre políticas públicas que impliquem gastos públicos, ou tal discricionariedade seria competência somente da administração pública, uma vez que essa conheceria as reais necessidades dos cidadãos, e, de outra ótica, se essa disponibilidade estaria limitada a um quantum, ou seja, a um orçamento previamente delimitado, visto que não se teria viabilidade econômica para cumprimento de todos os direitos sociais prestacionais.

Mariana Filhtiner Figueiredo defende que a reserva do possível impõe dois tipos de restrições: trata da escassez dos recursos financeiros existentes para destinação aos direitos sociais prestacionais e da discussão acerca os limites de intervenção judicial na efetivação

dos direitos sociais a prestações, uma vez que as decisões alocativas, pelo princípio da separação dos poderes, seriam competência do Legislativo (FIGUEIREDO, 2007, p. 133-134). Então, para a autora, existe uma linha muito tênue entre a reserva do possível e o princípio constitucional da separação dos poderes, especificamente no que se refere à distribuição das competências constitucionais (Ibid., p. 142). Para ela, o princípio da supremacia da Constituição demanda do intérprete todo o esforço para resguardar a unidade do sistema instituído, com a busca pela efetividade simultânea de todas as normas constitucionais (Ibid., p. 149).

Assim, além da questão orçamentária, alguns autores (a exemplo de Sarlet e Figueiredo) também defendem a ideia de que as prestações que envolvam recursos orçamentários devem ser feitas pelos poderes políticos, ou seja, pelos poderes Executivo e Legislativo, os quais teriam condições de averiguar a disponibilidade de recursos financeiros, ao passo que o Poder Judiciário, ou o magistrado, quando do proferimento da sua decisão, não teria preocupação com os impactos orçamentários de sua decisão, tampouco com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento.

Ocorre que o princípio da separação de poderes deve ser entendido a partir de parâmetros e dimensões novos e diferentes daqueles das nações centrais ricas, uma vez que ainda não houve o aproveitamento ideal dos modernos instrumentos processuais do direito brasileiro para corrigir casos de omissão dos poderes Executivo e Legislativo na área de políticas públicas, exigindo-se cada vez mais a interferência do Poder Judiciário na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade da prestação dos serviços básicos (KRELL, 2000, p. 59-60).

Assim, muito embora – como se verá adiante – se discorde da aplicabilidade da reserva do possível, especificamente no direito à saúde, a exemplo de Figueiredo (2007, p. 139), pode-se entender o significado do postulado sob análise como um obstáculo imposto por alguns doutrinadores à efetividade dos direitos fundamentais, especialmente aos direitos sociais prestacionais.

A teoria da reserva do possível não é fruto de julgamentos brasileiros, mas possui como berço a Corte Constitucional da República

Federativa da Alemanha, tendo sido adaptada recentemente para o Brasil.

1.1.2 Origem da teoria na Corte Constitucional da República Federativa da Alemanha

A teoria da reserva do possível tem como berço a Corte Constitucional Federal da Alemanha, tendo surgido através do julgamento do BverfGE n^o 33, S. 333. A ação judicial versava sobre o direito de acesso ao ensino superior público, embasado na garantia prevista pela lei federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as academias públicas. No julgamento, estabeleceu-se que somente se poderia exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade. Tal decisão foi proferida no sentido de que

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET, 2006, p. 282).

De acordo com o julgamento, somente se poderia exigir do Estado uma determinada prestação desde que observados os limites da razoabilidade, o que não ocorria no caso referido, uma vez que o Estado não teria condições financeiras para suportar a disponibilização de vagas em universidades públicas para todos os interessados. Salientou, assim, a Suprema Corte germânica que os direitos sociais (que, de regra, exigem uma prestação positiva – de fazer – por parte do poder público) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002, p. 52).

Por essa razão, a decisão acabou por afastar a obrigatoriedade, por parte do poder público, de disponibilizar um número

ilimitado de vagas para acolher todos os interessados em ingressar nas universidades públicas. Assim, não se poderia impor ao Estado a prestação de assistência social a uma pessoa que não faça jus ao benefício, ou seja, que teria ela própria condições de sustentar-se (SARLET, 2006, p. 283). Portanto, as decisões proferidas na Corte Constitucional da Alemanha defendiam que as limitações de ordem econômica podem comprometer a plena implementação dos direitos sociais, ficando a satisfação desses direitos dependente da existência de condições materiais que permitam seu atendimento (OLIVEIRA NETTO, 2005, p. 147).

Pode-se dizer, então, que a teoria da reserva do possível é uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã, a qual entende que “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos” (KRELL, 2002, p. 52), estando os indivíduos sujeitos à reserva do possível, visto que poderiam esperar da administração pública somente prestações racionais, ou seja, que estivessem dentro das suas possibilidades econômicas ou financeiras. Essa teoria – que versava, como já referido, sobre o direito de acesso ao ensino superior público, embasada na livre escolha de trabalho, ofício ou profissão – não pode, porém, ser aplicada no que concerne ao direito à saúde, pois a saúde faz parte de modalidade diversa, que diz respeito ao bem maior do ser humano e do qual depende a sua própria existência.

Uma vez abordada a questão do surgimento da reserva do possível, há que se analisar se ela pode servir como limitador do Poder Judiciário, ou seja, se pode ser aplicada pelo julgador quando do proferimento da sua decisão.

1.2 A reserva do possível como limitador do Poder Judiciário

O Poder Judiciário possui, como os outros poderes, a importante tarefa de concretização do texto constitucional. Compete-lhe, exclusivamente, o poder de corrigir erros praticados pelos outros dois poderes. Entretanto, a questão a ser verificada neste tópico diz

respeito ao limite das tutelas concedidas pelo Poder Judiciário, ou seja, se ele, diante da discricionariedade que lhe é inerente, teria condições de conceder direitos indiscriminadamente sem analisar as condições financeiras do poder concededor, ou se essa discricionariedade esbarraria diretamente na análise de disponibilidade financeira por parte do Estado para concessão da tutela, ou seja, na existência de uma reserva do possível.

Para Bontempo, o Poder Judiciário, na análise das demandas que visem a concretizar direitos sociais, deve desapegar-se do formalismo jurídico e de uma interpretação orientada pelo “custo dos direitos”, privilegiando uma interpretação valorativa das normas jurídicas, de acordo com os ideais traçados pela Constituição Federal de 1988 (BONTEMPO, 2005, p. 261). A autora, então, defende que o Poder Judiciário, guardião dos direitos dos cidadãos, está autorizado a conceder tutelas sempre que julgar necessário, devendo desapegar-se de formalismos jurídicos e aplicar o direito quando for preciso, zelando, assim, pela concretização da Constituição.

No mesmo sentido, Andreas Krell (2002, p. 22-23) entende que a reserva do possível não pode servir como fator limitador à efetivação de políticas públicas não atendidas pelo legislador. Para o autor, a alegação de falta de disponibilidade de recursos públicos para justificar a não-ingerência do Poder Judiciário sobre a concretização das políticas públicas não pode ocorrer, pois, “se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde” (Ibid., p. 530). Dessa forma, Krell argumenta que, diante da falta de recursos financeiros para a concretização de todos os direitos, devem-se priorizar aqueles mais importantes, que são justamente os interligados à vida dos indivíduos.

Sarlet (2006, p. 348-349) esclarece que quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que deve ser feito pelo aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, a partir de uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, os quais “não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais”, mas

que, ao fazê-lo, deverão utilizar-se do máximo de cautela e responsabilidade ao concederem ou não um direito social prestacional.

Para Port (2005, p. 105), a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento para afastar qualquer eficácia das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais e econômicos. Dessa forma, em que pese o entendimento contrário de alguns autores, a falta de recursos financeiros não pode passar de mera alegação (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 74), não podendo o Poder Judiciário ter seu trabalho limitado justamente quando se tratar de direitos imprescindíveis para a existência humana, como, por exemplo, a saúde²⁹.

Deve-se ter máxima cautela quando os poderes Executivo e Legislativo tentam se esquivar de suas obrigações sob a alegação de uma reserva do possível, especialmente no que se refere aos direitos sociais, uma vez que a indisponibilidade total ou parcial de recursos financeiros nunca é demonstrada satisfatoriamente pelo Estado, parecendo pouco provável, pelo que se estudou até o momento, que o Estado consiga comprovar a alegada inviabilidade financeira. Assim, na concessão de tutelas, o Poder Judiciário, não podendo deixar de aplicar o direito de quem bate às suas portas e na impossibilidade de concessão de todos os direitos prestacionais, deve se ater, quando do proferimento de alguma decisão, ao caso real, ou seja, ao direito que está em discussão e à imprescindibilidade desse.

Uma vez que não está o julgador vinculado à obediência direta da reserva do possível, deve-se analisar, então, uma questão de ordem prática, ou seja, a questão orçamentária do Estado, bem como a existência de limites financeiros a que estaria (ou não) vinculado o julgador quando da concessão das tutelas.

1.2.1 Intervenção judicial e limitações orçamentárias do Estado

A questão a ser analisada neste tópico diz respeito à possibilidade de o Poder Judiciário conceder tutelas prestacionais mesmo sem

²⁹ Gustavo Amaral (2001, p. 145), referindo-se especificamente à saúde, diz que “mesmo que não houvesse restrições financeiras, haveria necessidade de adoção de critérios de escolha, de alocação de recursos, na distribuição de recursos médicos, mesmo aqueles necessários ao salvamento de vidas”.

observar a questão orçamentária do Estado, ou seja, se os direitos sociais prestacionais estariam limitados, quando da decisão pelo Judiciário, à falta de recursos financeiros, uma vez que, premente a finitude dos recursos financeiros, não poderia a questão orçamentária ser ignorada; da mesma forma, não se poderia isolar a situação específica de um cidadão em face de todos os demais que detêm o mesmo direito – e aqui se inclui a questão do caráter distributivo da justiça (PODVAL, 2003, p. 184). Preceituando sobre o assunto, Port entende que

[...] os direitos sociais e econômicos podem gerar direitos subjetivos públicos positivos, plenamente exigíveis, não podendo as contingências orçamentárias destituir os direitos sociais de sua eficácia ou inviabilizar a sua exigibilidade jurisdicional, caso assim se conclua em vista a feição atribuída ao direito pela Constituição (PORT, 2005, p. 106).

Para o autor, então, não se pode, por falta de disponibilidade financeira, deixar de cumprir com os direitos sociais ou deixar de exigir o seu cumprimento judicialmente, pois se trata de preceito constitucional. Entretanto, como muito bem salientado por Bontempo, considerando que a maioria dos direitos sociais depende de recursos para sua implementação, deve-se adotar raciocínio inverso para assegurar força normativa à Constituição, ou seja, em vez de acionar a realização de direitos sociais à existência de recursos públicos, é preciso condicionar a existência dos recursos públicos à implementação dos direitos sociais (BONTEMPO, 2005, p. 224).

Dessa forma, deve o Poder Executivo, ao elaborar projetos de leis orçamentárias, e o Poder Legislativo, ao apreciá-las e aprová-las, alocar³⁰, prioritariamente, recursos públicos necessários à implementação de políticas públicas que visem à concretização dos direitos sociais (Ibid., p. 224-225). Apesar de entendimento contrário (AMARAL, 2001, p. 228), em caso de omissão, pode muito

³⁰ Quanto à alocação de recursos, Amaral (2001, p. 147-8) defende que, uma vez que existem menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas, e que a escassez não é acidental, toma vulto a alocação de recursos; as decisões alocativas dizem respeito a quanto disponibilizar (decisão de primeira ordem) e a quem atender (decisão de segunda ordem).

bem o Poder Judiciário intervir, determinando que se cumpra o preceituado no texto constitucional.

Assim, deverá haver um controle contínuo da efetivação dessa despesa e um acompanhamento, por parte do Poder Judiciário, garantindo que as determinações sejam cumpridas. Porém, essas dificuldades inerentes à materialização não podem servir de óbice para a concretização dos direitos fundamentais (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 78-9). Deveras, não se pode fugir da constatação de que a concretização dos direitos fundamentais demanda, na maioria das vezes, um determinado custo financeiro, o qual pode ser maior ou menor, dependendo das medidas a serem aplicadas (OLIVEIRA NETTO, 2005, p. 149). No entanto, o que não se pode é condicionar a concessão dos direitos fundamentais (e, principalmente, dos mais essenciais, diretamente ligados à vida) simples e unicamente à alegação de indisponibilidade de recursos³¹.

Não há, portanto, como se dissociar os direitos sociais prescacionais dos custos provenientes para sua prestação. Contudo, a falta de disponibilidade financeira ou a reserva do possível não podem servir como obstáculo ou como “barreira intransponível” à concretização destes direitos (SARLET, 2006, p. 348).

Péricles Asbahr (2004, p. 23), muito embora concorde, em parte, com a aplicação da reserva do possível, pois, segundo ele, “o juiz não pode ficar indiferente quanto à viabilidade material de sua decisão, em particular em matéria de saúde”, lembrando, ainda, que “os recursos são finitos e [é preciso] verificar até que ponto sua decisão será passível de atendimento sem pôr em risco o atendimento do Sistema Único de saúde”, reconhece, especificamente, no que se refere ao direito à saúde, que

[...] o juiz deve analisar detidamente toda e qualquer alegação de negativa de efetivação de um direito à saúde com base no argumento da reserva do possível. Não basta o destinatário da norma simplesmente

³¹ Para Gustavo Amaral (2001, p. 172), a escassez é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, onde além de escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, os quais são escassos comparados às necessidades. Assim, para o autor, a alocação de recursos envolve decisões de três ordens: quanto disponibilizar, a quem atender e a conduta dos potenciais beneficiados, devendo tais decisões ser políticas e locais.

alegar que não há possibilidades financeiras de cumprir a ordem judicial, é preciso demonstrá-la. Portanto, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação do direito humano à saúde (Ibid., p. 23).

Assim, muito embora o autor concorde com a aplicabilidade da reserva do possível, deixa claro que os prejuízos alegados pelo poder público advindos da decisão judicial deverão ser concretamente demonstrados por ele. Caso isso não ocorra, deve tal direito ser efetivado por parte do magistrado, o qual deve analisar detidamente a questão. De acordo com Freire Júnior,

[...] se é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda de governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 74).

Da mesma forma, observa o autor que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa que são insuficientes para iniciar a política pública. Logo, nada impede que se inicie a materialização dos direitos fundamentais e depois se verifique como podem ser alocados novos recursos; o que não é razoável é simplesmente o Executivo e o Legislativo descumprirem a Constituição Federal e a decisão judicial, com a simples alegação de não possuírem recursos para tal (Ibid., p. 74).

Portanto, antes de se reconhecer a escassez dos recursos, é necessário analisar o caso concreto³². A reserva do possível não

³² Para Rocha, não basta a mera positivação no ordenamento jurídico para tornar determinado direito realmente efetivo, já que a situação concreta é que vai indicar a possibilidade da realização da pretensão buscada, pois não há como desconsiderar que, enquanto as necessidades públicas são infinitas ou tendentes ao infinito, os recursos são finitos, sendo necessária a visão conjuntural, não apenas frente aos demais direitos e valores sociais que eventualmente possam estar envolvidos, mas também em relação às condições materiais e econômicas necessárias para a concretização do direito. (Revista da AGU – Advocacia Geral da União. Ano IV, Número 8. Brasília, dezembro de 2005. A eficácia das decisões judiciais e a reserva do possível. Rosalina Carolina Kappel Rocha (p. 7-33), p. 31-2).

pode ser um argumento que impeça a fixação da responsabilidade do poder público na efetivação do direito fundamental à saúde, mas deve ser um argumento a ser sopesado na decisão do magistrado³³, lembrando que a Constituição Federal de 1988 é compromissária da efetivação da dignidade humana e, com ela, toda a gama de direitos fundamentais.

1.3 Críticas à reserva do possível: impossibilidade de aplicação na realidade brasileira

Em muitos aspectos, a dogmática jurídica alemã pode ser aplicada à realidade brasileira, tanto que vários preceitos e formulações das cartas de 1988 e anteriores foram fortemente influenciados pela lei fundamental alemã. Porém, o mesmo não ocorre com os direitos sociais, que quase não constam na constituição germânica, pois os mesmos preceitos são capazes de causar efeitos diversos quando utilizados em sociedades desenvolvidas, como a alemã, ou numa periférica, como a brasileira. A transposição de um instituto jurídico de uma sociedade para outra deve obedecer à realidade sociocultural e econômico-política (KRELL, 2000, p. 36), razão pela qual há dificuldade de aplicação de uma lei em outro país para o qual ela não foi especificamente criada.

Para Andreas Krell (2002, p. 51), não se poderia aplicar a reserva do possível à realidade brasileira, porque a interpretação dos direitos sociais não seria uma questão de lógica, mas de consciência social, de um sistema jurídico como um todo. De acordo com o autor, é questionável a transferência, para países em desenvolvimento, de teorias jurídicas aplicadas em países de Primeiro Mundo, as quais se baseiam em realidades culturais, históricas e socioeconômicas completamente diferentes da realidade brasileira.

Krell nega a aplicabilidade da reserva do possível na realidade brasileira, defendendo que a questão que se impõe é justamente a

³³ O princípio da proporcionalidade deve ser observado, pois é utilizado como instrumento de interpretação quando se está diante de colisão entre direitos fundamentais e se busca solução conciliatória (Revista da AGU – Advocacia Geral da União. Ano IV, Número 8. Brasília, dezembro de 2005. A eficácia das decisões judiciais e a reserva do possível. Rosalina Carolina Kappel Rocha (p. 7-33), p. 22).

análise de quem possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas. E acrescenta: “os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia” (Ibid., p. 53).

Portanto, é evidente a dificuldade de adaptação da reserva do possível no Brasil, uma vez que a realidade apresentada pelo país é completamente diferente daquela de países primeiro-mundistas, como a Alemanha. Com esse entendimento, discorre Krell:

A interpretação dos direitos sociais não é questão de “lógica jurídica”, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países “centrais” do chamado “Primeiro Mundo” com base em realidades culturais, histórias e, acima de tudo, socioeconômicas completamente diferentes (KRELL, 2000, p. 40).

Não há, portanto, que se negar que existe uma grande dificuldade de aplicação dos dispositivos de outros países à realidade brasileira, visto que, conforme descreve Cury, numa análise comparativa de vários sistemas de saúde, cada país estabelece sistemas e elementos de saúde peculiares ao sistema de governo adotado, o que influencia o tratamento despendido à saúde. Assim é que países desenvolvidos, como Alemanha, Holanda, Japão, por possuírem maiores recursos e por adotarem políticas de bem-estar social, têm sistemas de saúde altamente avançados (CURY, 2005, p. 152) e, por consequência, totalmente diferentes daquele do Brasil.

Assim, a transferência do conceito de reserva do possível constituiria uma adoção de soluções estrangeiras, as quais, como ficou provado, nem sempre são coerentes ou condizem com a realidade brasileira e com suas reais necessidades materiais (KRELL, 2002, p. 56). Além do mais, como bem salientado por Moraes, a viabilização de determinadas políticas públicas depende muito mais de uma vontade e de prioridades políticas do que de disponibilidades orçamentárias (MORAES, 1995, p. 21).

Ainda no que se refere à lei alemã, deve-se destacar que os seus criadores não desenvolveram seus posicionamentos com

relação aos direitos sociais num país em permanente crise social e com milhões de cidadãos socialmente excluídos, como ocorre no Brasil. Na Alemanha, como nos outros países centrais, não há um grande número de pessoas que buscam (e não encontram) vagas em hospitais da rede pública. Neles, as pessoas não buscam direitos básicos como saúde, escola, alimentação, pois esses lhes são conferidos automaticamente pelo Estado. Se os doutrinadores do direito constitucional alemão estivessem inseridos em outra realidade, de exclusão social, de falta de condições mínimas para uma existência digna, passariam a exigir, certamente, a interferência do Poder Judiciário para a concretização de direitos tão essenciais, como o direito à vida e à dignidade humana (KRELL, 2002, p. 108-9).

Portanto, a reserva do possível não tem o condão de impedir a aplicação do artigo 5º, § 1º, da CF/88, mas também não pode ser desconsiderado, sendo um limite realmente existente. Todavia, esse limite não deve ser visto, no Brasil, do mesmo modo que nos países desenvolvidos, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não jurisdicionais) mais efetivos. Em consequência, a margem de manobra do Judiciário no exercício do controle em exame é bem mais larga no Brasil, sem que, evidentemente, seja absoluta. Dessa forma, condicionar os direitos sociais à existência de cofres cheios corresponde ao total aniquilamento dos direitos sociais, despindo-os de toda sua força normativa (BONTEMPO, 2005, p. 224).

A aplicabilidade da reserva do possível, criada na Alemanha, não pode ser adotada no Brasil no que se refere à questão específica da saúde, uma vez que se trata de realidades totalmente diferentes e de necessidades diversas. Não se pode obrigar o Judiciário brasileiro a aceitar a falácia³⁴ de uma reserva do possível para a tomada de decisões acerca da saúde e da vida de pessoas que estão, muitas vezes, à margem da sociedade. Nesse ponto, ratifica-se o que diz Américo Bedê Freire Junior (2005, p. 76), para quem, dependendo da urgência do caso concreto, o magistrado, no Brasil, pode determinar a inclusão de verba específica no orçamento do Estado do ano seguinte, evitando o conflito com a falta de previsão orçamentária.

³⁴ Termo utilizado por Andreas Krell em sua obra *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*.

Por fim, há que se salientar que, muito embora exista a reserva do possível, o direito à saúde integra o chamado “mínimo existencial” ou “mínimo social” que uma pessoa deve receber para uma existência digna, tópico que será, a seguir, abordado.

1.3.1 A necessidade de assegurar o padrão mínimo social para uma existência digna

Em uma sociedade como a brasileira, onde a maioria da população detém baixo poder aquisitivo e, paradoxalmente, possui direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário assegurar o acesso a tais direitos, a fim de fazer cumprir o princípio da dignidade humana.

Na doutrina, o primeiro a reconhecer um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, na década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, visto que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a dignidade da pessoa humana ficaria comprometida. Impõe-se, portanto, uma postura ativa por parte do Estado no sentido de garantir a vida (BACHOF, Otto apud SARLET, 2006, p. 314).

Pode-se dizer, como Torres (1999, p. 262-263), que o mínimo existencial é um “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Assim, a concepção de mínimo existencial diz respeito à superação fática da teoria da justiça como equidade, o qual exige, indubitavelmente, que seja assegurado ao indivíduo um conjunto de necessidades básicas (FIGUEIREDO, 2007, p. 191), porque é obrigação de um Estado social controlar os riscos advindos do problema da pobreza e oferecer às pessoas nessas condições um mínimo de satisfação das suas necessidades pessoais. No caso da saúde, negar atendimento médico a uma pessoa carente significa prejudicar diretamente a sua vida e a sua integridade (KRELL, 2002, p. 60). Para Krell,

a teoria do “mínimo existencial”, que tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna, até hoje foi pouco discutida na doutrina constitucional brasileira e ainda não foi adotada com as suas consequências na jurisprudência do país (Ibid., p. 62).

O autor, portanto, reconhece que existem poucas discussões acerca do mínimo existencial. Isso, no entanto, deve ser revertido, uma vez que é imprescindível a defesa e a garantia de um padrão mínimo social para uma existência digna, integrando-se, aí, inegavelmente, a saúde. Negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico etc. (SARLET, 2006, p. 345).

Entretanto, o que se pode entender por “mínimo existencial” em termos de direitos sociais? Qual seria o mínimo que o Estado deveria garantir para que as pessoas pudessem viver com dignidade? Há que se ter em mente, antes de mais nada, que cada direito social possui um núcleo mínimo, estabelecido segundo as características do próprio direito e atendendo à preservação da dignidade humana, o qual não pode ser ultrapassado. Esse limite seria o limite mínimo absoluto, que deve ser assegurado pelo Estado, superior, inclusive, à questão orçamentária; o mínimo existencial seria como um direito fundamental originário, passível de imediata reclamação perante o Poder Judiciário e independentemente de procedimentos prévios (SARLET, 2006, p. 200-201).

Para Scaff (2005, p. 217), o mínimo existencial não é uma categoria universal, variando de lugar para lugar. Porém, a saúde, seguramente, engloba-se no mínimo existencial universal, uma vez que a expansão de tais serviços – de saúde, seguridade social etc. – contribui diretamente para a qualidade de vida e seu florescimento.

Krell (2002, p. 63) entende que

[...] o referido “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à

garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país.

Assim, para Krell, a saúde está, dentre outros direitos, indubitavelmente, dentro desse mínimo social ou existencial que deve ser concedido, indiscriminadamente, ao indivíduo pelo Estado, até mesmo porque uma vida saudável inclui vários outros direitos como, por exemplo, a uma alimentação adequada e de qualidade.

Portanto, o entendimento, tanto no Brasil como na Alemanha, acerca do mínimo existencial apresenta semelhanças, uma vez que é unânime o pensamento de assegurar aos cidadãos, onde estiverem, um padrão mínimo, no qual se incluem a vida, a saúde, além de condições mínimas e necessárias de existência.

Entretanto, a avaliação do mínimo existencial vai além da simples manutenção da vida, devendo se levar em conta as necessidades biológicas das pessoas, respaldando, assim, a aplicação de um critério qualitativo no estabelecimento do conteúdo das prestações mínimas (Ibid., p. 195). Desse modo, nos países periféricos, onde a situação socioeconômica acarreta amplas desigualdades sociais, com *deficits* de condição econômica para grande parte da população, há de haver uma estreita vinculação entre a teoria do mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais (SCAFF, 2005, p. 226).

Krell (2002, p. 64), quando se refere ao aprimoramento do sistema público de saúde, inclui a saúde no conceito de mínimo social:

[...] o estabelecimento de um sistema público de saúde que garanta padrões mínimos de qualidade (prazos de atendimento, equipamentos de tecnologia moderna, remuneração adequada dos agentes, fornecimento de remédios a baixo custo) no Brasil definitivamente não devia pertencer ao mundo das utopias ou sonhos.

No que concerne ao conteúdo dos direitos prestacionais, é no âmbito da saúde que se manifestam de forma mais contundente as prestações materiais com o direito à vida (bem maior do ser humano), o princípio da dignidade humana, pois o direito à saúde encontra-se umbilicalmente interligado ao direito à vida e à integridade física do ser humano, com importância fundamental e

inequívoca (SARLET, 2006, p. 320). Como direito de solidariedade, a saúde está atrelada ao direito ao desenvolvimento, fazendo parte do patrimônio comum da humanidade (MORAIS, 1995, p. 20).

Outro argumento apresentado por Sarlet (2006, p. 345) em defesa do mínimo existencial é o de que negar ao indivíduo recursos materiais mínimos para a manutenção da sua existência pode significar, em última análise, condená-lo à morte. Tal pensamento coaduna-se com as palavras de Ieda Tatiana Cury (2005, p. 150), que, em síntese, expõe que o direito à saúde, derivado do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como os demais direitos sociais, devem ser garantidos pelo Estado social de direito, que se fundamenta na inclusão social e nos direitos de cidadania.

Por fim, há que se ressaltar que as prestações mínimas devem ser estabelecidas analisando-se cada caso concreto, levando-se em conta o tipo de sociedade, bem como o direito em jogo, uma vez que o conteúdo de um direito não é certo, determinado, mas variável (FIGUEIREDO, 2007, p. 201). Dentre esses direitos, porém, é preciso lembrar que a saúde inclui-se dentro do mínimo existencial, devendo ser considerada, prioritariamente, pois somente um indivíduo saudável poderá trabalhar, desfrutar de uma vida de qualidade e, assim, contribuir para o crescimento da sociedade.

Considerações finais

A saúde, por se tratar de um direito essencial à própria existência humana, deve ser preservada. Para tanto, exige-se uma nova postura por parte dos poderes públicos, que se escusam do cumprimento de seus deveres, amparando-se exclusivamente na questão financeira.

As alegações de falta de recursos por parte dos poderes públicos devem ser enfrentadas com vigor. A simples alegação, sem comprovação da inviabilidade financeira, calcada na existência de uma reserva do possível, não pode servir de obstáculo para a concretização de direitos essenciais ao ser humano e que atinjam diretamente a sua integridade física.

Portanto, defende-se que a teoria da reserva do possível, ao menos no que se refere à saúde, não pode ser sequer considerada pelo Poder Judiciário, pois é inadmissível, nos tempos atuais, aceitar a alegação de que simplesmente inexistem verbas para o custeio da saúde. Se essas verbas não existem, que sejam emitidas provas incontestes de sua inexistência, além de ser demonstrado que os recursos existentes no país foram destinados realmente aos interesses essenciais dos indivíduos.

Além disso, não há que se falar em falta de recursos financeiros quando se discute sobre direitos imprescindíveis à integridade física do indivíduo, como a saúde, pois dela depende a própria existência do ser humano, devendo o tutelado zelar pela sua concretização. Não se pode admitir que, num país como o Brasil, tão rico em direitos na esfera da saúde e com uma Constituição Federal repleta de direitos fundamentais, seja desrespeitado justamente um dos principais requisitos para a existência do ser humano, que é a saúde. É dever do país, como um todo, zelar pela intangibilidade do indivíduo, preservando suas leis e aplicando-as sempre que necessário, para que, ao fim, possa-se afirmar que o modelo de Estado existente é realmente aquele que respeita os cidadãos e os coloca acima de quaisquer dificuldades.

Referências

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASBAHR, Péricles. Considerações sobre o direito humano à saúde. *Revista de direito sanitário*. Estudos e pesquisas de direito sanitário, São Paulo: LTR, v. 5, n. 3. nov. 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KRELL, Andreas Joaquim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

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

LEIVAS, Paulo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *O direito à saúde*. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, n. 3, 1995.

OLIVEIRA NETO, Sérgio de. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais. *Revista da AGU*, Brasília, n. 7, ago. 2005.

PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina. A tutela específica em face do poder público: políticas públicas de saúde e o princípio constitucional da separação dos poderes. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, jan-dez. 2003.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS, 2005.

ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999.

ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. *Revista da AGU – Escola da Advocacia Geral da União*, Brasília, n. 8. 2005. p. 7-33.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Direito e Democracia*, Canoas: n. 1, jan-jun. 2002. v. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 32, jul./ago. 2005.

TORRES, Ricardo Lôbo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Direito fundamental à igualdade: ações afirmativas para que(m)?

*José Carlos Kraemer Bortoloti*³⁵

Introdução

O direito fundamental à igualdade, por mais expressiva que seja a terminologia, remete a um contexto complexo, muitas vezes desenvolvido por meio de concepções distantes da realidade. Tais concepções dificultam compreender o princípio da igualdade e, assim, conferem à desigualdade papel de destaque. Nessa dinâmica ingênua, senão imatura, entre igualdade e desigualdade, criaram-se, ao longo do tempo, discriminações que marcam o período contemporâneo.

O presente texto busca discutir o direito fundamental à igualdade em face do panorama de extrema desigualdade vivenciado pela sociedade brasileira, assim como a promoção das ações afirmativas, tidas como mecanismos de equiparação social e resgate da igualdade.

Primeiramente, analisa-se o direito fundamental à igualdade, buscando-se, em autores como Ronald Dworkin e Konrad Hesse, uma compreensão abrangente e determinante para trazer à análise teórica argumentos da efetiva concepção do direito fundamental à

³⁵ Mestre em Direito; advogado; coordenador e professor do NAPEJ – Núcleo Avançado de Prática e Estudos Jurídicos do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo.

igualdade. Em seguida, interpreta-se o princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988, bem como se pondera tal princípio em relação aos seus destinatários.

Posteriormente, diante da problemática de discriminações e desigualdades, avalia-se o contexto das ações afirmativas, apontando as principais características de tais mecanismos, assim como posicionamentos positivos e negativos no que diz respeito a eles. Ainda, faz-se uma análise em relação às finalidades e aos destinatários das ações afirmativas.

Dessa forma, a revisão teórica busca analisar se as ações afirmativas, face ao direito fundamental à igualdade, destinam-se a suprir as desigualdades advindas das mazelas sociais ou, de forma discriminatória, impõem uma eficácia controversa ao princípio da igualdade, dando ênfase ainda maior às desigualdades.

1 O direito fundamental à igualdade

Sem pretensão de fazer um inventário sobre igualdade, é necessário sopesar as circunstâncias que, de forma abarcante, proporcionam compreensão da sua extrema relevância no contexto social. Para tanto, de forma inicial, vale-se da indagação: “Podemos dar as costas à igualdade?” (DWORKIN, 2005, p. IX). Para entender a complexidade da indagação, primeiramente, deve-se considerar de que forma o princípio da igualdade, a garantia fundamental à igualdade, vem sendo tratado e disseminado em âmbito social.

É necessário arguir que o direito fundamental à igualdade é o escopo do princípio democrático, porque sem a sua efetividade a democracia, por meio das liberdades dos indivíduos, não tem eficácia, muito menos é alcançável. Na perspectiva da igualdade³⁶, esse é

³⁶ Jorge Miranda (1993, p. 224) afirma: “O tema da igualdade aparece imbricado com os grandes temas da Ciência e da Filosofia do Direito e do Estado. Pensar em igualdade é pensar em justiça na linha da análise aristotélica, retomada pela Escolástica e por todas as correntes posteriores, de Hobbes a Marx e Rawls; é definir as relações entre as pessoas e entre normas jurídicas; é indagar a lei e da generalidade das leis. Os direitos fundamentais não podem ser estudados à margem da ideia de igualdade. Eles postulam uma atribuição não apenas universal como também igual”.

princípio dinâmico e que possibilita a plena expansão das liberdades reais em face da teoria democrática da contemporaneidade.

[...] esta, segundo nos tem ensinado a reflexão sobre seus fundamentos ideológico-históricos e raízes culturais, indissociavelmente conectadas desde o princípio com a de liberdade, algo que parte, todavia após da fundamentação do direito e do Estado de Kant, a partir do direito natural de todo homem a liberdade e igualdade. É mais, tanto Montesquieu como Rousseau consideram, continuando a tradição aristotélica, que o princípio do governo ou da forma de governo da democracia é a expressão mesma da ideia de igualdade (MAIHOFER, 1996, p. 294).

A concepção de igualdade constante no processo democrático é de fácil aceitação em razão de sua abrangência, porém a complexidade no direito fundamental à igualdade torna a aceitação ingênua, visto que não se tem – tanto em relação à democracia quanto ao princípio da igualdade – uma concepção efetiva, assim como as tradições que envolvem tais concepções³⁷ fazem com que o direito fundamental à igualdade ainda não seja evidente, operacional e simples.

A ideia de igualdade é tão complexa quanto invocada ou desejada pelos homens ao longo da história. Em outros termos, a complexidade do conceito de igualdade é proporcional ao desejo e à luta pela realização fática do ideal da igualdade. Algo desejado e analisado de forma tão intensa por tanto tempo já deveria ser, ao menos em tese, de compreensão teórica mais simples. Igualdade deveria ser um conceito simples, evidente, operacional, e não ainda tão complexo (STEINMETZ, 2001, p. 173. grifo nosso).

Havendo a necessidade de uma compreensão mais abrangente e dinâmica dessa questão, considera-se que o direito fundamental à igualdade deve ser contemplado tanto em seu sentido de previsão legal formal quanto material. É nessa conjuntura que se encontra a “[...] manifestação e problemática da igualdade jurídica” (HESSE, 1998, p. 330), a qual remete justamente aos destinatários e à eficácia

³⁷ É importante frisar a distinção entre conceito e concepção, que é um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática. No primeiro nível, o acordo tem por base ideias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações; no segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida (DWORKIN, 1999, p. 87).

de proteção do direito fundamental, visto que a tradição relata a utilização singular da igualdade formal – não desmerecendo sua importância –, havendo, porém, dificuldade para harmonizar e efetivar a igualdade formal e material conjuntamente.

O direito de igualdade apresenta-se nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, basicamente, pela afirmação simultânea da “igualdade perante a lei” e da “igualdade na lei”. Nestas expressões radicam distintas e complementares compreensões do direito de igualdade, cuja convivência possibilita o entendimento deste princípio jurídico (RIOS, 2002, p. 31).

A igualdade formal centra-se na igualdade perante a lei “[...] pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa [...]” (HESSE, 1998, p. 330), ou seja, sem diferenciação em face do destinatário da norma, ao passo que a igualdade material fundamenta-se na igualdade na lei, a qual “[...] exige a igualdade de tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas [...]” (RIOS, 2002, p. 31).

A igualdade formal recebeu maior ênfase por parte dos legisladores constituintes. O seu entendimento não se circunscreve apenas à ideia de igualdade perante a lei, mas também introduz a ideia de igualdade na lei. Contudo, a mera menção ao princípio da isonomia, no aspecto formal, nos textos normativos das democracias ocidentais não alcançou o propósito de produzir uma sociedade mais igualitária. Daí surgiu a **necessidade de desenvolver mecanismos que também observassem a igualdade no aspecto material, com o objetivo de minimizar as diferenças sociais, mesmo que na prática sua aferição fosse complexa** (EMERIQUE, 2002, p. 186, grifo nosso).

O questionamento remete à dúvida sobre quem (o que) é igual e quem (o que) é desigual. Quais situações devem ser entendidas por iguais e quais situações devem ser compreendidas como desiguais? Disso se pode extrair a complexidade de se tratar o princípio da igualdade, o direito fundamental à igualdade. Contudo, é preciso chegar a essa distinção. Nesse sentido, a equidade deve reger as tentativas de absorção da realidade, buscando, na lei, não privilégios,

mas equiparação dos sujeitos e superação das discriminações, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 10) defende:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

A complexidade inerente ao contexto do direito fundamental à igualdade leva a indagar, questionar e, sem dúvida, a, de forma crítica, analisar o igual e o desigual. Partindo, portanto, para uma análise referencial mais específica, apresenta-se, na sequência, a interpretação do princípio da igualdade na Constituição brasileira de 1988.

1.1 A interpretação do princípio da igualdade na Constituição de 1988

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), inseriu o princípio da igualdade em seu texto, especificando, em seu preâmbulo, o intento da concretização de um Estado Democrático, “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça [...]” (BRASIL, 2001, preâmbulo), com vistas a promover uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Ademais, cumpre ressaltar, em face da garantia da ausência de preconceitos, o art. 3º, inciso 4º, ratifica o preâmbulo da Constituição, especificando que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1998, Art. 3º, inciso IV).

Deste espectro normativo, constata-se que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro vigente abriga as concepções formal e material do princípio da igualdade, claramente expressas pela garantia da igual-

dade perante a lei (igualdade formal) e da igualdade na formulação da lei (Igualdade material) (RIOS, 2002, p. 59).

Especificamente, o art. 5º, introdutor dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988, dispõe que “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, [...]” (BRASIL, 1988, Art. 5º, *caput*). Denota-se, assim, a abrangência constitucional em relação ao direito fundamental à igualdade³⁸. Também, o § 1º do artigo em questão define a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

[...] assume papel relevante a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF de 1988, de acordo com a qual todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos jurídicos. Apesar de inexistir norma constitucional destituída de eficácia jurídica, o fato é que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais diferencia – no sentido de uma juridicidade reforçada – esta categoria específica das normas constitucionais, outorgando-lhes, de tal sorte, uma qualidade comum e distintiva [...] (SARLET, 2003, p. 80-81).

Assim, a Constituição de 1988 positivou, em seu texto, os direitos fundamentais e, de forma específica, o direito fundamental à igualdade, previsto principalmente em seu preâmbulo e no *caput* do art. 5º, como já dito anteriormente. Apesar dessa positivação, tem-se de analisar sua efetividade, o que “[...] vai depender em larga parte da adequação do novo instrumento às enormes exigências de uma sociedade em busca de governos estáveis e legítimos” (BONAVIDES, 2004, p. 380), rompendo, nesse *viés*, com uma tradição de omissões de vigor e juridicidade dos utensílios processuais do Brasil.

³⁸ Conforme Bonavides (2004, p. 378-379), “[...] o Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade”.

Com efeito, na Constituição de 1988 as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem à concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora [...] Em razão dessa omissão constitucional e de outras incorporadas já à tradição de nosso constitucionalismo programático, a autoaplicabilidade das regras da Constituição em matéria de direitos sociais e a eficácia das garantias que a Constituição possa oferecer nesse tocante constituem os pontos cardeais das reflexões sobre a crise da estabilidade social no Brasil (Idem, p. 382).

Em resumo, o constituinte brasileiro, em especial a partir da Constituição de 1988, evidenciou o princípio da igualdade como escopo e garantia fundamental do ordenamento jurídico. Como já mencionado, a carta de direitos é ampla, porém a tradição normativa brasileira fixou-se no formalismo, inclusive na esfera material, em detrimento do plano da efetividade, assim como do da eficácia das normas, em plano secundário. Essa problemática não remete apenas às determinações da Constituição, incluindo, também, a sociedade, o Estado e o governo, ou seja, as próprias instituições “[...] mas da Sociedade, do Estado, e do Governo; em suma, das próprias instituições [...]” (Idem, p. 383), dando-se extensão à precária relação entre o direito fundamental à igualdade e os seus destinatários.

2 O princípio da igualdade e os seus destinatários: iguais versus desiguais

Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é, embora não seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si [...] (ARISTÓTELES, 2005).

Em que pese o artigo 5º da Constituição Federal brasileira dispor que “[...] todos são iguais perante a lei [...]” (BRASIL, 1988, art. 5º, *caput*), é necessária uma interpretação mais específica no que tange aos destinatários dos direitos fundamentais, assim como sobre o atributo de universalidade desses direitos, os quais usam

termos como “todos”, “qualquer pessoa”, “ninguém”, como os arts. 5º, *caput*, incisos II e III da CRFB/88. Porém, como afirma Dimoulis, “[...] do ponto de vista da dogmática, essa impressão é altamente enganosa: [...] a Constituição Federal garante os direitos fundamentais a determinadas categorias de pessoas, excluindo implicitamente os demais, isto é, não lhes oferecendo proteção em nível constitucional” (DIMOULIS, 2007, p. 81).

Para que se possa chegar o mais próximo possível do entendimento em relação à complexidade da indagação inicial – “É possível dar as costas à igualdade?” (DWORKIN, 2005, p. IX) –, assim como do objetivo da construção teórica, primeiramente é preciso discorrer sobre a exclusão referida por Dimoulis (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 81), a qual se interpreta, aqui, como desigualdade e, numa seara mais ampla, como discriminação.

Nesse prisma, tem-se claro o problema em sem falar do direito fundamental à igualdade de forma universal. A universalidade torna-se utópica quando se parte da ideia de se comparar iguais com desiguais, esquecendo-se da ampla diversidade característica da sociedade brasileira e, ainda, das mazelas criadas por um ordenamento jurídico extremamente formal e descontextualizado.

Do mesmo modo, em virtude da compreensão equivocada do ordenamento jurídico (legislador) sobre os destinatários, ocorre com relação à concepção de que se relacionam iguais com desiguais até o momento em que se projeta a compreensão entre o igual e o desigual (frente ao ordenamento) tem-se a dificuldade de conceber a possibilidade de tratamento equitativo, não em sentido de privilégio, mas com base numa aceção valorativa. Robert Alexy defende:

Como não existe uma igualdade ou uma desigualdade em relação a todos os aspectos (igualdade/desigualdade fática universal) entre indivíduos e situações humanas, e visto que uma igualdade (desigualdade) fática parcial em relação a algum aspecto qualquer não é suficiente como condição de aplicação da fórmula, então, ela só pode dizer respeito a uma coisa: à igualdade e à desigualdade valorativa. Para possibilitar uma ordem jurídica diferenciada, a igualdade (desigualdade) *valorativa* tem que ser relativizada de duas maneiras. Ela tem que ser uma igualdade valorativa *em relação às igualdades (desigualdades) fáticas parciais*, pois, se ela esgotasse em uma igualdade valorativa

dos indivíduos, pura e simplesmente, ela em nada poderia contribuir para a fundamentação de tratamentos diferenciados. Além disso, ela tem que ser uma igualdade valorativa *em relação a determinados tratamentos*, pois, se não fosse assim, não seria possível explicar por que duas pessoas que, em um aspecto, devem ser tratadas de forma igual não são assim tratadas sob todos os aspectos [...] O enunciado “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente” não contém, em si mesmo, um tal critério; mas sua aplicação pressupõe um (ALEXY, 2008, p. 400, grifo do autor).

A concepção valorativa em face das igualdades e desigualdades apontada por Alexy remete justamente à problemática de se prever que “todos são iguais”, ou seja, universalizar a norma, sua eficácia e sua proteção de modo que “todos” tenham acesso a seus direitos de forma igualitária. Ademais, “[...] é indiscutível que as normas formuladas por Alexy aumentam o grau de precisão da fórmula clássica ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais’” (STEINMETZ, 2001, p. 180), permitindo dizer que a sociedade contemporânea brasileira necessita de mecanismos que equiparem os destinatários do ordenamento jurídico em vigor às características distintas de uma coletividade pluralista.

As normas de tratamento igual/desigual, formuladas por Alexy, e os *tests* de Bandeira de Mello contribuem em muito para a interpretação e aplicação do princípio da igualdade ou, em outras palavras, para o controle da legitimidade do tratamento igual e do tratamento desigual. [...] *No caso específico, há que se perguntar pela constitucionalidade do fim que se persegue com o tratamento igual/desigual, a adequação meio-fim*, a exigibilidade do meio e a proporcionalidade em sentido estrito entre os graus de realização e afetação dos direitos dos sujeitos envolvidos (STEINMETZ, 2001, p. 181, grifo nosso).

É em razão dessa complexidade de se estabelecer o que seja igual/desigual que se faz ainda mais importante a análise de mecanismos que possam reverter as discriminações³⁹ trazidas pelas

³⁹ Em relação à discriminação, a Organização das Nações Unidas entende que ela se caracteriza como “[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência [...], que tenha por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”. (ONU, Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>).

desigualdades. Assim, mecanismos que almejam resultados harmônicos devem estar inseridos na realidade das desigualdades, reconhecendo que, se ao se projetar mais igualdade – revertendo um processo discriminatório – pode-se provocar uma discriminação maior ainda.

2.1 O exemplo das ações afirmativas e a perspectiva de aferir novos resultados à participação

A sede de igualdade pode se manifestar no fato de se querer sujeitar todos os outros (rebaixando-os, sufocando-os no silêncio, passando-lhes a perna) ou de se elevar com todos eles (fazendo-lhes justiça, ajudando-os, regozijando-se com seu processo) (NIETZSCHE, 2007, p. 206).

De forma crítica, um tanto sarcástica, Nietzsche (2007, p. 206) refere a dualidade em relação à igualdade, se comparada com o ordenamento jurídico, especialmente em sua característica universalizante. Por outro lado, referindo as mazelas fundantes da sociedade contemporânea, o autor fala de uma sociedade discriminante, uma história social desigual. Com essa crítica, não se pretende criar evidências pejorativas sobre o âmbito social, mas enfrentar a realidade e interpretar mecanismos que busquem o progresso.

Ao se iniciar a discussão sobre ações afirmativas, o zelo é necessário, em razão da extrema dificuldade para compreendê-las e, pior, de implementá-las. Ademais, mesmo quando se consegue implementá-las, existe uma grande resistência, principalmente de partida não delimitada pelas ações em aceitar tais mecanismos. Daí a crítica à credibilidade desses instrumentos.

Para não se ater a dúvidas ou, mesmo, a questionamentos infundados, é necessário um fomento às ações afirmativas para que se tenha a compreensão ideal e mais próxima do contexto em que elas devem ser contempladas. De início, de forma a interligá-las com o direito fundamental à igualdade, em que pese seu aspecto material e formal, é relevante mencionar o que diz Melo:

[...] não é possível pensar a igualdade apartada de seu aspecto material, factual. A igualdade tem que ser compreendida a partir da somatória da igualdade formal e material. *Ou seja, não basta a não-*

discriminação. Para que possamos atingir uma situação de igualdade, é preciso que invistamos em mecanismos de garantia de igualdade de fato, instrumentos conhecidos como ações afirmativas e discriminação positiva (MELO, 1998).

A ação afirmativa nasceu nos Estados Unidos, como “[...] renúncia à neutralidade estatal em matéria de oportunidades em educação e emprego” (GOMES, 2001, p. 35). Após seu nascimento, ela vem sendo adotada por diversos países, nem sempre da mesma forma nas diferentes sociedades, em face da distinção entre os ordenamentos jurídicos e da abrangência do princípio da igualdade. Com o seu nascimento, surgiram, também, controvérsias que vão desde a sua definição até a sua finalidade.

De início, as ações afirmativas consistiam em uma mera atitude do Estado no âmbito do acesso à educação e ao trabalho. Essa atitude almejava a aplicabilidade do “[...] ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho” (GOMES, 2001, p. 39). Por volta da década de 1970, buscou-se uma concepção mais dinâmica e efetiva do mecanismo em relação à igualdade de oportunidades para as minorias. Hoje, as ações afirmativas referem-se a um conjunto de políticas tanto públicas quanto privadas, não partindo apenas de um ideal, mas de uma realidade projetada⁴⁰ alcançável.

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES, 2001, p. 40).

⁴⁰ Conforme Bourdieu (1998, p. 97), “a capacidade de prever o futuro é a condição de todo comportamento considerado racional. [...] Para conceber um projeto revolucionário, isto é, para ter uma referência a um futuro projetado, é necessário um mínimo de controle sobre o presente”.

Conforme Menezes (2001, p. 29),

[...] ação afirmativa tem por *finalidade* implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar [...]. Os programas de ações afirmativa normalmente são encontrados em países que, *além de consagrarem a igualdade perante a lei*, também reprimem, quase sempre no âmbito penal, as práticas mais comuns de discriminação. Portanto, até no aspecto temporal, a ação afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio – *depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias – na correção de distorções sociais*.

De forma clara, acredita-se que as ações afirmativas se referem às desigualdades no contexto das minorias, grupos sociais que não conseguiram representatividade, pelo fato de, durante sua história, terem sido alvos de preconceitos e pré-juízos por parte do restante da sociedade e, principalmente, do Estado. Assim, a falta de representatividade⁴¹ é uma das consequências disso tudo, pois o principal efeito detectado é a discriminação, que não permite que essas minorias possam ter a sua condição humana e sua dignidade alcançadas.

Mesmo buscando uma concepção abrangente de ações afirmativas, para uma evolução de seu conceito é necessário o entendimento da própria sociedade na qual a ação será proposta. Além disso, o grande problema que envolve tais mecanismos é que se dá atenção somente ao seu significado, não havendo uma educação sobre a realidade na qual eles estão inseridos.

As ações afirmativas são chamadas também de discriminações positivas, ou, conforme Dworkin (2002, p. 343), “discriminações

⁴¹ “[...] além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher. [...] ou seja, de um lado, essas políticas simbolizam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas têm também como meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na polis, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade (GOMES, 2001, p. 44-45).

compensatórias”. As diferentes designações têm em comum a ideia de que o mecanismo consiste não em privilegiar e em possibilitar alternativas para o acesso à educação, à cultura, ao emprego, etc., de forma igualitária aos grupos de minorias discriminadas/desiguais em relação às classes dominantes.

Anteriormente, abordou-se o tratamento dado pelo art. 5º da Constituição Federal, que almeja “[...] igualdade a todos”. Após, apontou-se a necessidade de se interpretar a sociedade com base num *viés* pluralista, não sendo possível tratar todos por iguais, e, sim, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Tal preceito é base das ações afirmativas, mais especificamente por possibilitar diferenciar a efetividade normativa constitucional em face de determinado grupo, das discriminações positivas ou compensatórias (Idem, p. 343).

Apesar do emprego das medidas aludidas, sob todas as suas modalidades, ter um salto positivo e servir para reduzir desigualdades acumuladas por longos períodos, o tema suscita polêmicas. Para ilustrar, citamos um trecho escrito por Jorge da Silva, onde aborda os empecilhos da ação afirmativa nas questões de conflito de raça: “dirão os brancos que se trata de discriminação ao contrário (ação afirmativa). Os negros dirão que se trata de discriminação positiva. Os brancos, absolutamente certos de questão com a razão, e os negros, também”. A igualdade é um princípio em constante mutação e para sua correta compreensão cumpre observar as novas demandas sociais. Para alcançar iguais oportunidades, torna-se imprescindível uma ação mais eficaz do Estado e o instrumento legislativo é determinante neste ponto (EMERIQUE, 2002, p. 194).

Há, portanto, uma correlação entre as discriminações positivas/compensatórias e a previsão de se tratar desiguais como desiguais. Essa correlação dá origem a uma crítica, mas “[...] a questão dos limites da ação afirmativa, na verdade, é o cerne de todo o acirrado debate travado [...]”(MENEZES, 2001, p. 37).

Para elucidar o âmbito das ações afirmativas, é oportuno trazer a base filosófico-constitucional desse mecanismo, a qual se divide em duas perspectivas: de um lado, justiça compensatória; de outro, a justiça distributiva. A justiça compensatória figura como ponto central, visto que “[...] as sociedades que por longo tempo adota-

ram políticas de subjugação de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras” buscaram corrigir os efeitos perversos da discriminação passada (GOMES, 2001, p. 62), agindo, assim, com função restauradora. Por outro lado, a justiça distributiva, “[...] que também remonta a Aristóteles, diz respeito à necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, [...] e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade” (Op. cit., p. 66), buscando apagar a ausência de equidade das discriminações.

Assim, as discriminações positivas/compensatórias fazem parte do aparato designado como ação afirmativa. Para se aferir a possibilidade de inserção desses mecanismos, é preciso, dado que as desigualdades fazem a necessidade, calcular seus bônus ou ônus, cuidando, também, que a possível (re)estruturação das igualdades não se torne um somatório de discriminações.

De forma sucinta, pode-se dizer que as ações afirmativas desde os primórdios são alvo de críticas, ao mesmo tempo em que são apoiadas por certos segmentos, sendo que sua ausência auxiliou no acirramento dos debates envolvendo “discriminações compensatórias” (DWORKIN, 2002, p. 343). Em relação às indagações, resta a principal: “ações afirmativas: para que(m)?” Para se responder tal indagação, é necessário, especialmente na conjuntura brasileira, analisar quem e quais os âmbitos são responsáveis pela inserção de tais mecanismos.

As ações afirmativas no Brasil tiveram sua maior manifestação com o sistema de cotas raciais para o ingresso nas universidades públicas brasileiras. Contudo, esqueceu-se da importância – em face do contexto complexo – de promover uma educação sobre a política diferenciadora de acesso ao ensino, o que gerou um grande número de críticas, de um lado, e de manifestações de apoio, de outro. Com a ausência dessa formação, o âmbito das ações afirmativas foi traduzido unicamente como sistema de cotas raciais, esquecendo-se de que ele tem uma conotação muito mais ampla.

Assim, a pergunta em relação a quem se dirigem as ações afirmativas ganhou lugar nas discussões sociais. Tal indagação é pertinente, pois uma sociedade em que a discriminação racial é somente uma vertente de desigualdades (evidentemente forte,

é claro), a não abrangência das demais desigualdades em relação às quais as ações afirmativas teriam aplicabilidade fez com que elas fossem tomadas como inexistentes, sendo que o fator de discriminação somente aumentou. Desconheceram-se, com isso, as necessidades sociais⁴².

Confirmando a somatória de desigualdades existentes na sociedade brasileira, tem-se, por exemplo, a discriminação entre homens e mulheres, que envolve tanto o desenvolvimento educacional quanto, em consequência, o mercado de trabalho. Nesse sentido, as “[...] ações afirmativas são uma estratégia de política social voltada para alcançar a igualdade entre homens e mulheres nas diferentes instâncias: mercado de trabalho, na política etc.” (CAPPELLIN, 1996, p. 13). Algumas ações afirmativas voluntárias, surgidas no âmbito privado, tendem a auxiliar na superação das diferenças entre homens e mulheres:

A prática de inferiorização vem da complexa interação entre diferentes âmbitos que atuam conjuntamente no mercado de trabalho – a família, a escola, os costumes. Estes espaços predispõem uma hierarquia de gênero que alimenta, nas práticas produtivas, a difusão das assimetrias de papéis entre os sexos. Nestas se reproduzem situações de desvantagem, renovando as formas de discriminação nas ocupações nas profissões. Ações afirmativas têm como objetivo contribuir para cancelar ou corrigir as desigualdades de fato, de maneira a promover a presença e a participação de mulheres em todos os setores profissionais e em todos os níveis de responsabilidade (CAPPELLIN, 1995, p. 20).

Outro exemplo disso é a situação dos portadores de necessidades especiais, tidos, ingenuamente, como iguais, mas tratados de forma desigual e discriminatória. Tal afirmação se comprova no âmbito do trabalho, da educação, da vida social etc. Para solucionar tal discriminação, o poder público, assim como o privado, vem buscando alternativas para sanar as desigualdades, configurando, assim, uma ação afirmativa. Porém, os mecanismos implementados

⁴² Conforme Dworkin (op. cit., p. 349), “Sem dúvida, não há nada de paradoxal na ideia de que o direito de um indivíduo à igual proteção pode às vezes entrar em conflito com uma política social desejável sob outros aspectos, inclusive aquele que tem por objetivo tornar a sociedade mais igual em termos gerais”.

para a superação desses obstáculos são inócuos para que tal grupo se insira à sociedade e tenha, nela, representatividade.

A ação afirmativa não se refere unicamente ao sistema de cotas, mas não se pode deixar de questionar essa discriminação historicamente existente no Brasil⁴³. Primeiramente, o sistema de cotas recebeu críticas, em grande parte, devidas à ausência de conhecimento no que diz respeito ao seu funcionamento e intuito. A problemática envolveu tanto daqueles que não estão inseridos no contexto de discriminações como daqueles que almejam sair do contexto de privações e isolamento social⁴⁴.

Ao contrário do que os detratores da ação afirmativa andam dizendo, a meta das cotas não é racializar a sociedade ou a universidade, mas justamente iniciar o processo de desracialização das elites, o que efetivamente pode nos colocar na direção da construção de uma democracia em que a presença de grupos étnico-raciais não tenha a menor relevância para a convivência social harmoniosa e pacífica. É verdade que, em uma sociedade que não tem se preocupado profundamente com a igualdade de oportunidades e, muito menos, com a igualdade de resultados entre seus diferentes grupos étnico-raciais, tais medidas causam reações, em especial na “casta” dominante, controladora do poder desde os tempos imemoriais, que certamente perderá parte de seus privilégios, mas, certamente, a sociedade como um todo ganha com uma elite que represente proporcionalmente a diversidade étnico-racial do país (SILVEIRA, 2003, p. 72).

⁴³ As discriminações historicamente existentes no Brasil se somam à ausência de conhecimento, mais especificamente, em função da própria educação defasada difundida no País. Pode-se dizer, inclusive, que se fecham os olhos para o que está explícito na sociedade. “Eles (os negros) representam quase a metade da população brasileira. No Censo Demográfico aparecem como pretos e pardos. Nos últimos quinhentos anos, foram responsáveis por boa parte do serviço duro e pesado que resultou na construção do País. Contudo, na hora da divisão dos frutos desse esforço, eles ficaram com as sobras” (PINTO, 2003, p. 15).

⁴⁴ Em relação às privações e ao isolamento social, “[...] de um lado, a permanência das desigualdades raciais naturaliza a participação diferenciada de brancos e negros nos vários espaços da vida social, reforçando a estigmatização sofrida pelos negros, inibindo o desenvolvimento de suas potencialidades individuais e impedindo o usufruto da cidadania. De outro lado, o processo de exclusão vivido pela população negra compromete a evolução democrática do País e a construção de uma sociedade justa e coesa [...] a exclusão fortalece as características hierárquicas e autoritárias da sociedade e aprofunda o processo de fratura social que marca o Brasil contemporâneo” JACCOUD, 002. p. 66.

Enfim, a ação afirmativa funciona? Ela é justa? (DWORKIN, 2005, p. 543-581). Para se responder a essas questões – como o texto procurou demonstrar –, é preciso compreender as raízes das discriminações que existem na contemporaneidade. Além disso, deve-se procurar reforçar o processo educacional e cultural brasileiro para que mecanismos que busquem alteração dos quadros de desigualdade não tenham de ser submetidos à ingenuidade e à ignorância de uma sociedade que reluta em conhecer a si mesma.

Considerações finais

A fundamentação teórica buscou analisar se as ações afirmativas, face ao direito fundamental à igualdade, destinam-se a suprimir as desigualdades advindas das mazelas sociais ou, de forma discriminatória, impõem uma eficácia controversa ao princípio da igualdade, dando ênfase ainda maior às desigualdades.

Sobre isso, ponderou-se, primeiramente, o direito fundamental à igualdade, enfatizando sua característica formal e material, evidenciando que por mais que o ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição Federal, tenha positivado esse direito, bem como um número abrangente de direitos e garantias fundamentais, a igualdade formal foi mais desenvolvida do que a material, causado, assim, aliado às mazelas sociais de um país marcado historicamente pela presença de desigualdades, uma diversidade de discriminações em muitos grupos sociais.

Em relação às ações afirmativas na experiência brasileira, verificou-se que essas foram inseridas na realidade nacional sem um elemento importantíssimo: a educação a respeito da realidade social e da interferência das ações afirmativas. Dessa forma, o mecanismo foi implementado de forma direta unicamente em relação às cotas raciais universitárias, não educando a sociedade e seus grupos (nem os iguais, nem os desiguais), o que levou a inúmeras conclusões errôneas sobre o tema, o que interferiu diretamente na eficácia da ação afirmativa.

Por conseguinte, e o mais grave, as discriminações constatadas na sociedade brasileira – por mais que a ação afirmativa em relação

às cotas seja de extrema importância – vão muito além dos problemas raciais, e isso se confirma na esfera de relação entre homens e mulheres, homossexuais, portadores de necessidades especiais, dentre outros. Há, assim, a necessidade de uma maior tolerância entre os grupos sociais – um dos motivos das desigualdades – e de uma maior compreensão, principalmente pelo legislador, do que é ser igual ou desigual.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPPELLIN, Paola. *Ações afirmativas: uma estratégia para corrigir as desigualdades entre homens e mulheres*. In: LOPES, Malô Simões. (Coord. et. al.). *Discriminação positiva – ações afirmativas: em busca da igualdade*. São Paulo: CFEMEA/ELAS, 1996.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. *O princípio da igualdade e as ações afirmativas: o tratamento no sistema constitucional tributário das discriminações positivas*. In: GUERRA, Sidney. (Coord.). *Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Orgs.). *O problema da consciência histórica*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como transformação social - a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea, 2002.

MAIHOFER, Werner. Princípios de una democracia en libertad. In: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons/Ediciones Jurídicas e Sociales, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Mônica de. *O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25. out./dez., 1998.

MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1993.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. 2. ed. São Paulo: Escala, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, 1966.

PINTO, José Marcelino de Rezende. Introdução. In: SILVÉRIO, Valter Roberto. (Org. et al.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SAFRANSKI, Rüdiger. Heidegger. *Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVEIRA, Valter Roberto. O papel das ações afirmativas em contextos racionalizados: algumas anotações sobre o debate brasileiro. In: SILVÉRIO, Valter Roberto. (Org. et al.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Desafetação de áreas verdes:

um estudo sob a perspectiva da função socioambiental da cidade e o registro imobiliário

Iumar Junior Baldo⁴⁵

Introdução

A necessidade de uma qualidade de vida saudável nas cidades nos reporta a uma inegável urgência de planejar políticas de preservação do meio ambiente com a finalidade de buscar o desenvolvimento sustentável. O Brasil, a exemplo de outros países em desenvolvimento, apresenta como um dos seus principais desafios conciliar as questões socioambientais com a execução do receituário econômico determinado pela necessidade de progresso e de solução dos problemas habitacionais existentes. Com o advento da Constituição Federal de 1988, criaram-se meios para a descentralização da formulação de políticas e programas, permitindo, assim, que estados, municípios e organizações da sociedade civil pudessem ter a oportunidade de

⁴⁵ Especialista em Direito Notarial e Registral; Mestrando em Direito (aluno especial); coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo; professor das disciplinas de Direito Ambiental e Agrário e de Direito Comercial e Direito Civil I.

assumir posições mais ativas nas questões de interesse público, que incluem as ações socioambientais regionais e locais.

O diapasão consiste em, de um lado assegurar o acesso à moradia digna para o cidadão como um dos objetivos fundamentais da República Federativa, e, de outro lado, assegurar a preservação ambiental, permitindo, dessa forma, a todos usufruir de uma qualidade de vida saudável. Todavia, percebe-se que a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais através do direito de acesso a uma moradia digna parece não encontrar prioridade nas políticas públicas.

O atual modelo de cidade nada mais é do que a expressão do desequilíbrio em consequência do crescimento desordenado dos conglomerados urbanos. A busca pela maturidade imobiliária deve ser uma constante, de forma sustentável, competindo ao registrador imobiliário a instrumentalização procedimental de áreas a serem loteadas e, no caso de áreas ocupadas indevidamente, auxiliar na apresentação de planos para sua regularização. Nesse contexto, o presente estudo avalia a utilização, nos centros urbanos, de áreas verdes oriundas de projetos de loteamentos, na perspectiva de atender à função socioambiental da cidade e entende que a desafetação de áreas verdes somente poderá ser admitida se estas elas destinadas a uma finalidade social, indispensável para o bem comum, atendendo interesse coletivo e difuso, sem a qual não se poderia atingir uma adequada qualidade de vida da população.

Diante disso, pode-se dizer que o registrador público tem o dever de contribuir, no que for de seu alcance, para a criação de mecanismos que facilitem a regularização fundiária nas áreas verdes urbanas, com aglomerado de pessoas de baixa renda, somente onde a situação é irreversível e não há presença de risco à vida das pessoas, sendo que os procedimentos de registro e seus respectivos custos devem merecer um tratamento especial, quando se tratar de possibilitar a conquista de direitos elementares de cidadania. Cabe também a todos os moradores das cidades, bem como ao Estado, contribuir para o alcance de uma qualidade de vida saudável, principalmente àqueles que precisam do amparo institucional para progredir, para que lhes sejam possibilitadas mínimas condições de dignidade humana.

1 Parcelamento do solo urbano na legislação brasileira

Quando se pensa em uma política urbana, o senso comum remete, imediatamente, à questão da ocupação e do controle do uso do solo urbano, que, dentre os fatores de planejamento municipal, torna-se um dos mais importantes, sensibilizando juristas há décadas. A política urbana não objetiva apenas garantir o futuro das cidades e a implementação de novos investimentos, mas, fundamentalmente, corrigir processos prejudiciais aos valores perseguidos pelo Estado, causadores das distorções decorrentes da falta de um planejamento urbano ordenado. Advém da Constituição Federal de 1988, capítulo IV, artigo 30, a competência dos municípios para legislar sobre as questões do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento, parcelamento e ocupação do solo urbano.

Esse tratamento é adequado, visto serem, essas, as sedes maiores de toda a efervescência de fomento da cidadania. Por essa razão, o dispositivo acima, através de seus incisos, disciplina as competências do Poder Municipal e estabelece diretrizes legislativas para a área.

Nessa mesma linha de entendimento, a Constituição Federal de 1988, quando trata da política urbana, nos artigos 182 e 183, dispõe que a competência para a execução das ações de desenvolvimento urbano devem é do Poder Público Municipal, seguindo os ditames estabelecidos pela legislação federal, estadual e municipal, que, de maneira suplementar, devem objetivar o desenvolvimento das cidades, respeitando a sua função social e oportunizando o bem estar de seus habitantes.

Com a edição da lei 6.766/79, o parcelamento do solo urbano alcançou a relevância merecida, haja vista a normatização, pelo referido diploma legal, de preceitos civis e urbanísticos acerca dos padrões estruturais mínimos dos loteamentos e desmembramentos e, ainda, a previsão de sanções, inclusive criminais, em casos específicos. A lei abrange especialmente questões referentes ao loteamento e ao desmembramento, que se distinguem por seus escopos e comprometimentos em face da integração urbanística. Conforme entendimento de Machado (2006, p. 402), considera-se

loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinada à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamentos, modificação ou ampliação das vias existentes, conforme conceitua o parágrafo 1º, do artigo 2º da lei 6.766/79. Já o desmembramento tem como característica elementar a não modificação de qualquer ordem do sistema viário existente, não podendo implicar a criação, abertura ou alteração do sistema viário.

Em conformidade, leciona Machado (2006, p. 403) que um loteamento poderá ser criado tanto pela iniciativa privada como pelo Poder Público. O artigo 44 da lei 6.766/79 vai ainda mais longe, ao dispor que o Poder Público tem legitimidade para propor a reordenação e a reorganização do espaço urbano já loteado.

A lei 9.785/99, objetivando ampliar o comprometimento da propriedade com o conjunto social, inseriu a noção de lote e de infraestrutura básica, modificando inúmeros dispositivos da legislação anterior, a exemplo do que ocorreu com os parágrafos acrescentados no artigo 2º⁴⁶ da lei 6.766/79.

Na tentativa de traçar uma evolução histórica que justifique o atual sistema de parcelamento do solo urbano, o Estatuto da Cidade, lei 10.257/01 - Lei Federal de Desenvolvimento Urbano, regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, tendo entrado em vigor em 09 de outubro de 2001⁴⁷.

⁴⁶ § 4º - Considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.

§ 5º - Considera-se infraestrutura básica os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não.

§ 6º - A infraestrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de:

I – vias de circulação;

II – escoamento das águas pluviais;

III – rede para o abastecimento de água potável; e

IV – soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

⁴⁷ Art.1º - Esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

O Estatuto, de forma suplementar aos artigos constitucionais, estabeleceu a função social da propriedade urbana. Portella (2006), quanto a isso, destaca que os municípios têm legitimidade para intervir na propriedade, obrigando seus proprietários a utilizar adequadamente o solo, sob pena de parcelamento, edificação e utilização compulsórios. Caso a ordem não seja cumprida, ocorrerá incidência de IPTU progressivo até a desapropriação, com títulos da dívida pública para resgate em dez anos.

De acordo com as diretrizes expressas no Estatuto, o planejamento e a gestão das cidades devem ser realizados com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos econômicos e sociais, o que inclui a obrigatoriedade de controle direto, por representação da sociedade civil e das organizações urbanas. A lei visa a regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Dentre os requisitos necessários à aprovação do loteamento, os estados também têm, nas suas respectivas legislações, exigências. Exige-se, assim a adoção de medidas ambientais preventivas, como o tratamento de esgotos sanitários e a proteção de mananciais, a exemplo do que ocorre no Rio Grande do Sul, através da lei estadual 11.520/00, ou como aponta Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 407), “a necessidade prévia à implantação do empreendimento, tanto em áreas urbanas ou rurais, da aprovação dos projetos pela Secretaria de Saúde, nos termos do artigo 54 do Decreto 23.430/74”.

O município, como ente da Federação, atua de forma direta e objetiva no âmbito de sua competência legislativa, podendo disciplinar, em seu território, zonas e respectivos índices urbanísticos de parcelamento e de ocupação do solo, incluindo as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento, de acordo com cada realidade que se apresenta, conforme preceitua o artigo 4º, IV, § 1º, da lei 6.766/79.

2 A função da cidade no atual contexto socioambiental

A preocupação com a ocupação do espaço urbano deve absorver cada vez mais a atenção das autoridades públicas, em todas as áreas de atuação. A concentração populacional torna inadiável que políticas públicas e ações não governamentais sejam adotadas para reduzir as tensões crescentes, principalmente nas médias e grandes cidades, as quais, dentre outras consequências, acabam desembocando nas condições desumanas de vida a que são condicionados percentuais significativos da população e na sequente violência descontrolada que aterroriza a todos.

Enquanto a população não tiver acesso a moradia, transporte público, saneamento, cultura, lazer, segurança, educação, saúde e trabalho digno, não há como dizer que a cidade esteja atendendo à sua função social. Acrescente-se a essas preocupações a inclusão recente da agenda ambiental articulada à questão urbana. A cidade só cumprirá sua função social se estiverem garantidos os recursos naturais para a sobrevivência das gerações futuras (SOMEKH, 2007).

A propriedade, por seu turno, transmite uma sensação de segurança para a pessoa, representando uma forma de riqueza, estabilidade e poder, além de consistir em vínculo sentimental considerável. Daí decorre o caminhar lado a lado da ideia de propriedade e de sociedade desde os primórdios. Nessa linha, Monteiro (apud TAINÉ, 1986, p. 83), citando Taine, destaca que “não foi a sociedade que criou a propriedade, mas a propriedade que criou a sociedade, pela reunião dos proprietários, unidos para defendê-la”. A propriedade é, inegavelmente, importante para qualquer sociedade civilizada. A Igreja Católica, através de sua doutrina, evidencia essa crença, ao afirmar que “a propriedade, ou melhor, o direito de propriedade privada foi concedido ao homem pela natureza, isto é, pelo próprio Criador, para que possa prover as suas necessidades e às de sua família” (MONTEIRO, 1986, p. 84).

Considera-se que o direito à propriedade é deveras importante. Todavia, na atualidade das cidades brasileiras, em sua maioria, principalmente nas médias e grandes, expõem-se com dramati-

dade as desigualdades extremas sobre a propriedade. A cidade atual nada mais é do que a expressão do desequilíbrio, consequente do crescimento desordenado dos aglomerados urbanos, principalmente, após o início do processo de industrialização e da concentração do poder econômico nas cidades. Nesse contexto, lamentavelmente, o Estado foi incompetente para antever, planejar e implantar políticas públicas, estruturais, sociais e econômicas para impedir a proliferação das condições subumanas a que são impelidas parte significativa da população urbana, especialmente a proveniente do êxodo rural. Somam-se a isso as artimanhas que direcionam o exercício social da propriedade à vontade soberana de seu titular.

A falta de alternativas formais de acesso à moradia urbana obrigou a população pobre a buscar os terrenos “marginalizados” das cidades, em sua grande maioria impróprios para a fixação de residência, os quais estão localizados em áreas sem valor no mercado imobiliário, portanto, não cobiçadas pelos proprietários ou pelo Estado, como aquelas alagadiças, íngremes, enfim, ambientalmente incorretas para a edificação de habitações minimamente dignas para moradia e bem estar. Também se incluem neste rol aquelas áreas muitas vezes doadas (afetadas) compulsoriamente para a aprovação de parcelamento de solo.

Ao Estado compete zelar pelo equilíbrio urbanístico, compreendido, segundo Meirelles (1977), como um conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhor condição de vida à comunidade. Por outro lado, obrigatoriamente, deverá existir um conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinado a ordenar os espaços habitáveis, ou seja, um conjunto de normas reguladoras da atividade urbanística (SILVA, 1981).

Nessa linha, observa-se o surgimento de ações concretas, como a decorrente do apoio do Ministério das Cidades, de urbanistas e do Poder Público paulista: a Assembleia Legislativa aprovou, em 22 de dezembro de 2006, a PEC 13/05, que altera o artigo 180 da Constituição do Estado de São Paulo, sobre a regularização de loteamentos consolidados e destinados à população de baixa renda, instalados em áreas verdes ou institucionais. Milhares de moradores de todo o Estado de São Paulo serão beneficiados, já que as áreas

consideradas verdes ou institucionais poderão ter sua destinação alterada. Esse é um exemplo clássico do papel que o Poder Público deve desempenhar para facilitar o acesso da população de baixa renda à regularização dos imóveis sítos em áreas anteriormente não parceláveis.

Portanto, diplomas legais como a PEC 13/05⁴⁸ e o “More Legal”, instituído no Rio Grande do Sul, bem como as discussões desencadeadas por especialistas, permitem dizer que a tendência atual do direito urbanístico e ambiental segue no sentido de promover a regularização urbanística e fundiária. Essas novas leis, bem como o Estatuto da Cidade, procuram cada vez mais claramente trazer a cidade real para dentro da cidade legal.

3 Preservação ambiental da cidade e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

No Brasil, a legislação que trata do parcelamento do solo urbano e do meio ambiente, em muitos casos, é desrespeitada, tanto pelo Poder Público como pela iniciativa privada, desvirtuando-se a sua natureza. Questões das mais diversas que também decorrem da vontade social acabam por pressionar os agentes do Estado a dar outros fins a determinadas áreas de interesse coletivo ambiental. Algumas dessas pretensões são legítimas, desde que assentadas em grande valor social consolidado. No entanto, como regra, deve-se respeitar o destino inicial dado ao imóvel.

Conforme destaca Rossi (2005),

as obrigatoriedades legais objeto da lei específica, no que concerne a praças e áreas comuns, vêm sofrendo vilipêndios a dano do patrimônio dos loteadores, do padrão de vida dos compradores de lotes de terreno e beneficiando poucos, muito poucos, sem que o Ministério Público, as sociedades de bairros levantem a voz em defesa da cidadania talvez

⁴⁸ SÃO PAULO, Assembleia Legislativa. Proposta de emenda Constitucional nº 13, de 2005: dá nova redação e cria parágrafo ao inciso VII do artigo 180 da Constituição Estadual do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.colegioregistrals.org.br/boletins_trib2.asp.cod=3701

por desconhecimento da lei, ou, talvez pela característica nacional da deixa pra lá, o que é que tem. Aqueles que assim pensam exortam-os ao exercício do direito de cidadania, se não para eles, pelo menos em respeito ao passado de seus habitantes ou ao futuro de seus filhos e netos.

Enfim, confirma-se que o objetivo da doação de praças públicas e áreas verdes, pelos loteadores, com fundamento na lei, é o de melhorar o padrão de vida dos proprietários. Com o desvirtuamento dessa finalidade, uma praça ou área verde não tem a menor importância à vida de ninguém. Caso isso não seja observado, o Poder Público e os proprietários dos lotes são coniventes com o descumprimento da lei, sendo que o primeiro a descumpra através de atos meramente políticos corporativos, e o segundo, por não exercer a cidadania, renunciando ao seu direito pela inércia.

É importante citar, quanto a isso, o exemplo do município de São Bernardo do Campo, situado na região da Grande São Paulo. Esse município possui 56% de seu território em áreas de proteção aos mananciais, as quais vinham sendo ocupadas há décadas por extrativistas ou para lazer. A partir de 1988, houve um intenso processo de ocupação desordenada por loteamentos clandestinos destinados à população de baixa renda. A urbanização desordenada gerou ocupações em áreas de risco insalubres e com insuficiência de áreas verdes e institucionais. Os principais danos ambientais constatados foram o desmatamento, a impermeabilização do solo e a geração de esgotos. As primeiras ações civis públicas, visando à paralisação da atividade ilegal e à recuperação ambiental, foram ajuizadas pelo Ministério Público no ano de 1989. Contudo, provavelmente em função de fatores políticos, as liminares que versavam sobre a paralisação dos empreendimentos não foram cumpridas.

Com a mudança de governo, em 1997, e a reestruturação da promotoria civil de São Bernardo do Campo, foram integrados os órgãos de fiscalização ambiental e as polícias civil e ambiental. Como resultado dessa ação conjunta, foi identificado e autuado um novo loteamento. Apesar das providências administrativas e da ação judicial, as obras continuaram. Ainda em fase de construção, no entanto, o loteamento foi demolido. A partir dessa providência, raras foram as tentativas de instalação de novos loteamentos

clandestinos. Em 1998, passou a ser executada pelo município uma decisão judicial que determinava a recuperação ambiental de um loteamento clandestino de grande proporção, além da demolição de algumas construções existentes. A decisão determinava a criação de áreas de permeabilidade, sendo que a comunidade local foi estimulada a construir calçadas gramadas e a arborizar o loteamento. O resultado estético das calçadas estimulou a adoção dessa estratégia pelos bairros vizinhos, e o projeto transformou-se em programa de governo⁴⁹.

Sobre o assunto, Staurengi (STAURENGHI; LIMA, 2003, p. 281) conclui que

a qualidade dos efeitos socioambientais das intervenções tendentes à regularização urbanística depende do trabalho de orientação da população e da Administração Pública sobre os danos produzidos pela ocupação irregular, o planejamento da intervenção e o monitoramento dos resultados pretendidos. O combate às causas das ocupações ilegais deve ser priorizado por meio da formulação de políticas adequadas de planejamento urbano, habitação social e preservação ambiental.

Por sua vez, a Constituição do Brasil de 1988, como fundamento da República, em seu artigo 1º, inc. III, refere a dignidade da pessoa humana. Para Herkenhoff (2006), o princípio da dignidade da pessoa humana é o maior postulado ético e jurídico existente. Para o autor, não há direito, mas negação do direito fora do reconhecimento universal e sem restrições do princípio da dignidade humana, o qual postula a igualdade de todos os homens em dignidade e em liberdade, sendo opção do homem seu modo de viver, pensar e agir.

Algumas pessoas, devido à sua situação socioeconômica, são obrigadas a sujeitar-se a viver em locais impróprios, que não possuem a menor condição habitacional, e que, muitas vezes, são considerados área de preservação ambiental, o que dificulta ainda mais a regularização do imóvel, pois está relacionado com a função social da cidade, que, conseqüentemente, engloba a preservação ambiental. Porém, acima de tudo está o aspecto de que, por ser a

⁴⁹ Artigo de Pós-Regularização Urbanística e seus Efeitos Socioambientais – Rosângela Staurengi e Sônia Lima, pg. 282, Revista de Direito Imobiliário Nº 55, Ano 26 – Julho-Dezembro de 2003, Irib, Editora Revista dos Tribunais.

pessoa considerada o valor supremo da democracia, a sua dignidade tem sido diretamente atingida diante pela ilegalidade e indignidade a que está sendo submetida.

Aparentemente, a questão de preservação ambiental é oposta à questão da moradia. Tem-se esse raciocínio pelo fato de as áreas ambientais serem continuamente objeto de agressão e ilegalidade, por parte de muitos, independentemente da sua situação social ou econômica. Nesse contexto, para os pobres, a ilegalidade constitui-se, na maioria das vezes, como único caminho possível para edificar sua moradia. Nesse campo, travam-se batalhas interessantes entre ambientalistas, na defesa da preservação ambiental, e aqueles que invocam o direito constitucional de dignidade da pessoa humana, embasada no direito à moradia, mesmo que imprópriamente edificada.

O direito à preservação ambiental e à moradia, principalmente para as pessoas de baixa renda, que, não raro, como já citado anteriormente, ocupam espaços de preservação ambiental permanente, merece grande ponderação e uma boa regulamentação pelo Poder Público. Silva (2006). Conforme disposto no artigo 225 da Constituição Federal, o município não pode disponibilizar de forma absoluta os bens de uso comum do povo, uma vez que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não se admitindo, assim, a degradação das poucas áreas verdes que ainda restam nos centros urbanos, sendo que aquelas ainda existentes e as que forem criadas devem ser protegidas de qualquer ato lesivo ao meio ambiente, contribuindo para a qualidade estética, paisagística e ambiental do local.

A dignidade da pessoa, como princípio de direito fundamental do homem, nas palavras de Afonso da Silva (2005, p. 178), “não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependam.” Quando os princípios fundamentais do homem assumem caráter de norma positiva constitucional, no plano do direito interno ganham a dimensão coercitiva do Estado, ligados ao princípio da soberania popular. Segundo o autor, a eficácia e a aplicação das normas que contêm direitos fundamentais, de acordo com o que a Constituição expressa sobre o assunto, têm aplicação

imediate, muito embora a própria lei maior possa delegar à lei complementar a devida regulamentação, não tendo, portanto, muitas vezes, eficácia imediata (SILVA, 2005, p. 180).

O direito à moradia, como um direito social, está regulado pelo artigo 6º da Constituição Federal, da seguinte forma comentado por Afonso da Silva (2005, p. 286):

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício da liberdade.

Nesse contexto, fica evidente que na busca pela dignidade elementar da pessoa humana está incluída a existência de uma casa própria, mesmo que situada em local inicialmente indevido. Isso se torna ainda mais evidente principalmente num determinado momento histórico em que os bens materiais são desenvolvidos e criados em proporções altíssimas, dão função de tecnologias avançadíssimas, que geram riqueza para o Estado, o que pode ser verificado no aumento da arrecadação de tributos. Todavia, é preciso perceber que a moradia, atualmente, está restrita a poucos, sendo que, em contrapartida, alguns ainda estão nos tempos pré-históricos, “das cavernas”, sem acesso a uma moradia, por mais simples que ela seja.

4 Da afetação e desafetação de área verde

Os bens públicos podem ser de uso comum do povo, de usos especiais ou dominicais, cada um desses usos atendendo a uma finalidade específica. Qualquer bem que vier a integrar domínio público tem seu fim regido pela norma que o tutela. Assim, os bens de uso

comum do povo ou de uso especial estarão afetados as finalidades a que se destinam. Por exemplo, se um bem for adquirido com a finalidade de servir como praça ou área verde, a esse fim o bem estará afetado. Afetar consiste, em tese, em atribuir ao bem uma destinação que ele não possuía. O mesmo ocorre quando da aprovação de um loteamento, em que o loteador, atendendo ao determinado pela lei 6.766/79, destina parte do empreendimento para fins institucionais previstos, obtendo a aprovação do loteamento e o seu registro no Serviço de Registro de Imóveis. Tal parcela passa a pertencer à classe dos bens públicos de uso comum do povo, consistindo, portanto, em uma afetação, pois se está dando a ela finalidade especial que anteriormente não possuía. Já a desafetação, como o próprio termo já indica, é o inverso de afetação: consiste na alteração de um bem de uso comum do povo ou de uso especial para a condição de bem dominical, cancelando o gravame – afetação – que o vinculava à finalidade específica.

Com efeito, consagrada constitucionalmente, a autonomia dos entes públicos possibilita considerável gestão independente dos bens pertencentes a cada pessoa política, o que, por consequência, garante-lhe o direito de, com as devidas ressalvas legais, dispor dos bens que estão sob o seu domínio. Dessa forma, é conclusão lógica de que a competência para afetar e desafetar o bem é do ente público que possui o seu domínio. Logo, a desafetação de imóvel que pertence ao município não poderá ser efetivada, diretamente, pelo Estado ou pela União.

Assim, a desafetação consiste na alteração da destinação do bem de uso comum do povo ou de uso especial para a categoria de dominical, desonerando-o do gravame que o vincula à finalidade determinada. A desafetação poderá ocorrer por ato jurídico, ato administrativo ou lei. A simples mudança de endereço de um órgão público pode, por ato administrativo que é, desafetar o bem de uso especial, pois, se o imóvel ficar inutilizado, passará a integrar a categoria de bens dominicais. Quanto ao bem de uso comum do povo, ele poderá, em regra, ser desafetado por lei ou, ainda, ter sua destinação alterada para uso especial.

A desafetação de áreas verdes, oriundas dos loteamentos, pode consistir em prática utilizada pela administração pública municipal

visando à construção de moradias populares ou até mesmo à doação a instituições de natureza privada. Sobre a desafetação de áreas verdes, Machado (2006, p. 422) diz:

Retirou-se de modo expresso o poder dispositivo do loteador sobre as praças, as vias e outros espaços livres de uso comum (art. 17 da lei nº 6.766/79), mas, de modo implícito, vedou-se a livre disposição desses bens pelo Município. Este só teria liberdade de escolha, isto é, só poderia agir discricionariamente nas áreas do loteamento que desapropriasse e não naquelas que recebeu a título gratuito. Do contrário, estaria o Município se transformando em Município-loteador através de verdadeiro confisco de áreas, pois receberia as áreas para uma finalidade e, depois, a seu talante as destinaria para outros fins.

Ademais, a importância do patrimônio público deve ser aferida em razão da sua destinação. Assim, os bens de uso comum do povo possuem função “*ut universi*”, constituindo um patrimônio social comunitário, um acervo colocado à disposição de todos. Nesse sentido, a desafetação desse patrimônio prejudicaria toda uma comunidade, diminuindo a sua qualidade de vida. Não parece razoável, por isso, que a própria administração diminua o patrimônio social da comunidade. Incorre em falácia, portanto, pensar que a administração possa adotar, onipotentemente, sob a capa da discricionariedade, atos vedados ao particular, se a própria lei impõe a ela a tutela dos interesses do grupo.

O vínculo do bem público de uso comum à sua destinação tem respaldo no artigo 99, I, do Código Civil, que o define como aquele “de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças”. Na sequência, o referido diploma, no artigo 100, aponta claramente que os bens públicos de uso comum são inalienáveis enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Pondera Mukai (1998), a esse respeito, que enquanto tal destinação de fato se mantiver não pode a lei efetivar a desafetação, sob pena de cometer lesão ao patrimônio público da comunidade.

Na prática, é difícil detectar o mau administrador ou mau legislador agindo com tal clareza no desvirtuamento dos bens de uso comum do povo. O grande perigo é a ação em longo prazo: hoje uma praça, amanhã um espaço livre, depois de algum tempo

outra praça, acabando por empobrecer totalmente a comunidade. No Brasil, é preciso valorizar a classificação dos bens de uso comum do povo. Caso contrário, será necessário inflacionar a aplicação dos instrumentos jurídicos, instituindo um procedimento de tombamento para cada caso. Ora, a praça não deve ser conservada porque ser uma paisagem notável, mas, simplesmente – e basta – porque é uma praça.

Desse modo, conforme entende Silva (2006), não tem o Estado, sob qualquer aspecto, direito pleno e universal sobre o patrimônio, mormente nas situações onde o bem, além de integrar categorias ambientalmente relevantes, necessárias à manutenção da qualidade de vida da sociedade, foi incorporado ao domínio público com finalidade específica.

As áreas verdes, pela importância que têm no conjunto das questões que envolvem o desenvolvimento urbano equilibrado, devem merecer a atenção de todos os segmentos sociais, haja vista que o seu uso público que está intimamente ligado à manutenção, conservação e segurança que a área recebe, o que significa que todo elemento natural constituinte de uma área verde, principalmente a vegetação, deve ser manejada constantemente. Pela condição jurídica de bem comum do povo, as áreas verdes naturais ou arborizadas podem e devem ser protegidas legalmente pela coletividade, através das associações de bairro e dos agentes de Estado responsáveis diretamente por tal função.

O Código de Áreas Verdes e de Arborização Urbana de uma cidade é o instrumento legal de gerenciamento mais importante para assegurar a existência de espaços que proporcionem melhorias no ambiente urbano para seus habitantes. Planejar, por isso, é essencial, pois se deve pensar primeiro na cidade como um todo, propondo a existência e a funcionalidade de um sistema municipal de áreas verdes ou de espaços livres considerando a densidade populacional dos bairros ou setores da cidade, bem como o potencial natural das áreas existentes. Ao planejar o manejo e a projeção dos espaços livres, deve-se levar em consideração as faixas etárias predominantes, a opinião dos moradores e o potencial de cada área.

4.1 Argumentos contrários e favoráveis à desafetação de área verde

Aqueles filiados à corrente contrária à desafetação justificam sua posição apoiados na finalidade maior da Constituição, que é reconhecer o homem como ser social que não habita o planeta como simples passante, mas que busca, nessa sua passagem, o seu bem estar, o de sua família e o da coletividade, sendo, por isso, merecedor de uma política habitacional voltada para o social, que garanta o acesso a habitação, lazer, recreação, higiene pessoal e coletiva, cultura, enfim, uma condição de vida digna.

Assim, embora tal legislação seja destinada ao loteador, norteia, também, a conduta do Poder Público, que recebe as áreas destinadas às vias de circulação, as áreas verdes e as áreas para a instalação de equipamentos urbanos. A correta interpretação do artigo 17 da lei em questão leva à inviabilidade de destinação diversa daquela contida no plano de parcelamento, seja pelo loteador, seja pelo Poder Público, artigo esse que é taxativo sobre a impossibilidade de alteração na destinação de espaços livres, de áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo “desde a aprovação do loteamento, salvo a hipótese de caducidade de licença ou desistência do loteador, sendo nesse caso observadas as exigências do artigo 23 da lei 6766/79”.

Em hipótese alguma pode-se admitir a desafetação de áreas verdes em prol de determinada parcela da sociedade, como, por exemplo, destinar área para a construção de sede de determinada entidade assistencial, clube social ou loteamento de lazer. O próprio legislador federal já havia proibido o loteador de alterar, sem licença, a destinação de áreas, tendo ressalvado, porém, a hipótese de caducidade e desistência. A lei é tão abrangente que não fala em moradores de loteamento, e sim em moradores da cidade, de modo genérico.

É plenamente aceitável a desafetação de áreas verdes no caso dessas serem destinadas a uma finalidade social, indispensável para o bem comum, de interesse coletivo e difuso, sem a qual não seria possível atingir a sadia qualidade de vida da população. Em situações já consolidadas, com ocupação por famílias de baixa renda,

pode-se admitir, excepcionalmente, a desafetação de áreas verdes para fins habitacionais. O direito elementar à dignidade da pessoa humana, que tem como pré-requisito uma moradia digna, somado à incapacidade do poder público municipal de fiscalizar e adotar medidas prévias eficazes para evitar a ocupação indevida de áreas verdes de uso comum, se constitui em precedentes consideráveis para estabelecer mecanismos de convivência harmônica entre os ocupantes da área em questão, os demais habitantes da localidade e as regras de preservação racional da área verde remanescente.

A possibilidade de desafetar área verde só pode ser admitida em caso de extrema necessidade, em especial quando já se trate de situação consolidada, ou seja, onde estejam esgotadas todas as demais alternativas possíveis. Há de se avaliar a função social como princípio constitucional direcionador de toda e qualquer propriedade, e, principalmente, o princípio da dignidade humana, para o qual a pessoa é o valor supremo da democracia. Em situações que colocam em cheque o princípio fundamental previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal - a dignidade da pessoa humana -, deve-se buscar soluções assentadas nos valores maiores de uma sociedade. Quanto a isso, o já mencionado artigo 100 do Código Civil de 2002 estabelece que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”.

Portanto, estando a área verde já tomada por habitações, estando, pois, consolidada uma situação de moradia definitiva, a conservação da qualidade de objetivo de área verde já não existe mais. A incapacidade do município em evitar a ocupação e a falta de iniciativa dos moradores da região em denunciar a invasão acabam convalidando a pretensão dos ocupantes. Diante disso, a melhor solução é promover a regularização da área ocupada, paralelamente com o restante da área verde, se houver, e da comunidade lindeira, através de uma integração adequada.

5 O registro de imóveis como instrumento de cidadania

O serviço de registro de imóveis tem participação fundamental nesse processo de construção de uma nova cidade, consistindo em instrumento do Estado capaz de possibilitar ao indivíduo o alcance de mais um pilar da cidadania, facilitando o acesso legal à habitação. Com circunscrição limitada, torna-se possível ao Serviço Registral, através de seus arquivos e da sua atuação, espelhar a realidade da ocupação do solo.

Hoje, com o Sistema de Posicionamento Global - GPS, tem-se a realidade palpável, de forma que os conflitos podem ser evitados, por meio de uma parceria estabelecida com outros organismos institucionais, evitando-se a ocupação irregular, principalmente em áreas de risco. A adoção de procedimentos prévios, que não envolvem lançamentos em livros, também pode feita através do Ofício Registral, como forma de colaboração no encaminhamento adequado, através da feitura de memoriais, planilhas, cálculos, além da redução no valor dos emolumentos, por tratar-se de pessoas de baixo poder aquisitivo, quando da regularização dos lotes.

Conforme já afirmado, o parcelamento do solo urbano poderá ser feito para fins de loteamento e desmembramento, observadas as disposições legais. Para o empreendimento, é necessário observar vários requisitos, dentre eles os relacionados no Capítulo II da lei 6.766/79.⁵⁰

⁵⁰ Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista para a gleba, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo;

II - os lotes terão área mínima de 125 m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando a legislação estadual ou municipal determinar maiores exigências, ou quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes;

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;

IV - as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

Aprovado o projeto de loteamento ou desmembramento pela prefeitura municipal ou pelo Distrito Federal, o mesmo deverá ser submetido ao registro de imóveis, no prazo de 180 dias, sob pena de caducidade, acompanhado de inúmeros documentos. O oficial de registros, no exercício de suas atribuições, deve acautelar-se o máximo possível, fiscalizando o exato cumprimento das exigências legais, ficando, caso isso não ocorra, sujeito à multa equivalente a dez vezes os emolumentos e às penalidades penais e administrativas, respectivamente, nos termos dos artigos 18 e 19, § 4º, da lei de Parcelamento do Solo Urbano - lei 6.766/79 (MUKAI, 2001).

No contexto registral imobiliário, registrado o loteamento, instaura-se a possibilidade da desafetação de área verde para transformação em lotes urbanizados, conforme estabelece o artigo 22 do mesmo diploma, pois “desde a data de registro do loteamento passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.”

A lei 10.257/01 consiste em uma ferramenta importante para viabilizar a regularização das áreas desafetadas tomadas por habitações populares. O artigo 48 do referido diploma legal apresenta uma nobre intenção na busca de uma condição digna de moradia.⁵¹ No mesmo sentido vai a lei 6766/79, que tece considerações importantes acerca dos parcelamentos vinculados a programas públicos habitacionais.

Registre-se, como exemplo, que o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, através da Corregedoria Geral da Justiça, contando com a colaboração de juízes de direito, promotores de justiça, tabeliães e registradores, através do projeto More Legal⁵²,

⁵¹ Lei 10.257/01 - Artigo 48 - Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, os contratos de concessão de direito real de uso de imóveis públicos:

I – terão, para todos os fins de direito, caráter de escritura pública, não se aplicando o disposto no inciso II do artigo 134 do Código Civil;

II – constituirão título de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais.

⁵² O Projeto More Legal foi criado em 1995 por inspiração do desembargador Décio Antônio Erpen, no Rio Grande do Sul, e tem por finalidade estabelecer regras simples para a regularização de loteamentos, desmembramentos, fracionamentos ou desdobro de imóveis

oferece ao povo gaúcho e à comunidade jurídica do Rio Grande do Sul uma ferramenta de grande importância para a garantia do efetivo exercício da cidadania, valorizando o direito de morar como uma das bases da dignidade da pessoa humana, inserido entre os princípios fundamentais do Estado democrático de direito.

Assim, o Poder Judiciário gaúcho, por sua Corregedoria Geral, no desempenho de suas funções constitucional e social, valoriza a cidadania e procura garantir segurança jurídica à população, inspirado pelo profundo alcance social da medida, pela ideia de socialização e democratização da terra, assim como pelo interesse dos municípios em regularizar a ocupação de áreas em seus perímetros urbanos ou rurais urbanizados, sempre respeitando o meio ambiente. O projeto demonstra uma inegável preocupação da autoridade no sentido de amparar aqueles conglomerados urbanos que, pela legislação vigente, jamais obteriam seus títulos de propriedade. Procura, assim, criar mecanismos para que os registros de imóveis facilitem o acesso dos interessados ao registro de seus imóveis, através da permissão concedida pelo Estado para a regularização daquelas áreas que, anteriormente, não comportariam o parcelamento do solo urbano e a regularização fundiária.

Pode-se verificar alguns procedimentos constantes no projeto More Legal 3, de 28 de outubro de 2004, no que tange à forma de regularização, no âmbito do nascimento do projeto.

O Provimento 32/2006 determina que, quando se trata de área particular, será apresentado o respectivo título de propriedade, podendo o mesmo ser dispensado ao se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, declarada a área de utilidade pública em processo de desapropriação judicial, com imissão provisória na posse. Tratando-se de bem público ou submetido à intervenção do Poder Público, integrante de área especial de interesse social, poderá a autoridade judiciária competente autorizar ou determinar o registro. Utiliza-se, para tanto, a modalidade de usucapião especial urbana residencial individual, ou, ainda, o usucapião especial urbana residencial coletiva, não detendo, o possuidor, título de propriedade.

urbanos ou urbanizados, com a decorrente legalização do exercício da posse mediante registro imobiliário, em situações consolidadas irreversíveis.

A colaboração do registrador de imóveis no incremento de políticas de regularização daquelas áreas que, em princípio, não poderiam ter os respectivos títulos de propriedade ou direito real de uso, emana de complexo contexto social, ambiental e jurídico, uma vez que as áreas verdes que comportam conglomerados urbanos em situação irregular, porém em caráter irreversível, carecem de políticas como a do More Legal, por exemplo, que institui critérios técnicos perfeitamente atingíveis no tocante ao sistema registrário, já que proporciona ao Poder Público ferramentas eficazes de concessão dos títulos de propriedade, de forma simplificada e perfeitamente legal. Ao registrador, cabe colaborar na implementação desse tipo de políticas urbanas, já que, assim, permite que todos, principalmente aqueles posseiros de imóveis de baixa valorização no mercado imobiliário possam obter a regularização do imóvel, e, dessa forma, valorizar o seu patrimônio, que fora incorporado a um terreno irregular, mas com o único objetivo de construir uma moradia digna.

Verifica-se, portanto, que, muitas vezes, tornam-se necessárias medidas de impacto para a busca do equilíbrio entre a preservação do meio ambiente e a necessidade social de moradia, afinal, a ocupação desordenada de áreas verdes protegidas pela legislação ambiental acaba sendo a única alternativa de populações miseráveis estabelecerem-se com ânimo de habitação, embora possa se estar, com isso, estabelecendo um conflito na órbita constitucional, nos termos da Medida Provisória 2.220/01, que dispõe:

Artigo 5º - É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os artigos 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:

I – de uso comum do povo;

II – destinado a projeto de urbanização;

III – de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais;

IV – reservado à construção de represas e obras congêneres; ou

V – situado em via de comunicação.

A regularização dos lotes decorrentes de áreas verdes, em princípio, é prática irregular, desde que ainda não esteja ocupada por moradia. Estando tomada por habitação, deve ter por escopo

o direito real, ou seja, a concessão de uso para fins especiais de moradia, tendo em vista o titular da área ser o próprio município ou o Distrito Federal, conforme a legislação pertinente estabelece.

Turra (2006, p. 35), ao tratar da regularização de favelas, especificadamente em Belo Horizonte, destaca:

[...] a concessão é um direito real resolúvel, com destinação de uso específica. Há a vinculação do uso a um interesse social e, se for dada ao imóvel destinação diversa, a concessão se resolve em favor de quem a deu. O concessionário perde, ainda, as benfeitorias de qualquer natureza eventualmente acrescidas ao solo.

A CDRU poderá ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, contratada por instrumento público ou reduzida a simples termo administrativo e passível ou não de transmissão por ato inter vivos. Desde sua inscrição no Registro de Imóveis, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

Para regularizar moradia consolidada em área verde, inicialmente se faz necessária vontade política dos agentes públicos. É preciso o envolvimento das três esferas de Poder - Executivo, Legislativo e Judiciário -, as quais devem fazer brotar soluções coordenadas para, no conjunto das medidas, haver o atendimento das demandas. A concessão de uso especial para fins de moradia ou, ainda, do contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público, instrumentos criados pela lei 10.257/01, através dos artigos 15 a 20, foram vetados e, conseqüentemente, o artigo 4º, V, "h", da lei 10.257/01 e o artigo 167, I, nº 37, da lei 6.015/73, com redação dada pelo artigo 56 da lei 10.257/01, ficaram sem sentido.

Na sequência, foi promulgada a Medida Provisória 2.220/01, que rege a concessão de uso especial de imóvel público para fins de moradia para sanar essa falha. Como norma posterior, ela regula de forma diferente a matéria, dando, portanto, eficácia a ela, tornando aplicáveis os seguintes dispositivos:

Lei 6.015/73:

Artigo 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos":
I - o registro: [...]

- 37) dos termos administrativos ou das sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia; [...]
 - 40) do contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público.
- b) Lei 10.257/01:
Artigo 4º. Para fins desta lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: [...]
- V – institutos jurídicos e políticos: [...]
- h) concessão de direito real de uso.

Diniz (2006) lembra que a Medida Provisória 2.220/01 estabelece, ainda, condições para a obtenção da mencionada concessão, que serve de parâmetro também a esse estudo, para o caso de área verde, a saber: a) ocupação prévia por cinco anos, ininterruptamente, sem oposição, de imóvel público urbano com até 250,00m², utilizando-o como moradia, desde que não seja proprietário ou concessionário de qualquer outro imóvel urbano ou rural; b) ocupação, juntamente com outros, de imóvel nas condições anteriormente descritas, não sendo possível identificar o lote ocupado pelo possuidor. Neste último caso, a concessão será conferida de forma coletiva, atribuindo-se igual fração para cada ocupante, independente de área ocupada, salvo acordo escrito entre os mesmos, não podendo ultrapassar a 250,00m².

Devem ser ressalvadas, também, as restrições impostas pela Medida Provisória ao exercício do direito de uso em determinado local, sendo que o Poder Público garantirá ao possuidor outro imóvel, conforme já destacado, de acordo com o artigo 5º. Todavia, considerando-se o objeto do presente trabalho e todos os argumentos que sustentam a supremacia da dignidade da pessoa humana, deve ficar claro que quando ocorrer conflito entre a ocupação e a possibilidade de risco à vida ou à saúde dos moradores ou tratar-se de condição imprescindível à defesa do Estado, os ocupantes devem ser remanejados para outro local, após as novas edificações estarem concluídas. Ressalvadas essas exceções, as demais não justificam qualquer supremacia sobre o direito à ocupação consolidada.

Na esfera registral, deve-se iniciar a regularização através da delimitação da área ocupada, através de levantamentos topográficos. Deve-se, em seguida, proceder à abertura de matrícula da área objeto de regularização como um todo, incluindo-se os lotes, as vias

de circulação e áreas institucionais, se houverem, nos termos do artigo 22 da lei 6.766/79, podendo ser consequência da unificação ou do desdobro prévio. Remanescendo área verde, a mesma será objeto de matrícula apartada.

Na nova matrícula, será averbado o desmembramento dos lotes que serão individualizados em novas matrículas, bem como das vias de circulação e áreas institucionais. Nas matrículas individualizadas dos lotes, quando possível, constarão os elementos necessários e o registro da propriedade como sendo do município, pois se trata de área pública. Posteriormente, celebrado contrato (termo administrativo), feita escritura pública ou exarada decisão judicial, com objetivo de concessão de direito real de uso de imóvel público, com destinação específica vinculado a interesse social, por tempo indeterminado, passível de transmissão por ato inter vivos, respondendo o concessionário pelos encargos civis, administrativos e tributários que possam existir sobre o lote, o mesmo será passível de registro junto à matrícula do imóvel, finalizando o procedimento legal de regularização da concessão da área.

Considerações finais

A exigência legal de destinação de espaços livres de uso público e preservação ambiental, em especial de áreas verdes, proporciona à população condições favoráveis de qualidade de vida, mesmo com o crescimento imobiliário dos centros urbanos. As cidades devem alcançar a maturidade imobiliária, de forma sustentável, com políticas públicas de desenvolvimento, manejo e preservação ambiental.

Entende-se que a área doada com destinação específica de área de preservação ambiental como forma, inclusive, de compensação ecológica pela degradação gerada pelo empreendimento, é uma maneira de tentar manter equilibrada a biodiversidade de determinado local, pela importância ambiental da mesma no contexto em que está inserida. Ademais, o município não dispõe, de forma absoluta, dos bens de uso comum do povo, ambientalmente relevantes. Afinal, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por tudo que foi dito, vale lembrar que a desafetação de área verde contraria todo o processo administrativo que a criou, processo esse devidamente aprovado pelo poder competente, e que, destinado ao fim específico de compensar o equilíbrio da biodiversidade, agora modificado, poderia gerar danos irreparáveis ao ecossistema. Todavia, em situações já consolidadas, com ocupação por famílias de baixa renda, pode-se admitir, excepcionalmente, a desafetação dessas áreas verdes para fins habitacionais.

O direito elementar de dignidade da pessoa humana, que tem como pré-requisito a existência de uma moradia digna, somado à incapacidade do poder público municipal de fiscalizar e adotar medidas prévias eficazes para evitar a ocupação indevida de áreas verdes de uso comum, são precedentes consideráveis para estabelecer mecanismos de coexistência harmônica entre os ocupantes da área, os demais habitantes e as regras de preservação racional da área verde remanescente, quando houver.

A evolução da legislação pátria tem confirmado a necessidade do atendimento às demandas elementares da cidadania, avançando, constantemente, no rumo de assegurar instrumentos eficazes para inserir, de fato e de direito, parcela significativa da população que ainda se encontra à margem da dignidade mínima que compete ao Estado oferecer. Nessa caminhada, o registro imobiliário assume papel importante como instrumento estatal capaz de conduzir a cidade real à cidade legal.

O controle cadastral nos imóveis de sua respectiva circunscrição, coordenado com ações de outros entes públicos, pode servir de medida preventiva a inúmeras situações irregulares. Outra importante colaboração do registro imobiliário se refere à burla à Lei de Parcelamento de Solo Urbano, a qual deve ser informada ao Ministério Público e aos demais órgãos para as providências cabíveis. A comunicação tem se mostrado eficaz no combate ao parcelamento irregular, o que poderia se estender a outra questão envolvendo o direito ambiental.

Quando já ocupadas as áreas, principalmente as áreas verdes, através de procedimentos prévios aos próprios lançamentos nos livros registraes, como o auxílio na elaboração de memoriais, cálculos, planilhas, bem como na redução de valores dos emolumentos, os

registros imobiliários podem contribuir para a regularização das áreas tomadas por moradias, de forma irreversível. Tratando-se de áreas de domínio público, o título mais adequado é a concessão de uso especial para fins de moradia, celebrado através de escritura pública, contrato administrativo ou mesmo decorrente de decisão judicial, desde que sejam preenchidos os requisitos necessários, anteriormente citados.

Finalizando, não obrigatoriamente precisa existir um conflito entre o direito à moradia e a preservação de área verde. Existem formas de ambos os interesses serem contemplados. Entretanto, se for necessário estabelecer um grau de valoração, compete ao Estado, que tem sido incapaz de ofertar projetos habitacionais suficientes para atender a demanda existente, expondo parte da população à realidade habitacional caótica, executar a desafetação de áreas verdes já tomadas por habitações, regularizando as edificações, as quais, mesmo que inicialmente em local inadequado, tornam-se, portanto, legítimas e legais. A concessão de direito real de uso de imóvel público para fins de moradia atende ao direito social de moradia. Enfim, estar-se-á concretizando o objeto de muitos sonhos, sacrifícios, trabalho e, na maioria das vezes, o maior, se não único, patrimônio de sustentação econômica e de dignidade humana do grupo familiar.

Referências

AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ALFONSIN, Jacque Távora, *A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções*. Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BRASIL, *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: 18. ed. Saraiva, 1998.

BRASIL. *Código civil comentado*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. *Lei 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. In: CENIVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Lei 6.766*, de 19 de dezembro de 1979. In: MUKAI, Toshio. *O estatuto da cidade*. Anotações à lei nº 10.257, de 10-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Lei 9.785*, de 29 de janeiro de 1999. In: MUKAI, Toshio. *O estatuto da cidade*. Anotações à lei nº 10.257, de 10-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Lei 10.257*, de 10 de julho de 2001. In: MUKAI, Toshio. *O estatuto da cidade*. Anotações à lei nº 10.257, de 10-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Medida Provisória 2.220*, de 31 de dezembro de 1973. In: DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALHARDO, João Baptista. *O registro do parcelamento do solo para fins urbanos*. Porto Alegre: Irib, Fabris, 2004.

HERKENHOFF, João Batista. *Princípio da dignidade humana*. Disponível em: http://mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=17855. Acesso em: 16/11/2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 3.

MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história, teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. Anotações à lei nº 10.257, de 10-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

PAIVA, João Pedro Lamana. *Projeto "More Legal"*. Disponível em: <http://www.lamanapaiva.com.br>. Acesso em: 07/01/2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTELLA, Luis. *Estatuto da Cidade*. Disponível em: <http://www.estatuto-dacidade.com.br>. Acesso em: 15.09.2006.

ROSSI, José Alcides Porto. *Parcelamento do solo e suas consequências*. Disponível em: <http://kplus.cosmo.com.br/matéria.asp?co=7&rv=Direito>. Acesso em: out./2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação. *Desafetação de bem público*. 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Alberto Menezes Direito, RDA 193/287.

RIO GRANDE DO SUL. *Corregedoria-Geral da Justiça*. Provimento nº 32/2006, de 16 de novembro de 2006. Consolidação normativa notarial e registral. Diário da Justiça, Porto Alegre, 15 dez. 2006, p.22.

SÃO PAULO, Assembleia Legislativa. *Proposta de emenda Constitucional nº 13, de 2005*: Dá nova redação e cria parágrafo ao inciso VII do artigo 180 da Constituição Estadual do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.colegioregistrals.org.br/boletins_irib2.asp.cod=3701

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Maurício Fernandes da. *A desafetação de áreas verdes advindas de aprovação de loteamento perante a tutela ambiental*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4208>. Acesso em: 16/11/2006.

SOMEKH, Nadia. *Função social da propriedade e da cidade*. Disponível em: <http://www.cepam.sp.gov.br/v10/estatuto/PDF/Parte%20I/04%20-%20Nadia.pdf>. Acesso em: 07/01/2007.

STAURENGHI, Rosângela; LIMA, Sônia. Pós-regularização urbanística e seus efeitos sócio-ambientais. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 55. Ano 26. São Paulo, jul./dez. 2003.

TURRA, Bárbara Miranda. A concessão do direito real de uso como alternativa para a regularização fundiária de favelas em Belo Horizonte. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. (Coords.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey Ltda, 2006.

Os honorários advocatícios analisados sob a luz do *jus postulandi* e do princípio da sucumbência no âmbito da justiça do trabalho no Brasil

*Fabiana Spessatto Bringhenti*⁵³

Introdução

Inicialmente, para se entender os posicionamentos atuais acerca do tema em estudo, é mister fazer um breve relato histórico a respeito da condenação em honorários advocatícios, bem como do próprio direito do trabalho no Brasil.

Analisa-se a possibilidade de condenação em honorários advocatícios na Justiça do Trabalho no Brasil a partir do conceito, da caracterização e da aplicabilidade do instituto do *jus postulandi*, buscando,

⁵³ Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; advogada e professora do NAPEJ – Núcleo Avançado de Prática e Estudos Jurídicos do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo.

também, destacar posicionamentos doutrinários, relacionando-os com a Constituição Federal de 1988 e com a legislação pertinente.

Outro tópico de relevância a análise da questão, que também será analisado, é o da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita, previstos na Constituição Federal de 1988, nas leis 1.060/50 e 5.584/70 e na Consolidação das Leis do Trabalho.

Da mesma forma, o princípio da sucumbência será trazido à baila, com a sua conceituação e a apresentação de suas características, por meio de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários diversos, fundamentados em legislações distintas.

Além da doutrina, será mencionado o atual entendimento de juízes de Primeira Instância, de Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, já que a legislação dá margem a posicionamentos diversos.

Na continuidade, serão expostas as mudanças constitucionais advindas da Emenda 45/2004, que ampliou a competência material da Justiça do Trabalho, repercutindo diretamente no assunto.

1 A evolução histórica do direito do trabalho

A colonização portuguesa influenciou diretamente a origem do direito do trabalho no Brasil e, em face disto, as raízes desta justiça especializada devem ser buscadas na Europa. Na Roma antiga não havia a obrigação da parte sucumbente de pagar as despesas originadas com o processo, sendo cada parte responsável pelas despesas que realizava. Somente no ano de 487 depois de Cristo é que surge, com a Constituição de Zenão, a obrigação de o juiz condenar o vencido a pagar as despesas, como forma de sanção.

Posteriormente, a obrigação do pagamento das despesas deixa de ser vista como sanção e passa a ser entendida como “ressarcimento dos gastos efetuados pelo vencedor para obter um pronunciamento da justiça sobre sua pretensão” (SAAD, 2000, p. 591-596).

O direito laboral surge entre os séculos XVIII e XIX, quando se iniciam os confrontos entre os padrões ricos com os operários pobres, gerando um clima de insegurança e insatisfação que de-

mandava uma solução. Em função das desigualdades existentes nesse contexto histórico, a intervenção estatal nas relações privadas surge com a preocupação de proteger aquele cuja situação econômica é inferior. Esse objetivo é claramente manifestado por meio do princípio da proteção ao hipossuficiente, observado até os dias atuais (COSTA, 1998, p. 40).

O Brasil, até a Segunda Guerra Mundial, era um país essencialmente agrícola, não havendo, até então, movimentos significativos de reivindicações trabalhistas. Com a era Vargas, os trabalhadores, sem precisar reivindicar condições melhores de trabalho, alcançaram uma posição privilegiada, através do protecionismo estatal e da promulgação de inúmeras leis trabalhistas.

Em maio de 1943, é criada a Consolidação das Leis do Trabalho, e a partir da Constituição de 1946 a Justiça do Trabalho passa a ser órgão do poder judiciário. Em 1950, surge a lei 1.060, que trata do benefício da assistência judiciária gratuita aos necessitados e prevê a fixação de honorários de advogado.

Somente a partir de 1955 é que houve um maior desenvolvimento industrial no Brasil, acentuando-se o êxodo rural e a problemática social de trabalhadores inexperientes e sem qualificação profissional que não eram absorvidos pelo mercado de trabalho.

Na década de 1960, iniciou-se o processo de flexibilização do direito do trabalho, que consiste no instrumento utilizado para intermediar os interesses das empresas e dos seus empregados, tendo em vista fatores econômicos, o surgimento de novas tecnologias e outras situações que sugerem mudanças.

A Constituição de 1967, apesar de ter mantido os direitos sociais dos trabalhadores, representou retrocesso em alguns aspectos relativos aos direitos trabalhistas, como no caso do veto à greve nos serviços essenciais (CAMINO, 2003).

Em 1970, foi elaborada a lei 5.584, que regulamentou a assistência judiciária na Justiça Trabalhista, a qual passou, a partir de então, a ser prestada pelo sindicato profissional ao qual pertencia o trabalhador. Tal lei determinou, ainda, que os honorários assistenciais devem ser revertidos em favor do sindicato.

Apesar do crescimento do mercado de trabalho brasileiro e do fortalecimento do sindicalismo até a década de 80, as desigualdades sociais continuaram acentuadas. A partir daí, a crise econômica gerada pelo choque dos preços do petróleo fez com que surgissem novas formas de relações de trabalho, como o contrato de temporada e o estágio. Tais mudanças confirmaram a necessidade da flexibilização como forma de resolução de um problema que cada vez mais se agravava: o desemprego (GÓIS; PAIVA, SARDEGNA, 2001, p. 37). A própria Constituição de 1988 possibilitou essa flexibilização, ao permitir a redução de direitos trabalhistas, como o salário e a jornada de trabalho, pressupondo que isso pode significar a continuidade do próprio emprego.

Esse processo trouxe como consequência a elaboração de leis que visam não mais à melhoria das condições de vida do empregado, mas sim que restringem suas garantias sociais e econômicas. Tais alterações não seriam viáveis se apresentadas no contexto do direito do trabalho como ele se apresentava originariamente, em face do princípio da proteção.

Porém, até mesmo o Judiciário Trabalhista, ao observar a realidade social e econômica, passou a adotar posicionamentos diversos, não observando única e exclusivamente o princípio da proteção, mas também fatores socioeconômicos. Assim, o princípio da proteção, que servia de base ao próprio direito do trabalho, passou a ceder espaço para a flexibilização.

Em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, a competência material da Justiça do Trabalho é ampliada, submetendo-se ao seu julgamento dissídios oriundos da relação de trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho edita, em 2005, a instrução normativa nº 27, a qual traz, em seu artigo 3º, §3º⁵⁴, disposições acerca da sucumbência. Ao adotar um posicionamento mais contemporâneo, a instrução normativa em questão passa a admitir a sucumbência recíproca, salvo nas lides decorrentes da relação de emprego. Da mesma forma, excetuando as lides decorrentes da

⁵⁴ Art.3º Aplicam-se quanto às custas as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho. [...]

§ 3º - Salvo nas lides decorrentes da relação de emprego, é aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas.

relação de emprego, o artigo 5º da mesma instrução normativa⁵⁵ prevê que os honorários advocatícios passam a ser devidos pela mera sucumbência. Essa regra pode ser considerada inovadora, pois antes da referida instrução normativa os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho não decorriam de mera sucumbência.

Assim, a emenda constitucional nº 45, além de repercutir na competência da justiça trabalhista, também influenciou a condenação em honorários advocatícios e a sucumbência, o que será abordado ao longo deste artigo.

2 O Jus Postulandi

Ao se falar a respeito do *jus postulandi*, é necessário definir alguns conceitos. Segundo Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho, “*jus postulandi* é o direito de praticar todos os atos processuais necessários ao início e ao andamento do processo: a capacidade de requerer em juízo” (SÜSSEKIND, 2003). Já para Amador Paes de Almeida, ele consiste no “direito de postular independentemente de advogado”, estando previsto no artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁶.

Como se pode observar, este instituto, disposto no artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, dá o direito, tanto ao empregado como ao empregador, de procurar a justiça trabalhista e de acompanhar suas respectivas ações até o final, sem que lhes seja exigida a contratação de um advogado. Porém, ainda não há unanimidade na doutrina quanto à aplicabilidade do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho.

Quanto à jurisprudência, destaca-se a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho em relação ao artigo 133 da Constituição Federal⁵⁷ e ao artigo 791 da Consolidação das Leis do Tra-

⁵⁵ Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

⁵⁶ Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

⁵⁷ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

balho⁵⁸; como se pode observar nas Súmulas nº 329⁵⁹ e nº 219, I⁶⁰ editadas por aquele Tribunal Superior, não houve a revogação do citado instituto.

Amador Paes de Almeida refere que a partir do I Ciclo de Estudos à Constituição, a Amatra - Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região - passou a ter o seguinte posicionamento: “Em face do artigo 133 da Constituição Federal, é indispensável a presença e atuação de advogados às audiências e nos processos em curso (aprovada por maioria de votos)” (ALMEIDA, 2002, p. 68-69).

Ressalta-se, contudo, que o entendimento de que o artigo 133 da Constituição Federal tornou imprescindível a presença de advogados nas ações trabalhistas não é pacífica.

Amador Paes de Almeida afirma que continua vigente o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, devido à sua importância no âmbito social na medida em que facilita o acesso das partes à justiça trabalhista.

Por outro lado, tem-se o posicionamento de Amauri Mascaro Nascimento, para o qual “o processo é uma unidade complexa, de caráter técnico e de difícil domínio”. No seu entendimento, é por essa razão que se tem como regra geral a necessidade de pessoas habilitadas, com conhecimento técnico, capazes de adotar todas as ações necessárias para o normal desenvolvimento do processo. Cabe ao advogado representar a parte no exercício do seu direito. O advogado por sua vez, será remunerado por sua prestação de serviço à parte, recebendo os devidos honorários.

⁵⁸ Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

⁵⁹ Nº 329 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.”

⁶⁰ Nº 219 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO

Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Segundo o autor, o jurista tem a capacidade de escolher e adequar os melhores argumentos à finalidade proposta e de apresentar tais argumentos em termos jurídicos, devido a sua técnica e ao seu conhecimento. Já a parte, além de estar influenciada pela emoção, não tem a preparação profissional necessária para interpretar as leis que, por sua vez, estão cada vez mais complexas (NASCIMENTO, 1998, p. 328-330). Existem, ainda, formas estabelecidas em lei segundo as quais os atos processuais devem ser praticados. Tais formas simplificam e aceleram o funcionamento da justiça, o qual certamente seria prejudicado caso as partes, desconhecedoras dos procedimentos, não fossem assistidas por profissionais que dominam o tecnicismo das normas.

Com esses argumentos, Amauri Mascaro Nascimento mostra-se contrário à aplicabilidade do *jus postulandi*, defendendo a importância da presença de um profissional para a prática dos atos processuais.

Mesma posição adota José Silvério Leite Fontes, segundo o qual existem dois aspectos com relação à luta da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB - relativos à revogação do *jus postulandi*, um subjetivo e um objetivo. O primeiro diria respeito a um implemento no mercado de trabalho do advogado, ou seja, um provável acréscimo nas ações. O segundo estaria ligado ao zelo pela administração da justiça, pois somente quem é especialista pode assegurar os melhores meios para a defesa de seus interesses. Referindo-se ao artigo 133 da Constituição Federal de 1988, Fontes (1990, p. 1.095-1.099) acentua que, por essas razões, “o advogado é efetivamente indispensável na administração da justiça. Dispensá-lo não é favorecer a parte, mas prejudicá-la”

Quanto ao argumento contrário à revogação do *jus postulandi* em face da impossibilidade de contratação de advogado pelo trabalhador hipossuficiente ou pelo microempresário, Fontes (1990) argumenta que nenhum problema haveria, pois é para isso que há a Defensoria Pública, sendo que a própria Constituição prevê a criação da Defensoria Pública Federal, sendo que o que os magistrados preocupados com a hipossuficiência das partes deveriam fazer é empenhar-se pela promulgação de leis de acordo com a realidade da área trabalhista.

Ocorre que, como lembra Alessandro Buarque Couto (p. 22, 2005), lamentavelmente ainda não houve a instituição de uma Defensoria Pública no âmbito da justiça trabalhista capaz de atender àqueles que não têm condições de pagar seu próprio advogado e cuja categoria profissional não dispõe de um sindicato correspondente ou capaz de atender à demanda.

O princípio da proteção do empregado, amplamente aplicado na Justiça do Trabalho, não estaria beneficiando o trabalhador caso se mantivesse o instituto do *jus postulandi*, pois com a especificidade das normas e com os detalhes processuais que devem ser observados, é essencial o auxílio de um profissional especializado, a fim de dar maior celeridade e garantia processual ao próprio direito invocado (SCHIMITT, abr. 1998, p. 7-17).

Nesse sentido, argumenta o autor:

Isto se faz necessário para colocar todos os cidadãos em pé de igualdade perante a lei. Por que ser diferente na Justiça do Trabalho? A alegação do princípio protecionista do direito do trabalho, especialmente material, na atualidade, está prejudicando o próprio trabalhador, que não tem condições de propor sua própria demanda, como também vinculando-se ao advogado do sindicato, que muitas vezes não confia, tirando-lhe o direito de escolha.

Essa indispensabilidade, no caso do advogado, “viabiliza o exercício real do contraditório e garante a exequibilidade dos princípios também constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, atribuições que justificam a presença do advogado, porquanto ínsitas à sua formação” (SÜSSEKIND, 2003, p. 1.411).

José de Ribamar da Costa refere que a Constituição Federal de 1988 tornou obrigatória a presença do advogado nas demandas trabalhistas, levando a duas situações: primeiro - a assistência judiciária persiste, conforme disposto em seu artigo 5º, LXXIV⁶¹,

61 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

de acordo com as leis nº 5.584/70 e 1.060/50. Nesse caso, o trabalhador não será responsabilizado pelo pagamento de honorários e de outras despesas; segundo - para aqueles que não têm assistência judiciária, aplica-se o princípio da sucumbência, previsto no artigo 20 do Código de Processo Civil⁶², sendo que o vencido terá que pagar tanto os honorários advocatícios como as despesas que o vencedor antecipou.

Para se entender melhor as consequências expostas por José de Ribamar da Costa (1988), é importante salientar o que significam e onde estão previstos os institutos da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita.

A assistência judiciária gratuita está prevista na Constituição Federal, na lei 1.060/50 e na lei 5.584/70. De acordo com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, a assistência que será prestada pelo Estado deverá ser integral e gratuita. Tal assistência judiciária gratuita abrange, além das custas processuais, honorários de peritos e advogados, tendo sua efetivação referida no artigo 134⁶³ da própria Constituição Federal, o qual prevê a orientação e defesa dos necessitados por meio das Defensorias Públicas.

Já a justiça gratuita está prevista na Constituição Federal, na lei 1.060 de 1950, na lei 5.584 de 1970 e na Consolidação das Leis do Trabalho. Esse instituto tem uma abrangência mais restrita, limitando-se à isenção do pagamento de custas e despesas judiciais relativas aos atos processuais, não isentando a parte do pagamento de honorários de peritos e advogados.

Segundo a lei 1.060/50, o Estado deverá prestar assistência judiciária penal, civil, militar ou trabalhista aos necessitados, através de advogado, isentando o beneficiário das taxas judiciárias e dos selos, dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça, das despesas com as publicações indispensáveis do jornal encarregado da divulgação

⁶² Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada ao *caput* pela Lei nº 6.355, de 08/09/1976).

⁶³ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.

dos atos oficiais, das indenizações devidas às testemunhas, dos honorários de advogado e peritos e das despesas para a realização do exame de código genético, conforme o artigo 3º. Para que esse benefício seja concedido, é necessário que a parte afirme não estar em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família.

Na lei 5.584/70, por sua vez, está prevista a assistência judiciária especificamente perante a Justiça do Trabalho, a qual será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador. O parágrafo 1º do artigo 14 da referida lei estabelece alguns requisitos para que tal benefício seja concedido, sendo eles: o recebimento de salário, pela parte, igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou, recebendo maior salário, a declaração de que não tenha condições de demandar em juízo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Já o artigo 1664 prevê que os honorários do advogado, pagos pelo vencido, reverterão em favor do sindicato.

O artigo 790, § 3º da Consolidação das Leis do Trabalho⁶⁵ determina que o benefício da justiça gratuita poderá ser concedido em qualquer instância a requerimento da parte ou de ofício, desde que essa perceba salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou que declare não estar em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Pelo exposto, observa-se que os contrários à aplicação do *jus postulandi* na Justiça Trabalhista defendem que o conhecimento técnico do advogado ajuda a simplificar e acelerar o funcionamento da justiça e que somente ele assegura os melhores meios para a defesa das pretensões das partes.

⁶⁴ Art. 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

⁶⁵ Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[...]

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

3 O princípio da sucumbência

Embora este trabalho esteja focado na condenação em honorários advocatícios, deve-se registrar que o princípio da sucumbência não se restringe somente a eles, envolvendo também as custas processuais e os honorários periciais.

Para Gilberto Oliveira Freitas (FREITAS, 2005), o princípio da sucumbência consiste no fato de a parte perdedora no processo ser obrigada ao pagamento das despesas que a parte vencedora antecipou e dos honorários do advogado, justificando-se tal ação pelo fato de que as despesas não podem representar uma diminuição do direito reconhecido em juízo, sendo que o responsável pelo pagamento das mesmas deve ser quem deu causa à lide.

De acordo com Beatriz Della Giustina, o princípio da sucumbência está fundamentado no artigo 20 do Código de Processo Civil e corresponde à “obrigação do vencido em ressarcir ao vencedor todas as despesas que efetuou para o reconhecimento do seu direito, inclusive aquelas resultantes da contratação de advogado” (GIUSTINA, 2003, p. 1088-1090). A autora refere que a obrigação de reparar os danos causados ao vencedor decorre do estabelecido no artigo 927 do Código Civil⁶⁶. Para ela, o vencedor sofreu o dano pelo fato de que o vencido infringiu um dispositivo legal. Dessa forma, o dano é decorrente de ato ilícito e deve ser ressarcido, enquadrando-se, assim, no disposto no artigo 927 do Código Civil.

Como se percebe, a obrigação de arcar com o ônus da sucumbência resulta de um ato cuja consequência trouxe um dano a outrem. O entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho com relação à aplicabilidade do princípio da sucumbência na Justiça do Trabalho baseia-se nos Enunciados n^o 219⁶⁷ e

⁶⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁶⁷ N^o 219 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO

Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

329⁶⁸, bem como na orientação jurisprudencial nº 305 da SDI-I⁶⁹, na qual se encontra a seguinte decisão:

RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. SÚMULA N.º 219 DO TST. PROVIMENTO. Na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios são disciplinados por legislação própria, ficando a sua percepção condicionada ao preenchimento das exigências contidas no art. 14 da lei nº 5.584/1970. Estando o Reclamante assistido por advogado particular, não se verifica o correto preenchimento dos requisitos em questão, sendo indevida a verba honorária, nos termos do disposto na Súmula nº 219 do TST. [...] Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.⁷⁰

Conforme decisão transcrita, o Tribunal Superior do Trabalho deu provimento ao recurso decorrente de um processo que havia condenado o vencido ao pagamento de honorários advocatícios baseado no princípio da sucumbência, fundamentando sua decisão no Enunciado nº 219.

José Antônio Dosualdo (2002, p. 14), embora adepto da tese da não aplicabilidade do princípio da sucumbência na Justiça do Trabalho, ressalta que o monopólio sindical existente na justiça especializada precisa ser reavaliado, pois o fato de que a parte não mais poderá ser beneficiária da assistência judiciária no momento em que contrata um advogado particular representa “verdadeiro retrocesso no direito processual brasileiro”.

Adotando o mesmo posicionamento, Dárcio Guimarães de Andrade (1999, 43 CD-ROM) entende que o princípio da sucumbência não pode ser aplicado no processo do trabalho, pois é incompatível com as normas vigentes na justiça trabalhista, partindo do pressuposto de que no processo civil as partes encontram-se em igualdade de condições, diferentemente de que ocorre no direito

⁶⁸ Nº 329 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

⁶⁹ 305. Honorários Advocatícios. Requisitos. Justiça do Trabalho. Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

⁷⁰ RR - 1147/2005-012-04-00.8 Data de Julgamento: 15/10/2008, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 31/10/2008. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 22/05/2009.

do trabalho. Ademais, este princípio vai de encontro ao princípio da gratuidade dos processos, vigente no direito processual do trabalho: “Os honorários advocatícios fixados por sentença na Justiça do Trabalho fundamentam-se, exclusivamente, nos casos de assistência judiciária gratuita, estabelecida segundo a lei 5.584/70” (ANDRADE, 1999).

Porém, como já exposto anteriormente, não há consenso quanto à aplicabilidade ou não do princípio da sucumbência no processo do trabalho, sendo que um dos autores que filia-se à corrente contrária à até agora exposta é Ronald Soares, o qual afirma que a condenação em honorários advocatícios na Justiça do Trabalho fundamenta-se na Constituição Federal, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, bem como do artigo 8º, inciso I⁷¹, combinados com o artigo 133⁷², sendo que o Estado tem a obrigação de prestar a assistência judiciária gratuita aos necessitados, estando impossibilitado de transferir tal obrigação aos sindicatos. Na falta de defensoria pública funcionando junto à Justiça do Trabalho, não seria justo fazer com que o empregado, que já teve seu direito violado, proponha reclamatória sem o auxílio do advogado, e nem prejudicá-lo, obrigando-o a arcar com as despesas de honorários em detrimento do seu sustento e de sua família (SOARES, 2001, p. 737-738).

Beatriz Della Giustina (2003, p. 1086-1092) afirma que o princípio da sucumbência “é considerado inaplicável na Justiça do Trabalho por colidir com o princípio da gratuidade, que orienta o processo trabalhista”. Pelo princípio da gratuidade, como referido anteriormente, as partes são isentas do pagamento das despesas processuais quando presentes os requisitos estabelecidos em lei. Para a autora, a impossibilidade de condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios é geralmente fundada no *jus postulandi*. Assim, sendo dispensável a presença de advogado na Justiça Trabalhista, o princípio da sucumbência torna-se inaplicável.

⁷¹ Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

⁷² Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

A autora, assim, filia-se à corrente segundo a qual isentar o infrator sucumbente do pagamento dos honorários devidos ao advogado pelo trabalho por ele prestado gera um desequilíbrio social, pois, de certa forma, beneficia aquele que agiu em descompasso com a lei, na medida em que ele somente terá que pagar a importância que deixou de pagar no tempo certo, transferindo o ônus que decorreu de seus próprios atos para a outra parte, que arcará com remuneração do profissional contratado, sendo mais uma vez lesada, ou a seu advogado, que terá que arcar gratuitamente com o desempenho da advocacia sem receber a contraprestação que as leis lhe asseguram, o que, conseqüentemente, estimula a repetição da prática de atos ilícitos e de danos a terceiros (Idem, p. 1.090).

Um dos meios capazes de coibir esse comportamento seria a condenação em honorários advocatícios, retirando do infrator o benefício de tal isenção e fazendo com que o direito da vítima seja ressarcido integralmente, sem ter ela que pagar as despesas com o advogado, geradas por culpa exclusiva do infrator. Sendo assim, a punição seria uma alternativa para desmotivar atitudes anti-sociais por parte do empregador.

Em razão dos argumentos supracitados, entende a autora que existem três fortes motivos para o deferimento de honorários advocatícios de sucumbência na Justiça Trabalhista quando houve lesão a algum direito do empregado. Um deles é que o ressarcimento dos danos causados deve ser integral e não parcial; outro é que isso consiste em uma forma de fazer com que o empregador cumpra suas obrigações no momento e no valor em que isso deve ser feito; por último, a autora defende que isso representa uma recompensa ao advogado que atuou na causa, prestando seus serviços à parte vencedora.

No caso em que o vencido na ação seja o empregado, e considerando o princípio da proteção ao hipossuficiente, afirma Giustina (2003, p. 1090-1092) que alguns aspectos devem ser observados na condenação ou não do trabalhador ao pagamento dos honorários do advogado do empregador, como, por exemplo, a boa fé do trabalhador, a dificuldade de produzir as provas necessárias, a ausência de prejuízo no caso de empresas que possuem corpo jurídico contratado por valor fixo mensal, a matéria em discussão,

entre outros. Assim, o empregado somente deve ser responsabilizado pelos honorários da parte contrária se restar configurada sua má-fé.

Adotando posicionamento semelhante ao anteriormente citado, Gilberto Oliveira Freitas (2005, p. 18-19) acredita que o empregador que deve certa quantia ao empregado e não a paga até a rescisão do contrato passa a responder também por todas as despesas necessárias para que o empregado receba seu crédito, o que inclui os honorários advocatícios. O autor é favorável à aplicabilidade do princípio da sucumbência em todos os casos submetidos à Justiça Trabalhista, havendo ou não a assistência sindical, defendendo, ainda, que o empregador deve arcar com as despesas da demanda judicial, já que foi ele que deu causa a essa.

Para João Orestes Dalazen (1994, p. 1182-1183), a aplicabilidade do princípio da sucumbência na Justiça do Trabalho, conforme regula o Código de Processo Civil, é de “justiça e de absoluta juridicidade”, fundamentando que a lei 8.906/94 pôs fim ao *jus postulandi* das partes, e, por esse entendimento, os artigos 791 e 839, ‘a’⁷³ da Consolidação das Leis do Trabalho foram tacitamente revogados. Sendo assim, o princípio da sucumbência poderia ser aplicado na Justiça do Trabalho, sendo que os honorários advocatícios da sucumbência também seriam previstos nos casos de assistência judiciária da lei 1.060/50 e, portanto, não sendo restrita à assistência sindical.

Conforme o autor, a tese da inaplicabilidade do princípio da sucumbência na Justiça do Trabalho face ao argumento da impossibilidade do empregado, se vencido na ação, pagar os honorários advocatícios, é “inconsistente”. Para ele, se a parte sucumbente é beneficiária da justiça gratuita ou da assistência judiciária gratuita, evidentemente não terá que pagar os honorários advocatícios em proveito do vencedor, como ocorre no processo civil, a menos que sua capacidade econômico-financeira lhe permita ser responsabilizado pelo pagamento, sem prejuízo de seu sustento e da sua própria família. Igualmente, não haverá satisfação plena dos direitos violados se as partes tiverem que arcar com as despesas de honorários de seus advogados, pois o vencedor terá custos com o profissional contratado

⁷³ Art. 839. A reclamação poderá ser apresentada:

a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes e pelos sindicatos de classe;

para a defesa do seu direito, diminuindo, assim, o valor do seu crédito reconhecido em juízo, restando beneficiado aquele que deu causa à demanda. “E o que se busca através do princípio da sucumbência é, senão alcançar a plena restauração do direito do vencedor [...], ao menos minorar-lhe ao máximo o prejuízo” (1994, p. 1182-1183).

4 Os honorários advocatícios na justiça do trabalho

“Honorário” é definido, no dicionário Aurélio, como a “re-muneração àqueles que exercem uma profissão liberal: advogado, médico etc.” e ainda como “proventos”.

Vicente José Malheiros da Fonseca (1988, p. 1.364-1.368) entende que a não condenação em honorários advocatícios de sucumbência na Justiça do Trabalho decorre do *jus postulandi* que, conforme exposto no segundo capítulo deste trabalho, confere às partes a possibilidade de litigarem em juízo pessoalmente.

Para Nelson Soares da Silva Júnior (1994, p. 952-956), a não revogação do *jus postulandi* não influenciou a permanência de outras normas que a ele se relacionam. Como exemplo, o autor cita a que diz respeito à assistência judiciária gratuita, tendo acabado o monopólio dos sindicatos para prestar tal assistência, não sendo mais aplicada a lei 5.584/70, devendo aplicar-se, a partir de então, a lei 1.060/50, alterando-se o entendimento quanto à não concessão de honorários advocatícios, os quais cabiam somente quando o vencedor da lide era o trabalhador beneficiado pela assistência judiciária gratuita e representado pelos sindicatos.

A legislação assegura um privilégio ao crédito trabalhista, que não estaria sendo respeitado se não houvesse o ressarcimento quanto aos honorários advocatícios contratados: “eis que o crédito civil passaria a ter, no particular, melhor amparo do que o laboral”, diz Izidoro Oliveira Paniago (2003, p. 17-18).

Assim, ao analisar conjuntamente o *jus postulandi* com o princípio da proteção, afirma o autor que ele deve ser entendido como um meio de facilitar o acesso do trabalhador ao Judiciário, sendo

essa uma faculdade, e não uma obrigação; já ao analisar o princípio do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição Federal, o autor hipotetiza que dificilmente haverá, nos tempos atuais, postulação sem a contratação de advogado.

Paniagio enfatiza, ainda, que mesmo que se entenda o *jus postulandi* como uma faculdade concedida às partes, isso não justificaria a negativa de deferimento da verba honorária quando a parte optou por defender-se com o auxílio de um advogado. A complexidade das causas e do processo exige os cuidados, a técnica e a vigilância do profissional do direito, sendo que somente processos primitivos e causas simplórias o dispensam.

Para Júlio César Bebbber (1992, p. 24), o princípio da sucumbência é aplicável ao processo do trabalho desde que a parte vencida tenha condições econômicas de suportar tal encargo, pois seria injusto atribuir tal ônus ao vencedor, tendo em vista que assim jamais teria seu direito inteiramente satisfeito.

Paulo Luiz Schmitt (1998, p. 7-17) defende:

Em razão da divergência constatada entre a aplicação do *jus postulandi* nos processos trabalhistas previstos no art. 791 da CLT e a sua revogação pelo art. 133 da Constituição Federal, que prescreve que o advogado é indispensável à administração da Justiça, como também o Estatuto da Ordem dos Advogados (lei 8.906), que torna obrigatória a presença do advogado para postular junto aos órgãos do Poder Judiciário, vislumbrou-se a possibilidade da fixação de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.

Por esse motivo, assevera o doutrinador que a Justiça Trabalhista deve repensar seu entendimento a partir da Constituição Federal e de outras leis infraconstitucionais, passando a reconhecer o direito a honorários de advogados ou de assistente judiciário.

Com relação ao deferimento de honorários advocatícios de sucumbência sem a assistência sindical, citam-se duas decisões prolatadas em juízo de primeiro grau

[...] DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E HONORÁRIOS

O artigo 14 da lei 5.584, de 26 de junho de 1970, dispunha:

Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º [...]

§ 3º [...]

Dito disposto legal foi tacitamente revogado pela lei nº 10.288, de 20 de setembro de 2001, que acrescentou o § 10 ao artigo 789 da CL, regulamentando inteiramente a matéria nos seguintes termos:

§ 10. O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda.”

Ocorre que posteriormente a lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002, deu nova redação aos artigos 789 e 790 da CLT, sendo que dentre outras alterações, houve supressão do § 10 do artigo 789, que passou a vigorar com o *caput* e somente quatro parágrafos.

Nem no artigo 789 nem no 790, com a nova redação, remanesceu qualquer previsão acerca da prestação de assistência judiciária pelo sindicato da categoria profissional.

Logo, considerando o disposto no § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.), bem como o teor do § 3º do mesmo dispositivo legal (Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.), não há dúvida de que o artigo 14 da lei 5.584/70 não mais está em vigor.

Em decorrência, para concessão de assistência judiciária no processo do trabalho não é mais necessário que o trabalhador esteja assistido pelo sindicato de sua categoria profissional, prevalecendo o disposto no § 4º do artigo 5º da lei 1.060/50, no sentido de que será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar. Desse modo, considerando o acima expandido, bem como a remuneração noticiada nos autos, defiro ao autor a assistência judiciária requerida e condeno os réus ao pagamento de honorários de advogado, decorrente do benefício, no percentual de 15% sobre o valor final bruto apurado em favor do demandante. (PASSO FUNDO, 2004).

[...] O autor apresenta declaração de insuficiência econômica (fl. 09), preenchendo os requisitos legais para concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF/88 e lei 1.060/50.

A credencial sindical é dispensável. O art. 14 da lei 5.584/70 foi revogado pela lei 10.288/01, que acrescentou o § 10º ao artigo 789 da CLT, regulamentando inteiramente a matéria concernente à assistência judiciária no âmbito da Justiça do Trabalho (LICC, art. 2º, § 1º). Posteriormente, esse dispositivo foi suprimido pela lei 10.537/02, que deu nova redação aos artigos 789 e 790 da CLT, nos quais nada consta sobre a assistência judiciária pelo sindicato. Não obstante a supressão do dispositivo da CLT que cuidava da matéria, não ocorreu a restauração da lei antiga, por não haver, em nosso ordenamento, o fenômeno da repristinação tácita (LICC, art. 2º, § 3º).

Em decorrência, a concessão de assistência judiciária no processo do trabalho definitivamente prescinde da assistência do trabalhador pelo sindicato de sua categoria profissional, prevalecendo o disposto no § 4º do artigo 5º da lei 1.060/50, no sentido de que será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar.

Em face do exposto, concedo ao reclamante o benefício da assistência judiciária gratuita, deferindo, por consequência, o pagamento de honorários assistenciais, na razão de 15% do valor da condenação.

Observo, finalmente, que a concessão dos honorários assistenciais não tem por objeto o enriquecimento do advogado, mas, justamente, o ressarcimento do trabalhador pelos prejuízos advindos da necessidade da sua contratação. Nesse sentido, em caso de haver contrato de honorários de advogado, deverá ocorrer a compensação com os honorários deferidos, sob pena de desvirtuar o instituto. (PASSO FUNDO, 2009).

Nas decisões transcritas, os juízes de primeira instância vão de encontro ao posicionamento adotado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, condenando a parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios pela mera sucumbência, em casos em que eram discutidas verbas oriundas de relação de emprego, sem ter sido a parte vencedora assistida por sindicato.

A resolução nº 126/2005, elaborada pelo Tribunal Superior do Trabalho, editou a instrução normativa nº 27, que prevê que os honorários advocatícios passam a serem devidos pela mera sucumbência, excluindo desta previsão somente as lides decorrentes da relação de emprego. É importante destacar, quanto a isso, que quando da prolação da primeira sentença transcrita, tal instrução normativa

ainda não havia sido editada, fato que demonstra a necessidade de mudanças na justiça trabalhista.

Já a segunda decisão representa um grande avanço quanto ao entendimento a respeito da condenação em honorários advocatícios pela mera sucumbência, bem como acerca de lides decorrentes da relação de emprego, o que, com certeza, chegará à análise do Colendo TST, e, em vista do crescente número de deferimentos no mesmo sentido, inclusive de Tribunais Regionais do Trabalho, poderá gerar uma mudança de posicionamento do Tribunal Superior.

Considerações finais

A utilização do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho era plenamente justificável no contexto histórico em que surgiu o direito do trabalho, por visar, naquele contexto, a proteger o trabalhador, assegurando-lhe o direito de, pessoalmente, proceder à busca por seus direitos.

Se o *jus postulandi* existe para facilitar ao trabalhador hipossuficiente o acesso à justiça, partindo da ideia de que as suas condições econômicas são mais frágeis que as do empregador, seguindo o mesmo raciocínio chega-se à conclusão de que o empregador tem mais condições de contratar um advogado do que o empregado e, nesse caso, sua defesa ou sua pretensão será buscada de forma mais efetiva pelo fato de estar sendo assistido por um profissional. Ademais, é comprovado o prejuízo da parte que ainda hoje faz uso do *jus postulandi*, pois com a complexidade cada vez maior das leis e dos procedimentos trabalhistas, torna-se praticamente inviável tanto a busca quanto a defesa de direitos, aumentando-se o risco de se ver frustrada uma expectativa inicial, possibilidade que seria minorada se a causa fosse devidamente postulada e acompanhada por profissional especializado.

Nos dias atuais, assim, devido ao alto nível de especificidade das normas e dos procedimentos, é necessária a assistência de um profissional com conhecimento técnico adequado, capaz de assegurar à parte os meios mais adequados na busca de seus direitos.

Já quanto ao princípio da sucumbência, os principais argumentos utilizados pelos doutrinadores para justificar a sua inaplicabilidade na justiça trabalhista baseiam-se no fato da existência do instituto do *jus postulandi* e na desigualdade econômica existente entre os litigantes.

Por outro lado, aqueles que defendem a aplicabilidade deste princípio fundamentam sua posição no fato de que aquele que deu causa à lide deve ser responsabilizado pelo ônus decorrente dela, além do que a inaplicabilidade beneficiaria o infrator, prejudicando a outra parte, o que estimularia as práticas ilícitas. Os adeptos dessa posição rebatem, ainda, a tese da desigualdade econômica, defendida pela corrente contrária, lembrando que ela também está presente em outros ramos do direito, nos quais a sucumbência é aplicada.

Quanto ao deferimento de honorários advocatícios somente nos casos de assistência sindical, nos moldes da lei 5.584/70, tal procedimento é equivocado por infringir o preceito constitucional da igualdade, além do que inexistem sindicatos correspondentes a todas as categorias profissionais nos locais onde há Justiça do Trabalho.

Ao ser mantida a aplicabilidade do *jus postulandi*, elimina-se a possibilidade de se concederem honorários advocatícios de sucumbência no processo do trabalho, a não ser nos casos previstos na lei, pois não se pode onerar a parte sucumbente em virtude da não obrigatoriedade de se fazer representar por advogado. Porém, ao ser admitida a obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo trabalhista, ou seja, a revogação do *jus postulandi*, conseqüentemente a aplicação do princípio da sucumbência na Justiça do Trabalho seria ampliada, pois, nesse caso, sempre seriam devidos honorários sucumbenciais, sendo dispensada apenas a obrigatoriedade da sua cobrança nos casos de deferimento da assistência judiciária gratuita.

Referências

- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ANDRADE, Dárcio Guimarães de. *O processo, o juiz e os meios alternativos de solução dos conflitos*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 43 CD-ROM.
- BEBBER, Júlio César. *Capacidade postulatória no processo do trabalho – o jus postulandi*. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, n. 40, p. 24, out. 1992.
- BRASIL. *Código de processo civil e legislação processual em vigor* / Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452*, de 1 de maio de 1943. Consolidação das leis do trabalho. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR - 1147/2005-012-04-00.8 Data de julgamento: 15/10/2008, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª. Turma, Data de Divulgação: DEJT 31/10/2008, data de acesso: 22/05/2009.
- CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- COSTA, José de Ribamar da. O patrocínio de advogado na Justiça do Trabalho de acordo com a nova Constituição. *Revista LTr*, São Paulo, v. 52, n. 11, p. 1.361-1.363, nov. 1988.
- COSTA, José de Ribamar da. *O direito do trabalho na sociedade moderna*. São Paulo: LTr, 1998.
- COUTO, Alessandro Buarque. O direito a uma defensoria pública trabalhista. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, ano 11, n. 02, p. 22, fev. 2005.
- DALAZEN, João Orestes. Capacidade postulatória e honorários advocatícios no processo trabalhista frente ao novo Estatuto da OAB. *Revista LTr*, São Paulo, v. 58, n. 10, p. 1179-1183, out. 1994.
- DOSUALDO, José Antônio. Assistência judiciária gratuita no processo do trabalho – algumas considerações. *Jornal Síntese*, Porto Alegre, mar. 2002.
- FONSECA, Vicente José Malheiros da. A nova Constituição e o “jus postulandi” na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 52, n. 11, p. 1.364-1.368, nov. 1988.

FONTES, José Silvério Leite. O advogado e o *jus postulandi*. *Revista LTr*, São Paulo, v. 54, n. 9, p. 1095-1099, set. 1990.

FREITAS, Gilberto Oliveira. A aplicação do ônus da sucumbência nos processos trabalhistas. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, ano 11, n. 02, p. 18-19, fev. 2005.

GIUSTINA, Beatriz Della. Honorários advocatícios nos processos do trabalho: funções reparatória, didático-punitiva e remuneratória. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 09, p. 1086-1092, set. 2003.

GÓIS, Anselmo César Lins de; PAIVA, Mario Antonio Lobato de; SARDEGNA, Miguel Angel. O novo direito do trabalho. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, v. 12, n. 139, p. 36-46, jan. 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PANIAGO, Izidoro Oliveira. Honorários de advogado: das inovações acerca dos honorários advocatícios e suas repercussões no direito do trabalho. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, v. 15, n. 170, p. 11-19, ago. 2003.

PASSO FUNDO, Justiça do Trabalho, 2ª Vara. Reclamatória Trabalhista nº 00252-2004-662-04-00-4. Juiz do Trabalho Substituto: Fernando Formolo, 2004.

PASSO FUNDO, Justiça do Trabalho, 2ª Vara. Reclamatória Trabalhista nº 00223-2009-662-04-00-7. Juiz do Trabalho: Silvionei do Carmo, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel. Honorários advocatícios. Alguns problemas. *LTr Suplemento Trabalhista*. Temas trabalhistas. São Paulo, ano 36, v. 103, p. 591-596, jan/dez 2000.

SCHIMITT, Paulo Luiz. *Jus postulandi* e os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 106, p. 7-17, abr. 1998.

SILVA JÚNIOR, Nelson Soares. Honorários advocatícios: sua concessão no processo trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 58, n. 08, p. 952-956, ago. 1994.

SOARES, Ronald. Assistência judiciária gratuita e inconstitucionalidade do art. 1º da lei n.10.288. *LTr Suplemento Trabalhista*. São Paulo, ano 37, v. 154, p. 737-738, jan/dez 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, v. 2.

Delação premiada: constitucionalidade, aplicabilidade e valoração

*Valdoir Bernardi de Farias*⁷⁴

Introdução

A infração penal nem sempre é obra de um único homem, aspecto que remonta às próprias origens do delito. Com frequência, indivíduos reúnem-se visando à prática de crimes, sendo que a divisão de tarefas tem por escopo facilitar a execução ou garantir a impunidade do crime.

Na doutrina nacional, fala-se em *concurso de pessoas*⁷⁵. O concurso pode ser eventual, quando o crime, admitida a prática por uma só pessoa, é efetuado por dois ou mais agentes, ou necessário, quando o concurso de pessoas integra a própria tipicidade⁷⁶.

Modernamente, as concepções de coautoria tendem a incluir uma nova faceta da criminalidade - as *organizações criminosas*. Fenômeno complexo e mutável, a organização criminosa foi alvo da legislação brasileira, que, no entanto, não logrou conceituá-la

⁷⁴ Especialista em Direito; promotor público; professor do NAPEJ – Núcleo Avançado de Prática e Estudos Jurídicos do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo.

⁷⁵ Art. 29, *caput*, do Código Penal.

⁷⁶ Por exemplo: Art. 288 do Código Penal.

ou caracterizá-la⁷⁷. Assim, é competência do intérprete fazê-lo, buscando subsídios na doutrina e, sobretudo, no direito comparado.

Somente para ilustrar, posto não ser esse o objeto principal do presente estudo, citam-se alguns conceitos de organização criminosa.

Para o FBI, organização criminosa significa

qualquer grupo tendo algum tipo de estrutura formalizada, cujo objetivo é a obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso de violência, corrupção, fraude ou extorsão, e geralmente têm significativo impacto sobre os locais e regiões do País onde atuam (MINGARDI, 1994, p. 26).

Já segundo Mingardi, ela consiste em um

grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão de trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da Lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela forma de determinada porção de território (Idem, 1994, p. 82-83).

Hassemer (1993, p. 74), com propriedade, destaca as suas principais características:

[...] não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da Magistratura, do Ministério Público, da Polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade... é uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais, pela pouca visibilidade dos danos causados bem como por um novo *modus operandi* (profissionalidade, divisão de tarefas, participação de “gente insuspeita”, métodos sofisticados etc.). Ainda mais preocupante, para muitos, é fruto de uma escolha individual e integra certas culturas.

⁷⁷ Lei Federal nº 9.034, de 03-05-1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Malgrado a dificuldade apontada para defini-las – justificável pela constante mutabilidade do fenômeno –, o fato é que essas estruturas ilícitas são, em grande parte, responsáveis pelo tráfico de armas, de drogas, de órgãos humanos, pela pirataria, pornografia e prostituição infantis etc. Infiltram-se nos entes e órgãos estatais, mediante as mais variadas fraudes, desviando significativas somas de dinheiro público, além de se ramificarem no sistema financeiro e na economia nacionais, ocultando a origem ilícita do produto do crime, objetivando multiplicar o ganho criminoso.

Com a crescente preocupação da sociedade brasileira com as organizações criminosas, viu-se o legislador diante da necessidade de criar mecanismos para enfrentar esse novo fenômeno criminoso, tendo, assim, introduzido no processo penal, no âmbito dos instrumentos investigativos e probatórios, dentre outros, a figura da *delação premiada*, também denominada de *colaboração processual*. Difundido há bastante tempo no cenário internacional, o instituto encontra correspondente tanto nos países vinculados ao sistema da *common law* como naqueles de tradição *civil law*, embora com características distintas em cada sistema.

Consiste, basicamente, na conduta positiva do co-réu de colaborar com a investigação criminal ou com o processo penal, revelando os crimes e a identidade dos seus cúmplices, recebendo, em troca, determinados benefícios previstos em lei: redução de pena, perdão judicial, regime penitenciário brando etc.

No Brasil, a delação premiada está prevista em várias normas legais, a saber: 1) no art. 159 do Código Penal, com a redação dada pela lei 8.072/90 (art. 7º); 2) na lei 9.034/95 (art. 6º); 3) na lei 9.080/95, que alterou o art. 25 da lei 7.492/86 e o art. 16 da lei 8.137/90; 4) na lei 9.613/98, que cuida dos crimes de lavagem de bens, dinheiro e valores; 5) na lei 9.807/99, que trata do Programa Nacional de Proteção a Vítimas e Testemunhas 6) e na lei 11.343/06, voltada aos crimes de tráfico de drogas.

Omissões contidas nessas leis, no entanto, tornaram o campo de incidência da delação premiada vago e impreciso⁷⁸. Alvo de críticas severas de parte da doutrina nacional e estrangeira, a delação premiada teve a sua constitucionalidade questionada. A indefinição do procedimento, por seu turno, dificultou a obtenção de critérios uniformes para a aplicabilidade do instituto.

Em vista disso, apresentar-se-ão, neste artigo, argumentos constitucionais, extralegais (doutrinários, filosóficos, jurisprudenciais etc.) e legais para um juízo afirmativo de constitucionalidade da delação premiada, com ressalvas a serem fixadas, em cada caso, à luz do princípio da proporcionalidade.

Argumentar-se-á, a partir das premissas que regem o sistema processual acusatório, que a delação premiada consensual, estabelecida entre o Ministério Público e o co-réu colaborador, vincula o julgador, devendo ser inexoravelmente admitida (homologada) e as suas consequências aplicadas (efeitos da homologação).

Sustentar-se-á que a admissibilidade e a aplicação das consequências da delação premiada, fora dos casos de consenso, obrigam o juiz a fundamentar a eficiência da colaboração para o esclarecimento da verdade.

Demonstrar-se-á, finalmente, que a delação premiada, enquanto elemento isolado de prova, não se reveste de eficácia probatória suficiente para transpor a presunção de inocência, dogma erigido à categoria de princípio constitucional, sendo insuficiente para a condenação do co-réu chamado à responsabilidade.

Não é objetivo do presente trabalho, ressalta-se, a abordagem dos requisitos específicos à delação premiada, fixados nas diversas leis que contemplam o instituto, restringindo-se o enfoque à constitucionalidade e aos critérios gerais de aplicabilidade, extensíveis a todas as modalidades de colaboração processual previstas em lei.

⁷⁸ Sustenta-se, por exemplo, que a delação premiada, prevista na lei 9.807/99, aplicar-se-ia a todos os crimes. Da mesma forma, argumenta-se que, com o advento da lei 9.269/96, tornou-se despiciendo, para a incidência da delação premiada, que o crime tenha sido praticado por quadrilha ou bando, bastando, para tanto, que o delito tenha sido cometido em concurso.

1 Constitucionalidade da delação premiada

A delação premiada tem sido alvo de críticas severas de parte da doutrina, a ponto de ter a sua constitucionalidade questionada.

São inúmeros os argumentos contra a delação premiada. Dentre os principais, destacam-se: 1) a delação consiste num estímulo à traição, circunstância valorada pelo legislador para agravar ou qualificar a pena; 2) a delação premiada oficializa um comportamento social antiético, incompatível com o Estado de direito; 3) os fins não justificam os meios quando estes são antiéticos ou imorais; 4) a impunidade do co-réu colaborador não se justifica, pois muitas vezes a sua atuação foi mais grave que a do cúmplice; 5) o Estado, com a utilização de tal instituto, confessa a sua incompetência em investigar e punir a criminalidade com meios de prova já consagrados; 6) o Estado não deve negociar com criminosos; 7) há um estímulo às delações falsas e às vinganças pessoais.

Luis Flávio Gomes (1999, p. 65) tece crítica incisiva ao instituto, *in verbis*:

Para o homem moderno, tido como racional, chegar ao ponto de estabelecer em “lei” prêmios a um criminoso traidor só existe uma explicação: é a prova mais contundente da pública e notória ineficiência do Estado atual para investigar e punir os crimes e os criminosos. É a falência estatal, sempre confessada, sem nenhum escrúpulo! Por falta de preparo técnico e de estrutura tecnológica, o Estado se vê compelido a transigir com os mais elementares princípios éticos.

Zaffaroni (1995, p. 279), insigne penalista argentino, na mesma linha, afirma: “la impunidad de los llamados arrepentidos constituye una seria lesión a la eticidad del Estado [...] el Estado no puede valerse de medios inmorales para evitar la impunidad.”

Zachia Alan (2007, p. 16), eminente promotor de Justiça gaúcho, pondera que a diminuição ou isenção de pena para um culpado com o fito de prenderem-se mais culpados ou alguém mais culpado não é suficiente para adotar esse tipo de procedimento entre os comportamentos eticamente ajustados.

Existem, como é cediço, opiniões em sentido oposto. Sob um enfoque utilitarista, argumenta-se que a diminuição ou isenção da pena de um acusado possibilitará a punição de vários outros, solucionando um maior número de crimes. No universo do crime, objeta-se, não há que se falar em ética ou valores morais, pois se está diante de condutas que violam os padrões éticos e sociais (a traição, então, seria de bons propósitos, contra o crime e a favor do Estado de direito).

A negociação entre o Estado e o criminoso, não obstante sujeita a críticas, ocorre em diversos países, inclusive no Brasil (lei 9.099/95), alcançando resultados satisfatórios. O risco de falsidade da delação não é maior do que o risco de um falso testemunho, o que não elide a importância dessa prova, sendo que a falsa delação deve ser severamente punida.

Disso tudo, infere-se que os pontos negativos não são suficientes para infirmar a delação premiada. No cotejo entre direitos fundamentais, deve prevalecer o interesse coletivo em detrimento do individual, o que torna possível a flexibilização deste último. Aliás, é conhecida e irrefutável a lição de que, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, não existem direitos absolutos⁷⁹.

É forçoso reconhecer, no entanto, que o âmbito de incidência da delação premiada restringe-se a situações criminais extraordinárias, isso porque: 1) a delação premiada incentiva um comportamento atípico do co-réu colaborador, uma vez que chama o comparsa à responsabilidade em troca de alguns benefícios previsto em lei, mediante flexibilização do direito ao silêncio; 2) a delação premiada, quanto a alguns dos seus benefícios (perdão judicial), mitiga os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, corolários do princípio da legalidade, o que só excepcionalmente deve ser admitido⁸⁰; 3) a mitigação desses princípios envolve, como riscos correlatos, o de indevida⁸¹ minoração ou isenção de

⁷⁹ Até mesmo o direito à vida, pilar dos demais direitos fundamentais, pode ser sacrificado em determinadas circunstâncias previstas na legislação ordinária (legítima defesa, estado de necessidade etc.).

⁸⁰ A liberdade pública mantém íntima relação com o princípio da legalidade (devido processo legal), reclamando a devida persecução penal, limitada pela Constituição.

⁸¹ Quando se tratar de delação falsa.

pena a um culpado e o de condenação de um inocente, tornando-se irreversível no primeiro caso⁸².

A delação premiada encontra amparo em diversas leis, mas isso não é suficiente, por si só, para legitimá-la em face aos valores consagrados na Constituição⁸³. Conquanto não seja possível caracterizar com precisão a legitimidade, é possível fazê-lo relativamente à ilegitimidade, que estará presente quando o procedimento revelar-se socialmente arbitrário, irrazoável e desproporcional⁸⁴.

A propósito, como esclarece Chaïm Perelman (1978, p. 427-437), muitos foram os conceitos empregados para designar a ilegitimidade, *in verbis*:

Todo poder será censurado se ele se exerce de um modo irrazoável, e portanto inaceitável. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de diversas maneiras: como abuso de direito, excesso ou desvio de poder, como iniquidade ou má fé, como aplicação ridícula ou imprópria de disposições legais, como contrária aos princípios gerais de direito comuns a todos os povos civilizados. Pouco importam as categorias jurídicas invocadas.

A problemática da legitimidade das normas infraconstitucionais tem sido enfrentada com o princípio do devido processo legal substancial⁸⁵, que encontra foros de juridicidade na teoria jurídica norte-americana, e com o princípio da proporcionalidade, de origem germânica. O princípio da proporcionalidade, na doutrina alemã, tem duplo vértice, desdobrando-se em proibição de excesso (*Über-*

⁸² Uma vez que não se admite a revisão *pro societate*.

⁸³ O vetusto positivismo sustentava que a toda questão de legitimidade é reduzida a uma questão de vigência.

⁸⁴ Esse não é um artifício novo. Ao analisar a questão da justiça, Aristóteles se vê forçado a admitir que se trata de um termo polissêmico e que dificilmente se chegaria a uma definição de justiça consensual. Afirma, contudo, que há um certo consenso sobre as definições de injustiça, que podem ser reduzidas à ideia de ilegal e iníquo. Então, a sua definição de justiça (em sentido estrito) é feita a partir da negação da noção comum de injustiça. Repete-se aqui, pois, a mesma operação de Aristóteles — especialmente porque a legitimidade está profundamente ligada à ideia de justiça. Embora julgue-se não ser possível estabelecer uma definição geral de legitimidade, parece haver um certo consenso na qualificação de alguns atos como ilegítimos, já que não parece razoável afirmar que os atos arbitrários podem ser legítimos. Então, caracteriza-se a legitimidade em oposição à arbitrariedade — dando um conceito que pode ser limitado, mas que ao menos tem como base uma noção aceitável dentro da sociedade.

⁸⁵ Art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988.

massverbot) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). O ponto de convergência entre as duas teorias jurídicas está no fato de que ambas têm como objetivo controlar a legitimidade dos atos estatais, notadamente no plano legislativo.

Na esteira desse entendimento, a doutrina divide o princípio da proporcionalidade⁸⁶ em três subprincípios: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

Com base nos ensinamentos de Pieroth e Schlink, Gilmar Ferreira Mendes (1994, p. 475-469) refere:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito*).

O pressuposto da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*.

Sob o prisma do primeiro critério (*necessidade*), a delação premiada não se conformará à Constituição, por exemplo, quando outros meios de prova independentes forem suficientes ao esclarecimento do crime e à identificação dos respectivos autores. Deve

⁸⁶ Para a finalidade deste trabalho, portanto, devido processo legal substancial e princípio da proporcionalidade são considerados equivalentes.

ser reservada, ademais, para fenômenos inseridos num contexto de organizações criminosas ou para crimes graves praticados em concurso por uma ou mais pessoas, não se justificando na esfera da criminalidade ordinária, que deve ser enfrentada com os meios de prova tradicionais⁸⁷.

É *inadequada* a aplicação dos benefícios, à luz do princípio da proporcionalidade, por exemplo, nas hipóteses em que a delação não se revelou eficaz às finalidades específicas que cada uma das leis arrola: dismantelamento da organização criminosa, libertação da vítima, recuperação do produto do crime etc. Da mesma forma, é inadequada, não gerando vantagens ao delator, quando não trouxer qualquer incremento à eficiência do julgamento, quer isso decorra da escassez dos elementos delatados quer da impossibilidade de confirmá-los.

É correto, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2006, p. 283), ao afastar a incidência do instituto no caso seguinte:

CRIMINAL. HC. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PEÇA IMPRESCINDÍVEL À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO-OCORRÊNCIA. CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. AUSÊNCIA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DESTINADA À PRÁTICA DE DELITOS HEDIONDOS OU ASSEMELHADOS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

I. Não se conhece do pedido relativo ao reconhecimento da confissão espontânea, se o feito não foi instruído com as peças imprescindíveis à compreensão da controvérsia, em especial a sentença penal condenatória, sem a qual não se pode analisar os fundamentos utilizados pelo Julgador para fixar a reprimenda. Precedentes.

II. Hipótese em que se pleiteia, em favor do paciente condenado pela prática de crime de latrocínio, a incidência da delação premiada prevista no art. 8º, § único, da lei nº 8.072/90.

III. Referido dispositivo legal se aplica exclusivamente aos casos em que, praticados os delitos de que cuidam a referida lei, por meio de

⁸⁷ Exceto se for o único meio investigativo ou de prova possível. Isso não se confunde, no entanto, com a eficácia probatória da delação para fins de condenação criminal, enquanto elemento isolado, aspecto que será abordado na sequência.

quadrilha ou bando associados para tal fim, este ou aquela sejam desmantelados em razão de denúncia feita por partícipe e associado. IV. O paciente e os três co-réus não se associaram de forma estável para o fim de praticar delitos hediondos ou assemelhados, hipótese única em que, comprovando-se que a delação possibilitou o efetivo desmantelamento da organização criminosa, teria lugar a redução de pena ora pleiteada.

V. Eventual associação de agentes para a prática de determinado crime dessa natureza, ainda que sejam eficientes as informações prestadas pelo delator, não permite o reconhecimento da delação premiada.

VI. Ordem parcialmente conhecida, e nessa extensão, denegada.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* (terceiro critério) inviabilizará, por exemplo, a diminuição ou a isenção da pena para autor de crime gravíssimo para a descoberta de delito menos grave. O critério também servirá de parâmetro para reger a relação entre a importância dos dados delatados e a amplitude do benefício a outorgar. Em outras palavras, o montante da redução ou da isenção da pena está diretamente relacionado à seriedade e à eficácia probatória da colaboração, devendo ser proporcional a sua importância.

2 Aplicabilidade da delação premiada de acordo com os protagonistas do sistema acusatório

Os regramentos sobre a investigação criminal e a prova penal são influenciados pela escolha realizada entre os dois sistemas processuais fundamentais: sistema inquisitório e sistema acusatório.

No sistema inquisitório, a regulamentação da matéria probatória é escassa, ao contrário do que ocorre no sistema acusatório, no qual a matéria é objeto de detalhado regramento. Essa diferenciação dá-se em razão dos fundamentos que norteiam os referidos sistemas.

O sistema inquisitório está fundamentado no princípio da autoridade. Quanto maior o poder conferido ao inquisidor, mais facilmente a verdade será encontrada. As tarefas de acusar, defender e julgar concentram-se numa única pessoa. Exercendo o juiz inqui-

sidor todas as funções atinentes ao processo, não há necessidade de regulamentação da matéria de prova.

Por outro lado, nesse sistema, eventual regulamentação da matéria probatória implicaria limite ao esclarecimento da verdade. Os instrumentos de controle acabariam limitando o inquisidor, dificultando a busca da verdade.

O sistema acusatório, por sua vez, fundamenta-se num princípio oposto, qual seja, o dialético. Entende-se que a verdade é encontrada com mais eficácia se as funções processuais forem distribuídas entre sujeitos que têm interesses contrapostos. O juiz deve ser imparcial e estará incumbido de decidir, com base nas provas apresentadas pela acusação e pela defesa, embora não esteja proibido de ordenar de ofício a produção de prova para esclarecer ponto relevante não abordado pelas partes.

O princípio dialético afeta diretamente a matéria de prova. Os poderes de investigação, produção e valoração da prova não podem ser atribuídos a um único sujeito, ou seja, devem ser partilhados entre juiz, acusação e defesa, de modo que ninguém deles possa abusar. Daí ser indispensável a regulamentação da matéria de prova.

É preciso que os poderes concedidos a um sujeito sejam contrabalançados por aqueles concedidos aos demais sujeitos, e é indispensável que um juiz imparcial tenha os poderes necessários para dirimir questões opostas inevitáveis entre os dois antagonistas do processo penal.

O sistema da repartição das funções no processo penal possui a mesma finalidade pressuposta pelo princípio da *separação dos poderes do Estado*, isto é, evitar o abuso de poder.

A delação premiada, sob a ótica do Ministério Público, representa um meio de investigação ou de prova penal. A avaliação da necessidade desse meio investigativo ou da sua utilidade ao processo compete, prioritariamente, ao *Parquet*, como *dominus litis*. Isso implica dizer que, havendo consenso entre o titular da ação penal e o co-réu colaborador quanto à necessidade e relevância da delação premiada, nada restará ao juiz senão acolher a vontade das partes envolvidas, para que surta os seus jurídicos e legais efeitos.

A jurisprudência (BRASIL, 2005, p. 291), de certa forma, pres-
tiglia tal compreensão, ao admitir que o Ministério Público estipule
condição à incidência da delação premiada, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 13 DA
LEI N.º 9.807/99. “CONDIÇÃO” PARA A CONCESSÃO DA BENESSE
ERIGIDA PELO MP NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DECISÃO DO
JUIZ DA CAUSA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILE-
GAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM FACE DA REALIZAÇÃO DE
DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS PELO MP. IMPROCEDÊNCIA.

1. Hipótese em que o Ministério Público, por ocasião do oferecimento
da denúncia, apresentou a “condição” de o réu confirmar em juízo as
declarações prestadas na fase investigatória para que pudesse vir a ser
beneficiado com o perdão judicial previsto no art. 13 da lei nº 9.807/99.

2. Manifestação ministerial que não tem o condão de representar
qualquer constrangimento para o acusado, porquanto não há decisão
judicial acerca da eventual aplicação da benesse pretendida. Por esse
singelo motivo, mostra-se prematura e descabida sua discussão fora
do juízo originário.

[...]

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da
Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos
votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar
a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer
votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o
Sr. Ministro Gilson Dipp.

Confirmando a possibilidade de acordo entre as partes, quanto à
delação premiada, embora sob a égide da lei nº 10.409/2002, já
revogada, o aresto seguinte:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO DIAMANTE.
TRÁFICO. LAVAGEM DE DINHEIRO. FALSIDADE IDEOLÓGICA.
DELITOS SUJEITOS A PROCEDIMENTOS DIVERSOS. ART. 38 DA
LEI 10.409/2002. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO.
NULIDADE. INEXISTÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Imputados aos réus delitos sujeitos a procedimentos diferentes, é
possível a adoção do procedimento ordinário previsto para os delitos
apenados com reclusão, pois é o mais abrangente, próprio a garantir
ao Paciente e aos co-réus a forma mais irrestrita de ampla defesa.

2. Operação irrompida pela Polícia Federal, conhecida por “Operação
Diamante”, em que se deflagrou o cometimento de inúmeros delitos,
por organização criminosa complexa e que se estenda por vários países,
o que justifica a adoção do procedimento ordinário.

3. A concessão da delação premiada não está atrelada à existência ou inexistência da defesa preliminar, prevista no art. 38 da lei nº 10.409/2002, eis que pode ser concedida em razão do acordo ou proposta do Ministério Público, atendidos os requisitos legais.

4. Ordem DENEGADA.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 46337-GO. HC 2005/0124907-4, Relator: Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Órgão Julgador: Sexta Turma, Julgamento em 23 de outubro de 2007. Diário da Justiça de 10/12/2007, p. 444)

Eventual discordância do magistrado ensejará tão-somente a aplicação do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, por analogia – *ex vi* – do art. 3º do mesmo diploma legal. Contudo, se o Procurador-Geral de Justiça ratificar o posicionamento adotado pelo promotor de justiça, a solução antes preconizada tornar-se-á definitiva. Com isso, evita-se o possível argumento da ausência de controle de delações sem pertinência ou relevância à investigação ou ao processo.

O enfoque proposto concilia-se mais facilmente com o sistema da *common law*, que tradicionalmente emprega instrumentos de autocomposição de litígios, inspirado na máxima de que a verdade é fruto de negociação explícita e sistemática entre as partes interessadas (*plea bargaining* ou *plea guilty*). No referido sistema, é bastante comum a outorga de prêmios em troca da colaboração processual, sobretudo quando se trata de crimes complexos ou praticados por organizações criminosas. Assim, deixa-se de punir um acusado, conferindo-lhe especial proteção ou tratamento jurídico diferenciado, em troca da punição de outros imputados ou de acusado mais culpado, visando a conferir maior efetividade à justiça.

O sistema não é livre de críticas, como bem pondera Wálter Fangiello Maierovitch:

[...] é largamente aplicada no Processo Penal norte-americano, com os mais surpreendentes e espantosos acordos (*agreement*). Inúmeros são os casos de avenças disparadas: admite-se trocar homicídio doloso típico por culposo; tráfico por uso de drogas; roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo por furto simples. Para os críticos mais severos, trata-se de prática lúdica, quando se nota que dez crimes variados são trocados pela declaração de culpabilidade (*plea of guilty*) de apenas um, que pode ser até o menos grave. A *plea bargaining* visa, fundamentalmente, a punição, ainda que branda e socialmente injusta. É justificada como poderoso remédio contra a impunidade, diante do elevado número de crimes a exigir colheita de prova indubitosa da autoria, com a consequente plethora de feitos e insuportável carga de trabalho do judiciário (MAIEROVITCH, 2008, p. 13).

De qualquer sorte, não se pode negar que o sistema da *common law* prestigia a vontade das partes, o que é fundamental para a efetividade da delação premiada, sendo oportuno trazer à baila, para a confirmação desse raciocínio, caso extraído da jurisprudência portuguesa, citado por Zachia Alan (2007, p. 16).

Trata-se de acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, referente a julgamento de co-imputado que participara de organização terrorista. O referido co-réu fora condenado em primeira e segunda instâncias a determinada pena. O inusitado é que o Ministério Público recorria no interesse da defesa, buscando o reconhecimento da isenção de pena, tendo em vista a colaboração processual do co-réu, conforme autorizava a legislação então vigente.

Frustrou-se, no caso em tela, a promessa de benefício ao co-réu colaborador, feita em contrapartida à renúncia do seu direito ao silêncio, postura que obviamente comprometerá a iniciativa de futuras colaborações. Tal insólito episódio também evidencia a extrema dificuldade do Tribunal de separar as colaborações decisivas das não decisivas.

No enfoque proposto, tal risco não existiria, posto que o autor da ação penal pública e o co-réu colaborador, mediante consenso,

já decidiram sobre a pertinência e a extensão dos benefícios afetos à delação premiada.

Não se olvida que a admissão e aplicação dos benefícios da delação penal de ofício pelo juiz ou em razão de requerimento do co-réu colaborador fora uma clara opção do legislador brasileiro. Propõe-se, para essas hipóteses, nas quais a colaboração não decorre de consenso entre acusação e defesa, o dever legal do juiz de fundamentar a importância da delação ao deslinde da causa, bem como a correlação entre tal relevância e a extensão do benefício outorgado, segundo os critérios de proporcionalidade anteriormente preconizados.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a chancela judicial ao consenso estabelecido entre as partes implicará maior efetividade à delação premiada, haja vista que o co-réu colaborador terá a certeza jurídica de que receberá os benefícios previstos em lei na hipótese de ativa colaboração com a acusação. Harmoniza-se, ademais, com os preceitos que embasam o sistema acusatório, que separa as funções de acusar, defender e julgar, conciliando-se, enfim, com as práticas da *common law*, uma das vertentes que originou o instituto. Inexistindo consenso, o dever de fundamentação, que cabe ao juiz, sobre a eficiência e a extensão dos benefícios da delação premiada, prestigiará o princípio do contraditório (Art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988), permitindo amplo debate sobre a matéria, inclusive nas instâncias recursais.

3 Valor probatório da delação premiada

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Trata-se do princípio da “presunção de inocência”, também denominado de “presunção de não-culpabilidade” ou “estado de inocência”.

Previsto em tratados internacionais sobre direitos humanos, a Declaração Universal de 1948, com mais detalhes, assentou que

toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

A aplicação mais comum do princípio sob exame dá-se no campo probatório. A discussão coloca no centro do debate as regras sobre a distribuição do ônus probatório. A regra clássica é a do art. 156 do Código de Processo Penal, segundo a qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (primeira parte).

Sobre o dispositivo legal em comento, Fernando da Costa Tourinho Filho (1998, p. 356) leciona:

Cabe à Acusação demonstrar, e isto de modo geral, a materialidade e a autoria. Já à Defesa incumbe provar eventual alegação de exclusão da antijuridicidade do fato típico (causa excludentes da criminalidade, excludentes da antijuridicidade, causas justificativas ou descriminantes) ou excludentes da culpabilidade. Se o réu invoca um alibi, o ônus da prova é seu. Se argúí legítima defesa, estado de necessidade etc., o onus probandi é inteiramente seu ... Se alegar e não provar, a decepção também será sua.

Luiz Flávio Gomes (1999, p. 111), na mesma linha, entende que a acusação tem o ônus de provar cada um dos fatos que integram o tipo penal e a participação nos mesmos do acusado. Provados “os fatos e a atribuição culpável deles ao acusado”, presumem-se contra o réu a ilicitude e a culpabilidade. Caberá, então, à defesa provar eventuais causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

A matéria, contudo, não é pacífica. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003, p. 296), por exemplo, sustenta que o Ministério Público tem o ônus de provar não só a tipicidade, mas também a antijuridicidade e a culpabilidade, pois essas são partes integrantes do fato constitutivo do direito de punir, e não, como normalmente se alega, fato impeditivo do direito de punir a ser provado pelo réu. Para o autor, se o réu alega que agiu em legítima defesa, está, na verdade, negando o cometimento do delito, cabendo à acusação produzir a prova de que a legítima defesa não ocorreu.

Tal divergência doutrinária é superada ao se compreender que ao órgão acusador incumbe o ônus de provar a responsabilidade do acusado, de modo a eliminar a dúvida, haja vista que a dúvida conduz invariavelmente àquele estado de inocência presumido do acusado. Todavia, a peculiaridade reside no fato de que a dúvida favorece o acusado, mesmo quando lhe incumbe o ônus da prova. Em outras palavras, mesmo não existindo prova plena quanto à excludente de ilicitude ou de culpabilidade alegada, se da prova se inferir dúvida razoável em relação à existência das mesmas, o juiz deve absolver.

É por isso que, no sistema da persuasão racional, reitor do processo penal brasileiro no tema de apreciação da prova, o juiz não pode se limitar à escolha de apenas uma hipótese reconstruída do fato e à enunciação das provas que a confirmam, mas deve indicar as razões que fizeram com que excluísse as outras hipóteses elaboradas pelas partes.

Essas considerações prévias são essenciais ao exame da delação premiada com força condenatória, enquanto elemento de prova isolado, relativamente ao co-réu atingido pela delação, discussão que há tempo inspira profunda divergência, tanto na doutrina como na jurisprudência⁸⁸.

Enrico Altavilla (1953, p. 177) admite a chamada do co-réu com força incriminadora desde que ela seja “vestida”, isso é, inteiramente concordante com o núcleo acusatório. Acrescenta o autor:

a acusação não deve ser uma simples afirmação, antes precisa ser enquadrada numa narração completa. Efetivamente, não basta dizer que alguém tomou parte no crime, mas é necessário descrever a modalidade dessa participação, pois o pormenor pode revelar a veracidade ou a falsidade do que se narra.

A delação premiada não guarda relação com os meios de prova típicos, não se confundindo, por exemplo, com a prova testemunhal, posto que mesmo com a renúncia ao direito ao silêncio o colaborador

⁸⁸ No passado, a delação premiada com força condenatória era refutada com o argumento de que violava o princípio do contraditório. Como o atingido pela delação não podia interferir no interrogatório do co-réu colaborador, a referida prova não se submetia ao contraditório. Porém, o argumento perdeu consistência com o advento da Lei nº 10.792/2003, que deu nova redação ao art. 188 do CPP, admitindo perguntas entre co-réus.

não perde a condição de (co)rêu. Não se caracteriza como prova indireta (indiciária), haja vista que o co-rêu colaborador manteve contato pessoal e direto com as atividades criminosas. Finalmente, embora apresente alguma semelhança, não se equipara à confissão, porquanto abrange imputação de crime a terceiro em troca de benefícios pessoais.

Parece óbvio, por outro lado, que o co-rêu colaborador entrega os seus cúmplices não porque está arrependido – o que apenas excepcionalmente ocorre –, senão porque pretende uma minoração das consequências legais aos atos que praticou.

E, se assim verdadeiramente é, forçoso reconhecer que todo o depoimento comprometido por um fim específico, distinto da busca da verdade, tem reduzido valor probatório. A testemunha, por exemplo, presente o interesse no deslinde da causa, depõe apenas como informante, não se sujeitando às penas do crime de falso testemunho⁸⁹. O co-rêu colaborador, além de não se sujeitar a qualquer pena por eventual imputação falsa⁹⁰, auxilia à investigação ou ao processo, em regra, para o obter um benefício pessoal.

Hélio Tornaghi e Heleno Fragoso aduzem que:

No sistema das provas legais, o ‘chamamento do co-rêu’, o dito do interrogado contra os partícipes do crime, valia menos que o depoimento de estranho: enquanto que duas testemunhas faziam prova plena, eram necessários três réus para inculpar outro réu [...]

No direito brasileiro, a questão deve ser posta em termos de prova suficiente, e o chamamento de co-rêu, é desenganadamente, prova insuficiente para a condenação (FRAGOSO apud TORNAGHI, 1967, p. 826).

⁸⁹ No sentido do texto, decisão da Quarta Câmara Criminal do TJRS, com a ementa seguinte: “FALSO TESTEMUNHO. COMPROMISSO. A testemunha que não presta o compromisso de dizer a verdade depõe apenas como mero informante, não podendo cometer o crime previsto no art. 342 do CP. Absolvição decretada.” (Apelação Crime Nº 70007068059, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em 02/10/2003).

⁹⁰ Conferir, a propósito, lição de Fernando de Almeida Pedrosa (1994, p. 50-53), no sentido de que o réu interrogado, mesmo dirigindo imputação falsa a outrem, não incorre em crime de calúnia ou de denunciação caluniosa.

A colaboração processual, em determinadas ocasiões, antes de consistir em meio de prova, funciona como meio para a obtenção de outras provas. Apresentará eficácia probatória tão-somente se os fatos delatados forem verificados e confirmados por essas outras provas. A intensidade dessa verificação de fatos por outras provas pautará a eficácia probatória: quanto maior o número de fatos verificados por outras provas, maior o valor probatório da delação premiada, sendo que o inverso também é verdadeiro.

Disso extraem-se as seguintes assertivas: 1) vigorando o princípio da presunção de inocência, ela (a presunção) faz prova em favor de quem é estabelecida (co-imputado chamado à responsabilidade), inserindo-o num estado de inocência; 2) a delação premiada, como elemento único de prova, não é suficiente à condenação, uma vez que, para transpor a presunção de inocência, a delação premiada deverá estar apoiada em fatos verificados por outras provas, de modo a consubstanciar um conjunto coerente e lógico à versão acusatória.

Considerações finais

O anacronismo da legislação penal e processual penal contribui, indiretamente, para a impunidade. O crime tem escala ascendente e parece estar sempre um passo à frente dos mecanismos sociais de controle e repressão. Pertinente, por isso, a institucionalização de novos e modernos meios investigativos e de prova penal.

A delação premiada, se bem empregada, ensinará excelentes resultados na luta social contra o crime. Isso porque a colaboração processual fomenta a cisão do vínculo que une os criminosos, mediante a outorga de prêmios. Colhe-se, como resultado, a redução da impunidade.

É preciso cautela, no entanto, para que o instituto não seja banalizado e desacreditado, tornando-se inefetivo à finalidade proposta. Necessário, ademais, compatibilizar esse novo mecanismo da persecução penal com os direitos individuais dos acusados (co-réu colaborador e co-réu atingido pela delação). O melhor método para isso é constitucionalização da medida mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, sob tríplice aspecto: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto à aplicabilidade, a solução indicada é o consenso entre as partes sobre a pertinência e extensão dos benefícios da delação premiada. Compete ao autor da ação penal deliberar se o meio investigativo é ou não necessário, se a prova é ou não útil ao processo. Inexistindo consenso, a fundamentação judicial permitirá às partes uma fiscalização mais efetiva sobre a incidência ou a exclusão indevidas.

Sob a ótica da prova penal, a delação premiada, enquanto elemento isolado, não é suficiente à condenação criminal.

O presente estudo, portanto, (re)afirma a constitucionalidade da delação premiada, delimitando-a com o princípio da proporcionalidade, estabelecendo critérios para a aplicabilidade do instituto, na perspectiva dos sujeitos da relação processual, com destaque ao seu valor probatório, aspecto de ordem eminentemente prática. Os referenciais propostos, contudo, não esgotam a questão, que dependerá, fundamentalmente, da análise do caso concreto. Isso tudo leva a concluir que os fins, excepcionalmente, podem justificar os meios, desde que estes sejam legalizados e constitucionalizados a partir de um juízo de proporcionalidade.

Referências bibliográficas

ALAN, José Alexandre Zachia. *Breve estudo da figura da colaboração processual do arguido para a formação do conjunto probatório em troca de benefícios: o estatuto do arrependido*. Lisboa, 2007.

ALTAVILA, Enrico. *Psicologia judiciária: a testemunha, o documento, o perito e o intérprete*. São Paulo: Saraiva, 1946.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 jan. 2009.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.948*, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 01 jan. 2009.

BRASIL. *Decreto Lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 01 jan. 2009.

BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 01 jan. 2009.

BRASIL. *Lei nº 7.492*, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 01 jan. 2009.

BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 01 jan. 2009.

BRASIL. *Lei nº 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 01 jan. 2009.

BRASIL. *Lei nº 9.034*, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 01 jan. 2009.

BRASIL. *Lei nº 9.613*, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 01 jan. 2009.

BRASIL. *Lei nº 9.807*, de 3 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a

Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm>. Acesso em: 01 jan. 2009.

BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L11343.htm>. Acesso em: 01 jan. 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 01 jan. 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. 2008. Brasília: Thesaurus. Disponível em: <<http://www.arcos.adv.br/livros/controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado>>. Acesso em: 01 jan. 2009.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

FONSECA, Adriano Almeida. O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, nº 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em: 01 jan. 2009.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1952.

FARIA, Bento de. *Direito penal econômico e white collar crimes*. Crime tributários e lavagem de ativos.

FRAGOSO, Chistiano Fragoso; FRAGOSO, José Carlos. *Apontamentos sobre confissão e chamada do co-réu*. 2000. São Paulo. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo66.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2009.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal: Parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 3. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1994.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: Podval, Roberto. (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2000.

GRANZIONOLI, Cassio M. M. A Delação Premiada. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e penas substitutivas. São Paulo. In: *Boletim IBCCrim*, nº 83 - Edição Especial, outubro de 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. In: *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 111/112.

GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: o que se entende por isso depois da lei no 10.217, de 11.04.2001? - apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da lei no 9.034/95. São Paulo. In: *Revista Síntese de Direito Processual Penal*, n.o. 11, dezembro/janeiro de 2002.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação premiada no combate ao crime organizado*. Franca: Lemos e Cruz, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. de. *Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7551>> Acesso em: 14 nov. 2007.

KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>>. Acesso em: 01 jan. 2009.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de direito processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. *As multinacionais do crime*. Disponível em: <<http://consciencia.net/2003/07/13/maierovitch.html>>. Acesso em: 15 de dez. 2008.

MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. IOB, dez.1994.

MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. Campinas: Bookseller, 1999.

MINGARDI, Guaracy. O Estado e o crime organizado, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 8, out-dez, 1994. p. 26.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratados da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1997.

NORES, Cafferata. *La prueba em el proceso penal*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PERELMAN, Chaïm Perelman. (Org.). *Le problème des lacunes en droit*. Travaux du Centre national de recherches en logique. Bruxelles: Émile Bruylant. 1978.

SILVA, Eduardo Araújo. Da moralidade da proteção aos réus colaboradores. São Paulo. In: *Boletim IBCCrim.*, nº. 85, dezembro de 1999.

TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal italiano*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

VEIRA, Liliâne dos Santos Vieira. *Pesquisa e monografia jurídica*. Brasília: Jurídica, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio. *El crimen organizado: uma categoriación frustada*. In: Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la U.N.C., n. 1. 1995.

A limitação dos créditos trabalhistas na lei 11.101/2005

Caroline Porto de Magalhães⁹¹

Introdução

O direito falimentar brasileiro passou por transformações importantes nos últimos tempos, principalmente com a publicação da lei 11.101/2005 (LRE), que apresenta novos instrumentos jurídicos, os quais inicialmente teriam como objetivo amparar e recuperar empresas em crises.

Todavia, como consequências da mudança de instrumentos jurídicos disponíveis às empresas ocorreram sérias implicações para o direito do trabalho, pois alguns direitos trabalhistas foram alterados em decorrência da limitação dos créditos trabalhistas na falência, provocando prejuízos aos trabalhadores de empresas submetidas ao referido instituto, conseqüentemente violando fundamentos constitucionais que abalizam os direitos trabalhistas.

Com o objetivo de compreender a limitação dos créditos trabalhistas na falência sob o enfoque constitucional, o presente estudo

⁹¹ Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Advogada, Professora do Núcleo Avançado de Prática e Estudos Jurídicos – NAPEJ do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo.

se propõe, inicialmente, a fazer breve análise do direito falimentar no Brasil, relatando, sem, porém, esgotar o assunto, a evolução do direito falimentar no Brasil, bem como explicitando o objetivo da LRE. Posteriormente, ressalta o instituto da falência, bem como o privilégio dos créditos trabalhistas, seus fundamentos constitucionais e a sua valoração no sistema capitalista. Finalmente, faz uma avaliação da constitucionalidade da limitação dos créditos trabalhistas na falência.

Breve análise da evolução do direito falimentar no Brasil

É comum dividir a história do direito falimentar brasileiro em cinco períodos: português ou colonial, imperial, republicano, da antiga LF (decreto-lei 7.661, de 21.06.45) e o empresarial moderno (NEGRÃO, 2004). Compreender essa periodização é importante para a contextualização dos instrumentos regulados pela LRE, o que justifica a presença desse tópico no presente trabalho.

Durante o período colonial, no Brasil, vigoraram diversas ordenações. As Ordenações Afonsinas foram as primeiras, sendo consideradas como o primeiro código europeu, tendo sido editadas em 1447 e revogadas apenas em 1521. Não havia, nelas, uma separação clara entre o direito civil e o comercial, que marca a tradição do direito moderno, reservando-se para o devedor em crise a pena de prisão (NEGRÃO, 2004).

As Ordenações Manuelinas - que vigoraram de 1521 até 1603 - regulavam o concurso de credores, sendo que, havendo falta de patrimônio do devedor para saldar suas dívidas, em outras palavras, sua insolvência, era decretada sua prisão até a quitação das obrigações, o que poderia fazer através da cessão de bens. Com as Ordenações Filipinas, que vigoraram de 1063 até 1756, tendo sido editadas pela Espanha e aplicadas em Portugal e no Brasil, permaneceu esboçado o caráter punitivo do devedor em crise (ABRÃO, 1997).

Apenas com o Alvará, de 1756, houve alteração no sentido de tratar o devedor em jurisdição especial, demonstrando-se os

primeiros sinais da desvinculação entre a crise e a punição. Em 1769, veio a Lei da Boa Razão, que, conforme Requião (1995, p. 19), determinava que

[...] mandou observar a Lei da Boa Razão, isto é, o Alvará de 18 de agosto de 1769, segundo o qual deviam ser aplicadas subsidiariamente as leis das nações civilizadas. Deu-se, por isso, larga preferência à aplicação do Código Comercial napoleônico, de 1807. Disso decorreu a profunda influência do direito francês na evolução de nosso direito, inclusive em matéria falimentar.

Com a proclamação da independência, surgiu a fase imperial. O diploma que disciplinou a quebra passou a ser o Código Comercial de 1850, que trazia o instituto da moratória, sendo que “[...] poderia obtê-la o comerciante que provasse a impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações contraídas decorridas de acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior [...]” (REQUIÃO, 2005, p. 19). A diferença entre moratória e concordata preventiva da LF está nas causas, pois nesta não havia a necessidade de justificar a impropriedade das obrigações em circunstâncias externas à sua vontade.

Todavia, o Código foi impotente, em vista das fraudes que ocorreram no instituto falimentar, pois muitos se utilizaram dos instrumentos falimentares visando a burlar os pagamentos dos credores. Esses problemas resultaram em diversas alterações legislativas, que culminaram com uma alteração profunda introduzida na terceira parte do Código Comercial, através do decreto-legislativo 3.065, de 1882, que introduziu o instituto da concordata excepcional (preventiva) e por abandono (NEGRÃO, 2004).

O decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, inaugurou o período republicano, que se caracterizou pela “[...] preocupação moralizante do governo que se instalara [...]” (REQUIÃO, 1995, p. 20), o que conduziu a reforma no direito concursal. O decreto 917 modernizou o instituto falimentar, inclusive incorporando o vocábulo falência, que passou a ser caracterizada, segundo Tzirulnik (2002, p. 19), “[...] pela impontualidade e não mais a cessação de pagamentos, instituindo como meios preventivos a cessão de bens, o acordo judicial e a concordata preventiva [...]”.

Embora muitas críticas tenham sido levantadas ao decreto 917, com sua reforma instituída pela lei 859, de 16 de agosto de 1902, partiu-se para a elaboração de uma nova legislação que pudesse culminar com o extermínio das fraudes, resultando na promulgação da lei 2.024, de 1908, a chamada Lei Carvalho de Mendonça. Seu projeto, segundo Requião (1995, p. 21), “[...] havia sido elaborado pelo talentoso e experiente comercialista J. X. Carvalho de Mendonça [...]”, e almejava eliminar ou dificultar as combinações entre os credores e devedores.

Essa lei resistiu ao tempo, mas sucumbiu às sequelas da Primeira Grande Guerra, de 1914 a 1918, e às crises que lhe sucederam. Foi revisada pelo decreto 5.746, de 9 de dezembro de 1929, elaborado por Waldemar Ferreira, com o objetivo de aperfeiçoar seus mecanismos.

Alguns anos mais tarde, como resultado das consequências socioeconômicas da Segunda Guerra e da consolidação da fase industrial de produção no Brasil, que ocorrera entre 1935 e 1945, houve o ambiente propício para a elaboração do decreto-lei 7.661, de 21.06.45. Inaugura-se, assim, a quarta fase do direito falimentar brasileiro.

Para Abrão (1985, p. 161), na época, o Brasil ingressou “[...] na era da macro-empresa, organização resultante de uma combinação harmônica de capital e trabalho para o exercício da atividade econômica ligada à produção ou permuta de bens e serviços [...]”, apesar de ainda ser muito forte a preocupação com a figura do comerciante individual, traço marcante na LF.

Outra marcante característica da LF era a tutela dos interesses dos credores, que se sobrepunha à preocupação em salvaguardar a atividade produtiva. Hoje, com a LRE, vive-se o inverso, na medida em que se busca a preservação da empresa, almejando o cumprimento da sua função social.

Com o decorrer dos anos, diante da evolução socioeconômica do país, críticas foram feitas em busca de uma lei mais eficaz, um instituto que se dedicasse à preservação da empresa, especialmente porque a sua crise pode afetar toda a sociedade (COELHO, 2005).

Isso levou ao consenso em torno da insuficiência da falência para promover benesse para a sociedade (nesta análise pode-se incluir, também, a concordata preventiva, pois há muito ela funcionava como adiamento para a decretação da falência), haja vista que ela não trata a crise da empresa, muitas vezes temporária e passível de ser contornada, para que a empresa siga cumprindo sua função social.

A essência processual e repressiva acabou por desviar a superação da crise, e a LF se tornou um instrumento para saldar o devedor em crise, aniquilando a atividade empresarial. Não se pode esquecer, porém, que a LF trazia a concordata preventiva, cujo objetivo, segundo Abrão (1985, p. 172), era “[...] regularizar as relações patrimoniais entre o devedor empresário, impontual ou insolvente, e seus credores quirografários, evitando ou removendo os efeitos da falência [...]”.

Visava, assim, a retardar ou evitar a ocorrência da falência, sem a necessidade de anuência dos credores. Se, por um lado, essa circunstância facilitava o deferimento, por outro permitia sua aplicação sem uma devida reestruturação da empresa, pois o devedor não precisava preencher muitos requisitos para ter concedida a sua falência, bastando alguns pressupostos formais.

Não obstante a crítica, deve-se destacar que a concordata diferia da falência no sentido de que com ela o devedor tinha menores restrições na liberdade de administrar seus bens. Deferida, ele continuava à frente de seus negócios, sob a fiscalização de um enviado do juiz, o comissário. Na realidade, a concordata preventiva não atingia o objetivo de evitar a falência, pois seus mecanismos eram muito limitados, dificultando a eficácia desse favor legal auferido ao devedor.

Em decorrência das lacunas apresentadas pela LF, que pouco acompanhou o desenvolvimento socioeconômico, e pela insuficiência dos pressupostos processuais exigidos, a reforma era imprescindível. A crescente importância da empresa na conjuntura socioeconômica justificava o esforço, como aponta Szklarowsky (2003), ao asseverar que “[...] sua recuperação não advém de mera abstração, senão duma necessidade incontestável [...]”, não sendo facultado ao Estado negligenciá-la.

Foi nesse cenário que a LRE veio disciplinar as soluções jurídicas para a crise da empresa, partindo deste pressuposto sintetizado por Marzagão (2005, p. 48):

Determinadas situações [...] não provocam a ruína da empresa e não significam que a mesma esteja necessariamente em estado irreversível, podendo se prevenir e estancar o processo de desencadeamento da crise, defendendo a planificação da solução através da intervenção judicial para evitar uma futura liquidação de bens.

Para tanto, a nova lei traz os instrumentos da recuperação judicial, extrajudicial e especial, bem como a falência, regulados pelos princípios da celeridade e da economia processual.

A ideia-força da LRE, especialmente no que diz respeito à recuperação, é contornar a crise quando ela ainda é suplantável, promovendo-se a reestruturação, pois, das empresas viáveis, que cumprem a sua função social.

A recuperação judicial, um dos instrumentos jurídicos apresentados pela LRE, segundo Lobo (2005, p. 110), baseia-se nos princípios “[...] da: a) conservação e função social da empresa; b) dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e c) segurança jurídica e efetividade do direito [...]”, que estão intrínsecos no artigo 47 da LRE, no qual o legislador buscou uma adequação à ordem econômica da CF/88, diferente do que ocorria com a concordata preventiva.

As formas de recuperação da empresa são várias, ficando a escolha livre, tanto para o devedor quanto para os seus credores, para que encontrem meios que melhor respondam à espécie de crise enfrentada.

A LRE traz, no seu art. 53, os passos do plano de recuperação judicial, que é necessário para utilizar o instrumento de recuperação judicial, a saber: discriminação e resumo dos meios de recuperação, demonstração de sua viabilidade econômica e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor (BRASIL, 2005).

No laudo de viabilidade econômica, a empresa deverá evidenciar a factibilidade de sua recuperação judicial, através de especificações

do contexto em que está inserida e, segundo Roque (2005), sua importância social e econômica no âmbito local, regional e nacional, a mão de obra e a tecnologia que são empregadas, a situação de seu ativo e passivo e o tempo de constituição e funcionamento.

Isso significa dizer que devem ser preenchidos dois atributos, sendo um de cunho econômico e outro social, que, de acordo com Coelho (2005, p. 128), devem demonstrar que a empresa tem

potencial econômico para reerguer-se e importância social [...] É necessário seja importante para a economia local, regional ou nacional que aquela empresa se reorganize e volte a funcionar com regularidade; em outros termos, que valha a pena para a sociedade brasileira arcar com os ônus associados a qualquer medida de recuperação de empresa não derivada da solução de mercado.

Logo, o laudo de viabilidade deve conter elementos técnicos (relacionados ao plano em si), mas também sociais, que dizem respeito à importância socioeconômica e às relações da empresa com a comunidade na qual está inserida. Não há dúvida, pois, que o plano de recuperação da empresa tem um papel fundamental no sucesso de sua reestruturação, pois, além de ser o caminho para a reestruturação, tem por finalidade, conforme Lobo (2005, p. 141),

provar, aos credores e ao juízo, que o valor da empresa em funcionamento não é superior ao que seria obtido caso se decidisse liquidá-la, como, por igual, que a sua continuidade melhor atende os múltiplos interesses envolvidos, v.g., dos empregados, dos credores, dos consumidores e da coletividade.

O juiz exerce um papel fundamental, quiçá o mais importante para uma recuperação com sucesso. Para Lobo (2005, p. 152), “[...] o juiz não é um órgão passivo, mero homologador das decisões da assembleia geral ou do comitê de credores ou do administrador judicial [...]”, em vista de que ao efetivar todos os seus atos, como despachos, decisões e outros, ele deverá fazê-lo com liberdade, não ficando totalmente vinculado às decisões que outras partes tomarem, especialmente os credores.

Quanto aos credores, uma das grandes inovações em relação à concordata é a submissão de todas as espécies de crédito, como explica Coelho (2005, p. 131): “[...] todos os credores existentes ao tempo da impetração do benefício [...]”, à exceção dos créditos fiscal, fiduciário, de arrendador mercantil ou do negociante de imóvel. Os créditos contraídos após o deferimento da recuperação estarão excluídos e serão classificados e considerados, pelo fato de terem contribuído pela recuperação da empresa, em caso de haver a decretação da falência, como extraconcursais.

Os créditos trabalhistas, mesmo submetidos à recuperação judicial, não perdem seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, ou seja, podem participar do plano de recuperação judicial. No entanto, não sendo cumprido tal plano e a empresa não se recuperando e quebrando, os créditos trabalhistas voltarão a seus *status a quo*, ou seja, podendo exercer seu privilégio e direitos inerentes a sua qualidade.

O credor trabalhista tem legitimidade, quando da avaliação do plano de recuperação judicial apresentado pela empresa, de requerer a convalidação da recuperação judicial em falência, caso não opte por apresentar um plano alternativo, situação a ser, também, submetida à decisão da empresa em crise.

A LRE relaciona todas as formas de recuperação da empresa em crise, por exemplo, por meio de redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva. Cabe lembrar, nesse caso, que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) apresenta como forma de proteção aos direitos dos trabalhadores e do caráter alimentar do salário o princípio da irredutibilidade salarial.

No entanto, muito se critica a sujeição dos créditos trabalhistas à recuperação judicial, dado o aspecto social e alimentar desse crédito, que será afastado face ao objetivo da permanência da empresa no sistema econômico atual.

Como se verifica, a LRE inovou, disponibilizando instrumentos jurídicos para empresas se recuperarem e, conseqüentemente, manterem-se no mercado e cumprirem sua função social. Entretanto, caso não haja viabilidade econômica, financeira e social das

empresas, indubitavelmente deverá ser decretada sua falência. Portanto, é mister analisar o instituto da falência.

1 O instituto da falência

Em toda a evolução civilista, muitas foram as formas voltadas a punir o devedor, incluindo desde os primórdios da civilização romana, sob a égide das XII Tábuas, quando o devedor que não pagasse duas dívidas dentro do prazo podia ser vendido como escravo estrangeiro. Já no século V a.C., o direito romano passou por algumas transformações que muitos caracterizam como evolutivas, sendo que o devedor passou a ser preservado como pessoa no pagamento das suas dívidas, respondendo somente com seus bens patrimoniais, através de mecanismos de execução.

Quanto se fala em natureza jurídica da falência, discussões se iniciam, posto que juristas divergem no que tange ao verdadeiro objetivo do instituto. No entanto, todos concordam que o procedimento está ligado ao interesse coletivo, tanto do devedor quanto dos credores, do Estado e da sociedade.

Uma das correntes acerca da questão, conforme Requião (1995, p. 22), “[...] considera que o direito falimentar, através do estabelecimento de regras próprias, pretende assegurar perfeita igualdade entre os credores da mesma classe, já que o patrimônio do devedor é a garantia geral de seus credores[...]”.

Outra corrente nega que a *par condicio creditorum* seja o principal objetivo do instituto, defendendo que é o Estado que utiliza as leis para a eliminação das empresas em estado econômico e financeiro crítico, em decorrência do reflexo que isso pode causar.

Requião (1995, p. 36) apresenta um conceito de falência:

A situação ruínosa do patrimônio do devedor, em condições de não solver suas obrigações, caracteriza a insolvência. A insolvência – importante é compreender – constitui um fato. O direito falimentar dele não conhece, a não ser quando, transpondo-se do campo fático, ingressa no terreno jurídico. Surge, então, através do conhecimento do

magistrado, de sua sentença declaratória, a falência, como um estado de direito. Esse estado de direito, ordenado e sistematizado pela lei, é o que entendemos, no conhecimento jurídico, por *falência*.

Para Coelho (2005, p. 194), por sua vez, afirma que falência é o “[...] processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que, normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou anônima [...]”.

A falência foi regulada há muitas décadas, pelo decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. No entanto, como já mencionado anteriormente, esse decreto-lei não acompanhou a evolução do sistema capitalista, bem como as necessidades das empresas, que não dispunham de instrumento jurídico capaz de ajudar a superar suas crises econômicas e financeiras e, assim, permanecerem no mercado.

Diante da falácia da lei que regulava o instituto da falência, após anos de tramitação de projetos, de discussões fundadas e infundadas acerca das alterações que deveriam ser feitas no projeto, foi criada a lei 11.101/2005, que trouxe instrumentos jurídicos voltados a preservar as empresas em crises, e não somente satisfazer os credores da empresa.

Quando não eficazes os instrumentos jurídicos como a recuperação judicial e a extrajudicial para a preservação da empresa, surge, como consequência, a falência, desde que preenchidos os pressupostos da falência, como a qualidade de empresário (nesse conceito se inclui a sociedade empresária), do devedor, a sua insolvência e a declaração judicial da falência.

Diante do estado do devedor, quando o seu patrimônio é menor que a totalidade de suas dívidas, processar a execução individualmente, ou seja, com um só credor movendo contra o devedor, buscando a satisfação da obrigação descumprida, o que seria a regra, levaria certamente à injustiça, posto que tais execuções individuais não possibilitam discriminar os credores, de acordo com os graus de necessidades ou garantias, tampouco permite conceder as mesmas garantias aos credores da mesma classe (COELHO, 2005).

Ou seja: a execução deve ocorrer através do concurso de credores, envolvendo todos eles e aplicando as mesmas regras a todos, sem deixar de observar a classificação dos créditos, sendo que alguns têm privilégios, compensando as desigualdades entre credores. Assim, se reúne todo o ativo e passivo do patrimônio do devedor para a execução, buscando solver o seu passivo.

Isso não inclui os credores negociais, como bancos, importadores e fornecedores atacadistas, que utilizam mecanismos próprios contra a insolvência do devedor, através de taxas de risco que são aplicadas aos seus preços.

O concurso de credores ocorrerá através do juízo universal, ou seja, com a decretação da falência, quando todos os créditos deverão ser habilitados, para que, ocorrendo a execução dos bens do devedor, sejam saldados os débitos, obedecendo à posição de cada crédito na classificação dos credores.

Os créditos trabalhistas continuarão a serem julgados e constituídos na competência da Justiça do Trabalho. No entanto, após a sua constituição deverão ser habilitados no juízo universal, para que sejam saldados observando-se a classificação e o privilégio dos créditos na falência.

Quando se fala no instituto da falência, é necessário, também, tratar da classificação dos créditos trabalhistas, daí a importância de mencionar o princípio do direito concursal, que se dá através do princípio da igualdade entre credores, que é um dos pressupostos da execução coletiva, mais conhecida como *par conditio creditorum*. Contudo, alguns créditos apresentam privilégios em relação aos demais, como no caso dos trabalhistas, com fundamento nos princípios constitucionais. A própria Consolidação da Legislação Trabalhista, no seu art. 449, regula que eles não serão afetados pela distribuição matemática dos credores do executado, ou pelo menos isso não deveria acontecer.

Toda ordem de preferência, tanto em execução singular quanto coletiva, é estabelecida com amparo na lei - art. 83 da LRE. Para Souza (2006, p. 217),

a preferência consiste no direito de determinado credor receber antecipadamente seu crédito em relação aos outros credores, podendo esta decorrer de garantia real ou privilégio legal. A garantia real e o privilégio,

em que pesem serem espécies do mesmo gênero – preferências -, não se confundem, pois, na garantia real, o crédito é satisfeito anteriormente em razão da existência do vínculo a um bem, que o garante. Os privilégios são preferências reconhecidas na lei, atribuídas a certos créditos, sobre a totalidade do patrimônio do devedor.

Como se percebe, o legislador buscou garantir a alguns créditos uma garantia, um vínculo a determinado bem, o que pode ser definido como garantia real, protegendo, assim, o credor de uma possível insolvência do devedor. Já o privilégio só será demonstrado quando o credor apresentar sua intenção de satisfazer seu crédito, posto que não há nenhum vínculo direto a nenhum determinado bem, ou seja, é um atributo que poderá ser utilizado caso o credor necessite que prevaleça seu crédito em relação aos demais, através do concurso de credores.

Os créditos, na falência, podem ter classificações distintas, posto que alguns não se submetem à classificação com os demais. O primeiro caso diz respeito aos créditos derivados dos credores da massa, que não se submetem à ordem de classificação; o segundo inclui os créditos oriundos da falência, os quais são sujeitos à habilitação no juízo universal, bem como a obedecer a ordem de preferência no seu pagamento, com exceção dos créditos da fazenda pública, que não estão sujeitos à habilitação no juízo universal, apesar de lhe ser exigida a submissão à ordem de classificação. Primeiramente, após a realização do ativo, proceder-se-á às restituições e serão pagos os créditos extraconcursais, após o que deverá ser aplicada a ordem de classificação apresentada no artigo 83 da LRE.

A antiga lei de falências - decreto-lei 7.661/45 -, no art. 102⁹², trazia a ordem de preferência dos créditos. Atualmente, a lei

92 1º) créditos resultantes das indenizações por acidente do trabalho; 2º) créditos dos salários e das indenizações dos empregados (art. 186 CTN, art. 449 da CLT). A essa categoria se equiparavam os créditos por comissões vencidas e vincendas, indenizações do aviso prévio e rompimento injusto do contrato, e outros créditos, devidos aos representantes comerciais (art. 44 da lei nº 4.886/65, com redação pela lei 8.420/92; 3º) créditos tributários da União, Estados e Municípios, no mesmo plano de igualdade (art. 60, parágrafo único do decreto-lei nº 960/38, arts. 186 e 187 do CTN, e CF/88, art. 145); 4º) créditos parafiscais no mesmo plano dos créditos da União; 5º) créditos por encargos da massa (art. 124, § 1º da Lei de Falências); 6º) créditos por dívidas da massa (art. 124, § 2º da Lei de Falências); 7º) créditos com direitos reais de garantia; 8º) créditos com privilégios especiais sobre determinados bens; 9º) crédito com privilégio geral; 10º) créditos quirografários

11.101/2005, no art. 83, que regula a falência, apresenta a classificação dos créditos na falência, trazendo alterações importantes quanto à ordem de classificação dos créditos.

Verifica-se que a LRE, ao alterar a ordem de classificação dos créditos na falência, tentou priorizar os créditos oriundos da legislação do trabalho, equiparando os mesmos aos créditos derivados de acidente de trabalho. Porém, impôs o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor. O que exceder a essa limitação será tratado como quirografário, ou seja, sem nenhuma preferência.

Além disso, a LRE inovou no que tange ao alcance da nomenclatura dos chamados créditos trabalhistas, agora denominados como derivados da legislação do trabalho, podendo, assim, ser entendidos como oriundos da legislação do trabalho não só os referentes a saldo de salário, férias, hora extra, décimo terceiro salário, mas também os decorrentes de ações de indenizações por dano moral ou material, derivados da relação de trabalho.

O argumento usado pelo legislador no que tange à limitação imposta aos créditos trabalhistas, segundo Coelho (2005, p. 217),

[...] é impedir que se consumam os recursos da massa com o atendimento a altos salários dos administradores da sociedade falida. A preferência da classe dos empregados e equiparados é estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nessa situação.

Existem os equiparados aos créditos trabalhistas, que concorrem com eles na mesma classe: são os representantes comerciais autônomos, cujos valores são decorrentes de comissões devidas e a título de indenizações (lei 4.886/65, art. 44, acrescido pela lei 8.420/92), e ainda, valores referentes ao FGTS dos empregados, devidos à Caixa Econômica Federal (lei 8.844/94, art. 2º, § 3º).

No entanto, com a limitação dos créditos trabalhistas na falência, o credor trabalhista cujo valor do crédito ultrapassar a 150 salários mínimos terá seus créditos tratados como quirografários, ou seja, ficará no final da ordem de classificação, sem privilégio algum. Provavelmente, não irá receber o crédito da empresa, dado que uma empresa que entra em falência por óbvio não apresenta ativo sufi-

ciente para pagar todos os seus credores. Consequentemente, não conseguirá pagar os credores que se encontram no último lugar da classificação, o que acarretará sérios prejuízos ao credor trabalhista.

Como aduzido acima, o crédito trabalhista, com a limitação imposta pela LRE, foi prejudicado, pois o legislador retirou privilégios inerentes aos valores decorrentes da legislação trabalhista, violando, assim, direitos trabalhistas.

Dado o exposto, se faz necessário analisar no que consiste o privilégio dos créditos trabalhista e seus fundamentos.

2 O privilégio dos créditos trabalhistas – (in)constitucionalidade da limitação dos créditos trabalhistas

O trabalho apresenta importância irrefragável na evolução do modo de produção capitalista. Com a evolução do sistema capitalista, a mão de obra foi cada vez mais explorada, na busca de lucro, se tornando mercadoria no sistema.

Diante da exploração do trabalho de menores, mulheres, da existência de jornadas extenuantes, acidentes de trabalho e salários irrisórios, foi necessária a constituição de uma legislação própria que atendesse a atual realidade social e contemplasse a flagrante desigualdade entre o empregador e o empregado. Surgiu, assim, o Direito do Trabalho, posto que o direito civil não apresentava soluções para os problemas pertinentes às relações de trabalho (BALARÓ, 2005).

Face à realidade social, o Estado cedeu às reivindicações e interveio nas relações de trabalho, justificando sua atitude pela situação frágil do empregado perante o empregador. Originou-se, assim, o princípio de proteção do empregado, em torno do qual se estruturou e se organizou todo o sistema jurídico trabalhista, segundo MAGANO apud BALARÓ (BALARÓ, 2005).

Aos créditos trabalhistas são assegurados privilégios perante os demais, de acordo com orientação do art. 449⁹³ da CLT, no qual se verifica que os créditos oriundos do contrato de trabalho subsistem em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa. Na falência, constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos aos empregados e a totalidade das indenizações a que se tiver direito (art. 449, *caput*, § 1º da CLT).

O privilégio vale para a totalidade dos salários devidos aos empregados e para a totalidade das indenizações a que se tiver direito, e não para parte dos créditos trabalhistas. Entretanto, tal preceito referente à totalidade dos créditos de natureza indenizatória só foi assegurado pela lei 6.449/77, posto que, anteriormente, no art. 449 da CLT e seus parágrafos, havia uma limitação aos valores das indenizações trabalhistas: um terço.

Na antiga LF, os créditos trabalhistas foram tratados injustamente, posto que, na ordem de classificação, eram os últimos. Já com o advento da lei 3.726/60, foi reconhecido o seu caráter alimentar, alterando-se a sua classificação perante os demais credores e se reconhecendo seu privilégio, que lhe é iminente.

Para Souza (2006, p. 225):

Na legislação revogada (decreto-lei 7.661/45), por vários anos, o credor trabalhista foi tratado de forma injusta, pois estava relacionado como o último da ordem prevista no art. 102. Reconhecendo a importância do crédito do trabalhador, eminentemente alimentar, somente em 1960 foi alterada tal situação, com o advento da lei nº 3.726/60, reordenando as categorias dispostas no art. 102.

Na antiga LF, a classificação dos créditos apresentava os créditos trabalhistas resultantes de acidente de trabalho em primeiro lugar, e em segundo, os créditos dos salários e das indenizações dos empregados, prevalecendo em relação aos créditos tributários da União, Estados e Municípios e os demais créditos.

⁹³ **Art. 449.** Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalhos subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.

§ 1º - Na falência constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito.

Ou seja: mesmo após o reconhecimento do privilégio dos créditos trabalhistas, a jurisprudência se posicionava no sentido de colocar seu pagamento em segundo plano, reconhecendo a necessidade do pagamento dos créditos oriundos da administração da massa, para a realização do ativo, como publicação de editais, quadro geral de credores, sentença etc., com preferência em relação aos demais, sem sujeição à preferência de que se ocupa a lei de falência (CALEFFI, 2003).

A Consolidação da Legislação Trabalhista, com o reconhecimento do privilégio dos créditos trabalhistas, seguiu os preceitos constitucionais, pois o trabalho está interligado a vários princípios fundamentais, como o da proteção à dignidade humana.

A CF/88 apresenta, no art. 1º, incisos III e IV, a proteção da dignidade humana, manifestada pelo valor social do trabalho. Em outras palavras, a dignidade humana é o fundamento da Constituição Federal, sendo o seu princípio constitutivo-jurídico.

No pensamento filosófico e político da antiguidade, segundo Sarlet (2002, p. 30), a dignidade da pessoa humana

dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

Esse valor é inalienável e irrenunciável, pois, como refere Sarlet (2002, p. 41), a dignidade “[...] pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”.

Sendo assim, a dignidade representa um valor incondicional do ser humano, tendo o direito o papel crucial de assegurá-la, para que não ocorra sua violação.

Na Constituição Federal de 1988, nas palavras de Enderle (1997, p. 158),

a dignidade humana é o *princípio constitutivo* de uma constituição jurídico-legal. Respeitá-la e protegê-la constitui um princípio jurídico

obrigatório para toda a atividade estatal: para a legislação, para a prática jurídica e para o Poder Executivo. Ela é, ao mesmo tempo, direito subjetivo e, portanto, em certas circunstâncias, direito legal de cada indivíduo para reivindicações perante a justiça.

Enfim, ela serve como fundamento para a Constituição Federal, no momento em que todas as regulamentações inseridas nela devem observar e respeitar a dignidade humana, princípio fundamental e que deve ser observado pelo legislador, assim como na atuação do Estado e dos demais órgãos aplicadores do direito em casos concretos.

Para Silva J. A. (2005, p. 38),

se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade deve ser a finalidade também da ordem econômica, da ordem social, da educação, etc., não sendo simples enunciados formais, mas fundamentos do seu conteúdo.

Quando se fala em valores sociais do trabalho, é preciso conceituar trabalho. Giuseppe Barile apud Silva J. A. (2005, p. 39), diz que ele pode ser definido como “[...] atividade humana destinada a transformar ou adaptar recursos naturais com o fim de produzir bens e serviços que satisfaçam as necessidades individuais e coletivas [...]”. Essa concepção é a que fundamenta a ordem econômica (art. 170), cujo primado é a ordem social (art. 193), e que, em consequência, necessita de proteção através dos direitos sociais (art. 6º e 7º).

Para Silva J. A. (2005, p. 390), “[...] os valores sociais do trabalho estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna [...]”. Portanto, os valores sociais do trabalho estão intrinsecamente ligados à vida digna, pois com o direito à livre escolha de trabalho,

ao tratamento sem desigualdades, à remuneração que possibilite suprir suas necessidades é que se poderá viver com dignidade e ser valorizado como trabalhador, e não como objeto no mercado de trabalho.

No art. 3º, inciso I da CF/88, é explicitado que o fundamento da República Federativa do Brasil consiste na construção de uma sociedade justa e solidária. Assim, nada mais justo e solidário do que garantir privilégio aos créditos trabalhistas, a fim de resguardar um direito a cada trabalhador, em decorrência da sua fragilidade perante o empregador e os demais credores do mesmo, bem como tratar o trabalhador de forma digna, observando os valores sociais do trabalho.

Com a limitação dos créditos trabalhistas, houve tratamento desigual entre iguais: trabalhadores estão tendo tratamento diferenciado em relação aos créditos trabalhistas, pois alguns têm repetido o privilégio, outros não, tendo-os tratados como se não fossem créditos trabalhistas, como no caso dos quirografários.

O *caput* do art. 5º da CF/88, dentre outros, assegura o direito fundamental à igualdade. Difícil entender a que igualdade a Constituição Federal se refere, posto que não quer dizer que todos os cidadãos têm os mesmos direitos na mesma quantidade, sendo que isso é uma utopia, em face do universo no qual estamos inseridos, e também diante do fato das pessoas terem características distintas e méritos diferenciados. Entretanto, a desigualdade deve ser decorrente da própria lei, como aponta Bastos (2001), para quem, no art. 5º, inciso I da CF/88, quando o texto diz “homem e mulher são iguais em direitos e obrigações nos termos dessa Constituição”, fica implícito que só esta pode trazer desequilíbrio entre homem e mulher, sendo que se ocorrer tal violação, os atos serão considerados inconstitucionais por lesão ao princípio da isonomia.

De acordo com Dworkin apud Caleffi (2003, p. 92),

existem dois tipos diferentes de direito. O primeiro é o direito a igual tratamento, que é o direito a uma distribuição igual de oportunidades, recursos ou cargas. O segundo é o direito a ser tratado como igual, que não é o direito a receber a mesma distribuição de alguma carga ou benefício, senão a ser tratado com a mesma consideração e respeito

que qualquer [...] O direito a ser tratado como igual é fundamental, e o direito a igual tratamento, derivado.

O princípio da isonomia tem a função de proteger a valorização do trabalho. Mais precisamente, ele tem o condão de disciplinar a igualdade entre os trabalhadores, uma igualdade substancial. Para Bastos (2001, p. 187), “[...] entende-se por esta equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres [...]”.

Caleffi (2003, p. 94) alerta que

É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. [...] O princípio isonômico tem dupla significação: política, como repulsa a privilégios injustificados; e de efetividade, como igualizador, ajudando a aplicação da norma em caso de insuficiência ou inadequada igualdade diante das peculiaridades de um caso concreto.

Ou seja, essa é a forma do direito poder disciplinar situações concretas, face à realidade que muitas vezes é diferente daquilo que a lei preceitua e que demanda, por isso, de uma aplicação legislativa condizente com suas características, com a aplicação de elementos jurídicos e metajurídicos.

Para Canotilho (2003, p. 427),

O princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática, para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. Todavia, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo [...]

O princípio da igualdade, segundo Bastos (2001, p. 190), “[...] não se limita a proibir desequiparações em função de uns poucos critérios. O vício da inconstitucionalidade pode incidir em qualquer norma desde que não dê um tratamento razoável, equitativo, aos sujeitos envolvidos [...]”.

Diante da função do princípio da igualdade na CF/88, esse pode ser considerado um dos mais importantes dos princípios, pois garante a cada pessoa o respeito à legislação e à aplicação das leis, para que não restrinjam direitos garantidos pela própria CF/88.

E quando se fala em direitos trabalhistas, a aplicação do princípio da isonomia tem uma função importantíssima, posto que esses direitos foram conquistados através de lutas sociais e mediante da intervenção do Estado nas relações capitais, que deram origem às garantias dos trabalhadores, como forma de proteção eles, face a sua hipossuficiência frente aos desmandos dos empregadores, que, na busca do lucro, tratavam a mão de obra como mercadoria. Tal constatação fez com que se privilegiasse como garantia constitucional a valorização do trabalho e a dignidade humana, sendo esse um dos fundamentos na CF/88, sendo que na CLT isso aparece sob a forma de garantia do privilégio dos créditos trabalhistas em caso de falência e concordata, atualmente chamada de recuperação.

A Carta Magna elencou os direitos trabalhistas na ordem pública, a partir do *caput* do art. 7º da CF/88, que regula os direitos laborais. Eles atendem ao princípio da melhoria da condição social e da proibição do retrocesso social (lei infraconstitucional *in pejus*). Ou seja, deve haver a prevalência absoluta dos direitos trabalhistas perante os demais, na pauta de valores do ordenamento jurídico, sendo que a natureza de direito de ordem e interesse público é relevada. Além disso, há, também, a proibição de um retrocesso social com a retirada de direitos assegurados através dos princípios constitucionais e leis infraconstitucionais⁹⁴.

A CF/88 apresenta o princípio de proteção salarial, mais precisamente no art. 7º, inciso X: “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”. Tal princípio, bem como as demais formas de proteção do salário, está elencado dentre os direitos sociais na CF/88, como ocorre no do inciso VI, que determina que o salário é irredutível, permitindo sua alteração somente através de cláusula de acordo ou convenção coletiva.

⁹⁴ CASTELO, Jorge Pinheiro. A nova lei de falência: por que os bancos querem intervenção estatal protetiva? Revista LTr, São Paulo, v. 68, nº 08.

Para Silva J. A. (2005, p. 192),

Por isso é que, além de irredutíveis, os salários são impenhoráveis, irrenunciáveis e constituem créditos privilegiados na falência e na concordata do empregador. A Segunda parte do dispositivo já define como crime a retenção dolosa do salário – o que, nos termos da legislação penal vigente, caracteriza apropriação indébita.

Vecchi (2007, p. 38), a esse respeito, defende:

Este princípio é plenamente eficaz e é fundamental na solução de várias pendências interpretativas que ocorrem na matéria, estabelecendo, entre outros efeitos, uma vinculação positiva ao legislador, no sentido de promover a defesa do salário e, por outro lado, uma vinculação interpretativa do Judiciário, no sentido de promover interpretações que sejam coerentes com o fim (protetivo) do referido princípio.

No art. 170, *caput* da CF/88, está institucionalizada a ordem econômica, sendo que seus fundamentos são a existência digna no capitalismo e a valorização do trabalho. Seu papel é racionalizar a atividade econômica, para que se observem os ditames da CF/88, na tentativa de amenizar as desigualdades econômicas e sociais, valorizando e ampliando o acesso ao trabalho e legitimando o modo de produção.

Dentre os seus fundamentos está a valorização do trabalho humano, o que é compreensível em virtude da importância do trabalho para a sociedade capitalista, na medida em que, mesmo antagonísticos, capital e trabalho se completam. Conforme Bastos e Martins (BASTOS, 2000), valorizá-lo equivale a estabelecer que “[...] o trabalho deve fazer jus a uma contrapartida monetária que o torne materialmente digno [...]” – muito embora esse objetivo esteja muito distante da realidade social brasileira.

O fundamento da valorização do trabalho explica-se também pelo fato de os direitos trabalhistas serem um dos elementos integrantes da própria razão de ser e da reunião da sociedade num Estado Democrático. Diante do fato do mercado produzir desigualdade e exclusão social, o direito do trabalho tem o condão de incluir as pessoas no contrato social (CASTELO, v. 68, n. 08).

Salienta-se, sobre isso, que a Convenção 95 da OIT, relativa à proteção do salário, prevê o privilégio pleno do crédito trabalhista, mais precisamente no seu art. 11, que dispõe:

- 1 - Em caso de falência ou de liquidação judicial de uma empresa, os trabalhadores nela empregados terão categoria de credores privilegiados, quer para os salários que lhes são devidos a título de serviços fornecidos durante um período anterior à falência ou à liquidação e que será prescrito pela legislação nacional, quer para os salários que não ultrapassem um montante prescrito pela legislação nacional.
- 2 - O salário que constitua um crédito privilegiado será pago integralmente antes que os credores ordinários possam reivindicar a sua quota-parte.
- 3 - A ordem de prioridade do crédito privilegiado constituído pelo salário, em relação a outros créditos privilegiados, deve ser determinada pela legislação nacional.

Como se percebe na referida Convenção, que foi ratificada pelo Brasil, os créditos trabalhistas têm garantido o seu privilégio perante os demais credores, com sua prioridade elevada ao máximo.

No que tange ao privilégio concedido aos créditos trabalhistas, é preciso fazer referência à proibição do retrocesso social, prevista no Pacto de San José da Costa Rica, devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. Por retrocesso social se entende a proibição da retroagem nas conquistas sociais. Em outros termos, os direitos fundamentais garantidos através de princípios constitucionais, leis infraconstitucionais, as liberdades públicas, devem avançar, e nunca retroagir, retirando direitos auferidos anteriormente.

Canotilho (2003, p. 338), a esse respeito, refere:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou de “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Ou seja, essa é uma forma de impedir a violação dos direitos adquiridos, sendo que não se pode retroagir no tempo, retirando

ou limitando os direitos adquiridos, sem que isso viole o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos em âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Para Degenhart apud Canotilho (2003, p. 340):

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais, que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.

Trata-se, desse modo, de proteger os direitos fundamentais, principalmente seu núcleo essencial, limitando a liberdade do legislador às garantias mínimas encontradas no núcleo essencial já realizado, principalmente quando se trata das garantias mínimas de existência digna inerente ao princípio da dignidade humana.

O legislador constitucional estabeleceu, no art. 7º, direitos mínimos e fundamentais de direitos sociais-trabalhistas. Segundo Meireles (2007), o legislador constitucional preceituou, no art. 7º da CF/88, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que tenham como objetivo a melhoria de sua condição social.

Alguns autores entendem que a proibição do retrocesso social esta implícita na CF/88. Esse é o caso de Ingo Sarlet, que entende que a norma decorre implicitamente não só da noção do Estado democrático de direito, mas também do princípio da dignidade humana. Assim sendo, tal proibição está entre os princípios da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, elencados no art. 5º, § 1º da CF/88: da segurança jurídica, da proteção da confiança, etc., ficando adstrita ao sentido limitador tão somente.

Cabe, ainda, mencionar o art. 3º, inciso II da CF/88, que define como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: garantir o desenvolvimento nacional. Tal dispositivo é um pouco obscuro, no seu sentido, pois muitas interpretações podem

lhe ser dadas. Miozzo (2007) argumenta que tal enunciado tem o condão de guiar a atuação do Estado, sendo o objetivo fundamental do mesmo alcançar o progresso. O que se percebe, assim, é a imposição do desenvolvimento do progresso, e não o retrocesso, sendo esse princípio perfeitamente aplicável na defesa da proibição do retrocesso social, face a sua previsão constitucional específica.

Outrossim, o privilégio concedido aos créditos trabalhistas através dos princípios constitucionais, leis infraconstitucionais, e convenções internacionais tem seu núcleo protegido pelo princípio da proibição do retrocesso social, garantindo sua essência, bem como a declaração da inconstitucionalidade de leis que infrinjam ou retroajam os direitos adquiridos pelos trabalhadores, principalmente quando se fala na classificação dos seus créditos na falência.

Com a violação do privilégio dos créditos trabalhistas na falência, através da sua limitação, bem como com o tratamento como quirografário de parte deles, observa-se que a responsabilidade pelo risco da atividade está sendo transferida aos trabalhadores, pois são eles que estão tendo que arcar com o prejuízo da atividade, abrindo mão de direitos a eles inerentes.

Além disso, o dano causado aos trabalhadores pela alteração da classificação dos créditos na falência e pela restrição do crédito trabalhista, através da sua limitação, ainda é maior, como assinala Waldraff (2005):

Além do limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, o crédito trabalhista fica, na verdade, no terceiro degrau de preferência, em vista da exclusão do crédito decorrente das ACC (art. 75, §§ 3º e 4º, da lei 4.728/65), concedidos pelos bancos em financiamento para exportação (ou seja, um crédito bancário) e abaixo dos encargos da massa, classificados como extraconcursais (art. 84).

Sendo assim, diante da restrição e da violação dos direitos dos trabalhadores, elencados anteriormente, não restam dúvidas de que a limitação dos créditos trabalhistas na falência é inconstitucional, pois viola direitos fundamentais dos trabalhadores e não apresenta qualquer outra forma de compensação a eles, pelo contrário, tornando-os cada vez mais vulneráveis à atividade empresarial, bem como obrigando-os a suportar os prejuízos da falência e trans-

ferindo seus direitos a credores que não apresentam qualquer tipo de privilégio, como é caso dos bancos.

Considerações finais

Após descrever a evolução histórica do direito falimentar no Brasil, em forma de breve relato, bem como enfatizar a função da LRE, que regula os instrumentos jurídicos disponíveis à empresa em crise, e o instituto da falência, conclui-se que o direito falimentar passou e ainda passa por significativas transformações, que são imprescindíveis diante da evolução do sistema capitalista e das necessidades das empresas, pois não se pode ignorar a importância delas na atual conjuntura econômica e social no Brasil.

No entanto, apesar da atual LRE trazer inúmeras e relevantes transformações aos instrumentos jurídicos disponíveis à empresa, ainda assim não é condizente com todas as suas necessidades, e, principalmente, não traz respaldo eficaz ao trabalhador, que, aguardando uma legislação que lhe trouxesse respaldo jurídico e segurança, se depara com uma legislação que causa retrocesso social, pois lhe são retirados direitos que foram arduamente conquistados.

Não se pode negar que o legislador, na atual LRE, melhorou significativamente a legislação falimentar, pois a antiga lei estava ultrapassada e não havia acompanhado o desenvolvimento socioeconômico das empresas, regulando instrumentos jurídicos como a concordata, que, na prática, acabava somente postergando a decretação da quebra da empresa. Entretanto, o legislador pecou quando retirou direitos de toda uma classe, no caso, a trabalhista, para valorizar outra, na qual se tem como exemplo os bancos, que sequer podem ser equiparados à classe de trabalhadores.

Como aludido no estudo, inúmeros são os princípios constitucionais que valorizam os créditos trabalhistas, como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a igualdade, que têm a função de evitar retalhamento, através de leis ordinárias, a direitos dos trabalhadores. No entanto, com a limitação dos créditos trabalhistas no instituto da falência, violam-se direitos garantidos constitucionalmente, devendo ocorrer a declaração da inconstitucio-

nalidade do artigo que regula a limitação, seguida da alteração da referida legislação, buscando, assim, trazer instrumentos jurídicos eficazes a empresas, mas sem violar e retirar direitos da classe trabalhadora, que, indiscutivelmente, é parte hipossuficiente na relação entre empresa e empregado.

Referências bibliográficas

ABRÃO, Carlos Henrique. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: LEUD, 1997.

ABRÃO, Carlos Henrique. *O novo direito falimentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BALARÓ, Carlos Carmelo. Da convação da recuperação judicial em falência. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique. (Orgs.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda da S. *Comentário à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CALEFFI, Antonio Marcelo. *O pagamento dos credores na falência: A (in) violabilidade do princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *A nova lei de falência: por que os bancos querem intervenção estatal protetiva?* Revista LTr, São Paulo, v. 68, nº 08.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENDERLE, Georges. *Dicionário de ética econômica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1997.

LOBO, Jorge. Da assembleia geral dos credores. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique. (Orgs.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In: MCHADO, Rubens Approbato. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. *Evocati Revista*, nº 13. JAN. 2007. Disponível em: http://www.evocadi.com.br/evocati/artigos.Wsp?tmp_codartigo=100. Acesso em: 14/11/2007.

MIOZZO, Pablo Castro. *O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil*. Ajuris. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonorosa1.doc>>. Acesso em: 15/11/2007

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 3.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 1.

ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências do direito e no processo do trabalho*. São Paulo: LTr. 2006.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *A recuperação da empresa na nova lei de falências*. Revista Jurídica Consulex, nº 156, 156, ano VII, jul. 2003.

TZIRULNIK, Luiz. *Falência e Concordatas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de direito do trabalho*. 2. ed. Passo Fundo: UPF, 2007.

WALDRAFF, Célio Horst. *A nova lei de falência e o direito do trabalho: aspectos práticos*. Curitiba: Gênese, 2005.

Contrato de honorários do profissional liberal e cláusulas abusivas: perspectiva da competência da justiça do trabalho frente à emenda constitucional nº 45/2004

Jucelia Sabadin⁹⁵

Introdução

A competência da Justiça do Trabalho foi significativamente ampliada com a inserção da emenda constitucional nº 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, que agregou todo o tipo de relação de trabalho.

Antes da nova emenda, a Justiça do Trabalho era competente para as questões unicamente voltadas à relação entre empregado e empregador, em que o primeiro fosse contratualmente subordinado.

⁹⁵ Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social; Doutoranda em História da Ciência pela UNTREF, Buenos Aires; Advogada; Professora do Núcleo Avançado de Prática e Estudos Jurídicos NAPEJ do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo.

nado ao segundo. Para que julgasse controvérsias provenientes da relação de trabalho (e não apenas da relação de emprego), era preciso lei especial.

A recente reforma implementada não apenas ampliou a competência do Poder Judiciário Laboral, como também reestruturou essa justiça especializada, centralizando todas as questões referentes aos litígios decorrentes das relações humanas que tenham vínculo de trabalho entre os litigantes e dos temas a ele relacionados.

Neste artigo, num primeiro momento, buscar-se-á historiar a origem e a evolução do profissional liberal, abordando sinteticamente as profissões liberais. No segundo momento, destacar-se-ão as regras da relação de emprego e de trabalho contidas na CLT e em legislação esparsa, bem como as regras da relação de consumo, apresentadas no diploma consumerista, no que se refere aos contratos em geral, para então, finalmente, examinar a competência da Justiça do Trabalho, dando ênfase à nova redação do art. 114 da Constituição Federal após a emenda 45/2004, destacando a importância de dirimir as controvérsias do contrato do profissional liberal na Justiça do Trabalho, e analisando até que ponto poderá o juiz trabalhista intervir em cláusulas reputadas abusivas do contrato desse profissional.

1 O profissional liberal

Torna-se quase impossível precisar o limite histórico do surgimento da profissão liberal, até mesmo porque são vários os modos como são exercidas as profissões liberais. Pode-se dizer que sua origem se deu simultaneamente com o surgimento das necessidades humanas. Desde o início dos tempos, o homem já buscava, de algum modo, garantir sua subsistência, visto que não tinha outras necessidades em face da vida primitiva.

Os registros das relações de trabalho na Antiguidade e na Idade Média são bastante vagos, dado que o trabalho prestado na época não era constituído pelos mesmos elementos do trabalho que conhecemos hoje, pois não havia contraprestação, nem vontade do

trabalhador, entre outros elementos. Neste sentido, Camino (1999, p. 25) preleciona:

As relações de trabalho desenvolvidas na Antiguidade e na Idade Média apenas constituem registros preliminares sem correlação direta com o Direito do Trabalho. Ambas as fases históricas conheceram o trabalho como favor importante da organização econômica, destituído, contudo, do elemento volitivo, caracterizador das relações jurídicas que têm por objetivo a prestação de trabalho em favor de outrem nos dias de hoje. Daí o porquê de se considerar a Antiguidade e o período medieval como referências históricas remotas, embora úteis à compreensão universal do tema em estudo.

Cada pessoa tem o poder, a opção, de exercer livremente a profissão que escolher, e nesse sentido, o legislador constituinte resguardou como direito fundamental, no art. 5º, inciso XIII da Constituição Federal, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendida as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”.

Assim, aquele indivíduo que escolher exercer uma profissão de forma liberal exercerá sua profissão com total autonomia, livre de qualquer subordinação. Vasconcelos (2003, p. 17) define profissional liberal como sendo

[...] aquele que se caracteriza pela inexistência, em geral, de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos especializados, concernentes a bens fundamentais do homem, como a vida, a saúde, a honra, a liberdade.

A sociedade está em constante mudança, quer social, quer cultural, entre outros aspectos, e, em virtude de todas essas mudanças, a acepção inicial do trabalhador liberal vem sofrendo, ao longo do tempo, significativas alterações.

Inicialmente, foi considerado profissional liberal aquele que exercia atividade sem qualquer vinculação hierárquica e tivesse conhecimentos intelectuais e técnicos. Prux (1998, p. 107) define profissional liberal como sendo

[...] uma categoria de pessoas que, no exercício de suas atividades laborais, é perfeitamente diferenciada pelos conhecimentos técnicos reconhecidos em diploma de nível superior, não se confundindo com a figura do autônomo, [...] sempre que atuem de forma independente, no sentido de não serem funcionários de um empregador.

Desse modo, verifica-se a necessidade de somente poder exercer atividade laborativa quem tivesse conhecimentos técnicos, que, na concepção de Prux, seriam obtidos mediante diploma de curso superior.

Porém, tal concepção não mais vinga atualmente, pois mesmo quem não possui formação universitária pode exercer uma profissão liberal. Além disso, o inciso XXXII do artigo 7º da Constituição da República proíbe a distinção entre trabalho técnico, manual e intelectual⁹⁶.

Nesse contexto, Lobo (2007, p. 160) entende que estão compreendidas nas profissões liberais as profissões que exijam graduação universitária, bem como aquelas que exigem apenas formação técnica ou até mesmo as que não exigem nenhuma formação escolar, como o caso das manicuras, costureiras, cabeleireiras.

Entretanto, tal conceito é muito amplo, haja vista que abrange quase na totalidade os fornecedores de serviço. Observa-se, ainda, que o nobre jurista não considerou como característica fundamental do profissional liberal a necessidade de habilitar-se previamente em um curso técnico profissionalizante ou superior.

De outro lado, Vasconcelos (2003, p. 26) conceitua profissional liberal como sendo aquele que “adquiriu uma certa preparação cultural, normalmente através de cursos ou estágios e que, em decorrência da profissão que abraçou, passa a prestar um serviço de natureza específica, na maioria das vezes regulado em lei”.

Assim, o conceito supra mencionado se coaduna melhor com a atual realidade, visto que considera o profissional liberal partindo de tendências atuais e afasta a obrigatoriedade de se frequentar

⁹⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

um curso superior, bem como abre a possibilidade do profissional liberal exercer atividade de forma assalariada.

Nos dias de hoje, é difícil elencar todas as profissões que dão ao seu executor o *status* de “profissional liberal”, haja vista as novas necessidades e exigências do mercado, combinadas com a profusão de cursos técnicos profissionalizantes com custos mais baixos e duração reduzida, que visam a garantir o acesso da maioria da população a um “diploma”. Além disso, observa-se que o *status* adquirido com o diploma universitário já não tem mais o peso de outrora, sendo que a gama de serviços oferecidos por profissionais liberais cresce dia após dia.

Assim, no presente estudo dar-se-á destaque exclusivamente à profissão liberal do advogado, tentando enquadrar a competência da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsias decorrentes dos contratos desses profissionais. Para tanto, é preciso esclarecer sobre as relações de emprego, trabalho e consumo e verificar em qual delas se enquadra a relação advogado/cliente.

2 Relação de emprego, relação de trabalho e relação de consumo

2.1 Relação de emprego

A relação de emprego caracteriza-se por determinados requisitos, como não eventualidade, pessoalidade, remuneração e subordinação, configurando-se como uma relação de trabalho como espécie.

Do parâmetro legal, pode-se dizer que a figura do empregado é toda a pessoa física que presta serviços não eventuais, pessoalmente, mediante remuneração e de forma subordinada a empregador, observando os requisitos do art. 3º.

O empregado tem o dever de prestar o serviço firmado no contrato, subordinado e pessoalmente, ou de se colocar à disposição do empregador para isso, sendo essa a sua obrigação principal.

Já a figura do empregador, que pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica ou entes despersonalizados que se organizam

em empresas e que contratam empregados, é aquela que assume os riscos da atividade econômica e tem como obrigação principal remunerar os serviços pessoais e subordinados prestados ou o período que à sua disposição está o empregado, conforme aduz Vecchi (2004, p. 261):

[...] O trabalho prestado pelo empregado é pessoal, ou seja, o contrato é feito *intuitu personae* (apenas por exceção se permite a substituição), além do que o trabalho prestado deve ser com diligência, ou seja, o empregado deve trabalhar com rendimento qualitativo e quantitativo que o empregador dele espera. O trabalho prestado, ainda, o é com subordinação, ou seja, o empregado está adstrito a cumprir ordens do empregador, dentro dos limites da ordem jurídica e do contrato, além do que deve cumprir as obrigações com fidelidade. Quanto ao empregador, além de pagar o salário devido, como contraprestação à obrigação principal do empregado, tem ainda a obrigação de dar trabalho e possibilitar a execução normal de sua prestação, fornecendo os meios adequados para tanto, bem como respeitar a personalidade moral do empregado.

Com relação aos profissionais liberais, embora não enquadrados como empreendedores de atividade econômica, são empregadores por equiparação (CAMINO, 1999, p. 102), porém não se pode enquadrar a relação advogado/cliente como uma relação de emprego.

2.2 Relação de trabalho

A relação de trabalho é o gênero que abrange, além da relação de emprego (trabalho subordinado), as demais relações jurídicas em que uma pessoa física realize uma atividade, como por exemplo contratos de empreitada, de mandato, de representação comercial, de agenciamento, de corretagem, de prestação de serviços etc. Nas relações mencionadas, não existe a ideia de continuidade, como ocorre com o contrato de emprego, pois o serviço tem natureza eventual, não se inserindo nas necessidades permanentes de determinada empresa.

No que diz respeito à subordinação, esta deve sempre estar presente na relação de emprego, tendo o empregador finalidade

lucrativa ou não. Nas demais relações de trabalho, o tomador da atividade pode ser pessoa física ou jurídica, com ou sem finalidade lucrativa, mas não haverá subordinação do prestador da atividade.

Quanto aos sujeitos das relações de trabalho, esses são bem mais diversificados do que os das relações de emprego. Por isso, não é fácil determinar onde acabam as relações de trabalho, que, de um lado, é gênero do qual a relação de emprego é espécie; de outro, é espécie do gênero contrato de atividade.

Assim, a relação jurídica de trabalho resulta de um contrato de trabalho autônomo ou subordinado, enquanto que a relação jurídica de emprego sempre resulta de um contrato de subordinação. Nesse prisma, pode-se afirmar que a relação advogado/cliente se enquadra na relação de trabalho.

2.3 Relação de consumo

Concomitantemente com a mudança da sociedade, surgiu também a busca constante de produtos e serviços, seja pela simples satisfação pessoal (como as cirurgias estéticas) seja pela necessidade (contador na auditoria, por exemplo).

Em ambas as hipóteses, se está diante de uma relação de consumo. Porém, no entendimento de Bourgoignie (apud PRUX, 1998, p. 119), em ambas as hipóteses não se trata de uma relação de consumo, e sim de um ato de consumo:

[...] ato de consumo é definido como sendo o ato jurídico ou material que, realizando a destinação final do bem – que constitui seu objeto – nele esgota total ou parcialmente o valor econômico, provocando geralmente a retração, definitiva ou temporária, no mercado.

Cabe, pois, ressaltar que só há consumidor se houver uma relação de consumo, ou seja, não basta simplesmente adquirir um bem ou utilizar um serviço como destinatário final, sendo necessário adquirir ou utilizar um bem ou serviço dentro de uma relação de consumo, mesmo que apenas em potencial.

Assim, para que uma relação de consumo seja identificada como tal, tanto efetiva, quanto potencialmente, é necessário haver uma ligação entre o consumidor e alguém que se enquadre no conceito de fornecedor.

Com relação a tal aspecto, lembra-se que a característica principal do fornecedor está em exercer atividade com fim econômico, observando o artigo 3º do CDC, que menciona as atividades de produzir, montar, construir, transformar, importar, exportar, comercializar e prestar serviços, entre outras acrescentadas no art. 12 do mesmo consumidor, esclarecendo que a pessoa que se inserir nas atividades dos artigos 3º e 12 do CDC é, portanto, considerada fornecedor.

Observado tal aspecto, o prestador de serviços como o profissional liberal pode ser considerado fornecedor em relação ao cliente, porque este é o destinatário final do serviço por ele prestado.

Em resumo, o profissional liberal como, por exemplo, o advogado, pode se enquadrar tanto na relação de trabalho quanto na relação de consumo, podendo ter o seu contrato de honorários apreciado tanto pela Justiça Comum quanto pela Justiça Laboral, visto que após a emenda constitucional 45/2004 a Justiça do Trabalho avocou para si as relações de trabalho, conforme se verificará a seguir.

3 A competência da justiça do trabalho

A Justiça do Trabalho vem tendo sua competência constantemente ampliada. Nesse contexto, foram recepcionadas, pela Constituição de 1988, as normas que já atribuíam a competência para as ações relativas a avulsos (art. 643 da CLT), a contratos de trabalhos temporários (Lei nº 6.019/74) e à pequena empreitada (art. 652, a, III).

A partir da emenda constitucional 20/98, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada, tendo se agregado o parágrafo 3º ao art. 114 da Constituição Federal de 1998, que previa a competência da Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições

sociais previstas no art. 195, incisos I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferisse.

Tal ampliação teve duas correntes opostas, conforme mostra Teixeira Filho (2005, p. 127):

[...]para uma delas, esse fato veio a descaracterizar a Justiça do Trabalho, pois esta, historicamente, foi instituída para solucionar conflitos de interesses ocorrentes entre empregados ou empregadores, ou seja, entre pessoas vinculadas por um contrato de trabalho; para outra, o mesmo fato veio a valorizar a Justiça do Trabalho, que, agora sim, alcançou a plenitude de sua especialização, pois passará a julgar lides decorrentes das relações de trabalho, em sentido amplo.

Dessa forma, mesmo antes da emenda 45/2004, que ampliou de forma significativa a competência a Justiça do Trabalho, ela já era competente para julgar ações dos seguintes trabalhadores: empregados (art. 3º, *caput* da CLT), avulso⁹⁷, temporário (art. 2º da lei nº. 6.019/74), aprendiz (art. 428, *caput* da CLT), doméstico (art. 1º da lei. 5.859/72), rural (art. 2º da lei. 5.589/73) e pequeno empreiteiro (art. 652, “a”, inciso, III da CLT). Porém, já havia uma quantidade considerável de outros trabalhadores que também invocavam a Justiça do Trabalho.

[...] uma enorme gama de outros trabalhadores costumava invocar a prestação da tutela dos órgãos da Justiça do Trabalho para postular o reconhecimento da existência de relação de emprego com os tomadores de serviços, destacando: os estagiários; os representantes comerciais; os eventuais; os cooperados; os voluntários e os profissionais liberais (TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 131).

Após a emenda constitucional nº 45/2004, houve uma reorganização da competência das constituições anteriores, oferecendo aos juristas trabalhistas toda e qualquer questão proveniente de relação de trabalho. É ampla a diferença entre a antiga e a nova redação do art. 114 da Constituição Federal de 1988, considerando a emenda constitucional nº 45.

⁹⁷ Medida Provisória nº 1.679/98 – estivadores – e Medida Provisória nº 2.164/2001, que acrescentou o inciso V do artigo 652 CLT

Percebe-se, por exemplo, com maior clareza a diferença consistente nas novas atribuições da Justiça do Trabalho. As relações de trabalho, antes abarcadas pela jurisdição trabalhista, continham indispensavelmente o fator subordinação. Já o novo âmbito trabalhista não exclui esse fator, mas introduz toda a relação de trabalho, independentemente de subordinação.

A primeira alteração constatável do art. 114 da Constituição Federal de 1988 está no *caput*: a atual redação, em vez de dispor sobre a competência para “conciliar e julgar”, passou a estabelecer a competência para “processar e julgar”. Essa alteração é mais significativa do que pode parecer à primeira vista. A rigor, ela também se compatibiliza com a ampliação de competência da Justiça do Trabalho, pois não se pode deixar de considerar que, ao ser alargada a competência, foram absorvidas inúmeras ações em que a conciliação não era possível.

Cabe salientar que o que se pretende com o presente estudo é focar a nova competência das ações decorrentes de relações de trabalho da profissão liberal, com ênfase na ação do advogado. Dessa forma, interessa verificar o inciso I do art. 114 da Constituição Federal, no qual se estabelece que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho.

Observando o inciso I do art. 114 da Constituição, percebe-se que as ações que se originam de discussões entre profissionais liberais serão julgadas na Justiça do Trabalho, dada a sua competência para apreciar lides oriundas da relação de trabalho (gênero). Além disso, seria ilógico não apreciar as ações decorrentes de relação do profissional liberal (espécie).

O legislador claramente utilizou a expressão “relação de trabalho”, em detrimento de “relação de emprego”, pois pretendia adotar um conceito mais amplo, incluindo, assim, todas as relações jurídicas nas quais uma pessoa física realiza uma atividade sem subordinação jurídica.

Essa alteração vem causando indecisão a diversos juristas, sendo que tal situação não será revertida tão cedo. Mais: não há, ainda, uma previsão de até onde poderá chegar a competência da Justiça do Trabalho em se tratando da expressão “relação de trabalho”.

Nesse sentido, Teixeira Filho (2005, p. 133) constata:

Não há, neste momento, gênio humano, por mais experiente, arguto e presciente que possa ser, capaz de indicar, um por um, todos os conflitos de interesses que se acomodarão, de modo irretocável, no conceito de relação de trabalho, para os efeitos do inciso I, do art. 114, da Constituição, e quais os que dela ficarão à margem dessa norma - sem descurar-se, por certo, do dever de mencionar as razões jurídicas de seu convencimento. (grifo do autor).

O autor (2005, p. 131), porém, argumenta que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho abrange os trabalhadores autônomos em geral:

Ampliada a competência da Justiça do trabalho, pela EC 45/2004, poderão figurar, doravante, em um dos pólos da relação jurídica processual, trabalhadores autônomos em geral, como: contadores, contabilistas, engenheiros, arquitetos, consultores, corretores, eletrecistas, mecânicos, jardineiros, pintores, pedreiros, carpinteiros, mestres-de-obras, vidraceiros, decoradores, costureiras, manicuras, personal trainer, estagiários, representantes comerciais, apenas para nomear alguns, desse vasto universo heterogêneo.

Assim, entende-se que quando as lides envolverem os profissionais liberais, mesmo sendo competência da Justiça do Trabalho, deverá o juiz do Trabalho aplicar a legislação civil em sentido amplo, de acordo com as particularidades de cada caso, desta forma, a Justiça do Trabalho deixa de ter sua competência restrita apenas à relação de emprego, abrangendo toda a relação de trabalho, podendo e devendo se valer da legislação civil, conforme permite o artigo 769⁹⁸ consolidado.

Na mesma perspectiva, Gonçalves Júnior (2007, p. 6) preleciona que o mais viável seria que os litigantes pudessem ver resolvidos seus conflitos, mesmo que não fosse pelo regramento exposto na CLT, devendo, dessa forma, o juiz do trabalho buscar a resolução do litígio na legislação civil.

⁹⁸ Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

O mais sensato é que, num mesmo processo e juízo, os litigantes possam resolver o conflito de interesses por uma espécie contratual ou por outra: não sendo pelas regras da CLT, que o seja pelas regras da prestação de serviços do Código Civil, por exemplo. A peregrinação judicial prolongava-se irracionalmente, até que, felizmente, se percebeu que, no mesmo processo judicial em que se concluiu pela inexistência de relação de emprego, outra solução não-celetista para o conflito poderia ser desde logo implementada, adequada à espécie de relação não-empregatícia.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se dizer que limitar a competência da Justiça do Trabalho apenas às relações de emprego impede a utilização do artigo 289 do CPC⁹⁹. Assim, verificada a dificuldade de conceituar a relação de trabalho prevista no artigo 114 da CF, o adequado é visualizar o objeto da relação, e não os sujeitos:

Insistimos que o diferencial deve estar na *objeto* das relações jurídicas de trabalho, e não em seus *sujeitos*. Todas as espécies contratuais que se *avizinham* do contrato de emprego, albergam-se no gênero “relação de trabalho”, até mesmo a sociedade capital e indústria. Por que recusar o artigo 114 da Constituição, para ficarmos noutros exemplos, aos conflitos entre cooperativas (pessoas jurídicas) e respectivas tomadoras de serviços, ou até algumas relações catalogadas no direito comercial como a franquia? Há quem entenda até que o próprio Direito do Trabalho deve ser repensado, ampliando seu fenômeno de estudo para todas as relações de trabalho, e nisto deve haver também boa dose de razão. Tome-se qualquer decisão da Justiça do Trabalho anterior à EC 45/04, de conteúdo declaratório-negativo (de relação de emprego). Em todos esses casos, se a Justiça do Trabalho fosse, à época, competente materialmente para, recusada a solução celetista, aplicar outras soluções de direito comum, os contratantes-litigantes teriam alcançado, no mesmo processo e na mesma decisão judicial, um resultado útil, o que do ponto de vista da coletividade é menos frustrante do que qualquer sentença meramente declaratória (GONÇALVES JÚNIOR, 2006, p. 8,9).

Dessa forma, ao alterar a competência, é passível, também, a mudança procedimental, uma vez que há diferentes ritos a ser aplicáveis entre uma matéria e outra. Há casos em que, amparados

⁹⁹ “É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior”.

pelo rito ordinário ou sumário do processo civil, regrar-se-ão, após a Emenda 45/2004, pelo rito ordinário ou sumaríssimo do processo do trabalho, que são mais simplificados que os ritos processuais cíveis.

No processo civil, há mais formalidades, contemplando de forma vigorosa o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como o princípio do devido processo legal. O primeiro parte de um contexto em que as partes envolvidas tenham tratamento isonômico pelo juiz, garantindo efetivamente aos litigantes a ciência bilateral dos atos e termos processuais, o que possibilita a contrariedade com alegações de provas. Já o segundo princípio, exposto no artigo 5º, inciso LIV, dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal¹⁰⁰.

Não que esses requisitos estejam excluídos dos ritos trabalhistas: a questão é que se adota como premissa, neste último, o princípio da celeridade processual, no intuito de que haja mais agilidade na proclamação da sentença.

Como se percebe, a competência da Justiça do Trabalho, após a emenda constitucional nº 45, mudou a ideia de que as lides trabalhistas, continuarão sempre contemplando, de um lado, o empregado, tratado como o mais fraco, e de outro, o empregador, com maior poderio econômico. Muitas demandas que ingressam nas varas trabalhistas têm como polo mais fraco economicamente o reclamado, indicando ao aplicador do direito a necessidade da observação do princípio da dignidade da pessoa humana. Para Vecchi (2004, p. 120), “[...] existe a tendência de construção de direitos básicos, fundamentais; assim, esses direitos subjetivos são oponíveis aos sujeitos passivos, que tanto é o estado como os demais cidadãos.”

3.1 Das cláusulas reputadas abusivas

Como se percebe, as divergências com relação à competência da Justiça do Trabalho para julgar os dissídios dos profissionais liberais

¹⁰⁰ O princípio do devido processo legal, em sentido processual, representa a possibilidade dada à parte de ter acesso à justiça (consagrado o direito de ação), de modo a facultar o pedido de prestação da tutela jurisdicional, bem como o direito à remissão adequada a prestação do adversário. (BEBBER, 1997, p. 170).

são latentes, e não resta dúvida de que a questão da competência não vai se esgotar tão cedo, em função das várias divergências apontadas.

Partindo do entendimento de Teixeira Filho (2005, p. 143), para quem a Justiça do trabalho é competente para julgar as relações de trabalho, até mesmo aquelas existentes na relação de consumo, percebe-se que o juiz do trabalho pode julgar, portanto, as ações decorrentes das controvérsias envolvendo profissionais liberais. Nesse sentido, é importante destacar:

Deste modo, pensamos que, no processo do trabalho, tratando-se de ações oriundas da relação de trabalho embutida na relação de consumo, pode (logo é uma faculdade) o juiz inverter o ônus da prova em benefício do autor (fornecedor), desde que se convença da hipossuficiência deste. Essa atitude do juiz do trabalho se justifica segundo uma interpretação ideológica da regra contida no parágrafo 4º, do CDC, imbricada com um dos princípios nucleares do direito material do trabalho. Estatui a sobredita norma legal: “A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Verifica-se, pois, a possibilidade do juiz do trabalho anular cláusulas reputadas abusivas. O Código de Defesa do Consumidor impõe normas que visam a proteger o consumidor, reequilibrando, assim, o contrato e garantindo proteção àquele que depositou confiança no vínculo contratual, proibindo, dessa forma, algumas cláusulas reputadas abusivas, conforme se verifica do art. 51 do CDC¹⁰¹. Salienta-se que o rol previsto no art. 51 é exemplificativo.

¹⁰¹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VI - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar ou-

As cláusulas abusivas derivadas são de ordem pública e inafastáveis pela vontade das partes, segundo o entendimento de Marques (2006, p. 697):

Na proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual vem *a posteriori*, quando o contrato já está perfeito formalmente; quando o consumidor já manifestou sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo. As normas proibitórias de cláusulas abusivas são de ordem pública, imperativa, inafastáveis pela vontade das partes.

Nesse contexto, toda vez que abusos forem praticados na prestação de serviços, ou seja, quando a outra parte exercer ação de maneira desproporcional e contrária aos critérios de igualdade, o indivíduo lesado poderá recorrer ao Judiciário.

Os abusos por parte dos fornecedores podem acontecer de inúmeras maneiras, previstas no art. 51 e seguintes do CDC, sendo que a imposição excessiva na fixação do valor¹⁰² a ser cobrado por um profissional liberal é considerada como cláusula abusiva, devendo ser repelida, tanto pela Justiça do Trabalho como por qualquer órgão do Judiciário.

Assim, não resta dúvida de que os abusos decorrentes do contrato que apresentar cláusulas visivelmente desfavoráveis a uma das partes deve ser reputado como abusivo. Já no que diz respeito

tro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

¹⁰² “Mister notar que quanto ao preço, elemento essencial do contrato, e origem máxima da ideia de lesão enorme, a doutrina brasileira, relata em incluir as cláusulas que desequilibram o contrato, revendo preços leoninos, entre aquelas submetidas ao regime jurídico das cláusulas abusivas. Mesmo o novo Código de Defesa do Consumidor indica as sanções diferenciadas para estes dois casos: a de nulidade para as cláusulas abusivas stricto sensu e a possibilidade do juiz modificar a cláusula que estabeleça prestações desproporcionais (art. 6º, IV e V do CDC). Tal tratamento diferenciado serve para caracterizar a dificuldade do próprio direito em intervir na fixação deste elemento essencial, que é o preço.”

à competência, existe grande divergência dos doutrinadores quanto ao juízo ao qual cabe declarar abusivas as cláusulas ilícitas envolvendo contrato de prestação de serviços dos profissionais liberais.

3.2 A competência da Justiça do Trabalho após a emenda constitucional 45/2004 para julgar cláusulas reputadas abusivas decorrentes do contrato de prestação de serviço dos profissionais liberais

A emenda constitucional nº 45/2004 inovou quando estabeleceu que qualquer controvérsia referente à relação de trabalho é de competência da Justiça do Trabalho. Portanto, presume-se que a histórica ideia de que a Justiça do Trabalho não tem competência para conhecer demandas trabalhistas não empregatícias cai por terra, passando o Judiciário trabalhista a abarcar todas as relações de trabalho.

Diante dessa realidade, os profissionais liberais, que têm sua relação com o cliente estipulada por contrato de prestação de serviços, mesmo que verbal, têm garantida a tutela da Justiça do Trabalho na cobrança de seus direitos e honorários. Como não há declínio da competência nesse caso, a parte contrária também pode utilizar a mesma via para buscar direitos ameaçados ou violados. Assim, um profissional da área médica pode acionar a Justiça do Trabalho para buscar seus honorários, da mesma forma que o paciente que se sentir negligenciado ou lesado tem garantido seu direito de utilização da mesma via para buscar seu ressarcimento. A mesma situação ocorre com as demais profissões que têm o *status* de “liberal”.

Paulo Jacobina¹⁰³, em entrevista, defende que a Justiça do Trabalho não é competente para dirimir as controvérsias de rela-

¹⁰³ Não consigo enxergar, porém, essa competência da Justiça do Trabalho para contratos de prestação de serviços profissionais liberais. Vejo, inclusive, um grave problema no exemplo que você trouxe. É que a legislação do trabalho tem natureza protetiva à parte PRESTADORA de serviço subordinado, enquanto o CDC tem natureza protetiva à parte TOMADORA de serviços de natureza autônoma, ou seja, enquanto a legislação do trabalho existe para proteger, por exemplo, um advogado empregado contra as eventuais ilegalidades do seu patrão, o CDC existe para proteger um cliente contra as eventuais ilegalidades ou abusos cometidos por um advogado autônomo que contratou. No pri-

ção de trabalho do profissional liberal, questionando o princípio da proteção.

Não se discorda da posição de Jacobina, porém é importante, nesse caso, analisar o princípio da proteção, imaginando o inverso: um pintor (fornecedor) de poucos recursos financeiros que presta serviço a uma pessoa jurídica de grande poder econômico (consumidor) não recebe o valor acordado pela prestação de serviços e ingressa na Justiça do Trabalho para buscar o valor de seu crédito. Nesse caso, o princípio da proteção pode ser invertido em prol do fornecedor, visto que ele é manifestadamente hipossuficiente. Quanto a isso, Teixeira Filho (2005, p. 144-145) afirma:

Acaso, o princípio da proteção, que anima o direito material do trabalho, poderia ser invocado para justificar essa inversão em prol do fornecedor, por ser este (no exemplo), pessoa hipossuficiente? Para não deixarmos todas essas indagações sem resposta, optamos pela última alternativa, ainda que isso se revele algo inusitado. Aliás, justifica-se o inusitado da resposta pelo inusitado da própria situação que passa a viver a Justiça do Trabalho, em decorrência da regra insculpida no inciso I, do art. 114 da Constituição.

Situação inversa seria a de um advogado que prestou serviços a um cliente e, no contrato de honorários, fixou que os honorários seriam devidos no percentual de 50% sobre o montante recebido ao final da ação. Após o término da ação, o cliente percebe que o valor estipulado está muito além dos honorários cobrados por outros profissionais e resolve ingressar com ação judicial para ver anulada a referida cláusula, por considerá-la abusiva. Em sendo competente a Justiça do Trabalho, poderá o juiz do trabalho anular a cláusula reputada abusiva?

meio caso, presume-se que a parte que presta o serviço é a mais frágil na relação de trabalho, já que é a parte subordinada. No segundo caso, é exatamente o contrário: a parte que presta o serviço é, presumidamente, a parte mais forte, enquanto a que toma o serviço seria a parte mais frágil, a ser legalmente protegida. Assim, se a Justiça do Trabalho intervém numa relação de consumo, sob um fundamento mais do que mambembe de que a prestação de serviço consumerista representa uma "relação de trabalho" nos moldes da Emenda 45/2004, ela vai ter que intervir a chamado da parte tomadora do serviço, tendo a parte trabalhadora na posição de ré, para aplicar uma legislação consumerista desprotetiva do trabalho. Seria a inversão de todo o fundamento, inclusive, para a existência de uma justiça laboral em nosso país (JACOBINA, 2007, p.1).

Conforme exposto até o momento, os profissionais liberais são pessoas físicas que prestam serviços à comunidade, sendo fornecedores para efeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e empregadores por equiparação, para efeito de aplicação da CLT. Na solução de tais lides, o juiz do trabalho tanto poderá aplicar normas do Código Civil referentes ao contrato de prestação de serviço como as normas do Código de Defesa do Consumidor e da CLT. Portanto, o princípio da proteção continuaria protegendo a parte hipossuficiente. No caso do profissional liberal, protegeria o consumidor (contratante) tomador de serviço.

Para Filomeno¹⁰⁴, em entrevista, as relações de trabalho do profissional não são de competência da Justiça do Trabalho. O doutrinador entende que o advogado autônomo está inserido na categoria de fornecedor. Porém, se causar dano a cliente, responderá apenas por culpa.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁰⁵, em entrevista, entende que o contrato de prestação de serviços do profissional liberal, no exemplo

¹⁰⁴ O advogado autônomo, liberal, sem vínculo empregatício, obviamente exerce atividade ou serviços especialíssimos, em prol de seu cliente e, por conseguinte, está inserido na categoria FORNECEDOR DE SERVIÇOS, com a ressalva de que, em termos de responsabilização por eventuais danos causados aos clientes --- consumidores, sem dúvida, de seus serviços ---, somente responderá por culpa demonstrada, e não objetivamente, como outros fornecedores, já que exercem ATIVIDADE DE RISCO. Ficou bem claro, por outro lado, que quando a lei quis (Estatuto da OAB), ela excepcionou no que tange aos advogados empregados, com todas as consequências daí decorrentes. E, por fim, NÃO HÁ QUALQUER DISPOSITIVO NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004, NOTADAMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AO ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE DIGA QUE A JUSTIÇA DO TRABALHO É COMPETENTE PARA JULGAR RELAÇÕES DE CONSUMO DECORRENTES DOS SERVIÇOS DE ADVOCACIA. A ÚNICA HIPÓTESE DE QUE ISSO OCORRA, COMO VISTO, É ENTRE O ADVOGADO EMPREGADO E SEU EMPREGADOR, E PARA A DIRIMICÃO DE CONFLITOS ESPECÍFICOS GERADOS POR ESSA RELAÇÃO JURÍDICA DE TRABALHO. Entre o CONSUMIDOR, de um lado, e seu ADVOGADO, DE OUTRO, HÁ, SEM DÚVIDA, RELAÇÃO DE CONSUMO, E A JUSTIÇA COMPETENTE PARA JULGAR EVENTUAIS DANOS CAUSADOS AO PRIMEIRO, É A JUSTIÇA ORDINÁRIA, COMO EM QUALQUER OUTRO TIPO DE CONTRATO, NESSE CASO, DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Assim, por exemplo, caso haja imperícia, negligência ou imperícia do advogado, e, sobretudo dolo, de molde a causar prejuízos ao seu cliente/consumidor, cuida-se, sem dúvida alguma, de relações de consumo, e não de trabalho, à da legislação social [...]” (2007, p. 1)

¹⁰⁵ A discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho (EC 45) para dirimir questões de honorários de advogados autônomos não passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal e só então poderá ser pacificada a divergência interpretativa a respeito do tema que resulta de três diferentes lógicas de raciocínio jurídico. A primeira, que a considera sob a perspectiva das relações de consumo, a segunda, que a define em termos de prestação de

acima – advogado – se trata de um mandato judicial. Portanto, fica excluída a Justiça do Trabalho, porém menciona que há diferentes entendimentos onde o primeiro o primeiro observa o contrato do profissional liberal como relação de consumo, e o segundo que define como prestação de serviço autônomo.

Diferentemente dos juristas antes mencionados, Oscar Ivan Prux (2007, p. 1) entende que a competência para o julgamento das lides do profissional liberal é da Justiça do Trabalho, complementando:

[...] na análise da responsabilidade civil do profissional liberal, entendo que ela deve ser dividida em duas partes: – quando ele realiza atividade atípica, ou seja, fabrica ou comercia (médico que fabrica medicamento e o inclui no tratamento ou médico que vende produto – remédio, meias para varizes, acessórios, etc.) – deve responder objetivamente; – quando ele atua na atividade típica a responsabilidade deve ser subjetiva, apenas observando-se se a obrigação é “de meio” ou de “de resultado” (caso em que deve ser invertido o ônus da prova).

Por fim, cumpre destacar o entendimento do Ministro João Oreste Dalazen, que defende que a competência para apreciação do feito dependerá de quem estiver provocando a análise da questão. Se a ação for ajuizada pelo cliente/consumidor, a competência será da Justiça Comum; já se a ação for ajuizada pelo profissional liberal/prestador de serviços, visando à cobrança de créditos de seu trabalho, a competência será da Justiça do Trabalho (Revista do TST, n. 71, 2005, p. 41).

Cabe, ainda, ressaltar que a discussão acerca da competência da Justiça do Trabalho frente à relação de trabalho do profissional liberal e a Emenda Constitucional 45/2004, buscando soluções para fundamentar a competência desta para julgar os contratos de trabalho do profissional liberal e anular cláusulas reputadas abusivas não acaba neste momento. Novos enfoques desta problemática certamente irão aflorar com o passar do tempo, pois a ciência do direito do trabalho não é disciplina estática, mas renovável, haja vista

serviços autônomos, a terceira, que a vê como mandato. Penso que se trata de mandato judicial no qual o advogado recebe poderes do cliente para atuar em seu nome e interesse em questão judicial. Mandato e prestação de serviços não são exatamente a mesma figura porque naquele não há um trabalho prestado para alguém apenas, mas uma atuação no lugar de alguém, o que é diferente, razão pela qual as mais recentes decisões excluem a competência da Justiça do Trabalho. (2007, p. 1)

que este ramo do direito acompanha as diversidades e evoluções sociais com o intuito de proteger o trabalhador. Exemplo disso é o projeto de lei 6.542/2005, que altera o art. 652 da CLT com o fim de regulamentar a competência da Justiça do Trabalho para as demandas decorrentes da relação de trabalho. Diante disso, ratifica-se que a discussão não se esgota, e somente com ela haverá o aprimoramento da aplicação do direito.

Considerações finais

Ao longo do presente trabalho, fica claro que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, reconhecendo como sua a competência para julgar as lides envolvendo relação de trabalho, é de suma importância diante do crescimento desenfreado da sociedade e do conseqüentes aumento do números de conflitos que surgiam da evolução das relações sociais, mais especificamente as trabalhistas. Nesse sentido, passou-se a exigir do Estado e do ordenamento jurídico uma nova postura em busca da identificação desses mesmos interesses e, por conseguinte, mecanismos adaptáveis às dificuldades que a nova realidade social começava, então, a apresentar.

Com o advento da emenda constitucional 45/2004, que modificou o art. 114 da Constituição Federal de 1988, os interesses sociais, destacando-se os relativos ao profissional liberal, alcançaram enfim a dimensão de verdadeiros direitos trabalhistas.

A emenda constitucional nº 45/2004 determinou profundas mudanças na estrutura do Poder Judiciário, principalmente no que se refere às competências para julgar as ações decorrentes dos contratos dos profissionais liberais, sendo que a Justiça Especializada do Trabalho passou a figurar como órgão jurisdicional para uma gama maior de demandas.

Assim, a prestação de serviço do profissional liberal ganhou relevância, pois à medida que a sociedade desenvolvia-se, a profissão liberal também crescia desenfreadamente. Porém, frente a isso, a Justiça do Trabalho terá de se adaptar para garantir a proteção ao consumidor diante dos atos ilícitos e das práticas abusivas decorrentes

do contrato de trabalho do profissional liberal, o que pode ser entendido como uma relação de consumo dentro da relação de trabalho.

Dessa forma, na perspectiva de uma nova hermenêutica processual, voltada ao reconhecimento da Justiça do Trabalho como competente para apreciar as ações que envolvam profissionais liberais, adaptando-se, assim, à sociedade contemporânea e as suas consequentes transformações sociais, destacou-se a possibilidade de tanto o juiz do trabalho quanto o juiz da Justiça Comum apreciar a mesma relação jurídica, o que possibilitará a todos o acesso a uma justiça mais célere e justa, que atenda às necessidades da realidade social.

Urge, para tanto, operacionalizar o sistema, interpretando, aplicando e atualizando suas normas em conformidade com a realidade social.

Por fim, conclui-se que é necessário oferecer à Justiça do Trabalho estruturas jurídicas sólidas, mecanismos eficazes, capazes de construir um novo sistema processual. Contudo, cabe ao legislador e ao aplicador superar o conceito de relação de trabalho, definindo se ele engloba ou não situações tuteladas pelo direito do consumidor, transformando a Justiça em uma verdadeira justiça social, voltada ao exercício pleno da cidadania, garantida pelo Estado democrático de direito.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRASIL. *Código de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JUNIOR, Mário Gonçalves. *Competência ampliada*. As relações de trabalho previstas na Emenda 45. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15 de novembro de 2007.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Código de defesa do consumidor e o código civil/2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARQUES, Cláudia de Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao estudo do trabalho*. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002.

PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RUSSOMANO, Celso. *Coletânea da legislação brasileira de proteção e de defesa do consumidor*. Brasília: Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Publicações, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, [s.a].

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Breves comentários à reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: LTr, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2003.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: UPF, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contrato em espécie*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.



Somente depois de quebradas as resistências, denunciadas por Piaget, através de um processo maiêutico de desestabilização do saber evoca-se no sujeito (aluno ou professor) a vontade de "saber". Dessa desacomodação cria-se o desejo de agir sobre o problema, a partir da condição de realidade do sujeito, para um novo processo de assimilação. Neste processo de continuidade e novidade do cognitivo, é preciso tomar consciência da coordenação das ações, porque aprender é criar mapas para movimentar o conhecimento. E, definitivamente, isto só é possível através do instrumental que a pesquisa oferece em suas múltiplas possibilidades de abordagem. Só que para isso é preciso desafiar o preconceito, desmistificando o local a que a pesquisa foi alçada. É preciso decodificar o processo de pesquisa para torná-lo uma prática real, prazerosa e possível. Como? Potencializando os espaços de aprendizagem como a sala de aula, o Núcleo de Prática Jurídica, os projetos de extensão como nichos de pesquisa, resultando, desta ação, um ciclo de reatualização da tríade ensino–pesquisa–extensão. Nessa aventura coletiva de tornar o ambiente universitário um ambiente de aprendizagem, o professor deve realizar em si o que espera do aluno: aprender bem!

Sandra Leal

Mestre e doutora em Direito,
professora da Anhanguera Educacional S.A.

ISBN 85-99924-63-X



www.meritos.com.br