

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
Edição 195 - Novembro de 2016
R\$ 16,90

MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DO STJ

A INSUFICIENTE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Editorial: Imprensa Livre

OLHA QUEM ESTÁ VESTINDO A CAMISA DA **TRANSFORMAÇÃO**.

O Programa Sesc Esporte vai promover o **bem-estar** e a **qualidade de vida** utilizando a pedagogia do exemplo. Nossos atletas serão um modelo de atitudes positivas e de incentivo à prática esportiva.

O primeiro passo são os times de **vôlei Sesc RJ** (masculino), liderado pelo técnico **Giovane Gávio**, e **Rexona Sesc** (feminino), com o técnico **Bernardinho**.

Em breve, virão outros esportes. **Formar crianças e adolescentes ativos e saudáveis** será nossa maior conquista.

FAÇA PARTE DESSA TORCIDA.



facebook.com/sescrjvolei

— Sistema —


Fecomércio RJ
Sesc | Senac





Av. Rio Branco, 14 / 18º andar
Rio de Janeiro – RJ CEP: 20090-000
Tel./Fax (21) 2240-0429
editorajc@editorajc.com.br
www.editorajc.com.br

ISSN 1807-779X

Tiago Salles
Editor-Executivo

Erika Branco
Diretora de Redação

Diogo Tomaz
Coordenador de Produção

Mariana Fróes
Coordenadora de Arte

Ada Caperuto
Jornalista colaboradora

Correspondentes:

Brasília
Arnaldo Gomes
SCN, Q.1 – Bl. E / Sl. 715
Edifício Central Park
Brasília – DF CEP: 70711-903
Tel.: (61) 3710-6466
Cel.: (61) 9981-1229

Manaus
Julio Antonio Lopes
Av. André Araújo, 1924-A – Aleixo
Manaus – AM CEP: 69060-001
Tel.: (92) 3643-1200

CTP, Impressão e Acabamento
Edigráfica

facebook.com/editorajc

twitter.com/editorajc

Apoio



Associação dos
Magistrados Brasileiros



CONSELHO DOS
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA



Conselho Editorial

Bernardo Cabral
Presidente

Adilson Vieira Macabu	Lélis Marcos Teixeira
Alexandre Agra Belmonte	Luis Felipe Salomão
André Fontes	Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
Antônio Augusto de Souza Coelho	Luís Inácio Lucena Adams
Antônio Souza Prudente	Luís Roberto Barroso
Aurélio Wander Bastos	Luiz Fux
Benedito Gonçalves	Marco Aurélio Mello
Carlos Antônio Navega	Marcus Faver
Carlos Ayres Britto	Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Carlos Mário Velloso	Maurício Dinepi
Cláudio dell’Orto	Mauro Campbell
Dalmo de Abreu Dallari	Maximino Gonçalves Fontes
Darci Norte Rebelo	Nelson Tomaz Braga
Enrique Ricardo Lewandowski	Ney Prado
Erika Siebler Branco	Paulo de Tarso Sanseverino
Ernane Galvêas	Paulo Dias de Moura Ribeiro
Fábio de Salles Meirelles	Peter Messetti
Gilmar Ferreira Mendes	Ricardo Villas Bôas Cueva
Guilherme Augusto Caputo Bastos	Roberto Rosas
Henrique Nelson Calandra	Sergio Cavalieri Filho
Humberto Martins	Sidnei Beneti
Ives Gandra Martins	Siro Darlan
João Otávio de Noronha	Sylvio Capanema de Souza
José Geraldo da Fonseca	Thiers Montebello
José Renato Nalini	Tiago Salles
Julio Antonio Lopes	



Para acessar o site da Editora, baixe o leitor de QR code em seu celular e aproxime o aparelho do código ao lado.

Sumário



6	Editorial - Imprensa livre	40	O imbróglio das tarifas de São Paulo
14	O Portugal de Camões e das Comunidades Portuguesas	42	O coração do Novo Código de Processo Civil
17	Foro privilegiado tem que ser reavaliado	44	A propaganda eleitoral e a nova redação do artigo 36-A da Lei de Eleições
18	Desemprego e informalidade crescentes	48	A desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil
24	Seminário da OAB/MS debate questões controvertidas do agronegócio	53	Breves reflexões sobre o sistema jurídico japonês à luz do direito comparado
30	Demarcação de terras indígenas	62	Presidente honorário da OAB lança livro na sede da entidade
32	“Bob”	64	Comentário sobre a Resolução nº 23.219 do TSE
36	Os 73 anos de existência da CLT e sua contribuição para vencer a atual crise brasileira		

Imprensa livre



Foto: Arquivo JC

Nos dois julgamentos mais célebres da História, de Sócrates e de Jesus Cristo, condenou-se, em verdade, a irreverência e a imoralidade das palavras dos condenados, por negarem os deuses reconhecidos ou por suas doutrinas e pensamentos.

É por tal razão que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa são os pilares do Estado Democrático de Direito, pois, como dizia Rui Barbosa, “deixai-a [palavra] livre, onde quer que seja, e o despotismo estará morto!”

A imprensa livre é, em essência, instrumento de controle do poder estatal, uma medida de segurança contra a tirania e a corrupção (Jonh Stuart Mill).

A defesa intransigente da garantia individual de livre expressão de ideias, por mais absurdas e radicais que possam parecer, é essencial à democracia.

A liberdade de imprensa, porém, não se confunde com a liberdade de expressão. A liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) resguarda a manifestação de pensamentos, ideias, opiniões, enquanto que a liberdade de imprensa assegura a difusão de fatos e notícias. A liberdade de expressão abrange o direito de informar, o direito de se informar e direito de ser informado.

A liberdade de imprensa está atrelada ao dever de cautela, à prudência de conferir a idoneidade das notícias antes de divulgadas, possibilitando uma comunicação honesta dos fatos.

Quando houver colisão entre a liberdade de imprensa e outros valores fundamentais (CF, art. 5º, X), aquela deverá prevalecer (Ronald Dworkin), salvo quando em risco a dignidade da pessoa humana ou outros direitos da personalidade expressamente referidos no próprio texto constitucional (CF, art. 220, § 1º) (STF, Agravo de Instrumento 496.406 São Paulo/SP. Rel. Min. Celso de Mello).

Contudo, as violações aos direitos da personalidade devem ser resolvidas em perdas e danos, mediante a análise *a posteriori*. O que não se pode admitir é a *prévia* proibição da divulgação de livros, jornais ou revistas (Cf. Luis Roberto Barroso, “Temas de Direito Constitucional”, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2ª ed.p. 365).

Deve ser elogiada a manifestação da Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, ao defender com veemência, a liberdade de imprensa, no dia 20 de outubro p.p., no fórum promovido pela Associação Nacional de Editores de Revistas:

A imprensa é livre e não é livre como um poder, é livre até como uma exigência constitucional para se garantir o direito à liberdade de informar e do cidadão ser informado para exercer livremente a sua cidadania. Portanto eu vou dar cumprimento ao que o Supremo vem decidindo reiteradamente. É fato: “cala a boca” já morreu.

Antonio Augusto Coelho
Membro do Conselho Editorial



A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil

Ricardo Villas Bôas Cueva

Ministro do STJ
Membro do Conselho Editorial

A coleta, o processamento e a utilização de dados pessoais tendem hoje a alcançar todos os aspectos da vida, graças ao barateamento incessante da informática e do armazenamento de dados. Governos e empresas criam rotineiramente perfis de personalidade que permitem classificar e discriminar os indivíduos consoante seus hábitos, características biológicas, preferências e convicções, em flagrante ameaça não só à privacidade, mas também à própria dignidade humana.

Ampliou-se, por isso, em quase todo o mundo, o campo de proteção dos dados pessoais, mediante legislação específica e o reconhecimento, em muitos países, do direito fundamental à autodeterminação informativa, que faculta ao indivíduo decidir por si só sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais. A União Europeia reconheceu-o como direito fundamental em 2000, após países como Portugal e Alemanha terem-no feito nas décadas de 1970 e 1980, respectivamente.

No Brasil, a Constituição Federal protege a intimidade e a vida privada, assim como o sigilo da comunicação de dados. Há também regras legais específicas para a proteção de dados pessoais de consumidores em bancos de dados. Mas não há legislação que discipline toda a matéria de forma unificada e consentânea com os princípios internacionalmente aceitos. Antes de discutirmos a necessidade de um novo marco legal, examinaremos a evolução do conceito de privacidade.

Da privacidade à autodeterminação informativa

O direito à privacidade foi pioneiramente delineado em artigo publicado em 1890 por Samuel Warren e Louis Brandeis, no qual se identificou o direito a ser deixado só (*right to be let alone*), oponível a terceiros, tendo em vista as crescentes ameaças à personalidade humana decorrentes da então incipiente massificação da mídia e do abuso da imagem e de informações pessoais. Com base em precedentes da *common law* sobre ilícitos contra a honra e sobre violações ao direito de propriedade, os autores enunciaram os elementos constitutivos do direito à privacidade, que foi reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 12) e nos ordenamentos jurídicos da maioria dos países.¹

O rápido desenvolvimento da informática, contudo, multiplicou as possibilidades de invasão da intimidade. A ubiquidade dos meios eletrônicos de coleta e troca de informações permite que se recolham informações virtualmente sobre todas as atividades cotidianas, a fim de organizá-las em categorias de comportamento, de preferências, de crenças, de consumo, entre outras, e assim traçar perfis de personalidade voltados para o exercício de alguma modalidade de controle social, político, econômico ou mesmo existencial sobre os indivíduos. A obtenção e a disseminação massificada e praticamente instantânea dessas informações, cujo conteúdo nem sempre constitui um segredo nem caracteriza uma invasão de privacidade, no sentido clássico que se atribui a este direito, põem em xeque



a efetividade da tutela jurídica da vida privada, pois os indivíduos são despojados do direito de participar e de algum modo controlar as informações que sobre eles são produzidas e divulgadas, e evidenciam uma crise na própria noção de intimidade.²

Na década de 1970, surgem as normas de proteção de dados pessoais de primeira geração, como a lei do *Land* alemão de Hessen (1970), a lei de dados da Suécia (1973), o estatuto de proteção de dados do *Land* alemão de Rheinland-Pfalz (1974) e lei federal de proteção de dados da Alemanha (1977). Nos EUA, foi editado, em 1970, o *Fair Credit Reporting Act* e, em 1974, o *Privacy Act*. Em 1976, Portugal foi o primeiro país a estabelecer em sua constituição o direito fundamental à autodeterminação informativa (art. 35).

Em 1983, a Corte Constitucional da República Federal da Alemanha, em julgamento de reclamação acerca da inconstitucionalidade da lei do recenseamento (*Volkszählungsgesetz*), reconheceu a existência de um direito fundamental à autodeterminação informativa a partir dos direitos fundamentais à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 1, I, e 2, I, da lei fundamental alemã). A partir dessa decisão passou-se a compreender a proteção à autodeterminação informativa como fenômeno não apenas privado, mas também coletivo, já que, em certas circunstâncias, os danos decorrentes da violação desse direito podem ser caracterizados como difusos, a exigir mecanis-

mos jurídicos de tutela coletiva. Além disso, o direito à privacidade deixa de ter conteúdo apenas negativo – a capacidade de excluir terceiros de informações pessoais – e ganha conteúdo positivo – a liberdade de o indivíduo decidir como, quando e onde seus dados pessoais podem circular. Por fim, em virtude do desenvolvimento tecnológico, que enseja inúmeras oportunidades de discriminação do indivíduo pelo Estado e por agentes econômicos, o novo conceito de privacidade passa a associar-se também ao direito fundamental à igualdade.³

Por outro lado, como os direitos fundamentais irradiam efeitos mediatos, ou horizontais, para as relações interpessoais entre entes privados, pode haver conflito ou colisão com outros direitos fundamentais, como o direito à propriedade, a liberdade de contratar ou a liberdade de exercício de trabalho ou profissão. Em um juízo de ponderação, seria possível concluir que os empregadores e os bancos, por exemplo, são legitimados a conhecer informações detalhadas, respectivamente, sobre candidatos a empregos ou empréstimos. Se, contudo, as relações entre os entes privados forem de tal modo assimétricas que tornem impossível o uso da ponderação, cabe ao legislador desenhar modelos de regras aptos a solucionar adequadamente o conflito de interesses.⁴

Em 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia definiu, em seu art. 8º, que “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter

pessoal que lhes digam respeito”. Além disso, tais dados “devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei”, sendo certo que “todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação”. Por fim, o cumprimento dessas regras “fica sujeito à fiscalização por parte de uma autoridade independente”.

Na União Europeia, particularmente relevante para a consolidação da tutela dos dados pessoais foi a Diretiva 95/46, hoje substituída pelo Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, publicado em 4 de maio de 2016, que unifica o direito europeu sobre a matéria, aplicando-se diretamente a todos os Estados-membros. Entre várias inovações, o regulamento impõe multas que podem chegar a 4% do faturamento das empresas ou a €20 milhões e introduz o dever de *accountability*, a realização de análises de impacto sobre a privacidade e a notificação obrigatória às autoridades de proteção de dados em caso de vazamento. O diploma define, ainda, novos direitos, como a portabilidade de dados, o direito ao esquecimento e o direito de se opor à criação de perfil informacional.

Relevantes, ainda, são as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as quais definem como princípios básicos da proteção de dados pessoais: a) o princípio da limitação da coleta, que impõe seja ela feita por meios lícitos e, sempre que possível, com o conhecimento ou o consentimento do titular dos dados; b) o princípio da qualidade dos dados, que exige sejam os dados pessoais relevantes para as finalidades para as quais são usados, e que sejam precisos, completos e atualizados; c) o princípio da finalidade, que pressupõe correlação entre o uso dos dados e a finalidade especificada quando de sua coleta; d) o princípio da limitação do uso, que veda a divulgação ou utilização de dados pessoais para finalidade diversa daquela especificada quando da coleta, exceto se houver anuência do titular ou autorização legal; e) o princípio da segurança, que impõe a adoção dos mecanismos necessários a impedir a perda, a destruição, a modificação, a divulgação ou o acesso não autorizado de dados pessoais; f) o princípio da transparência, que supõe a publicidade da existência do banco de dados, de sua natureza e de seu propósito, bem como da identidade e da localização de seu controlador; g) o princípio da participação individual, que confere ao indivíduo o direito de ser informado sobre a existência de dados a seu respeito, bem como de contestá-los perante o controlador do banco de dados e, sendo tal pretensão

acolhida, eliminá-los, retificá-los, completá-los ou emendá-los e, h) o princípio da responsabilidade do controlador do banco de dados pelo respeito aos princípios precedentes.⁵

Para Canotilho, o direito ao conhecimento dos dados pessoais informatizados desdobra-se em vários direitos: “(a) o direito de acesso, ou seja, o direito de conhecer os dados constantes de registros informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados); (b) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis, bem como o direito aos esclarecimentos sobre a finalidade dos dados; (c) o direito de contestação, ou seja, direito à retificação dos dados e sobre identidade e endereço do responsável; (d) o direito de actualização (cujo escopo fundamental é a correção do conteúdo dos dados em caso de desatualização); (e) finalmente, o direito à eliminação dos dados cujo registro é interdito”.⁶

O direito à proteção dos dados pessoais, que nasce como direito de defesa perante o Estado, hoje tem alcance muito maior. Os milhares de registros eletrônicos gerados em catracas automatizadas, pedágios eletrônicos, câmeras, aparelhos de GPS, eletrodomésticos (a “internet das coisas”), bem como inúmeras outras transações diariamente mediadas pela informática com técnicas avançadas de análise (“big data”, por exemplo), deixam claro que o tratamento desarrazoado de dados pessoais pode fomentar a criação de pequenos Leviatãs, cujo potencial ofensivo à vida privada e à dignidade humana pode se igualar ou até mesmo exceder aquele representado pelo Estado.

A proteção dos dados pessoais no Brasil

O *habeas data* foi saudado, em 1988, como importante inovação. Em 1991, ao julgar o Recurso Ordinário em *Habeas Data*, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “o *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros; e (c) direito de complementação dos registros” (RHD 22-8/DF, rel. para o acórdão Min. Celso de Mello). Ficou assentado que o *habeas data* destina-se a proteger direitos materialmente assegurados na Constituição. Mas, tanto esse entendimento como a disciplina legal do instituto, que só veio à luz em 1997, são invariavelmente criticados em doutrina por seu viés formalista e por sua ineficácia. Luis Alberto Barroso, por exemplo, atribui-lhe valia “essencialmente simbólica”, enquanto Dalmo Dallari refere-se a “uma ação voltada para o passado”.⁷





Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Outra relevante inovação da Constituição de 1988 foi a tutela do sigilo de dados, cujo restrito âmbito de aplicação também tem sido objeto de polêmica. O STF, ao julgar o HC 83.168-1, rel. Min. Sepúlveda Pertence, reafirmou seu entendimento de que o inciso XII do art. 5º da Constituição protege a comunicação de dados, e não os dados em si mesmos. Tal interpretação tem sido criticada por dificultar o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais.⁸

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a proteção de dados pessoais sob a ótica legislação consumerista, tem se orientado no sentido do reconhecimento de um amplo direito à privacidade. No REsp nº 22.337/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, no qual se pacificou o entendimento de que sobre os cadastros negativos de devedores incide o disposto no art. 43, § 1º, do CDC, seja no que toca à limitação temporal dos registros negativos, seja no que tange à verdade da informação registrada, houve expressa remissão à matriz constitucional da proteção da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CF). No REsp nº 1.168.547/RJ, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, foi reconhecida a existência de um novo conceito de privacidade, bem como a necessidade de consentimento do interessado para a divulgação de informação pessoal a seu respeito. No REsp 306.570, rel. Min. Eliana Calmon, reconheceu-se que “o contribuinte ou o titular da conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais”. Por fim, no REsp 1.419.697, rel. Min. Paulo Sanseverino, sobre as demandas nas

quais se postulava danos morais em decorrência da utilização de sistemas de avaliação de crédito (*credit scoring*), decidiu-se, em caráter repetitivo, que “na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei nº 12.414/2011”.

A Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, que trata do cadastro positivo, ampliou o alcance das normas atinentes aos bancos de dados e aos cadastros de consumidores, pois além do direito de acesso e do direito à correção da informação, já previstos no art. 43 do CDC, expressamente incluiu entre os direitos do cadastrado: o direito a obter o cancelamento do cadastro quando solicitado (art. 5º, I); o direito a conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco (art. 5º, IV); o direito a ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento (art. 5º, V); o direito de solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizado (art. 5º, VI), e o direito a ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados (art. 5º, VII). Com isso, nosso ordenamento passou a contar com proteção de dados pessoais – ainda que somente para efeito de cadastro positivo de crédito – mais afinada com os princípios internacionalmente aceitos.

“O STF, ao julgar o HC 83.168-1, rel. Min. Sepúlveda Pertence, reafirmou seu entendimento de que o inciso XII do art. 5º da Constituição protege a comunicação de dados, e não os dados em si mesmos. Tal interpretação tem sido criticada por dificultar o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais.”

A Lei nº 12.527/2011, ao disciplinar o acesso a informações públicas, inclusive as de caráter pessoal, sob a égide de princípios aplicáveis internacionalmente ao tratamento de informações, prevê a designação de responsável pelo cumprimento da lei de acesso a informações, o que pode ser o primeiro estágio no sentido da criação de um tipo de autoridade independente encarregada de supervisionar não somente o acesso a informações públicas (e privadas), como, num futuro que se espera não muito distante, toda a atividade de proteção dos dados pessoais e da autodeterminação informativa.

Necessidade de um marco legal da proteção de dados pessoais

Como se viu, a Constituição Federal tutela a intimidade e a vida privada, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, X e XII) e assegura a concessão de *habeas data* (art. 5º, LXIX e LXXII). Além disso, o Código de Defesa do Consumidor contém regras específicas sobre bancos de dados e cadastros de consumidores, a Lei nº 12.414/2011 disciplina o cadastro positivo e a Lei nº 12.527/2011 regula o acesso a informações públicas. Há, portanto, alguma proteção aos dados pessoais. Mas a limitada aplicabilidade da lei consumerista, neste aspecto, a jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal acerca do *habeas data* e do sigilo de dados, bem como a ausência de princípios claros a nortear a proteção de dados pessoais indicam que ainda há muito a fazer

nos planos doutrinário, legislativo e jurisprudencial para que a proteção de dados pessoais se torne efetiva no Brasil.

A edição de lei nacional de proteção dos dados pessoais é essencial para suprir as omissões hoje existentes e garantir um nível adequado de proteção. Já se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.276/2016, do Executivo, que resultou de consulta pública realizada no Ministério da Justiça, no qual são definidos os dados pessoais passíveis de proteção, os princípios aplicáveis a seu tratamento, bem como os direitos básicos de seus titulares (ARCO: acesso, retificação, cancelamento e oposição). O projeto define também os agentes responsáveis pelo tratamento de dados, as medidas de segurança exigíveis, além de fixar as sanções administrativas a serem aplicadas pelo órgão competente pela fiscalização da lei, o qual não é indicado expressamente, embora tenha suas competências definidas. Além disso, cria-se o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Paralelamente, tramita no Senado o Projeto de Lei nº 330/ 2013, com características muito semelhantes. Seu autor, o Senador Aloysio Nunes Ferreira, aponta a necessidade de previsão de uma autoridade central de proteção de dados pessoais. É imperioso que o Congresso se disponha a apreciar com presteza quaisquer dos dois projetos de lei.



Notas

¹ Warren, Samuel; Brandeis, Louis, “The right to privacy”, Harvard Law Review, vol. IV, nº 5, dezembro de 1890, p. 193 e ss.

² Hassemer, Winfried; Sánchez, Alfredo Chirino, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa y los Retos del Procesamiento Automatizado de Datos Personales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

³ Mendes, Laura Schertel, “O direito fundamental à proteção de dados pessoais” in Revista de Direito do Consumidor, vol. 79, jul-2011, pp. 45 e ss.

⁴ Cf. Tinnefeld, Marie-Thres, *Einführung in das Datenschutzrecht*, Munique, Ed. R. Oldenbourg, 1994, p. 37.

⁵ “OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data” in [HTTP://WWW.oecd.org](http://www.oecd.org), consultado em 16/2/2012.

⁶ Canotilho, J.J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, São Paulo, RT, 1ª Ed., 2007, p. 550 ss.

⁷ Cf., respectivamente, Barroso, Luis Alberto, “Viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas” in Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Habeas data*, São Paulo, RT, 1998, p. 212 e Dallari, Dalmo de Abreu, “O habeas data no sistema jurídico brasileiro” in Revista de La Facultad de Derecho de La Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 51, 1997, p. 100.

⁸ Donega, Danilo, “A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental” in Espaço Jurídico, Ed. Unoesc, v. 12, nº 2, jul/dez 2011, pp.91-108.

O Portugal de Camões e das Comunidades Portuguesas

J. Bernardo Cabral

Ex-Presidente Nacional da OAB
Presidente do Conselho Editorial

O Portugal de Camões e das Comunidades Portuguesas emerge do fundo da história nos termos de uma velha melodia e no instante em que vastos contingentes humanos se manifestam e cantam hino de uma unanimidade de almas, que circunda a vetusta cidade de Lisboa.

Cavaleiro andante que pervagou as longínquas paragens do mundo, à hora em que a luzerna do tempo mal clareava a face da civilização, Portugal avocou a si a sorte exausta de um milionário de léguas, contando pudesse o europeísmo latino formar, no além-mar, fascinantes patrimônios, ensejando o desfecho de um episódio que determinaria a expansão fantástica da lusitanidade. E dir-se-ia que estava ocorrendo a detonação de uma fatalidade espiritual de proporções notáveis, dando à sociedade ocidental um fôlego de grande extensão, com a hegemonia de um empório geográfico jamais ultrapassado.

Europeus, asiáticos, africanos e agrupamentos autóctones passariam a compor uma densa comunidade, de fronteiras super-ampliadas, na dimensão de uma epopeia que abriria na crônica política do globo um espaço extraordinário, a comprovar que o luso é um homem universal. E eis que a intemporalidade da gênese portuguesa instituiu uma originalidade tão própria às belas criações humanas que a óptica do tempo não as exonera da sua severa postura.

Há de considerar-se que as ações de pioneirismo do mapa do mundo, iniciadas com a Escola de Sagres, já se fundavam num embasamento filosófico, porque a Europa, libertada dos martírios contra os cristãos, sedimentou a fé na doutrina de Jesus, em sua ânsia ecumênica. E as missões do Cristianismo se agilizaram, uniformizando o bloco dos servos de Deus.

Passado mais de meio milênio dos feitos das descobertas, fez-se Portugal credor do respeito da

imortalidade, onde os expoentes da heroicidade ingressam com o beneplácito da consciência das eras.

Filho de portugueses, e por isso herdeiro, na minha modéstia, da épica grandiosidade da pátria lusa, entendi de ocupar esta Academia para prestar esta homenagem aos portugueses, seus descendentes e aos amigos de Portugal. Isso porque sempre procurei preservar esse honrado legado e sendo cultor de um passado histórico, mais razões tenho para falar sobre a significação de um país que nos induz a uma solene comunhão.

Os veleiros que singraram o oceano, sob a inspiração da Cruz de Cristo, levaram a toda parte o evangelho da civilização, ocupando os vazios demográficos e intuindo a índole das novas gerações que se preparariam para o futuro, nas novas terras colonizadas.

O quadro da Primeira Missa sobre a cerimônia celebrada em Porto Seguro, quando ali aportaram as naus de Cabral – uma produção clássica de Vitor Meireles – sintetiza o ato da estreia de evangelização de Santa Cruz, e, num lance de beleza, revela o sentimento de hospitalidade de nosso aborígine diante da missão lusa que chegava, para a afirmação de uma aliança entre nativos e europeus.

Merece colocado em relevo que, no século XV, quando o Infante Dom Henrique fundara a Escola de Sagres, abrindo as cortinas da era do humanismo, pretendeu, obviamente, instituir uma universidade do mar, com a finalidade de formar navegadores de elevado porte, capazes de saltar os oceanos na busca das terras ignotas, como missionários que iriam cumprir uma expressiva agenda de conquistas, e que – apesar de armados tão somente com o emblema de Cristo – acabaram passando à História como obstinados apóstolos do desconhecido.

Portugal, a mais ocidental das pátrias europeias, já trouxera consigo o compromisso da cintilante



vocação para a universidade, razão pela qual não há um contingente do globo em que não esteja assinalada a chegada dos seus veleiros.

A notável comunidade geográfica da Lisboa havia recebido a magnânima benção dos avoengos cristãos. Aí estão o Brasil, na América; Cabo Verde, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Angola e Moçambique, na África; DIU, Damão, Goa, Timor, Macau, na Ásia.

Estas missões definiam como ponto fundamental a lusitanização das terras nativas, o que implicaria em ingente tarefa espiritual, de modo a que se instalasse um império linguístico, emoldurado pelos aspectos místicos do Cristianismo e da fé.

É clamorosa injustiça admitir-se que os projetos marítimos de Portugal se tenham submetido ao rigor primário de mero aventureirismo. Ao contrário desta infundada suspeição, as cruzadas oceânicas patrocinadas pela metrópole portuguesa deram execução a um fabuloso plano de descoberta, colonização e humanização dos grandes vácuos verdes, aos quais definiria Elisée Reclus como “Vazio de Ecúmeno”.

Nem mesmo assim, as procelas das revoltas, das insurreições e das guerras, sequer lograram abrir, entre nós, fraturas idiomáticas ou espirituais. E mesmo que tenham sido estas áreas invadidas e saqueadas pelas hordas piratas, nestas terras não se ergueu o fantasma do babilismo.

Unindo o programa político ao da religião, os antigos supervisores do patrimônio colonial aplicaram as lições do Cristianismo sobre o soberbo colosso sul-americano, que Pedro Álvares Cabral doara ao universo civilizado.

O ciclo das descobertas mundiais ocorreu com a instauração do Renascimento, instante em que o homem bebeu as lições do humanismo na vetusta vertentes latinas. E enquanto os portugueses pisaram, em terra firme, no litoral amazônico e nas praias do extremo sul, estes amados avoendos nutriram, de forma indubitosa, a convicção de aqui instalar um pólo de civilização tropical, onde as velhas palpitações da raça teriam de conjugar-se com as paixões dos povos autóctones.

O corredor geográfico, partindo de Laguna ao Grão-Pará, e de que tomamos posse com a descoberta de Cabral, não escapou à lei da fatalidade bandeirista de Lisboa. E ultrapassado o Meridiano de Torresdelgas, houve a arbitragem decorrente dos Tratados de Santo Idelfonso e de Madri, que estenderam os nossos domínios territoriais desde as águas atlânticas aos contrafortes da Cordilheira dos Andes.

Vitorioso o Brasil em pendências diplomáticas, já no ciclo da emancipação nacional, com as do Amapá, do Acre e das Missões, formou-se uma textura telúrica gigantesca, com aproximadamente oito milhões e quatrocentos mil quilômetros quadrados, em que nos incluímos entre os mais vastos países do mundo, com uma dimensão de flora e fauna espetacular, a par de uma rede hidrográfica apaixonante.

De outra parte, não faltaram aos portugueses a acuidade política de sustentar uma doutrina de ocupação territorial tática. E destarte, comprovou-se, virtualmente, em todo o país, a presença lusa, apesar de não raras foram as vezes em que ocorreram surtos de penetração estrangeira, pondo em risco a integridade física e política da nação-colônia.

A esta altura, os notáveis estadistas da Lusitanidade, ao longo do tempo, internaram-se nos laboratórios da clássica sociologia política, estudando formas que ensejassem a Lisboa um patrimônio mundial preservado, porque cabia a Portugal sustentar a unidade da língua e do espírito cristão, hoje atributos perpétuos da cultura portuguesa, cujo perfil ético e estético engrandece toda uma tradição peninsular.

O Cristianismo é a bandeira mística do Brasil e o idioma português o seu indestrutível veículo de comunicação secular.

Sim, porque enquanto diversos povos europeus se exprimem num contexto idiomático fracionário, tal a diversificação dos dialetos, operou-se no Brasil o fenômeno da comunhão expressional, envolvendo todas as emoções da raça e a postura do nosso sentimento histórico.

Luis Vaz de Camões – o gênio do pensamento luso – obteve a imperturbável consagração da História. E “Os Lusíadas”, como alto documento da glória ibérica, firmou-se para todo o sempre como o livro da raça, enfeixando as emoções do espetáculo do renascimento, porque ao recolher em sua obra as manifestações transcendentais da civilização do mar, inscreveu-se no mármore do tempo, como um sábio, um gênio, diante dos foros de cultura da humanidade.

Shakespeare, na Inglaterra; Goethe, na Alemanha; Tolstoi, na Rússia; Victor Hugo, na França; Dante, na

Itália; Cervantes, na Espanha e Camões, em Portugal, estão consagrados como os sóis da eterna constelação europeia.

E nesta suprema linhagem da inteligência, figura o autor de “Os Lusíadas”, o poeta iluminado que soube escrever para os espaços eternos e o único que viveu e padeceu sob os reflexos de uma glória amargurada. Nem por isso – ou até por isso – deixará a obra camoniana de ser uma verdadeira identidade da índole portuguesa e uma permanente referência de nossa antropologia cultural.

Por tudo isso, o Portugal de Camões e das Comunidades Portuguesas exprime toda a eloquência de uma potencialidade pretérita. E os eventos que se insurgiram como rebentações de luz junto às idades acumuladas, plasmaram a velha imagem de um país que ensinou lições de paz e dignidade à sociedade ocidental.

Ao concluir esta despresticiosa palestra não quero fazê-lo, todavia, sem prestar a minha reverência a todos os bravos portugueses que para cá vieram, no passado, e aos não menos bravos que aqui se encontram, no presente. Finalizo, pois te saudando Portugal eterno... berço dos meus Avós... Pátria dos meus queridos e saudosos Pais... Terra-exemplo para o mundo. 



Foro privilegiado tem que ser reavaliado

Claudio Lamachia | Presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil

Após quase 32 anos do fim da ditadura militar e 127 anos da proclamação da República, ainda é longa a lista de privilégios desmedidos que beneficiam políticos e autoridades públicas em detrimento dos interesses da sociedade. Um deles é o “foro especial por prerrogativa de função” – nome longo e pomposo que a sabedoria popular resumiu, de forma muito apropriada, como “foro privilegiado”.

Não está de acordo com as aspirações da Constituição Democrática de 1988 a existência de um instrumento que, na prática, confere vantagens exclusivas a uma casta de agentes públicos. Entre as consequências negativas do “foro privilegiado” estão a sobrecarga dos tribunais obrigados a julgar os privilegiados e a aplicação de tratamento distinto para casos idênticos. Outro efeito péssimo é a impunidade, uma vez que as estruturas dos tribunais ficam congestionadas e não dão conta de julgar as ações contra as autoridades privilegiadas, dando margem às prescrições e morosidade. É preciso desafogar as cortes.

O Supremo Tribunal Federal (STF), que deveria cuidar das grandes questões constitucionais do país, dirimir impasses relevantes e orientar a aplicação da Carta, é obrigado a travar seus trabalhos com os casos corriqueiros de centenas de agraciados com o direito de serem processados na mais alta corte.

São mais de 600 detentores de foro no STF: presidente da República e vice, todos os ministros de Estado (24 atualmente), todos os deputados federais (513), todos os senadores (81), o procurador-geral da República, os comandantes das Forças Armadas e os ministros do próprio STF (11). Por mais que a Suprema Corte se esforce, as causas de grande interesse social ficam paradas.

É de interesse da coletividade que alguns poucos ocupantes de cargos-chave na República estejam plenamente protegidos contra as variações de humor de seus adversários políticos e dos agentes econômicos.



Isso é necessário para manter o funcionamento contínuo das instituições e garantir que a ascensão ao poder siga estritamente as regras definidas em lei.

O “foro privilegiado” tem que acabar ou deve ser em muito reduzido. Em seu lugar, deve ser estabelecido um mecanismo de proteção às instituições democráticas que confira imunidade às poucas pessoas que realmente necessitem dela.

Perante essa situação alarmante, o Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), instância máxima de deliberação da entidade, discutirá ainda neste ano a elaboração de uma Proposta de Emenda Constitucional destinada a corrigir as deformações causadas pelo “foro privilegiado” e apontar quais autoridades precisam manter essa proteção. Os objetivos são atuar, de forma prática e efetiva, contra a corrupção e a impunidade e em favor do descongestionamento do sistema de Justiça. 

Desemprego e informalidade crescentes

É possível diagnosticar suas causas e apontar possíveis soluções?

Alexandre Agra Belmonte

Ministro do TST
Membro do Conselho Editorial

Brasil tem mais de 206 milhões de habitantes.¹² É o quinto país mais populoso do planeta, embora um dos menos povoados³, eis que mais da metade da população brasileira (56,4% ou 116,1 milhões de habitantes) vive em apenas 5,5% dos municípios⁴.

Conforme estudo da firjan, moradores do Rio, de São Paulo, de Salvador, de Belo Horizonte, de Recife, de Curitiba, de Goiânia e de Manaus gastam pelo menos duas horas para ir e voltar do trabalho. Logo, pode demorar 4 e significar acordar de madrugada, retornar muito tarde, dormir pouco, utilizar mais de um meio de transporte, enfrentar espera de condução até sem lugar para sentar.⁵ Em lugares não servidos por transporte público, o percurso é feito a pé ou de bicicleta. Isso num país cuja Constituição busca concretizar, inclusive por meio de ações afirmativas, o pleno emprego (art.170, VIII, da CF).

A submissão a esse calvário pode explicar a procura por moradias em lugares carentes e sem infraestrutura, mas mais próximos dos grandes centros, como também o envolvimento de parcela da população em atividades informais, que muitas vezes dispensam a penosidade do tempo gasto em deslocamento para o trabalho. É um raciocínio simples, de avaliação do retorno que o trabalho formal pode ou não proporcionar.

Os problemas de mobilidade não se resumem aos deslocamentos dentro dos municípios. Entre os Estados brasileiros e entre os países da América do Sul são feitos de avião ou por meio das péssimas e saturadas vias rodoviárias. A integração por vias férreas poderia levar o desenvolvimento a inúmeras regiões de percurso, como ocorre na Europa. Um ambiente com essa carência, sem meios de transporte mais baratos ou eficientes e que alcancem lugares não servidos por aviões ou de demorado acesso por vias rodoviárias, inibe novas oportunidades de emprego em territórios nacional e estrangeiros vizinhos. Urge o investimento em mobilidade urbana e a integração territorial nacional e entre países vizinhos por vias férreas, para propiciar o desenvolvimento de regiões inacessíveis por outros meios de transporte público e novas oportunidades de trabalho.

Conforme o IBGE, em julho de 2016 a população brasileira economicamente ativa foi estimada em 90,5 milhões de pessoas⁶, com rendimento médio em torno de R\$2.000,00⁷, enquanto a população inativa ou situada fora da força de trabalho, dependente da população ativa, somava 63,8 milhões de pessoas no trimestre até abril/2016.⁸ Tais números desconsideram aqueles que trabalham com contrato formal ou carteira assinada ou têm negócio ou renda própria.



Ao final de 2012, o Brasil tinha 5,5% de desempregados. Em agosto do presente ano passou a quase 13%, ou seja, 12 milhões de desempregados. Não foram computados 19,5 milhões de trabalhadores que vivem de “bicos”, à espera de uma oportunidade no mercado formal de trabalho.⁹ E pode ter, segundo a OIT, um em cada cinco desempregados do mundo em 2017.¹⁰

Embora figure como uma das potências econômicas mundiais, é um país desigual, com concentração da riqueza em minúscula camada da população e uma classe média excessivamente onerada, que paga – apesar dos tributos recolhidos para esse fim – pelo acesso à educação e à saúde de melhor qualidade. As camadas mais carentes, por falta de opção, recorrem à educação e à saúde estatais rejeitadas pela classe média, para as quais também contribuem. Como resultado da educação pública, quando não há abandono no meio do caminho, essa classe precisa recorrer ao crédito estudantil para o ingresso em universidades privadas. Já os de classe média, bem formados pelas caras escolas particulares, ingressam na universidade pública.

O que leva um país a esse tipo de situação?

Quanto ao aumento do desemprego, está diretamente ligado ao crescimento econômico. Recessão inibe a livre iniciativa e é a livre iniciativa que gera

empregos e permite a circulação do capital. Gastou-se demais e de forma equivocada. Mas esse vilão é conjuntural. A retomada do crescimento econômico, com estabilização da economia, o enxugamento e a fiscalização dos gastos públicos, o combate à corrupção e a criação de condições para investimentos externo e interno podem resolver essa situação.

O problema maior, e que realmente preocupa, é de base. Diz respeito ao desemprego estrutural.

Conforme dados noticiados pelo Brasil Escola¹¹, 20% da população economicamente ativa compõe o setor primário¹², 21% o setor secundário¹³ e 59% o setor terciário¹⁴.

No setor quaternário, que requer mão de obra altamente especializada e que não é representativo no Brasil, nem aparecendo nas estatísticas, se destacam a Coreia do Sul, o Japão, o EUA e a Inglaterra. Pois esses países, em 2005, exportaram em conhecimento o equivalente a três vezes todas as exportações brasileiras de soja e derivados.

No entanto, o número de analfabetos no Brasil em 2015, segundo o IBGE, era de 13 milhões de pessoas¹⁵, praticamente o mesmo número de desempregados. E é colossal o número de pessoas alfabetizadas que não sabe se expressar. Sem falar que o PNUD demonstra que em 2012 o Brasil tinha a menor média de anos de estudo entre os países da América do Sul e, segundo

pesquisa do CNI e do Ibope, mais de 1 hora é gasta em deslocamento para se chegar à escola.

É verdade que a taxa de abandono escolar no ensino fundamental foi significativamente reduzida¹⁶. Mas a de abandono no ensino médio antes do término do ano letivo é de um a cada dez estudantes. Para o adolescente e seus pais, as restrições de renda familiar, a falta de percepção do retorno educacional e a necessidade de contribuir para o sustento da família, visando à obtenção de ganho imediato, inibem a permanência nas escolas.

Políticas de estímulo a ofertas de estágios remunerados, compatíveis com a formação gradativa do conhecimento, podem contribuir para a reversão desse quadro, garantindo a permanência dos adolescentes nas escolas públicas. Ganhar dinheiro com estudo é preferível ao abandono da escola e engajamento em ocupações de baixa qualificação, sem perspectiva futura.

Mas não basta. Os professores devem ser bem preparados. Os currículos devem propiciar a reflexão e atenderem às necessidades do mercado, preparando para o ingresso nas universidades e para aspirações por melhores ocupações, mormente diante das novas tecnologias, que suprimem ou reduzem postos tradicionais de trabalho. E não é o que se vê na rede pública. Tanto que, sabidamente, ingressam em maior número nas universidades públicas os alunos advindos de escolas particulares.

O *déficit* educacional é, portanto, um dos maiores entraves à eliminação do desemprego estrutural. Mas há vários outros, no entanto.

Segundo dados do Sebrae, no Brasil, as micro e pequenas empresas respondem por 27% do PIB, 52% dos empregos formais e 40% dos salários pagos.¹⁷ Mas os direitos trabalhistas básicos são os mesmos das médias e grandes empresas, sem incentivos significativos. Para essas empresas pesa o custo do contador; pesa o custo da substituição de empregado em férias; pesa o custo do 13º salário. Resultado? O descumprimento sistemático da legislação trabalhista pelo setor que mais gera empregos.

É preciso criar e colocar em prática políticas públicas que amenizem a burocracia de funcionamento dessas empresas, exijam o cumprimento das legislações trabalhista, previdenciária e fiscal e que busquem compensar, com incentivos, a geração formal de emprego.

Para as micro e pequenas empresas, o desconto, nas contribuições previdenciárias, do custo da substituição do trabalhador em férias, como ocorre com salário maternidade das gestantes; o parcelamento, em até quatro vezes, da gratificação natalina; e o recolhimento simplificado do FGTS, da contribuição

previdenciária e da antecipação mensal da indenização de 40%, para liberação em caso de despedida imotivada, nos moldes da sistemática adotada para o emprego doméstico, diminuiria a burocracia e facilitaria o cumprimento da legislação, além de um tratamento fiscal realmente diferenciado em relação às médias e grandes empresas.

Outro fator que influi, significativamente, para o desemprego estrutural é a falta de regulamentação do art.7º, I, da CF. Diz-se que a motivação, como se a proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa não fosse um comando constitucional, engessaria as relações trabalhistas e que trabalhador bom não é despedido. Será?

Ora, a desnecessidade de motivação para as despedidas imotivadas transformou o Brasil no país de maior rotatividade de mão de obra do mundo. O tempo médio de permanência no emprego é de 2 anos, rotativos entre as ocupações.

O efeito social é perverso e atenta contra a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, porque: a) depois de 2 anos de conquistas sindicais, o trabalhador é trocado por mão de obra mais barata, isenta das melhorias remuneratórias e começa do zero em outro emprego; b) depois de certa idade, em que pese a experiência acumulada, compensatória do vigor produtivo, o trabalhador tem dificuldades de reingressar no mercado de trabalho; c) a falta de motivação para a despedida permite a denúncia vazia para rompimento do contrato, levando o empresário a não investir na qualificação de mão de obra descartável; e, d) trabalhador que não tem a garantia da motivação contra a despedida arbitrária ou sem justa causa não tem voz dentro da empresa contra abusos empresariais, com receio do rompimento do contrato, levando a Justiça do Trabalho a se transformar na justiça dos desempregados. A motivação lhe daria a segurança de procurar reverter as ilegalidades, em atuação preventiva contra futuras reclamações.

Todavia, no plano econômico, que interessa mais de perto à sociedade, o efeito é ainda pior. A constante rotatividade leva a desenfreado saque na conta do FGTS, corroendo a acumulação dos recursos para investimentos em construções populares e obras sociais. Cada despedida leva ao pagamento de seguro desemprego, causando rombos sucessivos no FAT. E o custo das rescisões contratuais e dos 40% de indenização compensatória são, já na admissão, agregados aos preços dos produtos e serviços como custo operacional, encarecendo-os para o consumidor e, principalmente, para as pequenas empresas, as mais afetadas na competição no mercado.

Enfim, a falta de regulamentação do art.7º, I, da CF

leva ao desemprego estrutural rotativo, com custos sociais e econômicos significativos e impactantes, contribuindo para a manutenção ou o aumento das desigualdades sociais, com eliminação periódica das conquistas sindicais incorporadas ao tempo de serviço e precarização das relações de trabalho, inclusive diante da possibilidade de denúncia vazia do contrato, por qualquer ato do trabalhador que desagrade o empregador.

Não bastasse, a organização sindical brasileira não é nem um pouco democrática. Na contramão da história, é corporativa. Divide trabalhadores e empregadores apenas em categorias correspondentes à atividade preponderante da atividade econômica, ressalvadas as categorias profissionais diferenciadas, sem liberdade de sindicalização por empresa, setor ou qualquer outro critério. Tudo em ambiente com representação única numa mesma base territorial, mediante financiamento por contribuições obrigatórias.

Evidentemente, as categorias não são representativas da vontade de seus integrantes, ali colocados numa camisa de força.

A unicidade inibe a concorrência entre sindicatos que poderiam atuar numa mesma base territorial competindo por melhores serviços e o desinteresse em se associar a único sindicato existente por enquadramento obrigatório decorre do fato de que faz jus ao que ficar decidido independentemente de sua participação em assembleias.

Por outro lado, uma estrutura sindical que atua para a preservação da contribuição sindical obrigatória e luta pela obtenção de contribuições automáticas assistenciais pelo simples fato da obtenção de melhorias para as categorias, está comprometida. Não tem isenção perante os legisladores e o governo para lutar uma luta real pela concretização dos direitos dos trabalhadores e dos empresários. Submete-se a qualquer proposta que lhe permita manter o *status quo*.

Tudo somado, as negociações coletivas não têm, por parte da categoria representada, real autoridade para se sobreporem às leis, tudo levando ao descrédito no sistema e à opção de muitos por ganhos informais, eis que o regime formal de trabalho importa em vinculação instável, geradora de recolhimento de tributos e contribuições mal utilizadas.

Isso não quer dizer que não exista, no Brasil, categorias fortes e com boa representatividade. Mas até elas seriam ainda mais fortes e mais representativas num sistema de plena liberdade sindical. O que é bom pode tornar-se melhor, o que é ruim pode melhorar e o que é péssimo precisa mesmo acabar.

Impõe-se, juntamente com a regulamentação da

motivação para as despedidas arbitrárias ou sem justa causa a reestruturação da organização sindical brasileira, para efeito de representação plural, democrática e concorrencial numa mesma base territorial, com financiamento facultativo para a obtenção das vantagens da sindicalização e a necessária representatividade e autoridade das negociações coletivas flexibilizadoras das normas estatais.

Note-se, a propósito da tributação antes referida, que para os trabalhadores situados na faixa até 5 mil reais, a pessoa física é menos taxada do que a jurídica. Mas na faixa de 7.500 a 20 mil reais, a diferença de tributação contra a pessoa física chega a 38%, o que é bom para as empresas, mas cruel para os trabalhadores. Ou seja, a tributação do trabalho passa a ser maior do que a tributação do lucro.

É preciso estabelecer uma arrecadação tributária mais justa e melhor utilização e fiscalização dos recursos, para a recuperação da credibilidade no sistema formal.

Outro fator de desestímulo ao pleno emprego, igualmente estrutural, é o incentivo à prestação de horas extras. Se um condomínio pode funcionar com 3 empregados, cada um fazendo 2 horas extras e trabalhando nas folgas em rodízio, porque contratar outro? Se uma empresa pode ter 3 turnos ininterruptos de revezamento trabalhando 8 horas cada, num tal de 24, para que ter 4 trabalhadores fazendo 6 horas cada, num total de 24?

Resultado disso? Menos oportunidades de trabalho, poucos trabalhadores trabalhando muito e muitos trabalhadores formalmente não trabalhando.

A regulamentação eficaz da participação nos lucros e na gestão empresarial, para inserção do trabalhador na vida empresarial, bem como a remuneração atrelada à produção quantitativa e qualitativa durante a jornada normal, tornarão mais atrativas as relações de trabalho, em proveito mútuo empresa-trabalhador.

Mas outros fatores ainda podem ser acrescentados, por exemplo, o fato de que o Brasil é um dos campeões mundiais em acidentes do trabalho típicos e decorrentes de doenças profissionais. Além do custo previdenciário, as sequelas que atingem esses trabalhadores terminam por retirar-lhes ou diminuir sensivelmente as oportunidades do mercado de trabalho. Mesmo com o reaproveitamento por cotas, as deficiências inabilitam ou reduzem aspirações do trabalhador ao alcance de uma função melhor.

Tratemos agora da informalidade.

Conforme dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), há mais de 300 milhões de trabalhadores informais no mundo. E aponta que mais

de 30 milhões são brasileiros¹⁸. Mas pelos cálculos inicialmente feitos, de comparação entre a população total, a economicamente ativa e a dependente da ativa, parece que esse número pode chegar a 45,7 milhões de pessoas, o que representa praticamente a metade da população brasileira economicamente ativa e cerca de 20% do total da população.

Segundo o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial e a FGV, o mercado informal movimentou 957 bilhões de reais em 2015, equivalente a 16,2% do PIB.¹⁹ Sobre esse valor não houve recolhimento direto de tributos, logo não gerando receita para o país, o que reduz as possibilidades de investimento estatal e sobrecarrega os milhares de contribuintes inseridos na economia formal.

A informalidade pode ter como fatos geradores não apenas o descrédito gerado por todos os entraves acima destacados, como também a excessiva burocracia para a atuação legal, o receio da excessiva oneração diante dos encargos fiscais crescentes promovidos pelos vários níveis de governo e a má utilização dos recursos arrecadados. Tudo isso leva ao declínio da percepção de justiça social e à ideia de que é possível obter maiores ganhos ou ganhos mais compensatórios na atuação informal.

O fomento a programas de incentivo à abertura do próprio negócio e de regularização das atividades empresárias informais, envolvendo inclusive anistia²⁰, num contexto em que as demais propostas já apresentadas sejam implementadas, certamente reduzirão a informalidade.

Finalmente, para que a legislação trabalhista, nos dias atuais, adquira maior prestígio, é preciso que ela corresponda aos anseios dos trabalhadores e empresários. E não corresponde quando é excessivamente burocrática e intervencionista ou quando muitos trabalhadores com habilidades especiais, renomado prestígio ou larga experiência, que auferem rendimentos acima de 40 salários mínimos, não vislumbam no contrato individual de trabalho uma proteção e sim um entrave fiscal e previdenciário, sem efetivo retorno. Para eles impõem, em nome da solidariedade social, contribuições obrigatórias para um sistema previdenciário de funcionamento caótico, com critérios constantemente modificados e valores regularmente achatados, que não utilizam e os obriga à opção pela despesa acrescida de planos de saúde e de previdência privada.

Enfim, para esses trabalhadores o contrato de trabalho deveria ser opcional. Outros tipos de vinculação ou a opção unicamente pela previdência complementar seriam mais razoáveis. A realidade do contrato pode ser mais assustadora do que o contrato realidade.

É fato que a legislação trabalhista necessita de atualização. É corporativa no plano coletivo. É excessivamente burocrática e intervencionista no individual. Não dedica atenção às novas tecnologias. Não insere o trabalhador na vida empresarial e nas novas formas de produção. Deixa pouco espaço para as negociações. É desatenta à compatibilização dos direitos do trabalhador com as necessidades empresariais. Preocupa-se mais com a remuneração das horas e minutos extras, do que em inibir a sua prestação para oportunizar novos empregos numa mesma ocupação ou em fixar remuneração com base na produção quantitativa e qualitativa durante a jornada normal de trabalho.

Todavia, também é fato que a legislação trabalhista não é a responsável pelo desemprego conjuntural. E que a existência, nos dias atuais, de trabalho análogo ao de escravo, de trabalho infantil, do excesso de jornadas e dos assustadores índices de acidentes típicos de trabalho e de doenças profissionais, não decorre da lei que, ao contrário, procura corrigir essas chagas.

Ninguém tem dúvidas de que as decisões da Justiça do Trabalho, na interpretação da lei, têm humanizado as relações de trabalho e as tornado mais democráticas. E que é uma das responsáveis pela estabilidade das relações coletivas e pela paz social, na atuação preventiva e compositiva das greves num país desigual que, como visto, é um barril de pólvora.

Também está claro que o déficit educacional, os problemas de mobilidade urbana e o descrédito no sistema, pela má utilização das crescentes onerações previdenciária e fiscal, não decorrem da legislação trabalhista. E que a falta e regulamentação da despedida arbitrária ou sem justa causa, é causadora de desemprego rotativo estrutural.

Por outro lado, o Brasil cresceu e cresceu muito e de forma constante enquanto a economia esteve estável. Os direitos trabalhistas não atrapalharam esse crescimento, tanto assim que o índice de desemprego era baixo e proliferaram oportunidades de empreendimentos e de trabalho.

Evidentemente, em época de recessão e até mesmo em razão de crise na empresa, os direitos trabalhistas podem ser reduzidos ou flexibilizados, sendo inúmeras as previsões e alternativas previstas em lei, a exemplo da suspensão temporária do contrato de trabalho, da redução da jornada com redução proporcional dos salários por problemas conjunturais e também para recuperação judicial de empresa.

Reforma da legislação trabalhista centrada unicamente na prevalência do negociado sobre o legislado, com manutenção da atual estrutural sindical e

desvinculada das reformas estruturais de que o país realmente necessita, afinadas com as necessidades do século XXI, visando mais oportunidades para a livre iniciativa, diminuição das desigualdades, redução da pobreza e melhoria das condições sociais do traba-

lhador, é absolutamente míope, insólita e incapaz de resolver as questões que poderiam levar à transformação da sociedade. Apenas levará à precarização, ao desestímulo, ao aumento do desemprego estrutural, da informalidade e das desigualdades.



Fontes consultadas

<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>
<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/08/brasil-tem-mais-de-206-milhoes-de-habitantes-segundo-o-ibge.html>
<http://brasilecola.uol.com.br/brasil/populacao-atual-brasil.htm>
http://www.eshoje.jor.br/_conteudo/2016/08/noticias/geral/43346-ibge-brasil-ja-tem-206-milhoes-de-habitantes.html
<http://br.advfn.com/jornal/2016/08/pnad-brasil-encerrou-julho-de-2016-com-90-5-milhoes-de-pessoas-ocupadas>
<http://www.opopular.com.br/24-dos-brasileiros-levam-mais-de-uma-hora-para-chegar-ao-trabalho-ou-%C3%A0-escola-1.30010>
<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/09/11/trajeto-casa-trabalho-leva-ao-menos-duas-horas-em-oito-capitais-diz-firjan.htm>
ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadores_ibge/2016/pme_201602pubCompleta.pdf
<http://www.valor.com.br/brasil/4582235/taxa-de-desemprego-sobe-para-112-no-trimestre-ate-abril-nota-ibge>
<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/populacao-economicamente-ativa-brasil.htm>
<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/populacao-economicamente-ativa-pea.htm>
<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/08/brasil-ja-tem-quase-12-milhoes-de-trabalhadores-desempregados.html>
<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD>
http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160119_brasil_desemprego_oit_fd
<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2012-04-23/professores-nao-sao-preparados-para-ensinar.html>
<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/07/brasil-tem-13-milhoes-de-analfabetos.html>
<http://www.brasil.gov.br/educacao/2013/11/mec-cria-grupo-para-examinar-causa-de-evasao-escolar>
<http://www.brasil.gov.br/educacao/2013/11/mec-cria-grupo-para-examinar-causa-de-evasao-escolar>
<http://alunosonline.uol.com.br/geografia/trabalho-informal.html> Consulta feita em 29/09/2016.
<http://www.brasil247.com/pt/247/economia/240883/Com-recess%C3%A3o-informalidade-cresce-pela-primeira-vez-em-12-anos.htm>

Notas

¹ <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/> Consulta feita em 29/09/2016.
² <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/08/brasil-tem-mais-de-206-milhoes-de-habitantes-segundo-o-ibge.html> Consulta feita em 29/09/2016.
³ <http://brasilecola.uol.com.br/brasil/populacao-atual-brasil.htm> Consulta feita em 29/09/2016.
⁴ http://www.eshoje.jor.br/_conteudo/2016/08/noticias/geral/43346-ibge-brasil-ja-tem-206-milhoes-de-habitantes.html Consulta feita em 29/09/2016.
⁵ <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/09/11/trajeto-casa-trabalho-leva-ao-menos-duas-horas-em-oito-capitais-diz-firjan.htm> Consulta feita em 29/09/2016.
⁶ <http://br.advfn.com/jornal/2016/08/pnad-brasil-encerrou-julho-de-2016-com-90-5-milhoes-de-pessoas-ocupadas> Consulta feita em 29/09/2016.
⁷ ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadores_ibge/2016/pme_201602pubCompleta.pdf Consulta feita em 29/09/2016
⁸ <http://www.valor.com.br/brasil/4582235/taxa-de-desemprego-sobe-para-112-no-trimestre-ate-abril-nota-ibge> Consulta feita em 29/09/2016.
⁹ <http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/08/brasil-ja-tem-quase-12-milhoes-de-trabalhadores-desempregados.html> Consulta feita em 29/09/2016.
¹⁰ http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160119_brasil_desemprego_oit_fd Consulta feita em 29/09/2016.
¹¹ <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/populacao-economicamente-ativa-pea.htm> Consulta feita em 29/06/2016.
¹² Agricultura, pecuária e extrativismo.
¹³ Indústria.
¹⁴ Comércio, educação, saúde, telecomunicações, serviços de informática, seguros, transporte, serviços de limpeza e de alimentação, turismo, serviços bancários e administrativos, transportes.
¹⁵ <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/07/brasil-tem-13-milhoes-de-analfabetos.html> Consulta feita em 29/09/2016.
¹⁶ 7%. Mas 7% em uma população de 206 milhões é dado preocupante. A Argentina tem taxa em torno de 6%, mas tem apenas 44 milhões de habitantes.
¹⁷ <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD> Consulta feita em 29/09/2016.
¹⁸ <http://alunosonline.uol.com.br/geografia/trabalho-informal.html> Consulta feita em 29/09/2016.
¹⁹ <http://www.brasil247.com/pt/247/economia/240883/Com-recess%C3%A3o-informalidade-cresce-pela-primeira-vez-em-12-anos.htm> Consulta feita em 29/09/2016.
²⁰ Por que não? Se a delação premiada pode ser compensatória para a sociedade, pelos benefícios que pode gerar, a anistia de tributos pode ser igualmente compensatória, pelo benefício da inserção da atividade na economia formal.



Mesa de abertura

Seminário da OAB/MS debate questões controvertidas do agronegócio

Realizado pela primeira vez, o evento reuniu ministros do STJ e especialistas em direito agrário para debater questões que estão na ordem do dia

Realizada em 14 de outubro, pela seccional Mato Grosso do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/MS), a primeira edição do seminário “Questões controvertidas do agronegócio” reuniu importantes nomes do Poder Judiciário brasileiro no auditório da sede da entidade, em Campo Grande.

O evento, realizado em parceria com a *Revista Justiça & Cidadania* e a Comissão de Direito

Agrário da OAB/SP, teve mesa de abertura composta pelo governador do Estado do Mato Grosso do Sul, Reinaldo Azambuja; Mansour Elias Karmouche, presidente da OAB/MS; Miguel Alves Duarte, desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, representando o presidente do TJMS, desembargador João Maria Lô; Antonio Augusto Coelho, presidente da Comissão de Direito Agrário da OAB/SP; Maurício Saito, presidente da

Famasul; Marcus Vinícius Furtado Coêlho, membro honorário vitalício do Conselho Federal da OAB; e Tiago Salles, presidente do Instituto Justiça & Cidadania.

O presidente da OAB/MS destacou que o objetivo do seminário foi debater o aprimoramento dos sistemas comerciais ligados ao agronegócio a partir da visão de juristas. “Os investidores dependem muito dos reflexos do mercado e de como a Justiça se manifesta com relação aos contratos que são feitos entre os particulares. Trouxemos a discussão dessas questões controvertidas e o entendimento das cortes superiores para tentar esclarecer um pouco mais os questionamentos”, esclareceu.

“À medida que discutimos questões agrárias, estamos versando sobre algo fundamental para a dignidade da pessoa humana. Sem o alimento produzido pelo Brasil, e exportado para o mundo todo, todo o discurso de proteção ao ser humano se torna mera retórica”, destacou Marcus Vinícius Furtado Coêlho, salientando o alto nível da programação, com a presença dos ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O advogado também lembrou que, assim como a agricultura é uma das mais antigas atividades humanas, os contratos agrários são os

primeiros a surgir a partir do momento em que o homem começa a se agrupar em sociedades. “Este seminário tem muito a contribuir com a segurança jurídica, para que todos possamos produzir com respeito ao meio ambiente e à propriedade, no sentido de esta cumprir sua função social. E produzir alimentos, ser o celeiro para a humanidade, é a vocação do Brasil. Parabéns à seccional MS pelo ineditismo deste seminário tão importante”, concluiu Coêlho.

O governador Reinaldo Azambuja falou na sequência, também cumprimentando a entidade pela iniciativa de discutir as questões controversas do agronegócio. “Terei de ser repetitivo em ressaltar a importância do agronegócio brasileiro. Nos momentos de crescimento econômico, ele foi o setor que mais alavancou as oportunidades de emprego, de fortalecimento da balança comercial e, principalmente, de geração de oportunidades em todo o País. No momento da retração, ele foi o sustentáculo para que não desabasse mais ainda o Produto Interno Bruto nacional. Por isso, acredito que não devemos classificar o segmento em pequenos, médios e grandes produtores. O agronegócio tem que ser tratado como um todo, principalmente a cadeia produtiva que está ligada a esta atividade”, defendeu Azambuja.

Ele lembrou que participou como legislador (deputado federal) da formação do Código Florestal Brasileiro. “Podemos vivenciar, nas discussões, uma experiência que mostra que o Brasil nada deve a outros países em relação à sua legislação ambiental, que é moderna, eficiente e, principalmente, protetiva para as gerações atuais e futuras. Nós enfrentamos enormes corporações, que muitas delas trabalham em desfavor desse segmento em nosso país. O que vejo de importante na questão controversa é que sabemos que existe alguns questionamentos, inclusive nos tribunais superiores, sobre a constitucionalidade ou não do regramento do novo Código Florestal. Vemos hoje que o próprio governo ampliou até o final de 2017 o Cadastro Ambiental Rural (CAR) e deu mais cinco anos para os programas de regularização ambiental. Muitas ações são impostas a vários segmentos da produção brasileira, de termos de ajustamento de conduta, de inquérito civil, querendo antecipar o cumprimento do que já está estabelecido por lei. Então eu entendo que esta é uma situação controversa que precisa ser definida, até para termos uma sinalização clara para o futuro da produção brasileira”, disse.



Fotos: OAB/MS

Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, Reinaldo Azambuja

O Governador também chamou a atenção sobre a necessidade de não permitir que instruções normativas ou regras infraconstitucionais criadas dentro das estruturas governamentais sobreponham as leis maiores, no caso o Código Florestal. Outro ponto importante, de acordo com ele, é a questão fundiária. “Nós vivenciamos um período da criação dos programas de assentamento. Não cabe discutir se foi certo ou errado, mas criaram-se, dentro da estrutura fundiária do País, vários assentamentos rurais de pequenos produtores. Muitos deles têm capacidade produtiva, mas há uma enormidade que não têm a mínima condição, por falta, muitas vezes, de apoio, assistência técnica e uma política pública de produção dentro dessas áreas. Nosso grande desafio é criar modelos produtivos para esse pequeno produtor ter sustentabilidade”, declarou, acrescentando também outros elementos correntes no panorama do agronegócio no estado, como a questão indígena, que tem gerado forte insegurança jurídica.

A primeira palestra do evento teve como tema o novo Código Florestal Brasileiro, com apresentação do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do STJ,

tendo como debatedores o secretário estadual de Governo e Gestão Estratégica de Mato Grosso do Sul, Eduardo Riedel, e o professor Peres, da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz da Universidade de São Paulo (Esalq). Ele começou trazendo um panorama com um relatório feito pela Sociedade Paulista de Agricultura, em 1915, que aponta os prejuízos causados ao meio ambiente pela cultura cafeeira em toda a extensão do estado de São Paulo e prevê a crise hídrica que vivemos hoje.

De acordo com o documento, em 1854, a cobertura vegetal correspondia a quase 82% do estado paulista. Em 1907, esse percentual caiu para 58%; em 1920 chegou a 44%; em 1952 a 18% do estado. O ponto mais baixo se deu nos anos 1990, com apenas 13% da superfície do estado coberta por vegetação. “Começa a partir daqui uma retração, talvez por eficácia do Código Florestal de 1965, em conjunto com a legislação de proteção ambiental de 1980, que fez recuperar esta cobertura para 17%, de acordo com dados de 2009”, disse o ministro.

Segundo Cueva, é claro que as restrições administrativas no uso da propriedade e no uso das



Antonio Augusto Coelho, presidente da Comissão de Direito Agrário da OAB/SP

florestas já existiam no Brasil colônia e os códigos que foram criados ao longo dos anos ampliaram a proteção às florestas, aos biomas e às formações vegetais. O código de 1965, por exemplo, criou alguns instrumentos importantes, como a Reserva Legal e as Áreas de Proteção Permanente (APP). Portanto, o novo Código Florestal consolida a proteção já existente, mas cria outros mecanismos. A visão do STJ sobre tais questões e a maneira como o Tribunal tem dado aplicação plena ao Código Florestal foram os pontos centrais da palestra apresentada.

O secretário estadual de Governo e Gestão Estratégica de Mato Grosso do Sul, Eduardo Riedel, comentou que, hoje, aproximadamente 31 mil propriedades já estão cadastradas no CAR, do montante de 80 mil propriedades que existem no estado. “Entre as propriedades acima de quatro módulos rurais, que são em torno de 20 mil, já temos mais de 85% delas cadastradas. As outras 60 mil estão passando por este processo, mas o estado já contratou o apoio de empresas para que massificasse essa inserção no CAR porque é um grande instrumento de gerenciamento de todo esse arcabouço legal”, comentou.

Na sequência, o seminário abriu espaço para

discutir as redes contratuais do agronegócio. O tema foi exposto pelo presidente da Comissão de Direito Agrário, Antonio Augusto Coelho, e teve como debatedores João Maria de Souza, da OAB-DF, e o desembargador do TJMS, Odemilson Roberto de Castro Fassa.

Ele começou tocando no assunto da recente promulgação, pelo presidente de República, Michel Temer, da Lei nº 13.288, de 16 de maio de 2016, que regra a relação da integração vertical, um aspecto que, na agricultura, é fundamental. De acordo com ele, esta norma não foi devidamente ponderada e deverá trazer enormes impactos ao agronegócio brasileiro. “Ela traz institutos completamente desconhecidos por todos nós, em uma inovação mundial. Ela realmente procurou regulamentar, mas sem a devida discussão”, declarou.

O ponto fundamental, de acordo com ele, é que a lei abarca todo o segmento agropecuário. Quer dizer, é corrente nas teorias econômicas e na própria concepção do instituto da integração vertical, de que ela está configurada quando há mais de um segmento daquela atividade. “Em geral, no setor de agronegócios temos a fase antes da porteira,



Mansour Elias Karmouche,
presidente da OAB/MS



Ministro Paulo de Tarso
Sanseverino, do STJ



Marcus Vinícius Furtado Coêlho,
membro honorário vitalício do
Conselho Federal da OAB



Ministro Ricardo Villas Bôas
Cueva, do STJ

que é a produção de insumos, fertilizantes e tudo o mais. Estes itens são fornecidos para um segundo segmento, que está localizado dentro da porteira, ou seja, a própria atividade agrária. E há ainda um terceiro, um pouco além da porteira, que é a comercialização, o armazenamento, a logística e tudo o mais até chegar ao consumidor final. Portanto, a grande tendência em uma integração vertical é a redução dos custos de transação”, destacou.

A última palestra do seminário debateu os contratos agrários na jurisprudência do STJ. O assunto foi abordado pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino e debatido pelo vice-presidente da OAB/MS, Gervásio Alves de Oliveira, e pela representante da OAB/ES, Érika Ferreira Neves. O ministro começou falando sobre sua grande experiência na área de contratos, desde os tempos de juiz no Rio Grande do Sul.

Na abertura da palestra, o ministro mencionou a grande tensão existente entre os grandes princípios do direito privado. “Os grandes fundamentos do direito privado aplicáveis ao direito contratual e aos contratos são os princípios da autonomia privada, da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do dirigismo contratual ou intervenção estatal. Esses quatro grandes princípios consagram os grandes valores da ordem jurídica”.

Segundo Sanseverino, o que se observa na ideia de sistema e microsistema é exatamente uma grande tensão entre esses quatro princípios. “Claro que no Código Civil a grande prevalência é o princípio da autonomia privada, uma relação entre iguais. O mesmo ocorre no plano do direito empresarial, mas nós temos no próprio Código Civil a ideia da autonomia privada, mesmo nesses casos, não ser o poder absoluto. Ela é limitada tanto pela função social do con-

trato como pela boa-fé objetiva. E especialmente nos microsistemas normativos, muitas vezes esses princípios adquirem uma importância ainda maior. Esses microsistemas são fundamentalmente leis de ordem pública e há uma grande intervenção estatal, como é o caso do CDC, mas ali também há uma importância muito grande do princípio da boa-fé objetiva. E de outro lado, no Estatuto da Terra, além de ser uma lei de ordem pública, há uma grande preocupação com a função social deste contrato”, explicou.

O ministro trouxe, da jurisprudência do STJ, quatro grandes questões para o debate: incidência do Estatuto da Terra ou não em determinados contratos; as discussões sobre direito de preferência do arrendatário; o debate sobre prazo mínimo do contrato; e, finalmente, o preço fixado em produto. “A primeira discussão é um precedente intencional. Desde que eu cheguei no STJ eu vinha procurando

um caso em que se pudesse discutir a questão da aplicabilidade ou não do Estatuto da Terra a contratos celebrados entre grandes empresas rurais. Porque, o contrato era muito claro, em que não se aplicaria o Estatuto da Terra e, em caso de venda, o arrendatário desocuparia o local num prazo de 30 dias. Houve a venda do imóvel e foi invocado o Estatuto da Terra. O contrato era muito claro, entre grandes empresas, e nessa decisão da 3ª Turma, em 2016, que é um caso de Tocantins, se entendeu que nos contratos celebrados entre grandes empresas rurais não se aplicaria o Estatuto da Terra. O argumento para se afastar a aplicação deste foi exatamente o decreto regulamentar, pois ali está muito clara a distinção entre função social da propriedade, mas também a ideia de justiça social, que é a proteção do pequeno produtor rural. Neste caso, não havia necessidade alguma de proteção de uma grande empresa rural”, concluiu.

Demarcação de terras indígenas

A necessidade de uma visão diferenciada

Mauricio Saito | Presidente do Sistema Famasul

Mato Grosso do Sul é um estado com grande vocação agropecuária. A partir de intenso trabalho realizado pela comunidade científica – em nosso estado temos a presença de 3 unidades da Embrapa, uma em cada um de nossos biomas e 2 fundações estaduais de pesquisa, além das universidades, Federal e Estadual –, o produtor rural teve a oportunidade de adotar tecnologias sustentáveis de produção sobre áreas antropizadas, o que nos torna referência nacional em produção e produtividade.

E este trabalho reflete-se não somente em indicadores econômicos positivos, mas também em evolução social de nossos cidadãos. Um exemplo que confere essa realidade é o número de empregos gerados pelo nosso setor agropecuário, em Mato Grosso do Sul, nos meses de janeiro e agosto de 2016, conforme dados do Cadastro Geral de Emprego e Desemprego (Caged), do Ministério do Trabalho e Emprego.

Por isso, faz-se necessária a exposição de uma grande preocupação em nosso estado, que é a questão fundiária. Atualmente, a discussão sobre a demarcação de terras indígenas atinge vários estados pelo Brasil que, a despeito das diferentes realidades fundiárias, vêm experimentando, como um todo, a *relativização da propriedade privada*.

O tema é muito complexo, amplo, e possibilitaria uma reflexão e ponderações muito mais aprofundadas. Nos últimos anos a demarcação de terras indígenas alcançou uma proporção não verificada em tempos anteriores, sendo vários os processos em andamento para alcançar essa finalidade.

A menção à propriedade privada não se faz com o objetivo de polarizar o discurso, o que infelizmente tem ocorrido em demasia em nosso país, entre

“ É necessário que os Poderes Constituídos, através de uma atuação efetiva e propositiva, auxiliem todos os atores envolvidos no problema a uma solução mais rápida possível, com vistas a proporcionar o desenvolvimento e atendimento de todas as demandas.”

direita e esquerda, entre o capitalismo e o socialismo. O respeito à propriedade privada é inegavelmente uma característica de países com viés empreendedor, o que historicamente se mostra em nosso país.

De modo que a menção à propriedade privada se faz para chamar a atenção a respeito de um problema da maior gravidade que vem ocorrendo em diversos estados, atingindo grandes produtores rurais e também produtores de pequeno porte, que utilizam a terra para sua subsistência. Ou seja, está-se a criar no país, com o argumento de se realizar a justiça histórica com as comunidades indígenas, um outro e grave problema social e de confiança para o Brasil.

A ocupação do país, notadamente de seus rincões mais longínquos se deu, em grande parte, pelo incentivo do próprio Estado, que necessitava ocupar as fronteiras desse país de proporções continentais



seja para garantir a segurança, o que ocorreu no Mato Grosso do Sul após a Guerra do Paraguai, seja para aumentar as divisas com a produção da agropecuária.

Por isso se reclama uma visão realista a respeito do problema das demarcações de terras indígenas, tendo em vista que não se está respeitando essa realidade de propriedades privadas consolidadas, em desprestígio a um dos mais importantes direitos da Constituição Federal: a segurança jurídica.

Não se desconhece, e não é esse o objetivo, as demandas das comunidades indígenas, que necessitam, é verdade, de um apoio estatal, de políticas públicas que lhes permitam a tomada de decisões sem influências externas, a respeito de seu destino e de suas demandas, mas sem que com isso se desprestige uma realidade jurídica posta, de milhares de produtores rurais que, a despeito de terem adquirido legitimamente suas terras, veem-se expropriados, sem qualquer tipo de indenização.

O Poder Judiciário, de outro lado, através do julgamento do caso conhecido como Raposa Serra do Sol (PET 3.388/RR), contribuiu sobremaneira para a resolução do problema, prestigiando a segurança jurídica, ao traçar diretrizes objetivas para

a demarcação de terras, como o marco temporal e a proibição de ampliação de reservas indígenas já demarcadas, entendimento que tem sido reiterado em inúmeros e importantes outros precedentes da Corte.

Preocupa-nos, entretanto, o número de invasões de propriedades privadas no País, por comunidades indígenas, ainda à espera de solução, sendo que somente no Mato Grosso do Sul, até o presente momento, são mais de 120 propriedades invadidas, não se podendo ainda desprestigar realidades de outros estados, como Bahia, Minas Gerais, Mato Grosso e Rio Grande do Sul.

É necessário que os Poderes Constituídos, através de uma atuação efetiva e propositiva, auxiliem todos os atores envolvidos no problema a uma solução mais rápida possível, com vistas a proporcionar o desenvolvimento e o atendimento de todas as demandas.

Por mais complexa que seja a situação e o contexto que vivemos, enfatizamos que temos confiança no trabalho do Poder Judiciário, acreditando que é a Justiça que irá equilibrar essa balança, tendo em vista o amadurecimento dos temas, observado nos julgados proferidos pelo Poder Judiciário. 

“Bob”

José Geraldo da Fonseca

Desembargador Federal do Trabalho no Rio de Janeiro
Membro do Conselho Editorial

Bons tempos, aqueles, em que, pouco depois da decolagem, o comandante avisava que em instantes iniciariam o serviço de bordo e lá vinham as comissárias com seus carrinhos frigobar oferecendo sucos em caixinha, café, amendoins, barrinhas de cereais, refrigerante *diet*, água e, dependendo da duração do voo e do *savoir-faire* da companhia aérea, uma refeição frugal e vinhos de razoável procedência. Tudo de graça (eu disse “de graça”?). Agora, por decisão de algumas dessas empresas, as comissárias circulam entre os passageiros com aquelas indefectíveis maquininhas de cartões de crédito e cardápios de *snacks* doces e salgados seguidos dos preços nem sempre compatíveis com a qualidade da comida e *folders* promocionais de produtos *duty free* como vinhos, relógios, chaveiros, perfumes, canetas, bolsas e jóias femininas. No jargão dos aeronautas, entramos na era “*bob*”. “Bob” é uma sigla inventada para “*buy on board*”, ou “*venda a bordo*”. A era do lanchinho 0800 está de pouco em pouco chegando ao fim.

Os especialistas concordam que a decisão de suspender o fornecimento gratuito de lanches e de iniciar as vendas a bordo não atingiu nenhum dos seus objetivos imediatos – *aumentar a receita das empresas aéreas e enxugar os custos dos voos* –, com a agravante de ter criado, sem necessidade, duas “áreas de turbulência” entre passageiros e aeronautas.

A antipatia dos passageiros é compreensível porque estavam acostumados a receber o lanche de graça e qualquer cobrança agora soa atemporal e é naturalmente rejeitada. Ninguém sai da sua zona de conforto sem exigir algo em troca, e o preço, neste caso, pode ser até mesmo optar por outra companhia aérea nos próximos voos. No caso dos empregados das empresas aéreas o preço a pagar pode ser ainda

mais salgado. Embora todos os comissários recebam comissões sobre as vendas que fazem, seu mal-estar é mais sério porque está desembocando na Justiça do Trabalho a bordo de processos trabalhistas onde reclamam, particularmente, o reconhecimento judicial de que as comissões têm natureza jurídica de pagamento indireto e, assim, tanto quanto as gorjetas dos restaurantes, devem ser somadas ao valor do salário que recebem como aeronautas para reflexos em todos os demais títulos do contrato de trabalho como FGTS, descanso semanal remunerado, INSS, férias e 13º salário, onerando ainda mais a folha de salários. Além disso, como as vendas são feitas a bordo das aeronaves e obviamente durante a jornada de trabalho no ar, pedem que o juiz fixe, por sentença, uma segunda remuneração para esse trabalho adicional, calculada, em regra, em percentuais que estimam de 30% a 50% do valor do salário de aeronauta e retificação da carteira profissional pela suposta descaracterização do contrato de trabalho.

Não há consenso entre os juizes do trabalho sobre a melhor solução. Para alguns, se os empregados da empresa aérea já recebem comissão sobre as vendas, não há base legal para se fixar uma segunda remuneração e não é caso de se falar em dupla função porque as vendas são feitas na mesma jornada de trabalho e decorrem da atividade principal do aeronauta, que já é remunerada pelo salário principal e pelas comissões sobre as vendas. Mas a integração da média das comissões ao salário para reflexos é necessária porque essa quantia adicional é habitual e faz parte do ganho mensal do empregado. É remuneração como qualquer outra. Não tributá-la implicaria legitimar um ganho “por fora” e autorizar a sonegação do imposto de renda, do FGTS e do INSS. Para outros, a obrigação de vender a bordo

desvirtua o contrato de trabalho do aeronauta e apenas a empresa aérea lucra com isso, sendo imprescindível reconhecer a existência de dupla função na mesma jornada de trabalho e fixar uma segunda remuneração para o empregado, sob pena de legitimar o enriquecimento sem causa do patronato.

De certo modo, as duas correntes têm lá um pingo de razão. O contrato de trabalho não tem conteúdo específico e resume uma obrigação de fazer. Segundo o parágrafo único do art.456, da CLT, na falta de prova de que o contrato individual de trabalho permite o desempenho de determinadas funções e proíbe o de outras ou na inexistência de cláusula expressa a esse respeito, entende-se que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. Numa primeira abordagem, portanto, a venda de lanches a bordo dos aviões seria possível e não modificaria em nada o contrato original de trabalho dos comissários de bordo porque é apenas uma nova faceta de uma tarefa que esses trabalhadores sempre executaram – *serviço de bordo* –, só que até então sem custo para os passageiros. Não é difícil concluir que o fato de a refeição a bordo passar a ser cobrada, por decisão da empresa, em nada altera a natureza do trabalho do aeronauta porque essa incumbência sobressalente sempre esteve incluída na rotina dos comissários durante os voos. A questão das vendas *duty free* a bordo exige outra leitura. Não se trata de uma tarefa que os aeronautas sempre fizeram em razão do ofício ou do contrato de trabalho com a empresa aérea nem de um serviço que a companhia habitualmente oferecia aos seus clientes. Mais que isso: ao contrário das refeições, essas vendas não se ligam a uma necessidade fisiológica transitória dos passageiros, que tem de ser satisfeita de alguma forma pela empresa aérea porque o cliente não pode satisfazê-la de outro modo. A venda de produtos a bordo é uma estratégia recente de marketing, idealizada por algumas empresas aéreas, que oferecem a terceiros o espaço interno de suas aeronaves e um público cativo compulsoriamente sujeito à ação dos vendedores. Obviamente, a companhia aérea não faz isso de graça e recebe do fabricante um percentual sobre as vendas feitas aos passageiros. Se ganha com isso, e para realizar essas vendas utiliza o seu próprio pessoal, é justo que os empregados recebam parte dos lucros. Isso já é feito na forma de comissões. Tanto quanto as gorjetas pagas pela clientela aos garçons nos bares e restaurantes, essas comissões, a despeito de não serem consideradas salário em sentido estrito, compõem a remuneração do empregado¹ e têm natureza jurídica de salário, integrando-se ao salário padrão do cargo do aeronauta e refletindo em todos os demais títulos

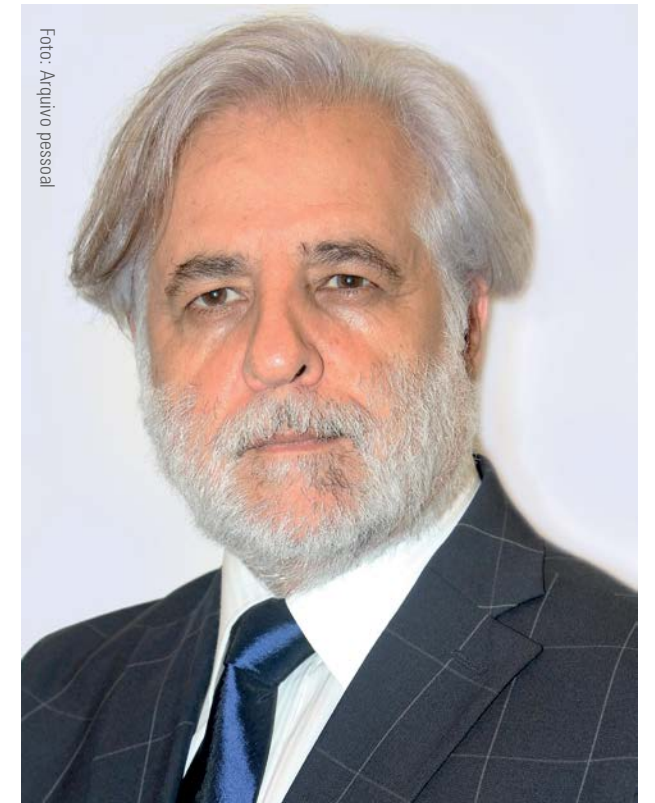


Foto: Arquivo pessoal

do contrato de trabalho, dos quais, por exigência da lei, os ganhos variáveis fazem parte como um dos itens da remuneração².

Resta a outra ponta do problema. Para avaliar se o “*bob*” modifica para pior o contrato de trabalho do aeronauta e justifica o pedido de pagamento de um segundo salário por cumprimento de dupla função é preciso interpretar o contrato de trabalho como palco de um comércio jurídico entre o dador do trabalho “*o empregado*” – e o tomador – *patrão*”. Todo contrato de trabalho contém um feixe de atribuições específicas e outras periféricas. As específicas, ou nucleares, dão ao contrato a sua característica principal. Constituem a sua essência, o núcleo da atividade laboral e não podem ser unilateralmente modificadas pelo patrão sob pena de se alterar a própria relação de emprego, com sérias consequências que a própria CLT prevê, dentre essas até mesmo a rescisão indireta por falta grave patronal por descumprimento das obrigações do contrato³. Mas, ao lado dessas atribuições ditas nucleares, ou essenciais, existem outras, chamadas acessórias, complementares ou periféricas que decorrem naturalmente da execução desse contrato e se inserem naquele rol elástico de que fala o art.456 da CLT. Como regra, as partes podem dispor livremente das condições de trabalho, desde que respeitada a legislação protetiva do empregado⁴. Em princípio, todas as alterações são permitidas, mas não podem trazer prejuízo imediato ou potencial ao



trabalhador⁵. Se o contrato de trabalho não prever quais atividades podem ser exigidas do empregado e quais não podem, a presunção comum é a de que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. Um exemplo talvez calhe: não se pode exigir de uma babá que lave a piscina e apare a grama do jardim ou leve os cães da família para passear enquanto a criança dorme porque essas atividades são totalmente estranhas àquelas do núcleo do contrato doméstico de babá. Não são acessórias do contrato original, cuja obrigação nuclear é a de zelar pelo filho do senhorio. Uma exigência dessas alteraria substancialmente a essência do contrato de trabalho doméstico e permitiria que essa empregada o rescindisse de modo indireto, por culpa exclusiva do empregador⁶. Mas é perfeitamente possível exigir da babá que, enquanto a criança dorme, arrume o quarto do bebê, guarde os brinquedos espalhados pelo chão, prepare as refeições, o banho, os remédios. Essas funções são periféricas, acessórias das principais e sua exigência não infringe nenhuma regra escrita ou tácita dessa profissão.

No caso dos aeronautas, não há nenhum fundamento jurídico que obrigue a empresa aérea a lhes pagar uma segunda remuneração porque a “bob” já é remunerada por comissões sobre o preço dos produtos e realizada na mesma jornada de trabalho. A venda a bordo é compatível com a condição pessoal

dos comissários, pode ser entendida como uma atividade periférica do contrato principal do aeronauta e não modifica a sua estrutura nuclear. Mesmo que, em tese, fosse possível fixar uma segunda remuneração para essa segunda função, não há qualquer fundamento legal que autorize a estipulação, pelo juiz do trabalho, de um percentual sobre a remuneração original do aeronauta. Quando muito, essa “segunda remuneração” poderia ser fixada com base na média física das comissões sobre as vendas a bordo auferidas no último ano de trabalho. Na prática, nem isso, porque os empregados já recebem a remuneração pelo que vendem e o juiz do trabalho não pode administrar salários por sentença. A *buy on board*, cada dia mais comum nas empresas aéreas, é ainda uma “área de turbulência” na relação de emprego dos aeronautas. Patrões e empregados somente poderão ter alguma segurança jurídica quanto ao destino de suas pretensões em juízo se o “bob” tiver previsão expressa no contrato individual de trabalho ou nas normas coletivas da categoria profissional. 

Notas

¹ CLT, art.457, §1º

² CLT, art.457.

³ CLT, art. 483.

⁴ CLT, art.444.

⁵ CLT, art.468.

⁶ CLT, art.483, “d”.

NR NASCIMENTO
& REZENDE
ADVOGADOS

Inovar com primazia
atuando em soluções
jurídico-empresariais

Rua da Ajuda, nº 35, 17º andar, Centro - RJ | CEP: 20040-915
Tel (55 21) 2242-0447 / 2507-1271 | nraa.com.br

Os 73 anos de existência da CLT e sua contribuição para vencer a atual crise econômica brasileira

Julio Bernardo do Carmo | Presidente do TRT-3ª Região

A nossa Consolidação das Leis do Trabalho, popularmente conhecida como CLT, comemora 73 anos de existência. O que a CLT representa para os trabalhadores brasileiros?

A CLT é a lei que rege as relações de trabalho no Brasil, tanto sob o prisma individual quanto sob o prisma coletivo.

Seu idealizador foi Getúlio Vargas, que chegou ao comando da nação na década de 30, quando o Brasil iniciava seus primeiros impulsos industriais.

Naquela época, existiam legislações trabalhistas esparsas que eram seguidamente descumpridas pelo patronato.

Não havia uma estrutura administrativa que desse suporte à observância da legislação trabalhista, inclusive sob o prisma da segurança e higiene do trabalho.

A plataforma política de Vargas centrou-se na chamada questão social, ou seja, prometia ele que com sua chegada ao poder haveria uma regulamentação oficial das relações trabalhistas, cujo escopo imediato era a proteção do empregado frente ao capitalismo, que detinha os meios de produção e fixava as regras de mercado, geralmente pagando salários insuficientes a par de exigir jornadas exaustivas de trabalho.

O sonho de Getúlio era dotar o Brasil de uma legislação trabalhista imposta pelo Estado de forma cogen-

te, regulamentando a forma pela qual o capitalismo poderia aproveitar a força de trabalho do proletariado.

Assumindo o poder Getúlio cumpriu à risca o que prometera.

Encomendou a grandes juristas nacionais a confecção da CLT e tratou de criar o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, surgindo assim uma proteção trabalhista e previdenciária ao trabalhador, a par de lhe ser assegurada igualmente uma proteção previdenciária em caso de infortúnio.

A legislação trabalhista brasileira inspirou-se nos melhores modelos de países avançados do Continente Europeu, principalmente a Itália, de Mussolini, que lhe serviu de modelo para introduzir na seara sindical o chamado corporativismo estatal.

Ou seja, todos os trabalhadores deveriam associar-se ao sindicato e este atuaria como órgão coooperador do Estado, recebendo em contrapartida sua receita de mão beijada, através da criação do chamado imposto sindical, que até hoje prevalece no Brasil, em que pesem os esforços modernizantes e democráticos idealizados pela Constituição Brasileira de 1988.

De fato, existem até hoje no Brasil, como ranços do corporativismo italiano que forjou nosso modelo sindical, o imposto obrigatório cobrado da categoria profissional e econômica e a unicidade sindical, que a par de impor o sindicato único representativo de determinada categoria profissional ou econômica,

“A CLT é de extrema importância para os trabalhadores brasileiros porque, como dito, ela regulamenta de forma obrigatória as relações trabalhistas individuais e coletivas em nosso país.”

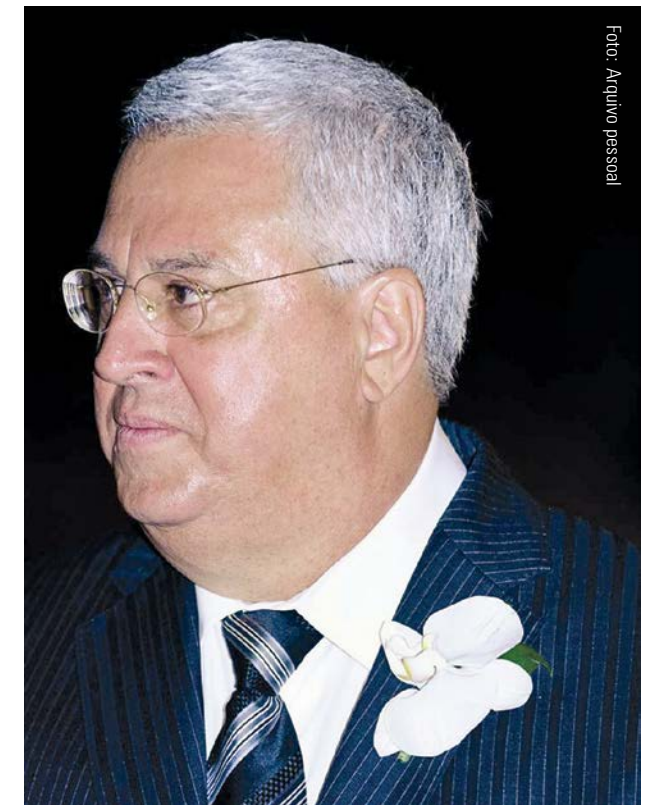


Foto: Arquivo pessoal

estabelece ainda que sua base territorial não pode ser inferior ao território do município.

A representação classista, outro ranço do corporativismo, caiu com a emenda constitucional nº 24 de 9 de dezembro de 1999.

A CLT é de extrema importância para os trabalhadores brasileiros porque, como dito, ela regulamenta de forma obrigatória as relações trabalhistas individuais e coletivas em nosso país.

A obrigatoriedade de sua regras decorre do dirigismo estatal, ou seja, o Estado fixa anteriormente na lei quais são as condições legais que deverão orientar a contratação de um trabalhador com vínculo de emprego no Brasil.

Este é um grande detalhe

A CLT não se ocupa de todas as relações trabalhistas mas sim da relação trabalhista que tem como base um contrato de trabalho ou de emprego.

Ou seja, sendo prestado trabalho de forma pessoal pelo trabalhador, de maneira contínua e sob subordinação jurídica e econômica, incide automaticamente as regras protetivas da CLT, que não podem ser burladas pela vontade unilateral do patronato.

Existe um dispositivo na CLT, precisamente o artigo 9º, que resguarda de maneira completa a proteção legal que deve ser dispensada ao trabalhador brasileiro.

Ali se diz com bastante propriedade que serão nulos os atos praticados pelo patronato com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos consolidados na presente Consolidação.

Da mesma forma o artigo 468 da CLT estipula com proverbial sapiência que “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

Resta então a pergunta: o patronato não pode livremente e de comum acordo com o trabalhador idealizar condições de trabalho não previstas na CLT?

A resposta é afirmativa

Desde que sejam respeitadas as regras trabalhistas de caráter cogente e imperativo pode sim o patronato ajustar livremente com o trabalhador novas condições de trabalho.

Isto está assegurado no artigo 444 da CLT que assim dispõe: “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha as disposições de proteção ao trabalho, os contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e as decisões das autoridades competentes”.

Todas as condições de trabalho que podem surgir durante a execução do contrato de trabalho são cuidadosamente reguladas na legislação trabalhista.

Ali são previstos todos os direitos que a lei assegura ao trabalhador, bem como todos os direitos que a mesma lei trabalhista assegura ao patronato.

Assim, se o trabalhador se revela desidioso no cumprimento de seu dever pode ser dispensado inclusive por justa causa.

Se o trabalhador, fora das regras do contrato de trabalho, ocasionar dano ao empregador, este último poderá descontar de seus salários o prejuízo que sofreu.

A CLT procura um ponto de equilíbrio que possa bem disciplinar a conturbada convivência entre o capital e o trabalho

A lei trabalhista reconhece ser justo que o empregador procure uma justa remuneração para seu capital, mas isso não pode ser alcançado vilipendiando-se as condições de trabalho mínimas previstas em lei.

Exemplo disso é a vedação de se pagar ao trabalhador uma remuneração inferior ao salário mínimo ou mesmo de ajustar condições de trabalho que afastem a incidência dos direitos sociais previstos na Constituição da República, ressalvados para determinados direitos trabalhistas a flexibilização por meio da negociação coletiva.

A grande pergunta que é feita, quando se comemora os 73 anos da CLT, é se a mesma realmente se encontra defasada e ultrapassada frente às novas exigências impostas pelo capital em um mundo de economia globalizada e de refinada tecnologia.

Hoje, as grandes empresas multinacionais procuram sediar-se em países onde os salários pagos ao trabalhador sejam mínimos ou irrisórios, com a agravante ainda de inexistir legislação trabalhista protetiva e imperativa assegurada pelo Estado.

Exemplo disso temos na força de trabalho existente nos países asiáticos, principalmente na China.

Em tais países, como não existe uma legislação trabalhista séria e consciente ditada pelo Estado, o capitalismo explora ao máximo a força de trabalho para assegurar-se ganhos escorchantes.

Ou seja, ao custo do suor do trabalhador, que tem como paga de seu labor um salário irrisório e nenhuma proteção social, o capitalismo abocanha lucros estratosféricos.

A CLT não se curva e nem pactua com essas condições degradantes de emprego.

O que ela efetivamente deseja é que haja sim uma remuneração justa do capital, mas sem sacrifício dos direitos mínimos trabalhistas assegurados ao trabalhador.

Quando há um desequilíbrio nessa equação, permitindo-se ao patronato acumular riqueza em

detrimento de direitos sociais mínimos constitucionalmente previstos, surge o temido e odiado instrumento do “dumping social”, através do qual o trabalhador é considerado o lixo do mercado capitalista, pois sua existência só se justifica, não para ter uma vida condigna, e sim para assegurar um lucro crescentemente absurdo para o patronato.

Assim, uma primeira reflexão deve ser feita nesses 73 anos da CLT e a mesma permite concluir que sem a legislação trabalhista protetiva do mínimo ético social o trabalhador seria novamente reduzido à condição de escravo, principalmente se prevalecerem os anseios de uma nova política econômica ultra neoliberalizante que ameaça contaminar o mercado de trabalho brasileiro.

Muito se tem dito a respeito do alto custo que a legislação trabalhista representa para o patronato, como se no Brasil tivéssemos um salário mínimo de primeiro mundo, economia constantemente aquecida e sindicatos fortes e capazes de negociarem coletivamente condições razoáveis de emprego.

Tudo mera falácia

O custo da mão de obra no Brasil é um dos menores do mundo e todo empreendedor bem articulado e cioso de seus deveres e obrigações tem, sim, enormes possibilidades de auferir bons lucros com seu empreendimento econômico.

O entrave que existe no âmbito da Justiça do Trabalho e que realmente pode emperrar e aniquilar as empresas bem intencionadas e que honram seus compromissos trabalhistas é o fato, às vezes corriqueiro, de o trabalhador ser manipulado por advogados inescrupulosos que forjam demandas trabalhistas fictícias, expondo na inicial do processo trabalhista pedidos absurdos e irreais, contando ainda com a participação de testemunhas aliciadas, circunstância que redundará em condenações absurdas e estratosféricas passíveis de levar à bancarrota as empresas mais conscientes e honestas.

O Estado deve agir com mão de ferro e corrigir essas distorções, mostrando-se urgente regras processuais mais severas que inibam tais tipos de condutas lesivas porque elas maculam a boa imagem da Justiça do Trabalho no Brasil.¹

O mote hoje tão em voga da prevalência absoluta do negociado sobre o legislado não pode render bons frutos no Brasil, onde a economia não é pujante e onde inexiste um sindicalismo forte e consciente.

Mas pode-se argumentar: como o Brasil vivencia hodiernamente um dos piores momentos de sua história econômica, com arredação tributária pífia, alarmantes índices de desemprego, que possibilita o crescimento aassustador da chamada mão de obra

invisível ou informal, nada pode ser feito em prol do patronato que de certa forma ajude a tirar o Brasil do fosso em que se encontra?

Neste contexto, nada mais justo do que flexibilizar na medida do possível as relações trabalhistas com o intuito de preservar os empregos já existentes e abrir as portas para novas contratações, ajuste que pode ser feito, sim, utilizando-se da negociação coletiva.

A redução temporária do salário ajustado e da jornada de trabalho podem ser pactuada em negociação coletiva entre empresas e sindicatos, bem como outras medidas que de forma consciente ajudem as empresas a sair do vermelho e gerar melhores lucros que certamente aquecerão a economia nacional.

Respeitados os direitos mínimos previstos na CLT (salário digno não inferior ao mínimo, direito a férias, ao 13º salário e quejandos) a negociação coletiva nesses 73 anos de existência da CLT pode, sim, contribuir para minimizar a grave crise econômica brasileira.

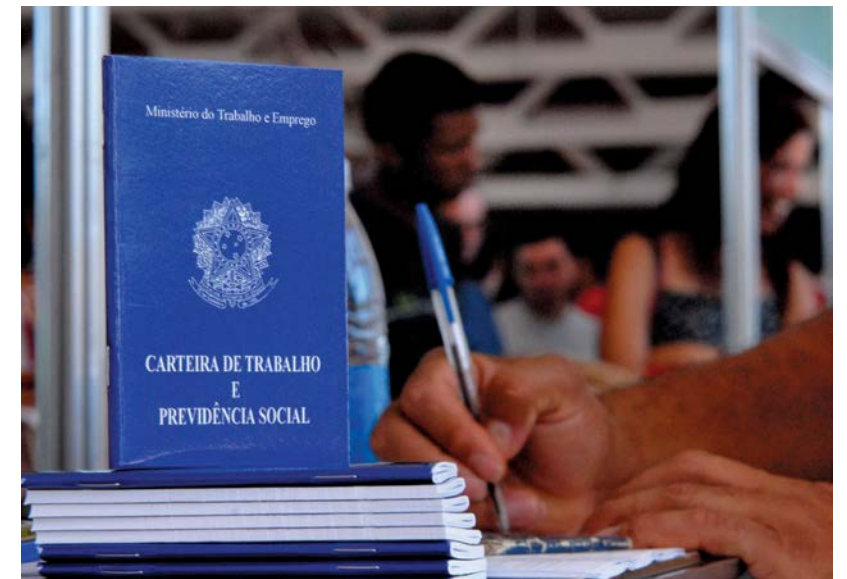
O que se exige, todavia, é que a negociação coletiva seja feita de forma consciente, de extrema boa fé, de forma que o trabalhador possa até sair perdendo temporariamente em matéria salarial, mas poderá ganhar paralelamente melhores condições de trabalho, tudo feito dentro do equilíbrio assegurado pelo princípio do congelamento.

Ou seja, as empresas ajustam com os sindicatos quais são os cortes trabalhistas que devem ser feitos para garantir sua existência e sua fonte geradora de emprego e, em contrapartida, as empresas idealizarão meios alternativos de proteção do trabalhador através da implementação de condições de trabalho mais favoráveis.

O Supremo Tribunal Federal tem se sensibilizado neste sentido e por mais de uma vez respaldou a prevalência do negociado sobre o legislado, mas dentro de uma interpretação jurídica que efetivamente demonstre que houve ganhos de ambos os atores da negociação coletiva e não o locupletamento econômico indevido de um sobre o outro.

A CLT, ao completar 73 anos de existência, vivencia uma das piores crises econômicas já enfrentadas pelo Brasil, mas nem por isso deve ser simplesmente riscada do mapa, como se fosse a responsável única pela crise brasileira.

A crise é produto de fatores os mais variados possíveis, seja de ordem econômica, política ou



mesmo sociológica, sem esquecer que sua principal veia de sustentação pode estar enraizada na corrupção institucionalizada que sempre existiu em nosso país e que agora mostra seu lado mais insidioso no âmbito da chamada operação Lava-Jato.

O Brasil, mesmo com a dilapidação de suas maiores empresas estatais, continua com pujante força econômica e com a colaboração de todos os brasileiros, aí inseridos trabalhadores e empregadores conscientes de seus deveres e obrigações, certamente superará a atual crise econômica, voltando a posicionar-se como uma das potências econômicas mais respeitadas do mundo.

No campo das relações trabalhistas, mesmo as crises econômicas mais agudas não podem desprezar o conjunto de direitos sociais previstos na CLT e na Constituição da República, muito embora pelo uso consciente e de boa fé da negociação coletiva grande parte dessa crise econômica possa ser vencida pelo patronato, principalmente quando asseguradas vantagens recíprocas.

Assim, como palavra final, nesses 73 anos da CLT, trabalhadores e patrões deverão estar de mãos unidas tentando vencer a crise econômica mediante o uso inspirador de suas mais elevadas criatividade, respeitosa da lei e dos bons costumes.



Nota

¹ A este quadro caótico deve acrescentar-se a falta de ponderação e razoabilidade de juízes do trabalho que fixam indenizações por danos morais e materiais em valores absurdos, favorecendo assim a locupletação indevida de uma das partes da relação jurídica processual. Tais condenações retiram a pouca credibilidade que o patronato deposita no Poder Judiciário Trabalhista.

O imbróglio das tarifas de São Paulo

Marcos Bicalho dos Santos | Diretor da Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos



As recentes declarações do futuro prefeito de São Paulo, João Doria, sobre a sua decisão de congelar as tarifas do transporte público coletivo urbano no primeiro ano do seu governo podem ter reflexos devastadores na região metropolitana de São Paulo e, de resto, em todo o país.

É fato que as redes de transporte público coletivo das grandes cidades brasileiras encontram-se atualmente em desequilíbrio financeiro, fruto dos efeitos inflacionários e da queda de demanda provocada pela crise econômica que atinge 9% na média nacional.

Essa situação que é generalizada obrigará a correção da remuneração das empresas operadoras já a partir do próximo mês de dezembro, o que poderá ser feito praticamente de duas formas: subvenção pública para complementar a receita tarifária ou aumento dos preços das passagens cobradas dos usuários.

São Paulo, a maior e mais rica cidade brasileira, é talvez a única entre as grandes cidades do país que pode se dar ao luxo de utilizar parte do seu orçamento público para subvencionar de forma significativa (em torno de 30%) o transporte coletivo. As demais, quando destinam recursos públicos à subvenção desse serviço público, o fazem com valores pouco significativos, normalmente destina-

dos a cobrir algum tipo de gratuidade ou benefício tarifário.

Mesmo em situação privilegiada, São Paulo vem enfrentando dificuldades para garantir essa subvenção cujo valor disparou nos últimos anos, fruto da pressão social contra o reajuste das tarifas e da ampliação dos benefícios tarifários, às vezes sem critérios razoáveis. Se em 2012 os subsídios atingiam R\$ 1,17 bilhão, já se estima que chegarão a R\$ 3,2 bilhões em 2017 se as tarifas forem realmente congeladas.

Hoje, a situação das contas de subvenção ao transporte público na capital paulista já é crítica. Tanto é que uma correção das tarifas ainda neste ano foi aventada pela atual administração com forma de aliviar o orçamento municipal.

Ainda que tenha a capacidade de ajustar o orçamento municipal do próximo ano para bancar esses custos, o futuro prefeito tomou uma decisão que certamente vai gerar reflexos que se espalharão pelo país. Ocorre que São Paulo, a maior cidade do país, é naturalmente referência para todas as demais.

Além disso, como principal cidade da maior região metropolitana do Brasil, exerce função primordial na estruturação da complexa rede de transporte público que atende aquela região, incluindo os serviços de metrô, trem metropolitano e as ligações de ônibus

intermunicipais de caráter urbano, administradas pelo estado, além das redes municipais das cidades que compõem o espaço metropolitano.

Não é difícil compreender que para essa rede de transporte metropolitana cumprir seu papel social e se manter equilibrada em termos de oferta e demanda é fundamental existir uma equivalência tarifária entre os diversos sistemas de transporte que ali operam. É fundamental também que essa equivalência seja percebida pelos usuários.

É por essas razões que as tarifas de ônibus do município de São Paulo sempre foram referência não só para a própria região em torno da capital, como para todo o Brasil. Diante desse quadro, eis algumas questões que precisam ser respondidas, sob pena de transformar o transporte público urbano em imbróglio nacional:

- Como o estado e os demais municípios de São Paulo vão reequilibrar financeiramente suas redes de transporte se não tiverem recursos para subvenção pública em seus orçamentos?
- Será que vão correr o risco de degradar a qualidade dos serviços ou vão praticar tarifas superiores as da cidade de São Paulo?
- Até que ponto essa situação de São Paulo se refletirá em outros estados?

Buscar soluções para essas questões é dar um passo a caminho do bom senso.

O coração do Novo Código de Processo Civil

Peterson Barroso Simão | Desembargador do TJRJ

O tempo e a necessidade trouxeram a edição do novo Código de Processo Civil para servir de moderno instrumento na realização de Justiça.

A legislação processual em vigor prestigiou a pessoa humana e seus valores na forma dos princípios fundamentais constitucionais, dispondo em seu artigo 8º que: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Ao relembrar o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, amplia-se a orientação em diversos temas que garantem a melhor proteção jurídica, justa, célere e equilibrada.

Reduzir ou acabar com as desigualdades sociais, o melhor interesse da população, o aperfeiçoamento da dignidade humana, a observância do devido processo legal, a positividade dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da transparência dos atos judiciais com eficiência são algumas das finalidades estampadas neste dispositivo.

Se a ideia foi interligar sistematicamente o Código de Processo Civil com a Constituição Federal, creio que a pretensão foi alcançada, pois fica difícil, senão impossível, prestar a função jurisdicional sem a solidificação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.



Foto: Rosane Naylor

Contudo, o aprofundamento do aspecto processual e constitucional fica na seara dos juristas. Apenas gostaria de registrar que o mencionado artigo 8º se revela como sendo o coração do Novo Diploma Legal, ante a grandeza do seu conteúdo ao tratar das diretrizes da arte de julgar com sabedoria e justiça perante a modernidade, considerando que os direitos evoluem a cada dia.

Em recente Plantão Judiciário de Segundo Grau foi interposto um agravo de instrumento por duas irmãs, de 83 e 86 anos de idade, pleiteando um prazo de 45 dias para desocupação de imóvel na Lapa onde moravam e que foi arrematado, havendo imediata ordem de imissão na posse. Invocando este mencionado artigo 8º e o princípio da proteção integral do idoso foi possível prestar a função jurisdicional e suspender o respectivo mandado que já se encontrava com o Oficial de Justiça, atendendo a pretensão das agravantes e evitando uma exposição pública desnecessária.

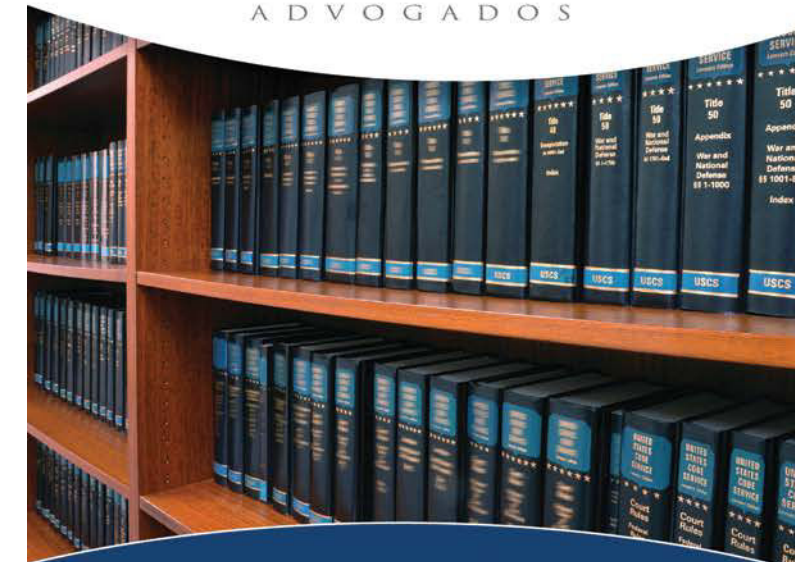
Os litígios devem ser examinados sob a ótica legal e humanística, sendo esta última atribuída aos relacionamentos humanos em sua plenitude. Além disso, é de bom alvitre, por um instante, imaginar-se na situação de autor e réu para ver como agiria uma pessoa equilibrada nos polos ativo e passivo da relação processual.

Faz-se necessário sentir a verdade, a razão, o caminho do justo, bem como os consectários lógicos ao dizer o Direito de acordo com os princípios ali constantes, valorizando o cidadão, a sociedade e se preocupando com todas as pessoas que couberem no comando decisório.

O julgador ao apreciar as demandas encontra neste artigo 8º todo direcionamento que precisa para dar a cada um o que lhe pertence, lembrando, na oportunidade, o sempre atual CARLOS MAXIMILIANO: “A Hermenêutica é ancila do Direito, servidora inteligente que o retoca, aformoseia, humaniza, melhora, sem lhe alterar a essência”.

Desta forma, penso simbolicamente que nele reside o coração do Novo Código e com sinceridade sinto a frequência de seu batimento: JUSTIÇA/JUSTIÇA.

BERGQVIST & ALVAREZ
ADVOGADOS



O escritório tem sede na cidade do Rio de Janeiro, com filiais em São Paulo e Salvador, além de manter estreito relacionamento operacional com outros proeminentes escritórios de advocacia nas principais cidades do Brasil, tais como Brasília e Belo Horizonte.

Nossa equipe de profissionais possui rigorosa formação técnica e experiência adquirida em inúmeros casos, de modo a apresentar soluções para os mais diversos problemas trazidos pelos clientes.

O escritório atua intensamente na área do Direito empresarial, com grande ênfase no contencioso cível e fiscal. Nossos profissionais também estão aptos a prestar assessoria jurídica a pessoas físicas e jurídicas nas áreas societária, fiscal, trabalhista, previdenciária, comercial, administrativa, ambiental, imobiliária e defesa da concorrência, entre outras.

ÁREAS DE ATUAÇÃO

DIREITO TRIBUTÁRIO • DIREITO CIVIL

DIREITO COMERCIAL • DIREITO SOCIETÁRIO

DIREITO PREVIDENCIÁRIO • DIREITO DO TRABALHO

Rio de Janeiro: Rua Sete de Setembro, 99, 15º andar – Centro
Tel: (21) 2222-0107

São Paulo: Rua Padre João Manoel, 755, 15º andar, conj. 152
Cerqueira César • Tel: (11) 3896-1777

Bahia: Av. Tancredo Neves, 1.283, Sls. 403/404, Ed. Empresarial
Ômega – Caminho das Árvores • Tel: (71) 3341-0707

www.ba-advogados.com.br

A propaganda eleitoral e a nova redação do artigo 36-A da Lei das Eleições

Cristiane Brito Chaves Frota | Desembargadora do TRE-RJ

A propaganda sempre foi um tema sensível no âmbito da Justiça Eleitoral. Por isso, na caracterização das condutas que não configuram propaganda eleitoral antecipada, aquelas anteriores a estipulação legal, a aplicabilidade do art. 36-A da Lei 9.504/97, com as alterações da Lei 13.165/2015, vem gerando divergências jurisprudenciais nos Tribunais Regionais Eleitorais diante da contemporaneidade da matéria.

Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral julgou o primeiro caso de representação por propaganda antecipada, sob a *novatio legis*, envolvendo postagem em rede social de perfil pessoal de candidato. O tribunal, por unanimidade, anulou a multa aplicada por suposta propaganda eleitoral extemporânea por meio do Facebook para as eleições de 2016.

Ao prover o recurso, o ministro Luiz Fux afirmou que, “na mensagem colocada no Facebook pelo pré-candidato, não há pedido explícito de voto, mas apenas a divulgação do número do partido.” Para o ministro, a falta de pedido expresso de votos, mas havendo tão somente a menção à pretensa candidatura e à exaltação das qualidades pessoais do pré-candidato, não configura propaganda eleitoral extemporânea nos termos do dispositivo da lei. Ainda segundo o eminente julgador, “A mensagem veiculada não acarretou prejuízo à paridade de armas, pois qualquer eventual poderia ter procedido da mesma maneira, divulgando mensagens sobre os seus posi-

cionamentos, projetos e qualidades, em igualdade de condições, principalmente por tratar de propaganda de custo mínimo, inapta a ocasionar qualquer interferência indevida do poder econômico no pleito”.¹

De fato, a nova regra do art. 36-A, introduzida pela reforma eleitoral de 2015, ampliou as possibilidades de manifestação de pré-candidatos, antes mesmo do início do período permitido para a propaganda eleitoral. Assim, dispõe a redação do novo art. 36-A da Lei 9.504/1997, *in verbis*:

Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

I – a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

II – a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições,



podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

III – a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

IV – a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

V – a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

VI – a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

Verifica-se que o dispositivo em análise passou a permitir, mesmo antes do marco inicial para realização da propaganda eleitoral, o pedido de apoio político, a divulgação de pré-candidatura e de ações políticas desenvolvidas pelo pré-candidato. Assim, para que fique caracterizada a propaganda antecipada é imprescindível que, atrelado a estas condutas, haja também o pedido expresso de votos.

O Ministro Fux, ao julgar o tema, não foi refra-

tário à inovação legislativa e balizou com precisão o alcance da norma. Caso assim não fosse, ou seja, caso fosse aplicada com conservadorismo a nova redação do dispositivo da lei, de modo a censurar os chamados “pedidos implícitos de votos”, nomeadamente, aqueles não expressos ou de ordem subliminar, desacompanhados de pedido expresso de votos, provocaríamos um hibridismo legal, ao sabor da visão subjetiva do magistrado. Estaríamos, pois, adaptando desnecessariamente o sistema novo a valores antigos sepultados com a legislação revogada.

A despeito de o caráter subliminar ser definido pela capacidade de incutir uma ideia sem que o ato seja percebido pelo destinatário, o *caput* do art. 36-A exige para caracterização da propaganda extemporânea, como já dito acima, o pedido expresso de votos. Portanto, a influência indireta do ato no eleitorado, por meio de mensagens subliminares, não estaria sujeita a repreensão.

Sabe-se que a legislação eleitoral suscita interpretações as mais díspares, em grande parte influenciada pela formação jurídico-dogmática específica do intérprete. Contudo, a grande questão reside em saber se é razoável dar a dispositivo legal, de cuja leitura não se extrai nenhuma dúvida quando à sua incidência e amplitude, uma interpretação que surpreende o destinatário da norma, em prejuízo de quem age de boa-fé, criando desta forma o instituto da “dúvida em desfavor do político”, com evidente prejuízo ao princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica constitui princípio estruturante do próprio Estado, que, por meio da garantia da confiança legítima, quer quanto a sua projeção objetiva quer no tocante a seu aspecto subjetivo, orienta a sociedade e a conduta dos cidadãos, como elemento harmonizante e estabilizador, tendo por base os direitos e garantias contemplados na própria constituição. Nos dizeres do consagrado constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam o princípio de segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esse dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada como elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, desig-

nadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos.²

Em tempos em que o Novo Código de Processo Civil, no seu art. 926, enaltece os precedentes judiciais e remete os tribunais à uniformização de sua jurisprudência, a preocupação com a “justiça do caso concreto” deve ser o principal foco da atuação dos juízes e dos demais operadores do direito.³ O primado da segurança jurídica e da proteção da confiança conduz à necessidade de uniformização da jurisprudência e, deste modo, contribui significativamente para a plenitude da Justiça no Estado Democrático de Direito.

Ainda nas palavras de Canotilho:

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizados do princípio geral de segurança: 1) O princípio da determinabilidade das leis (exigência de leis claras e densas); 2) O princípio da protecção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas de previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.⁴

O sistema democrático deve lastrear-se numa plataforma constituída por regras claras e interpretações uniformes explicitadas pelos integrantes do Poder Judiciário. Como órgão fiscalizador e garantidor que é, deve a Justiça Eleitoral assegurar a previsibilidade, certeza e segurança jurídica, de maneira que os candidatos possam claramente entender e prever as consequências de seus atos e planejar sua atuação pré-eleitoral, eleitoral e pós-eleitoral. Ainda assim, à luz do princípio da segurança jurídica, o juiz como aplicador do Direito, deve ter em mente os reflexos da sua decisão, que pode acidentalmente ter consequências contrárias às ditadas pelo ordenamento jurídico e, por conseguinte, entrar em conflito com a vontade do legislador, representante do povo, já que o sistema que vige no Brasil é o da democracia representativa.

Isso não quer dizer que, na tarefa de alcançar a “justiça do caso concreto”, a lei que já é suficientemente clara não possa ser interpretada para sua melhor adequação à realidade dos fatos no âmbito da sociedade. Muito ao contrário, pois, desde Aristóteles, a dessacralização da lei passou a permitir sua interpretação além dos limites de sua literalidade para torná-la mais próxima da realidade concreta vivida⁵. Como adverte Ascensão, a interpretação não se basta com o texto e o espírito da lei, devendo buscar seu elemento essencial, que está na base de toda a interpretação, que é a própria ordem social em que o texto se insere⁶.

Todavia, não parece razoável ou prudente, por inércia ditada pelo apego à ordem positiva

superada, estabelecer interpretação que, à luz dos novos parâmetros da lei, surpreenda o cidadão, positivando que aquilo que agora está escrito, e que não conflita com qualquer preceito normativo maior, não vale, dissociando por completo texto e norma, e surpreendendo o destinatário desta a ponto de ofender a confiança depositada no próprio Judiciário.

Ainda quanto à determinação do sentido do texto, na visão de Gadamer:

Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teleológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica (...) se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.⁷

Não foi por outro motivo que o Tribunal Superior Eleitoral, quando do julgamento do pedido de reconsideração formulado por partidos políticos em relação à necessidade de aprovação das contas de campanha para concorrência a novo pleito eleitoral, entendeu bastar a apresentação das contas com a simplicidade exigida pela lei. Por maioria, a Corte Eleitoral entendeu que não compete ao Poder Judiciário dar interpretação diversa ao texto legal, sob pena de violação dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Não obstante, no campo da hermenêutica jurídica, a interpretação do texto legal para dele extrair o conteúdo normativo, é medida valiosa para o aprimoramento da Justiça. Contudo, ao interpretar a lei, transpondo seu caráter geral à realidade individualizada do caso, o julgador deve estar em certa medida vinculado à vontade do legislador, por acepção da própria exegese da lei. Deve agir com prudência. O magistrado, apesar de não receber o voto democrático, está política e socialmente legitimado, pelo processo democrático constitucional que o arregimenta, a interpretar e a aplicar a lei, devendo, entretanto, adaptar-se rapidamente à construção não raro progressista do legislador, atento que deve estar à dinâmica da sociedade. Em síntese, deve evitar resistir, desnecessariamente, à inovação legislativa, retardando a evolução jurisprudencial.

Além disso, conforme bem esclarece Paulo de Barros Carvalho⁸:

A hermenêutica fornece tão somente os instrumentos de interpretação dos enunciados jurídicos com fins

de construção do sentido da norma jurídica, ou seja, a norma jurídica não está na lei, mas na cabeça do intérprete, que a constrói (a norma) baseado nos textos jurídicos enunciados na vasta legislação existente, mediante a utilização de determinados métodos previamente selecionados pelo intérprete. Não existe “vontade” ou “espírito” na lei, mas sim a vontade do legislador na época da criação da lei, da qual se pode construir uma norma jurídica baseada na realidade contemporânea de cada intérprete da lei ao criar a norma jurídica aplicável a cada caso.

E foi com esta visão progressista do processo eleitoral que o legislador justificou a alteração introduzida pela Lei 13.165/2015, explicitando que, na atividade de pré-campanha:

Serão considerados atos da vida política normal, a qualquer tempo, as manifestações que levem ao conhecimento da sociedade a pretensão de alguém de disputar as eleições ou as ações políticas que pretenderia desenvolver, desde que não haja pedido explícito de votos.⁹

Uma das premissas que orientou o grupo de trabalho na elaboração da referida alteração legislativa foi a necessidade de uma maior participação popular no processo eleitoral. Nesse sentido, quanto maior contato os eleitores tiverem com os candidatos e suas propostas, ressaltando sempre a isonomia de oportunidades, mais consciente e refletido será o voto.

Portanto, não deve haver restrição à propaganda eleitoral quando envolver a apresentação do ideário político e das propostas dos candidatos, desde que não haja pedido expresso de voto. A ampliação do debate de ideias e propostas favorece a escolha do eleitorado, sendo, deste modo, um estímulo à participação popular no debate político-eleitoral.

Dentre os diversos princípios que regem a propaganda política, destacam-se o da igualdade, liberdade da manifestação de pensamento e legalidade, especialmente no âmbito de um Estado Democrático de Direito, justificando-se assim os parâmetros normativos para as manifestações em pré-campanha. Por essa razão a única interpretação possível à nova regra do art. 36-A da Lei das Eleições é a de “preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo” (RTJ 172/226-227), redirecionando os limites legais dos atos de propaganda eleitoral, desde que ausente pedido explícito de votos.

Joel Cândido, reverenciando a nova *mens legis*, entende correta e de melhor efeito a vedação exclusiva do pedido expresso ou explícito de voto.

Permite-se, com isso, o pedido implícito, ou insinuado de voto, que, de resto, como todos sabem, sempre exis-

te neste tipo de divulgação. Está fechada, agora – desde que não haja pedido expresso de voto –, a possibilidade de o julgador deduzir pedido de voto com a divulgação feita, querendo sustentar fundamentação de infração à norma. Em resumo: antes, com a redação anterior, tínhamos na norma uma porta aberta para se ver ilegalidade em quase todo o tipo de divulgação. Hoje, após a Lei nº 13.165/2015 temos uma porta aberta para se ver permissão em quase todo tipo de propaganda eleitoral feita antes de 15 de agosto do ano da eleição.¹⁰

Da mesma linha, José Jairo Gomes, ao comentar o texto da nova norma legal, concluiu que:

À luz do transcrito artigo 36-A, *caput*, no período anterior a 16 de agosto do ano das eleições, não há óbice à “menção à pretensa candidatura” tampouco à “exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos”. (...) Quanto ao “pedido de voto”, a vedação constante do *caput* do art. 36-A abrange apenas a que ocorre de forma explícita, não, porém, a que se dá de forma implícita, subjacente à comunicação.¹¹

Com efeito, no contexto das representações relativas à propaganda eleitoral antecipada, a configuração da extemporaneidade exige que haja pedido expresso de votos não possuindo aptidão para caracterizá-la a alusão à gestão, projetos e qualidades pessoais de um filiado a partido político, porquanto estas se encontram albergadas pela liberdade de expressão amparada pelo novo texto legal. 

Notas

¹ FUX, Luiz. Tribunal Superior Eleitoral, REspe 5124, julgamento em 19/10/2016.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

³ ZAVASCKI, Teori Albano. *Antecipação de tutela*. São Paulo, Saraiva, 2000, p.6.

⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 373-374.

⁵ ALVAREZ, Alejandro Montiel. A dessacralização da lei em Atenas: a passagem do *thesmós* ao *nómos* ocorrida entre os séculos VI e IV a.C. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 6 (1): 86-93. 2014.

⁶ ASCENSÃO, J. Oliveira. Interpretação das leis: Integração das lacunas: Aplicação do princípio da analogia. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa 57 (3): 913-941. 1997.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

_____. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, p.407-408.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. “Direito Tributário: Linguagem e método”, 5 ed. São Paulo: Noeses, 2013.

⁹http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1102056&filename=PL+5735/2013c

¹⁰ CANDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*, 16 ed., p. 490

¹¹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*, 12 ed., p. 493.

A desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil

Mônica Gusmão | Professora de Direito Empresarial

1. Introdução

Nada inquieta mais que o novo. É compreensível que toda lei nova traga certo desassossego ao sistema jurídico, mas, com o tempo, a jurisprudência aplaina o desconforto e mostra que a antinomia a mais das vezes é apenas aparente. Com o novo CPC não será diferente. Diversas críticas brotaram contra ele ainda na sua *vacatio*, notadamente em relação à redação dos institutos vitais para a sua compreensão. Até mesmo a sua necessidade foi questionada. O ministro do STF Luiz Fux, que presidiu a comissão de juristas criada para discutir e formular o anteprojeto do novo código, disse que o texto foi construído a partir de um processo que envolveu mais de cem audiências públicas e o recebimento de cerca de oitenta mil e-mails, além de contribuições da Academia e de juristas¹. Estudei os reflexos do novo CPC no Direito Empresarial e em vários pontos trouxe de fato inovações necessárias. Em outros, andou para trás. Neste artigo, tento trazer minhas primeiras impressões sobre uma velha questão. Até que todas as arestas sejam aplainadas, há muito o que fazer.

Portanto, mãos à obra!

2. Personalidade jurídica

Personalidade jurídica é a aptidão de contrair direitos e obrigações na órbita civil. Começa com



Foto: Arquivo pessoal

o arquivamento dos atos constitutivos no órgão competente² (no Registro Público de Empresas Mercantis e for sociedade empresária e no Registro Civil de Pessoas Jurídicas se for sociedade simples) e termina pela via judicial ou extrajudicial (dissolução, liquidação, partilha e baixa dos atos no registro próprio). Em princípio, em atenção ao princípio da autonomia patrimonial, o patrimônio pessoal do sócio não se confunde com o da sociedade.

Sobre o tema (E. nº 470, do CJF³):

Art. 980-A. “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

3. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Seu objetivo é desconsiderar momentaneamente a personalidade jurídica da sociedade para atingir os bens particulares dos sócios quando houver confusão patrimonial e desvio de finalidade⁴, preservando-se, desse modo, os interesses e direitos dos credores prejudicados pelo mau uso da sociedade. A teoria não visa a anular, desconstituir ou dissolver a sociedade, e sim desconsiderar; momentaneamente a sua personalidade jurídica para atingir o patrimônio pessoal do sócio que se desvia da finalidade para qual a sociedade foi criada. A finalidade é impedir que os sócios ou terceiros se locupletem indevidamente às custas da pessoa jurídica porque o direito repudia a ideia de que a personalidade jurídica de uma sociedade sirva de couraça para acobertar situações antijurídicas.

Essa teoria está positivada no art.50, do Código Civil, deste modo:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Ainda na *vacatio* do Código Civil, e com o propósito de aclarar a extensão do seu art.50, a 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal publicou diversos enunciados, dentre esses, o de nº 51, assim redigido:

“Art. 51: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica — *disregard doctrine* — fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros

Seu objetivo é desconsiderar momentaneamente a personalidade jurídica da sociedade para atingir os bens particulares dos sócios quando houver confusão patrimonial e desvio de finalidade, preservando-se, desse modo, os interesses e direitos dos credores prejudicados pelo mau uso da sociedade.”

existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.

Na verdade, o E. 51/CJF mantém toda construção jurídica sobre o tema e os microssistemas legais. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se aplica quando a responsabilidade dos sócios já decorrer de expressa previsão legal, como é o caso dos arts. 158, da L. nº 6.404/76; 135; III, do CTN; 1.015; parágrafo único e incisos; 1.016 e 1.080, do Código Civil, dentre outros.

Os chamados microssistemas legais, são:

- art.28, do Código de Defesa do Consumidor;
- art.4º, da Lei nº 9.605/98 (Lei do Meio Ambiente);
- art.34, da Lei nº 12.529/11 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e
- Lei nº 12.846/2013 (aplicação da teoria no âmbito do processo administrativo).

Parte da doutrina admite a divisão da teoria da desconsideração em **maior** e **menor**⁵. Para os adeptos da **teoria maior**, a personalidade jurídica da sociedade pode ser desconsiderada sempre que se provar a existência de fraude, em sentido lato; para a **teoria menor**, a fraude é irrelevante, bastando a comprovação da simples insatisfação do crédito. Ao contrário da chamada **teoria maior** da desconsideração, em que a imputação de responsabilidade aos sócios depende, necessariamente, da prova da culpa (em sentido lato), a **teoria menor** admite o levantamento da personalidade jurídica da sociedade e consequente responsabilização dos sócios se a sociedade não dispuser de bens suficientes para ressarcir o

prejuízo do credor. Para mim, a aplicação dessa teoria (menor) parte de mero casuismo e nega toda a base do direito societário porque não relativiza a distinção consagrada entre a figura da sociedade e a de seus sócios e ignora todo o princípio da autonomia patrimonial. O mero inadimplemento de obrigações contraídas pela sociedade não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica⁶. A má redação do art. 28, da Lei nº 8.078/1990⁷, induz a equívocos. Há quem invoque a regra do §5º desse artigo como fundamento para a aplicação da teoria (menor), ou seja, a insatisfação do credor seria o bastante para que o juiz determinasse a responsabilidade pessoal dos sócios. Isso é inexato. Esse artigo somente permite a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em prejuízo do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Pode dar-se, também, a desconsideração ao inverso. Aqui, desconsidera-se a personalidade da pessoa jurídica a fim de responsabilizá-la por atos praticados por seus sócios. É o caso, por exemplo, do casal que se separa e o cônjuge sócio transfere seus bens à sociedade para fraudar a partilha ou esvaziar seu patrimônio quando demandado por eventual credor, por dívida particular.

Sobre o tema (E. nº 282/CJF):

Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiro.

4. A desconsideração e o novo CPC

Embora com inovações, o novo CPC trata da desconsideração da personalidade jurídica de modo dúbio⁸. O seu art. 133, §1º, diz que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. Como dito, o art. 50, do Código Civil, manda desconsiderar a personalidade jurídica nos casos de **desvio de finalidade** e de **confusão patrimonial**. O E. nº 51, da 1ª Jornada de Direito Civil, do CJF, manda observar, ainda, os microssistemas legais. Com o novo CPC, há duas formas de o credor pleitear a aplicação da teoria:

- Pedido originário:

Não satisfeita a obrigação contraída pela sociedade, o credor pode — desde que comprovadas as hipóteses que autorizam o pedido — direcionar sua pretensão ao sócio que se desviou da finalidade da sociedade obrigando-a perante terceiros para auferir vantagem própria ou para terceiros. Nesse caso, o

credor poderá incluir no polo passivo a sociedade e o (s) sócio(s). Não há subsidiariedade porque as relações jurídicas são distintas: a do credor com a sociedade devedora e a do sócio com o credor. O ônus de comprovar a fraude é do credor.

- Pedido incidental:

O pedido de desconsideração também pode ser **superveniente**, ou seja, cabível em todas as fases do **processo de conhecimento**, no **cumprimento de sentença** e na **execução** fundada em título executivo extrajudicial.⁹

Não se trata de questão nova.

Sobre o tema:

O juiz pode determinar, de forma incidental, na execução singular ou coletiva, a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade. De fato, segundo a jurisprudência do STJ, preenchidos os requisitos legais, não se exige, para a adoção da medida, a propositura de ação autônoma. Precedentes citados: REsp 1.096.604-DF, Quarta Turma, DJe 16/10/2012; e REsp 920.602-DF, Terceira Turma, DJe 23/6/2008. REsp 1.326.201-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/5/2013.

A Turma negou provimento ao recurso especial, mantendo a decisão do tribunal a quo que, com base no conjunto fático-probatório dos autos da execução, entendeu estarem presentes os requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica da empresa da qual os ora recorrentes foram sócios. Na espécie, ficou demonstrado que os recorrentes, ao promover cisões da empresa e transferências de bens entre as sociedades dela decorrentes, bem como ao alterar os quadros societários, utilizaram-se da sua personalidade jurídica para frustrar o pagamento do crédito devido à recorrida. Segundo o Min. Relator, a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, contida no art. 50 do CC/2002, exige, via de regra, não apenas a comprovação do estado de insolvência da pessoa jurídica para que os sócios e administradores possam ser responsabilizados pelas obrigações por ela contraídas, mas também a ocorrência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Ressaltou, ainda, inexistir ofensa à coisa julgada pelo fato de o pedido de desconsideração ter sido rejeitado em julgado anterior – embargos de terceiro –, pois o efeito da imutabilidade recai sobre a norma jurídica concreta do dispositivo do decisum, não sobre a fundamentação nele exarada. Precedente citado: REsp 279.273-SP, DJ 29/3/2004. REsp 1.200.850-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 4/11/2010. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Espe-

“É indispensável que o juiz do trabalho observe o novo CPC na desconsideração da personalidade jurídica. Não pode agir de ofício. O próprio juiz, para afastar a personalidade da sociedade com objetivo de atingir o patrimônio pessoal dos sócios, terá de instaurar o incidente.”

cial. Execução. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Desconsideração da personalidade jurídica. Confusão patrimonial. Requisitos. Revisão. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo Regimental Desprovido. REsp 279.273-SP, DJ 29/3/2004. REsp AgRg no AREsp 636704/ MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 25/8/2015.

A doutrina tradicional não admitia a desconsideração **incidental** da personalidade jurídica, ou seja, que ela se desse somente na execução. Sustentava-se que o juiz não podia apenhar bens de sócio que não figurasse no polo passivo da relação processual e que era indispensável que o credor tivesse um título executivo contra o demandado, o que lhe impunha a obrigação de ajuizar ação de conhecimento em face do sócio porque, não sendo assim, estariam violados o devido processo legal, o limite subjetivo da coisa julgada, o contraditório e a ampla defesa. Sempre sustentei que essa posição contrariava o fim ontogênico da jurisdição ao exigir que o exequente, na execução, somente pudesse demandar o sócio depois de obter, por sentença, título em que ficasse claro o que se sabia desde o início, isto é, que a sociedade agira em fraude. A dilação probatória poderia ser feita nos próprios autos da execução em objeção de pré-executividade, embargos ou impugnação¹⁰.

Como dito, o art. 134, do novo CPC, admite a instauração do incidente de desconsideração a requerimento da parte ou do Ministério Público (este, quando lhe couber intervir no processo) em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Mais uma vez, o atual CPC ratifica a regra de

que **o juiz não pode aplicar a teoria de ofício**. Na Justiça do Trabalho, contudo, não são incomuns decisões admitindo a desconsideração, de ofício, da personalidade jurídica. A Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, do TST, em seu artigo 6º, diz:

Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

É indispensável que o juiz do trabalho observe o novo CPC na desconsideração da personalidade jurídica. **Não pode agir de ofício**. O próprio juiz, para afastar a personalidade da sociedade com objetivo de atingir o patrimônio pessoal dos sócios, terá de instaurar o incidente.

Instaurado o incidente o magistrado deve imediatamente comunicar ao distribuidor para as devidas anotações¹¹. Essa comunicação não se destina a incluir o sócio no polo passivo, mas tão somente registrar o incidente. A inclusão do sócio como réu ou executado somente se dará caso o incidente seja julgado procedente. O §2º, do art. 134, do novo CPC, determina o sobrestamento do feito se o pedido for incidental, diferentemente se originário porque, nesse caso, a ação cognitiva terá o seu trâmite normal.

O CPC respeitou os princípios do contraditório e ampla defesa no art. 135 ao determinar que o sócio ou a pessoa jurídica devem ser citados para se manifestar sobre o pedido e requerer as provas cabíveis, no prazo de 15 (quinze) dias. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória¹². Se instaurado o incidente quando

o feito estiver no tribunal e a decisão for proferida pelo relator, cabe **agravo interno**; em caso contrário, o recurso cabível será o **agravo de instrumento**.¹³ Já, no Direito do Trabalho, em caso de decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente, prevalecem as seguintes regras¹⁴:

- I. na fase de cognição não cabe recurso de imediato¹⁵;
- II. na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;
- III. cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal¹⁶.

5. Ou seja

Embora com algumas imperfeições que o tempo, a doutrina e a jurisprudência corrigirão, o novo CPC deu à desconsideração da personalidade jurídica um pouco mais de sistematização, seja aproveitando a base que já estava sedimentada no art.50, do Código Civil (**desvio de finalidade e confusão patrimonial**), seja agasalhando os subsídios dos microsistemas que compõem o tecido do ordenamento positivo. A desconsideração não será necessária, útil ou possível quando a responsabilidade dos sócios ou administradores das pessoas jurídicas já decorrer da própria lei. Se a responsabilidade decorre da lei, aplique-se a lei. A desconsideração pode ser **originária** ou **incidental**. Na **originária**, o credor incluirá desde logo no polo passivo da lide os sócios e a sociedade de que fazem parte. Se **incidental**, ou **superveniente**, a desconsideração pode ser pedida na fase de **conhecimento**, no **cumprimento de sentença** e na **execução** fundada em título executivo extrajudicial. Parte da doutrina admite a divisão da teoria da desconsideração em **maior e menor**¹⁷. Os antigos alicerces da velha teoria continuam de pé: para a **teoria maior**, a personalidade jurídica da sociedade só pode ser desconsiderada sempre que se provar a existência de fraude. É necessária a prova da culpa. Para a **teoria menor**, a fraude é irrelevante e basta a prova da insatisfação do crédito, mas é preciso levar em conta que mero inadimplemento de obrigação pela sociedade não basta para a desconsideração. O §5º, do art. 28, da Lei nº 8.078/1990¹⁸, não pode ser invocado para desconsiderações genéricas porque esse microsistema somente autoriza a desconsideração quando, em prejuízo do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. **O novo CPC não admite desconsideração de ofício.** O pedido deve ser feito

pela parte ou pelo Ministério Público, quando este tiver de intervir no feito. Pedida a desconsideração **incidental**, isto é, no curso do processo, o juiz deve suspender a tramitação do processo principal e oficiar ao Distribuidor para anotação do incidente. Em seguida, os sócios serão citados para defender-se e produzir provas, em quinze dias. Os sócios somente constarão como réus das anotações do Distribuidor se o pedido for julgado procedente. Julgado procedente o pedido de desconsideração, a sociedade e os sócios passam a responder como réus. Resolvida a cognição incidental, contra essa decisão cabe **agravo de instrumento**. Se a desconsideração for pedida quando os autos já estiverem no tribunal, cabe ao relator decidir o incidente. Contra a sua decisão cabe **agravo interno**. No Direito do Trabalho é um pouco diferente. Na fase cognitiva, contra a decisão que resolve o incidente de desconsideração não cabe recurso algum porque decisões como essas não são agraváveis de imediato no sistema da CLT. Se a desconsideração for pedida e decidida na execução, cabe **agravo de petição**. A garantia do juízo não é necessária. Por fim, se a desconsideração for resolvida no tribunal, contra a decisão do relator cabe **agravo interno**.



Notas

¹ Segundo Fux, este é “um código da sociedade brasileira”, já que 80% das sugestões foram acatadas. Com a aplicação das medidas nele previstas, o ministro supõe reduzir o tempo de duração do processo em 50%, permitindo resposta judicial em prazo razoável.

² Código Civil, art.485.

³ Conselho da Justiça Federal.

⁴ Código Civil, art.50.

⁵ cf. Fábio Ulhoa.

⁶ Para DINAMARCO, “o pilar fundamental do presente estudo é, portanto, a afirmação de que sem fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração” (cf. DINAMARCO. Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, Op. cit., p. 1.183 apud GUIMARÃES NUNES, Márcio Tadeu. Op. cit., p. 56).

⁷ Código de Defesa do Consumidor.

⁸ V. Capítulo IV, “Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”.

⁹ CPC, art. 134

¹⁰ GUSMÃO, Mônica. **Lições de Direito Empresarial**. Forense; Rio de Janeiro, 12ª edição, 2015.

¹¹ CPC, art. 134, §1º.

¹² CPC, art. 136.

¹³ CPC, art. 1.015, IV.

¹⁴ Art. 6º, §1º, da Resolução/TST nº 203, de 15 de março de 2016.

¹⁵ CLT, 893, § 1º.

¹⁶ CPC, art. 932, inciso VI.

¹⁷ cf. Fábio Ulhoa.

¹⁸ Código de Defesa do Consumidor.

Breves reflexões sobre o sistema jurídico japonês à luz do Direito comparado

Massami Uyeda | Ministro aposentado do STJ



I. Considerações iniciais

Durante as aulas de Direito Romano, em 1962, foi-nos transmitido que o sistema jurídico japonês se classificava como ramo do Direito Romano.

De certa maneira, aquela informação deixou-nos intrigados, pois, jejunos no estudo do Direito, não atinávamos como o Japão poderia ter referido vínculo com Roma antiga.

Ao frequentarmos o curso de pós-graduação, em 1984, na disciplina do Direito Comparado, encontramos a resposta à anterior perplexidade, pelo contato com a lição de René David, exposta em “Major legal systems in the world today” (The Free Press, 1978).

A adoção do Japão ao Direito Continental Europeu, fruto da grande árvore do Direito Romano, ocorreu nos idos de 1870, com o advento do Japão na chamada “Idade das Luzes”, sob o reinado do Imperador Meiji.

Ao assim adotar o modelo continental europeu de Direito, o Japão que, historicamente, sempre se desenvolveu como uma cultura e civilização insular, com suas tradições, seus costumes, seus valores, sua ordem jurídica própria e característica, com um modelo único de governança, “ex-abrupto” adota um sistema jurídico que contrasta com sua história e sua cultura.

E, surpreendentemente, esta radical transformação do modelo clássico, de um momento para outro, sem mesmo um prolongado período de adaptação, é assimilado por todos e passa a ser adotado como uma sequência natural da vida em sociedade.

Mais uma vez, nos deparamos com a perplexidade desta constatação: a da aceitação por toda a sociedade japonesa desta nova ordem jurídica, baseada na existência de normas codificadas, até então inexistentes.

Como explicar, ou melhor, como compreender este fenômeno cultural de significativa e radical transformação?

É de todos conhecido o aforisma que onde há sociedade, há direito. Ou, em sentido contrário, onde há direito, há sociedade: *ubi societas, ibi jus* e *ubi jus, ibi societas*, constatação esta que decorre

da necessidade de o ser humano depender de seu semelhante para sua sobrevivência.

O paradigma de Robinson Crusoe, a viver só, em uma perdida ilha, não dispensou a convivência com o “Sexta-Feira”, sendo, portanto, a sociabilidade o amálgama que alicerça e une a sociedade.

Mesmo nos maistoscoses incipientes agrupamentos humanos, inexistente regra escrita, há, contudo, normas tácitas de conduta a serem observadas por todos que o integram, que possibilitam a existência do corpo social.

Estas regras de conduta impõem sejam observadas pelos partícipes do grupo, sob pena de instaurar-se o caos, com o esfacelamento e a destruição do núcleo social e, em consequência, a desintegração da sociedade.

Com a evolução social, cada povo, cada nação, passa a ter uma cultura própria e que a distingue dos outros, não se dispensando, entretanto, a observância às regras de conduta.

Em 1971 fomos honrados com o convite de participar do Programa Gaimusho-Kenshusei, sob o patrocínio do Ministério de Negócios Estrangeiros do Japão, cuja finalidade era o de proporcionar conhecimento da sociedade japonesa e, para tanto, durante 60 dias, os participantes do programa assistiram palestras de renomados professores universitários, englobando temas que versavam sobre a formação histórica, sistema político e jurídico, o sistema educacional, a cultura e a arte, o desenvolvimento econômico do Japão.

Estas palestras eram ministradas no período da manhã e no período da tarde, visitas relacionadas com os temas eram realizadas, além de viagens por todo o Japão, de Norte (Hokkaido) ao Sul (Nagasaki) foram proporcionadas aos bolsistas, como complemento dos objetivos do programa, que era o de fornecer um amplo panorama da cultura japonesa. Assim, tivemos a oportunidade de conhecer a Dieta (o Parlamento); a Suprema Corte; a Corte de Família de Tokyo; o Ministério da Justiça; a Bolsa de Valores; o Ministério dos Negócios Estrangeiros; Estaleiro da Mitsubishi; Fábrica Canon (máquinas e lentes fotográficas); Fábrica de automóveis Mazda; Universidade de Tokyo; Museu de Arte de Tokyo; o Teatro Kabuki; a Escola Urassenki, de Cerimônia do Chá; a Escola Ohara Ryu, de Ikebana; a Cervejaria Sapporo; a Fábrica Noritake de Porcelana; o Templo Shintoista de Ise; o Templo Budista Honganji; a NHK; o Jornal Mainichi; a sede da NRR com o sistema do trem-bala; o Museu Atômico de Hiroshima; a Catedral de Oura de Nossa Senhora do Japão e o Monumento aos Mártires Católicos de Nagasaki; a residência de Madame Butterfly; o Portal de Miyajima; o Centro de

Cultivo de Pérolas Mikimoto e muitos outros sítios e locais de profundo interesse cultural.

Esta reminiscência de um precioso e rico estudo que nos foi proporcionado, tem o propósito de rememorar uma palestra na qual, o ilustre palestrante, ao tecer comentário sobre uma característica da cultura japonesa, referiu ser a da aceitação e da conformação dos habitantes do arquipélago japonês com o meio ambiente e social, pois, o país, embora dotado de magnífica beleza, suporta clima de adversidade extrema, quando do inverno, e de tormentas torrenciais, quando das monções de verão, além de abalos sísmicos frequentes e de tsunamis imprevisíveis, os quais moldaram o comportamento de seus habitantes, desde remotos tempos, ocupando área habitável e agriculturável restrita, em meio a um maciço montanhoso inadequado para a agricultura. E os agrupamentos sociais estão estabelecidos há muito tempo, sem perspectiva de mudança de local, dado a que o espaço habitável é restrito. Ou seja, a convivência com o vizinho deve ser a mais harmônica possível.

Assim a capacidade de se adaptar a contingências e de assegurar condições de sobrevivência condigna moldaram e moldam a sociedade japonesa.

II. Valores da cultura japonesa

Este pano de fundo cultural é que pode explicar, então, a capacidade de o povo japonês se adaptar a uma nova ordem das coisas, qual seja a radical transformação de seu sistema jurídico, fundado em um sólido esquema de observância da hierarquia dos papéis sociais, aglutinado por um rígido código de honra e responsabilidade existente em todos os níveis e estamentos sociais, desde a família, a vizinhança, a escola, a profissão, a Administração Pública e, por fim, a figura carismática do Imperador.

Ruth Benedict, antropóloga norte-americana, nos idos de 1944, escreveu, por solicitação do Governo Americano, estudo sobre a cultura japonesa e o comportamento do japonês, para possibilitar a compreensão dos soldados japoneses na 2ª Guerra Mundial, uma vez que, em muitos aspectos, condutas e comportamentos dos japoneses eram inexplicáveis para os americanos.

O estudo tem o título “O crisântemo e a espada” e possibilitou uma abertura de visão sobre aspectos da cultura japonesa e do comportamento do japonês, os quais, permaneciam indecifráveis à visão ocidental.

E, entre muitas peculiaridades e características da cultura japonesa, chamou-lhe atenção a da observância rígida da hierarquia, em todos os níveis e em todos os estamentos sociais. E, também, anotou como característica da cultura nipônica, o fato de o japonês preocupar-se com o que os outros poderiam ter a seu respeito.

Ao concluir o estudo, Ruth Benedict recomendou ao Governo Americano que, em caso de eventual rendição do Japão, o Imperador do Japão fosse poupado de ser responsabilizado pela condução do país à guerra, pois sua imagem, sua figura e sua pessoa estariam acima de qualquer julgamento, uma vez que personificava a figura divina e, como tal, o símbolo maior da nação japonesa. E a condenação do maior símbolo nacional poderia ter consequências imprevisíveis.

Esta recomendação, como se sabe, parece ter sido observada, pois, o pós-guerra assim o demonstrou.

A obra de Ruth Benedict ensejou intensos debates acadêmicos, inclusive no Japão, e atualmente é considerado uma referência no estudo da Antropologia, tornando-se um clássico de leitura essencial para se conhecer a alma nipônica.

Além da característica assinalada de observância da hierarquia, a consagrada antropóloga observou, como uma das notas distintivas da cultura japonesa, dois outros aspectos característicos do comportamento e conduta do indivíduo em sociedade, no interagir com seus semelhantes: o comportamento “TATEMAE” (conduta social exteriorizada) e o comportamento “HONNE” (conduta social interiorizada).

O comportamento “TATEMAE” corresponderia a uma conduta polida e reservada, de comedimento e consideração para com o outro. O comportamento “HONNE” corresponderia a uma conduta mais recôndita, mais próxima da autenticidade, reservada para si próprio.

Estes dois aspectos culturais, ao ver de Benedict, seriam expressões da cultura nipônica, que a tornam única, própria, distinta e típica do Japão, posto que, ainda que existentes, também, em outras culturas, não é de emprego tão acentuado como no Japão.

Estas duas características, segundo antropólogos ocidentais, constituem pontos de maior relevo da alma nipônica e, não poucas vezes, são mal interpretadas, como se revelassem um falso comportamento, de hipocrisia e dissimulação.

Contudo, quando se sabe que o ensinamento de Confúcio exerceu forte influência na cultura nipônica e que a observância do “WA”, como equilíbrio e harmonia no comportamento das pessoas, é essencial para o desenvolvimento de uma sociedade, com uma elevada densidade demográfica, em área de proporções limitadas necessárias para a habitabilidade e para a produção agriculturável, assolada por frequentes cataclismos e adversidades da natureza, são balizas que possibilitam compreender ser necessário e essencial o comedimento, a precaução, a prudência no desenvolvimento das relações humanas em sociedade.

O Confucionismo enfatiza a harmonia entre céu e natureza, e a sociedade humana se completa desde que cada pessoa aceite seu papel social, contribuindo para a ordem social com o seu comportamento apropriado e adequado, ou seja, observando-se a sua posição no estamento social.

O aforisma contido no ensinamento “DA XUE” (“O Grande Saber”) de Confúcio expressa: “Pessoas preparadas, Famílias equilibradas. Famílias equilibradas, Estados corretamente governados. Estados bem governados, o Império torna-se tranquilo e feliz”.

Assim, o atuar e agir de uma forma exterior, que não melindre ou cause constrangimento ao próximo (“TATEMAE”) é premissa de observância mandatária para o convívio social. E o agir e atuar conforme seu desejo e impulso interior (“HONNE”) deve ficar reservado para si próprio ou, quando muito, partilhado com alguém muito próximo de seu círculo íntimo.

Estas regras de convivência social ou regras de etiqueta é que possibilitam alcançar-se o “WA”, a harmonia e o equilíbrio.

A formação histórica e cultural do Japão aponta para um passado de mais de 3.000 anos, desenvolvida de forma marcadamente insular, com aproximação cultural com a China, passando pela Península da Coreia.

E por cultura, no conceito dado pelo antropólogo Kluckhohn, deve-se entender “a cultura é o modo de pensar, de sentir e de reagir de um grupo humano, sobretudo recebida e transmitida pelos símbolos, e que representa sua identidade específica: ela inclui os objetos concretos produzidos pelo grupo. O coração da cultura é constituído de ideias tradicionais e de valores que estão ligados”.

Com seus usos e costumes, os “MORES” a que aludiam os antigos romanos, próprios e únicos, o Japão sempre se manteve isolado e, para os estrangeiros, estava coberto por um véu de mistério e lendas, e, dentre elas, a de que havia um palácio inteiramente revestido de ouro, a despertar sonhos de conquistas nos outros povos (certamente, este relato não estava muito distante da realidade, pois o Palácio Kikankuji, em Kyoto, de fato, é conhecido ainda hoje como “Pavilhão Dourado”).

Mas, mesmo o temido Gengis-Khan, ao tempo da expansão de seu Império Mongol, não logrou conquistar o Japão, em razão dos ciclones decorrentes das monções, os quais fizeram soçobrar sua esquadra naval e fez crescer o conceito da invencibilidade do povo japonês, protegido dos Deuses, pois socorrido pelo vento divino (“kamikaze”) que impediu o ataque inimigo.

O contato com o Ocidente só veio a ocorrer por ocasião do Circuito das Grandes Navegações, encetado por Portugal e Espanha.

A chegada das naus portuguesas ao Japão, nos idos de 1500, trouxe consigo a expansão do Catolicismo, com marcante atuação da Companhia de Jesus, com o objetivo da catequização dos assim chamados povos gentios, por não professarem o Catolicismo, tal como ocorreu no Brasil, que, descoberto pela expedição de Pedro Álvares Cabral, expandiu a religião cristã entre os índios, como dão conta a atuação de Anchieta e Nóbrega, na Capitania de São Vicente e nas terras de Piratininga.

A moral cristã, como substrato da solidariedade, do amor ao próximo, exalta a igualdade e a fraternidade entre as pessoas. Esta concepção, contudo, confrontava os rígidos padrões de hierarquia, sobre os quais se edificava a sociedade japonesa. E este choque cultural, de certa forma, interferia com os interesses do Shogunato, o centro do poder político e administrativo, que, até mesmo, vislumbrava lampejos de incitamento à subversão.

Como se colhe de uma pesquisa na Wikipedia, o conceito de hierarquia, no Japão, como característica cultural, é natural: "Diferença de "status" familiar define de perto toda conduta social. Idade ou idade provecta, gênero, nível educacional, filiação em organizações, e personalidade são referências comuns e que acentuam as distinções a serem observadas como guias para a interação social...O termo hierarquia implica em um elenco de papéis e um rígido conjunto de regras, e, no Japão isto é partilhado por todos, independentemente da burocracia. O sentido de obediência à hierarquia espalha-se por toda a sociedade, de variadas maneiras, de modo difuso" (in Wikipedia, the Free Encyclopedia – Japanese Values).

Uma das razões determinantes, entre outras, para a expulsão dos portugueses no Japão, assim decidida por Tokugawa, por volta de 1630, decorreu do entrechoque entre o princípio da igualdade e fraternidade, "leit-motiv" do cristianismo, e a rígida e milenar hierarquia nipônica, na qual a distinção de classes sociais é nítida e acentuada.

Com a expulsão dos portugueses e dos missionários jesuítas, o Catolicismo foi banido do Japão e, como testemunha desta proibição, os 26 Mártires do Japão, assim considerados pela Igreja Católica Romana, foram crucificados em Nagasaki, cuja memória é cultuada na Catedral de Nossa Senhora de Oura, a Nossa Senhora do Japão.

Entre estes mártires, citam-se São Francisco Xavier e São Gonçalo.

Política e economicamente, a expulsão dos

portugueses do Japão, no século XVII, acarretou o fechamento do Japão aos demais estrangeiros.

Este isolamento do Japão aos demais países persistiu por cerca de 250 anos e só veio de ser rompido em 1853, com a chegada do Almirante Matthew Perry, da Marinha dos Estados Unidos da América do Norte, que, representando aquele país, procurava estabelecer contato comercial com o Japão.

Às tratativas iniciais de Perry não foram de pronto, objetivamente, respondidas, permanecendo as autoridades japonesas reticentes, sem dar-lhe uma resposta clara, positiva ou não, da aceitação dos termos de sua proposta.

Esta forma de se conduzir dos japoneses, longe de ser um comportamento de indiferença ou de não se dar ao interlocutor a necessária e adequada atenção, configurava a manifestação de sua perfeita consonância e adequação aos institutos do "TATEMAE" e do "HONNE", aspectos proeminentes da cultura nipônica, os quais, repise-se, são inerentes no comportamento social cotidiano, não significando falsidade ou dissimulação no trato com o semelhante, mas, sim, uma forma de preservar a harmonia, como forma de evitar rusgas e discrepâncias.

Não tendo obtido uma resposta direta a sua pretensão, vista sob a lente da objetividade americana, entendendo tratar-se a reticente postura dos japoneses como um ultraje, o Comodoro Perry deu uma demonstração de força bélica, ao efetuar salva de tiros de canhoneira que atingiu e destruiu uma aldeia de pescadores, previamente desocupada, na Baía de Uruga.

Este ato precipitou a abertura dos portos japoneses aos ocidentais e, em consequência, relações comerciais foram estabelecidas.

O Japão, até então, por não possuir um ordenamento jurídico codificado, ao assim contratar com os estrangeiros tinha de submeter-se ao direito do estrangeiro contratante.

Segundo o ensinamento de René David, contido em "Major Legal Systems in the World Today" (Free Press, 2nd Ed.pag.492) a primeira baliza legal no Japão aparece na Era Taika, tendo início em 646 A.D., com um sistema regulatório baseado no modelo regulatório chinês, denominado "RITSU-RYO", o qual distribuía atribuições devidas a cada qual dos membros da sociedade, em seus devidos estratos sociais.

Osistema "RITSU-RYO" dispunhaprincipalmente sobre uma série de proibições ("RITSU") e de regras concernentes à Administração ("RYO").

Esta estrutura regulatória, em sua essência, estava assentada nos princípios de observância da hierarquia e, como assinala René David (op.cit. pag.495), efetivamente, não se podia dizer que havia um sistema escrito de leis, senão que havia apenas

instruções escritas dadas por superiores a inferiores. Assinala, ainda, que qualquer ideia de direito ou reivindicação de algum direito, de modo geral, estava ausente com respeito a pessoas pertencentes a diferentes classes sociais, o mesmo ocorrendo entre aqueles situados na mesma classe social.

Na realidade, o plexo de regras de comportamento era representado pelo conceito "GIRI", como conjunto de deveres e obrigações, derivado do ensinamento de Confúcio, que permeava todos os estamentos da sociedade japonesa. Assim, há o "GIRI" de pai e filho; o "GIRI" de marido e mulher, bem como o "GIRI" entre tio e sobrinho, ou mesmo de irmãos entre eles mesmos e, fora da família, há o "GIRI" do senhor de terras e o lavrador, o senhorio e o inquilino, o mercador e o consumidor, o empregador e o empregado e, assim, sucessivamente, onde houver relação humana.

Segundo Jouon des Longrais, "A Ásia de Confúcio preferiu o ideal de uma relação filial baseada em cuidadosa proteção e respeitosa subordinação do que em uma relação de igualdade" (in René David, op. Cit. Pag.495).

O "GIRI", assim, substituiu a lei e, até mesmo, a moral.

O "GIRI" era espontaneamente observado não muito por corresponder a série de valores morais ou estritos deveres, mas, sim, devido a uma consequente reprovação social decorrente de sua não observância.

A inobservância do "GIRI" poderia ser uma fonte de vergonha, uma perda de identidade, por quem não a cumprisse. Daí, a razão pela qual, embora sob a ótica da cultura ocidental parecesse inadequada, inútil ou mesmo ofensivo, o "GIRI representava verdadeiro código de honra.

Este sutil painel, mostrando um peculiar e único fio que tece a conduta social japonesa, a fim de alcançar-se o desenvolvimento harmonioso da vida em sociedade, era o que se exibia aos olhos atônitos do Comandante Perry.

III. A era Meiji: ocidentalização do direito japonês

O regime feudal vigente no Japão findou-se com o advento da Era Meiji em 1868, quando o Imperador Mutsuhito, então com 16 anos de idade, ascendeu ao Trono Imperial do Japão e deu início ao Período Meiji (1868 a 1912).

Neste Período, também conhecido como a "Era das Luzes" o Japão passou por profundas mudanças, com a visível substituição de todas as antigas estruturas as quais deram origem a uma sociedade inteiramente remodelada.

Um Estado Democrático nos moldes ocidentais substituiu o antigo Estado Feudal e um extraordinário

desenvolvimento colocou o Japão na vanguarda do cenário internacional.

O progresso e o desenvolvimento do Japão se fez sentir em, praticamente, todas as áreas, na indústria, na economia, no sistema educacional, com a criação de universidades, no campo militar, na ciência, na tecnologia, em razão da palavra de ordem dada pelo Imperador Meiji de que urgia enviar japoneses para cursar universidades europeias e, assim assimilar tanto quanto possível a cultura do Ocidente.

Na área do Direito, contudo, é que se pode observar a extraordinária mudança do referencial normativo que, de um direito baseado em um sofisticado e sutil sistema de regramento baseado em valores de honra e lealdade, "GIRI", passou a ser positivado em norma escrita.

Como assinala René Davi "o processo de ocidentalização do direito foi decidido já no início da Era Meiji para fazer cessar a vigência de desiguais tratados impostos em 1858 por diversas nações ocidentais (Estados Unidos, Reino Unido, Rússia, França e Holanda) que o Japão considerava como uma humilhação nacional" (op.cit.pag.496).

A rápida modernização do Direito Japonês derivou da adaptação de uma série de leis baseadas no Direito Comum Europeu.

No início de 1869 a versão do Código Civil Frances foi iniciada e completada no prazo de 5 anos, a despeito de todas as dificuldades envolvidas, em razão da ausência de juristas que estivessem familiarizados à dogmática jurídica francesa.

Novos termos tinham de ser encontrados para expressar elementares noções de "direito" ("direito subjetivo"), o qual passou a ser conhecido como "KEN-RI" e a de "dever legal" ("obrigação jurídica") passou a ser considerado como "GIMU", os quais, até então, eram totalmente estranhos ao pensamento japonês.

Assim, a ajuda e contribuição de juristas europeus, capitaneados por Gustave Boissonade, uma série de códigos foi, a partir de 1872, promulgada.

Em 1882 O Código Penal e o Código de Processo Penal, ambos baseados no modelo francês, foram promulgados. E em 1890 foram editadas a Lei de Organização Judiciária e o Código de Processo Civil, agora sob a influência do Direito Alemão.

René Davi anota que o Código Civil Boissanade, de 1873, enfrentou séries dificuldades, notadamente no campo dos direitos da pessoa e das sucessões e, em 1898, o Código Civil Japonês foi adaptado, sob sensível influência do Código Civil Alemão.

Em 1890, foi promulgado o Código Comercial Japonês, também, sob a influência do Direito Alemão.

Paralelamente, no campo do Direito Público, o Japão experimentou uma completa reforma de suas instituições públicas nacionais.

Com a promulgação da lei que possibilitou a venda de terras, em 1872, a agricultura foi liberada.

A estrutura e organização estatal foi modernizada com a adoção de uma nova divisão do país em departamentos (“KEN”), em 1890 e por uma série de leis que criaram as municipalidades(1888).

Este panorama legal, contudo, sofreu uma transformação após 1945.

IV. O pós-guerra (1945) e a ocidentalização do Japão

Muito embora o tradicional Direito Japonês, baseado no conceito do “GIRI, fator cultural de observância arraigada na alma japonesa, com a prevalência dos graus de hierarquia e da preservação da honra e do nome familiar, permeando todos os níveis e estamentos sociais, tenha, aparentemente, sido afastado pelo advento do Direito positivado em norma escrita, contido nos diversos Códigos que foram promulgados durante o Período MEIJI, com acentuada influência do Direito Continental Europeu, na realidade, os usos e costumes tradicionais e a influência do “GIRI” continuavam a ser observados pelos japoneses, até o final da 2ª Guerra Mundial.

A derrota militar e a rendição incondicional do Japão, com a ocupação do Japão pelos Estados Unidos, em 1945, deram lugar a profundas reformas na sociedade japonesa e o espírito de democratização que as caracterizou decorreram de inspiração mais americana que japonesa, propriamente.

Estas reformas foram influenciadas pelo Direito Anglo-Americano (“Common Law”), algumas vezes em competição com a influência Romanística, mas, conquanto a mudança tenha ocorrido formalmente, nem por isso, extirparam os usos e costumes tradicionalmente aceitos, os “MORES” do povo japonês.

Em arguta observação Rene Davi assinala que “sob a fachada da ocidentalização do Japão, uma questão que permanece em aberto é saber se esta mudança realmente representou uma significativa transformação e se a ideia de justiça e direito como concebidas no Ocidente tenha sido assimilada” (op. cit. pag.498).

Isto porque, prossegue o arauto do Direito Comparado, “é verdade que os” MORES” (usos e costumes) japoneses estão se transformando, e estão sendo, mais e mais, aceitos, especialmente na sociedade urbana e entre membros das gerações mais jovens, os quais presuntivamente acolhem a nova ordem legal”, mas, como acentua, “sob todos os pontos de vista a sociedade Japonesa ainda difere da sociedade Ocidental. Os antigos hábitos e o modo de pensar estão ainda muito vivos entre a maioria dos

japoneses...o ideal de Confúcio da ordem hierárquica baseada na ordem natural está muito viva. Assim as estruturas sociais e a atmosfera de liberdade subjacentes nas leis ocidentais estão presentes somente em mínimo grau no Japão. As leis do Ocidente foram feitas para um ambiente racionalista e seus conceitos abstratos são resultados de uma visão Cartesiana”.

No Japão, assinala Rene David, “a aplicação da lei moderna vai em sentido contrário ao sentimentalismo místico e poético da alma japonesa do que o espírito lógico contido na norma do Ocidente, com o que se explica a histórica indiferença japonesa em relação aos ideais da liberdade e dignidade tão caras ao Ocidente” (op. cit. pag.489).

Segundo ainda o Professor Rene David, tanto na área do Direito Público quanto na área do Direito Privado, a modernização do padrão legislativo, ocorrida após 1946, embora do ponto de vista formal tenha acarretado uma profunda transformação, o povo japonês ainda não se deu conta de que são senhores de seus próprios destinos, a ponto de o Professor Oka, citado por ele, não hesitar em falar que o “aparente constitucionalismo” caracteriza a ordem política japonesa.

Para o povo japonês, segundo Rene David, a lei, como um conceito, ainda está associada à punição e prisão, e, no imaginário popular, pessoas de bem não se envolvem com a lei.

Daí que ter de comparecer a uma corte judicial, mesmo em se tratando de uma questão civil ou particular, representa uma fonte de vergonha; e o receio da vergonha – a perda de seu respeito pessoal – mais do que qualquer fundamento ético ou moral que possa ter o direito a ser defendido, é o motivo determinante para que se invoque a proteção legal o menos possível.

Nestas observações verifica-se a poderosa influência do “MORES” tradicional, qual seja a de se buscar a harmonia (“WA”), sem estrépitos ou ruídos, mantendo-se as aparências sociais, com a observância dos preceitos do “TATEMAE” e do “HONNE”, de molde a que o código maior de conduta e honra (“GIRI”) seja preservado.

Estas observações de Rene David encontraram ressonância no pensamento de José Crettela Junior, Professor Titular de Direito Administrativo da USP, quando, sendo nosso Orientador no Curso de Pós-Graduação, na regência da disciplina Direito Administrativo Comparado, em 1984, afirmava que no Japão não se fazia necessária uma lei escrita, pois o milenar sistema de obrigações e direitos, contidos no “GIRI”, abarca e encerra todo o plexo de responsabilidade de viver-se em comunidade.

V. Da importância da conciliação no Japão

Dentro deste cenário cultural, a importância da conciliação, como forma de resolução de conflitos de interesses, tem acentuado papel na sociedade japonesa.

Como assinalado anteriormente, o tão só fato de se buscar a solução de um conflito de interesses pela via de uma intervenção judicial, em si, é um sinal de um distúrbio social e isto deve ser evitado.

O desate de uma divergência, antes, deve ser buscado na via conciliatória.

Assim, contempla-se no Japão o instituto do “JIDAN” que, na tradição ocidental, corresponderia a um procedimento preliminar, anterior ao acesso judiciário.

Nesta fase, as partes procuram um agente administrativo e este envida esforços para obter uma decisão conciliatória.

Não obtida a conciliação, as partes estão autorizadas a propor a medida judicial.

Mas, mesmo nesta instância judicial, sempre há uma preocupação do Juiz de buscar obter uma decisão conciliatória. Nesta fase do procedimento judicial, a conciliação é assumida pelo Juiz e este proceder denomina-se “WAKAI”.

No âmbito de uma ação judicial, as partes podem, ainda mesmo que esteja buscando o provimento jurisdicional, optar por solicitar à Corte que indique um painel de conciliadores, que dará uma decisão baseada na equidade.

Este procedimento tem o nome de “CHOTEI” e, geralmente, é o painel composto por dois conciliadores e o Juiz do processo, muito embora, a atuação do Juiz deva ser mais discreta, de modo não proeminente, para que não transpareça ter sido a demanda solucionada em decorrência da intervenção judicial.

Como anota Rene David “ as partes litigantes em um processo perante a Corte, muitas vezes, com um olho em sua reputação, preferem, antes mesmo que buscar obter uma sentença judicial, moldar-se ao procedimento do “CHOTEI”.

Disputas decorrentes do Direito de Família e do Direito do Trabalho, caso sejam levados à Corte, devem obedecer ao procedimento “CHOTEI”.

No tocante à arbitragem (“CHUSAI”) a postura da cultura japonesa desencoraja sua utilização, no sentido próprio do termo.

Isto porque considera-se inapropriado possa um contrato conter cláusula que disponha dever as partes contratantes buscar a arbitragem como forma de resolução de conflitos, estando subjacente a ideia de um incentivo para fomentar-se antecipadamente uma disputa.

As divergências que venham a ocorrer no cumprimento contratual, caso ocorram, devem ser solucionadas por meio de um acordo pontual, baseado na boa vontade das partes contratantes.

Assim, a arbitragem tem sido mais utilizada em contratos envolvendo comércio exterior. No tocante aos contratos de negócios internos, geralmente há cláusula dispondo que as partes buscarão a solução por meio de reconciliação.

VI. O direito japonês e o direito brasileiro

O Direito Comparado não é ramo da ciência jurídica como poderia levar a crer a expressão, aliás, infeliz que o designa, assim prelecionava Cretella Junior (in Direito Administrativo Comparado, Ed. Forense, 4ª ed., pag.IX, Apresentação).

Trata-se, na realidade, de um método comparativo por meio do qual, ao se estudar os direitos de diferentes povos, objetiva-se buscar contribuições para melhorar o próprio direito nacional, pela observação do que ocorre em outros sistemas jurídicos, e, também, para esclarecer pontos duvidosos dos institutos dos vários sistemas jurídicos.

É de fundamental importância em nossa época o estudo do Direito Comparado, como assinalava Cretella Junior e, ao assim lecionar, trazia à colação a lição de René David:

“No mundo moderno atual, é dever imperioso, para todo aquele que pretende constituir uma elite, fazer um esforço para conhecer os países estrangeiros, compreender sua a maneira de ver e não julgar-lhes as instituições, a política ou a moral à luz das próprias concepções e preconceitos. As circunstâncias atuais exigem imperiosamente um grande esforço de compreensão por parte de todos e, especialmente, por parte daqueles que podem ser chamados a dirigir a opinião do próprio país em que vivem. O estudo dos direitos estrangeiros é para o jurista um meio de desincumbir-se desta missão e de adquirir o espírito internacional necessário do mundo novo” (in Traité élémentaire de droit civil compare’, 1950, pag.II, Prólogo).

O instituto do “JIDAN” como preliminar procedimento de conciliação, para dirimir conflitos de interesses, e sem que se o observe, impede-se a busca pela via jurisdicional, inspirou a promulgação da Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei no. 7.244/84) e, que, posteriormente, desaguou no Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei no.9.099/95).

Esta assimilação do instituto do “JIDAN” pela legislação brasileira, pode-se dizer, sem sombra de dúvida, como resultante do estudo Direito Comparado.

Por termos sido agraciados com a Bolsa do Programa Gaimucho-Kenshusei, em 1971, e,

por termos tido a oportunidade de conhecer o funcionamento do “JIDAN”, no Japão, aderimos, em primeira hora, ao Projeto Piloto do Juizado Informal de Pequenas Causas, implantado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e, tivemos a oportunidade de galgar todos os graus da carreira, se assim se pode chamar, do Juizado Informal e, posteriormente, do Juizado de Pequenas Causas em São Paulo, desempenhando as funções de Juiz Adjunto, Juiz Auxiliar, Juiz Efetivo, Juiz Membro da Junta Recursal e Juiz Presidente da Junta Recursal de Pequenas Causas de São Paulo.

Estas atividades eram desenvolvidas, à noite, após o encerramento das atividades jurisdicionais e, por sem dúvida, apresentaram resultados satisfatórios, além de possibilitar um sentimento de preenchimento de solidariedade social em todos aqueles voluntários que se dispunham a prestar aquele serviço.

A conciliação, como forma de resolução amigável de conflitos de interesses, tem se apresentado como instrumento de relevante importância para a pacificação social, tanto que, no âmbito do processo civil, sua observância é mandatória, como consta dos parágrafos 2º e 3º, do artigo 3º. Do Código de Processo Civil (Lei no.13.105, de 16 de março de 2015), “in verbis”:

Art. 3º – Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 139, inciso V, determina que o juiz, ao dirigir o processo, deve promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Ainda, dado o relevo da conciliação como forma de solução de conflitos de interesse, o Código de Processo Civil, em seu artigo 359, determina que o juiz, instalada a audiência de instrução e julgamento tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e arbitragem.

Já está sendo incorporado como prática habitual a instituição da Semana Nacional da Conciliação, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça.

Nesta ocasião, mutirões de conciliação são realizados, englobando processos judiciais em andamento e mesmos os potenciais conflitos de interesse que poderiam ser levados ao Poder Judiciário.

A prática desta atividade tem apresentado resultados proveitosos e elevados e tem servido de fomento à adoção da conciliação, como meio de alcançar a pacificação social.

Os Cursos de Direito já estão adotando em seus currículos e grades escolares a Disciplina dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, com destaque para a conciliação.

Felizmente, está ocorrendo uma mudança cultural em relação à solução de conflitos, substituindo-se a cultura do litígio, peculiar ao processo judicial, e a cultura da conciliação, lastreado no diálogo e no entendimento, com o estabelecimento de concessões mútuas.

Aliás, a harmonia e a conciliação já eram assim recomendadas nas Escrituras Sagradas, quando ali se pontua “antes de consagrares meu Altar, reconcilia-te com teu irmão”.

VII. Conclusão

estas breves reflexões permitem dizer que, a despeito de diferenças de latitude e longitude, “o ser humano almeja a felicidade”.

E a obtenção da almejada felicidade há de passar pelo necessário convívio social, dado o instinto gregário do ser humano.

A vida comunitária, contudo, para que se desenvolva com equilíbrio e harmonia há de pautar-se por regras de conduta, sejam elas tácitas, costumeiras ou escritas.

Civilizações antigas e com uma milenar cultura assentada em sólidas tradições sobreviveram e sobrevivem às mudanças temporais e, apesar da aparente modernização de seus costumes, mantem acesas as chamas da tradição ancestral, como ocorre no Japão.

A busca pelo “WA”, como fórmula de harmonia e equilíbrio, lastreadas pelos institutos do “TATEMAE” e do “HONNE”, tão caras ao sentimento e à cultura japonesa, embora possam parecer incompreensíveis à cultura ocidental, na realidade, são os fundamentos que proporcionam um viver em sociedade tanto mais harmônico quanto possível. E longe de parecerem práticas dissimulatórias, na realidade, são produtos de uma prudente e equilibrada sabedoria, que preconiza residir a virtude no meio, sem excessos, sem estrépitos ou ruídos, mas, natural, como o fluir de um regato ou como o arfar de uma brisa.

Ao ansiar pela Shambala de nossa utopia, com os botões, perguntamo-nos se, de fato, também poderíamos atingir um estágio de perfeição, no qual, irmanados no ideal de uma autentica fraternidade, encontraríamos a harmonia e o equilíbrio, numa sociedade em que o viver honestamente, não prejudicar a outrem e dar a cada um o que é seu, seria tão natural quanto respirar.



PARTICIPE! PUBLIQUE SEU LIVRO

A Editora JC está investindo no formato de auto-publicação, processo que consiste basicamente na publicação de livros com a vantagem da impressão por demanda.

São disponibilizados aos autores os serviços de revisão dos originais, criação artística da capa, diagramação, impressão e venda por demanda.

Interessado?
Envie um email para:
livros@editorajc.com.br



Esse livro é fruto de sua dissertação de mestrado na University of Connecticut School of Law, nos Estados Unidos. A obra lança novas luzes no estudo do mais importante instrumento criado pelo legislador brasileiro nos últimos anos. Unindo pesquisa empírica, trabalhando com dados seguros e comprovados e acrescentando uma sólida teoria neoprocessual, o autor apresenta o atual cenário desses organismos judiciais.



Antônio Aurélio Abi-Ramia
Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro



Ministra Eliana Calmon
Ministra aposentada do STJ



Ministro Guilherme Caputo Bastos
Ministro do TST



Autores Diversos
Ministros dos Tribunais Superiores e Juristas

Presidente honorário da OAB lança livro

Da Redação



Marcus Vinicius, entre o presidente da OAB nacional, Claudio Lamachia, e o Min. Lewandowski, presidente do STF

A sede da Ordem dos Advogados do Brasil abrigou, mais uma vez, o lançamento de um livro de seu presidente honorário, o advogado e presidente da Comissão Constitucional do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coêlho. Pela Editora Saraiva, em outra oportunidade, Coêlho lançou “Comentários ao Novo Código de Ética dos Advogados”; e agora, pela editora Fórum, está lançando a 4ª edição do “Direito Eleitoral, Processo Eleitoral e Penal Eleitoral”.

A ideia do primeiro livro surgiu logo após o novo Código de Ética dos Advogados ter sido aprovado em 2015, quando Marcus Vinicius estava presidindo a entidade, e entrou em vigor em 1º de setembro desse ano. O livro sobre o assunto descortina as principais inovações, como a advocacia pro bono, o estímulo à mediação e a conciliação e a maior agilidade nos processos éticos e disciplinares. “A ética e as

prerrogativas são fundamentais para a valorização do advogado”, afirma Coêlho.

Segundo o advogado, essa última obra “surgiu da necessidade verificada na militância na advocacia eleitoral de um livro que apresentasse todos os ângulos da matéria eleitoral. O direito eleitoral cuida da democracia, da legitimidade do voto, do respeito à vontade popular. É fundamental ao estado de direito”.

Em sua quarta edição, totalmente atualizada, a obra cuida da matéria eleitoral em todos os seus ângulos: tanto o direito material quanto o processual, incluindo a área penal. O livro trata de temas polêmicos como a cassação de mandatos políticos, a realização de novas eleições, a possibilidade de pré-campanha eleitoral, dentre outros. Leitura indispensável não só para os estudantes e estudiosos do Direito, mas para o público em geral, o livro encontra-se à venda nas melhores livrarias.



Marcus Vinicius ao lado do Min. Barroso, do STF



Marcus Vinicius e o Min. Moura Ribeiro, do STJ



Ministro Bellizze, do TJ, e Marcus Vinicius



Marcus Vinicius ao lado do Min. Herman Benjamin, do STJ



Marcus Vinicius e o Min. Sanseverino, do STJ



Marcus Vinicius entre o ministro Humberto Martins e a presidente da OAB de Alagoas Fernanda Marinela

Comentário sobre a Resolução nº 23.219 do TSE

Adriana de Melo Nunes Martorelli | Advogada

José Carlos Gobbis Pagliuca | Procurador de Justiça/SP

O Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu procedimentos para viabilizar o acesso às urnas aos presos provisórios e adolescentes autores de atos infracionais em cumprimento de medida socioeducativa no Estado brasileiro, desde 2010, por meio da Resolução Nº 23.219.

Conforme dados publicados pelo Ministério da Justiça¹, há mais de 600 mil pessoas presas, dentre as quais 41% sem pena (ou provisoriamente recolhidas ao cárcere), as quais, em razão de ainda não terem sido condenadas, mantêm intactos e inabaláveis seus direitos políticos, somente restringidos por força de sentença condenatória transitada em julgado.

Como exemplo, cita-se o processo no Estado de São Paulo, que possui o maior contingente populacional prisional do País, fator impeditivo da realização à reforma eleitoral pretendida, justamente porque não é factível a liberação do grande número de presos provisoriamente custodiados e dos adolescentes autores de ato infracional em cumprimento de medida socioeducativa, para que, no dia da eleição, pudessem sair das unidades de custódia para fins de votação. Deste modo, os presos de São Paulo não foram contemplados com acesso ao voto imediatamente após a entrada em vigor da Resolução Nº 23.219, de 2 de março de 2010, do Tribunal Superior Eleitoral, por não existirem medidas possíveis à execução da mudança necessária para fazê-lo.

A Resolução prevê protagonismo na execução das medidas necessárias à implementação das urnas de votação por parte das Corregedorias dos Tribunais de Justiça, dos Conselhos Penitenciários dos Estados e do Distrito Federal e dos Conselhos Estaduais e do

Distrito Federal dos Direitos das Crianças e Adolescentes, visando fortalecimento de parcerias e distribuição de responsabilidades, desde a identificação do potencial eleitor, providências quanto à regularização do alistamento, identificação das unidades e todas as demais etapas inerentes ao processo eleitoral, como, por exemplo, designação de mesários, dos agentes penitenciários e mecanismos de segurança de todos os envolvidos no processo eleitoral, entre outras.

Importante ressaltar que o regramento define como presos provisórios “aqueles que, apesar de recolhidos a estabelecimento de privação de liberdade, não possuem condenação criminal transitada em julgado” e, quanto aos adolescentes, aqueles “menores de 21 e os maiores de 16 anos submetidos à medida socioeducativa de internação ou à internação provisória.”

No que diz respeito aos estabelecimentos nos quais estas zonas eleitorais especiais deverão ser implementadas, a Resolução define como “estabelecimentos penais todos os estabelecimentos onde haja presos provisórios recolhidos” e “unidades de internação todas as unidades onde haja adolescentes internados.”

É fato que presos provisórios vão às urnas no Brasil desde o ano de 2010, mas, o Estado de São Paulo, como já dito, detentor da maior população prisional dentre todas as unidades da Federação, somente implementou a ação a partir de 2012, dada a complexidade que envolve a proposta, para concretização da qual mobilizou-se intensamente o Tribunal Regional Eleitoral do Estado, convocando entidades parceiras, como Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional de São Paulo), Ministério Público do Estado de São Paulo, Secretaria de Administração Peni-



Adriana de Melo Nunes Martorelli



José Carlos Gobbis Pagliuca

tenciária do Estado de São Paulo, Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente e Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Sem dúvida, os procedimentos necessários à viabilização do acesso dos presos às urnas é extremamente complexo, mas diversos são os pensadores e operadores da justiça que defendem a ideia de promover o acesso como um instrumento de inserção da pessoa presa à sociedade, conforme entendimento exarado, inclusive, pelo presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, o desembargador Roberto Wider, que, ao manifestar-se sobre o tema, assim declarou: “é extremamente importante por contribuir para a ressocialização e o resgate da cidadania dos detentos”.

Mesmo diante do fato de ser o Estado com a maior população prisional do País, o Estado de São Paulo, a partir das eleições do ano de 2012, implementou medidas e obteve significativos avanços na oferta de acesso às urnas dos presos provisórios e adolescentes em medidas socioeducativas votantes, adotando as diretrizes e instruções estabelecidas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

De acordo com os termos da Resolução em comento, redigida com base no artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral e o artigo 105 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, os Juízes Eleitorais de cada um dos Tribunais Regionais deverão determinar a criação de seções eleitorais especiais nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação de adolescentes.

Nas zonas eleitorais instaladas nestes estabelecimentos, verifica-se o importante envolvimento participativo de todos os órgãos executores e pertencentes ao sistema de justiça eleitoral e criminal, assim como órgãos do poder executivo relacionados à defesa dos direitos humanos, defesa social, infância e juventude (vez que há menção expressa acerca da participação dos Conselhos Tutelares), segurança pública e administrações estaduais de assuntos penitenciários, vez que há também taxatividade sobre a presença de forças policiais, agentes socioeducativos e agentes penitenciários, revelando tratar-se de política pública construída horizontalmente.

Neste processo, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, entidade que, dentre todas as demais elencadas na resolução, também compartilha a construção e implementação do processo de promoção do acesso eletivo aos presos provisórios e adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, firmou Termo de Cooperação com o Tribunal Regional Eleitoral em 11 de julho de 2012, data a partir da qual comprometeu-se a contribuir, convocando para alistamento os jovens advogados interessados em servir ao Estado como mesários voluntá-

rios, ação que, nesta data, encontra-se em andamento como parte da preparação do processo eletivo.

Todas as tratativas estabelecidas entre os atores da ação política reformadora do Estado, registrado em processo sem número, cadastrado a partir de Ofício TER/SP Nº 1.115/2012, teve registro de andamento em razão de reunião geral convocada pelo TER/SP, cuja ata registrou que:

Reunião discute providências para o voto do preso provisório e do menor infrator nas eleições de outubro. O Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP) promoveu encontro com representantes de vários órgãos estaduais, na tarde desta quarta-feira (2), para discutir os procedimentos necessários à realização das eleições de outubro em estabelecimentos prisionais e unidades de internação de menores infratores. A Constituição Federal determina que o preso sem sentença criminal condenatória definitiva tem direito ao voto e, para as Eleições 2016, a Resolução do TSE 23.461/2015 regulamenta a matéria. O vice-presidente e corregedor regional eleitoral do TRE-SP, des. Carlos Eduardo Cauduro Padin, presidiu a reunião. Em relação ao preso provisório, o secretário de Administração Penitenciária, Lourival Gomes, afirmou que a Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) quer expandir o voto do preso provisório para 100% das unidades prisionais de São Paulo. “Por uma série de razões, tínhamos que entrar aos poucos nesse processo, mas agora já temos as experiências das eleições anteriores”, destacou o secretário. Contudo, Gomes alerta que a documentação provavelmente será um entrave para que isso aconteça. “O preso não porta documento algum ou utiliza um falsificado”, concluiu. Concordando com a preocupação do secretário, o procurador regional eleitoral André de Carvalho Ramos, afirmou que sua grande apreensão diz respeito aos documentos dos condenados e dos menores infratores. Apesar disso, salientou o avanço do TSE ao normatizar o voto de presos provisórios. O des. Carlos Eduardo Cauduro Padin reconheceu a dificuldade relacionada à documentação e enfatizou que “essa é uma dificuldade que temos que enfrentar, com o empenho nosso e de todos os envolvidos”. Outro ponto abordado durante a reunião foi a respeito dos mesários que trabalharão nas seções eleitorais. Claudio Piteri, vice-presidente da Fundação Casa, demonstrou preocupação relacionada àqueles que vão trabalhar no dia da eleição, considerando que os agentes penitenciários não podem atuar como mesários. A presidente da Comissão de Política Penitenciária da OAB SP, Adriana Nunes, garantiu que “a maioria dos advogados inscritos estará disponível a atuar como mesários nos estabelecimentos prisionais”, se comprometendo a entregar pessoalmente a lista com os nomes daqueles que participarão. O voto do preso

provisório foi implantado no Estado de São Paulo nas eleições de 2010. No último pleito, 89 seções foram instaladas, que reuniram 4.314 eleitores aptos a exercer o direito de votar. Desse total, 1.309 inscritos votaram em estabelecimentos penais e 3.005 em unidades de internação. No fim da reunião, o Tribunal assinou convênio de cooperação com a SAP e com a Fundação Casa para conjugarem esforços com o objetivo de viabilizar a votação nos locais. Participaram ainda do encontro o secretário de segurança pública adjunto, Márgino Alves Barbosa, o juiz assessor da Presidência do TRE-SP, Marco Antonio Martin Vargas, representantes da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, da Defensoria Pública do Estado e Ministério Público estadual.²

Cabe ressaltar a participação do Conselho Penitenciário, que, como órgão fiscalizador da execução penal (art. 69, da Lei nº 7.210/94-LEP e art. 7º, da Res. TSE nº 23.219), sempre esteve na vanguarda da questão a fim de efetivamente proporcionar o exercício da cidadania a quem quer que seja. No caso da pessoa presa ou egressa, muitas vezes é paradoxalmente após tal condição que o indivíduo passa a conhecer e perceber seus direitos e deveres cívicos, uma vez que antes, sequer teve acesso pertinente a tais questões, quer em sede familiar, quer em bancos escolares.³ 

Notas

¹ <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-eira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

² <http://www.tre-sp.jus.br/imprensa/noticias-tre-sp/2016/Marco/tre-discute-providencias-para-o-voto-do-preso-provisorio-e-do-menor-infrator-nas-eleicoes-de-outubro>

³ Será mesmo que teremos que subverter valores, como magistralmente disse Hannah Arendt: “A melhor forma de determinar se uma pessoa foi expulsa do âmbito da lei é perguntar se, para ela, seria melhor cometer um crime. Se um pequeno furto pode melhorar a sua posição legal, pelo menos temporariamente, podemos estar certos de que foi destituída de direitos humanos. Pois o crime passa a ser então, a melhor forma de recuperação de certa igualdade humana, mesmo que ela seja reconhecida como exceção à norma. O fato-importante- é que a lei prevê essa exceção. Como criminoso, mesmo um apátrida não será tratado pior que outro criminoso, isto é, será tratado como qualquer outra pessoa nas mesmas condições. Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei. Enquanto durem o julgamento e o pronunciamento da sua sentença, estará a salvo daquele domínio arbitrário da polícia, contra o qual não existem advogados nem apelações. O mesmo homem que ontem estava na prisão devido a sua mera presença no mundo, que não tinha quaisquer direitos e vivia sob ameaça de deportação, ou era enviado sem sentença e sem julgamento para algum tipo de internação por haver tentado trabalhar e ganhar a vida, pode tornar-se quase um cidadão completo graças a um pequeno roubo. Mesmo que não tenha um vintém, pode agora conseguir advogado, queixar-se contra carcereiros e ser ouvido com respeito. Já não é o refúgio da terra: é suficiente ente importante para ser informado de todos os detalhes da lei sob a qual será julgado. Ele torna-se pessoa respeitável.” *Origens do Totalitarismo*. SP: Cia. Das Letras, 2000.

GONÇALVES COELHO

ADVOCACIA



SÃO PAULO

Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1478/1201 – Jardim Paulistano – (55) 11 3815 9475

www.gcoelho.com.br