

Revista de Direito UPIS

2009 v. 07

EDITOR

Carlos Aureliano Motta de Souza

CONSELHO

Antonio Pedro da Silva Machado

Beatriz Emilia Bartoly

Esdras Neves de Almeida

Ivo Montenegro

Jairo Bisol

João Maurício Leitão Adeodato

Luiz Antonio Borges Teixeira

Magda Montenegro

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Orival Grahl

Pietro Lemos Costa

Sebastião da Silva Barbosa

Zilah Maria Callado Fadul Petersen



Faculdades Integradas

Diretor-Presidente

Diretor Administrativo

Diretor Financeiro

Diretor de Relações Públicas

Diretor de Ensino

Diretor de Pós-Graduação

Diretora de Avaliação

Diretor de Ensino a Distância

Vicente Nogueira Filho

José Rodolpho Montenegro Assenço

Ruy Montenegro

Ana Cristina Morado Nascimento

Benito Nino Bisol

Sebastião Fontineli França

Andrezza Rodrigues Filizzola Bentes

José Ronaldo Montalvão Monte Santo

A **Revista de Direito UPIS** é publicação anual das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social – UPIS.

SEP/ Sul - EQ. 712/912 - Conjunto “A”
CEP 70390-125 - Brasília-DF

As informações e opiniões expressas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

Revista de Direito UPIS / União Pioneira de Integração Social. v. 1 (2003) –
Brasília, DF/ UPIS, 2009.

v. 7.

ISSN 1678-3107

Publicação anual

1. Direito – Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

Revisão de Originais

Antônio Carlos Simões

Revisão Final

Antônio Carlos Simões

Geraldo Ananias Pinheiro

Magda Montenegro

Tradutor

Pietro Lemos Costa

Capa

Marcelo Silva Alves

Diagramação, editoração eletrônica e impressão

Gráfica e Editora Inconfidência

SUMÁRIO

- 5** Apresentação
- 11** O direito à vida e as pesquisas com células-tronco
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 21** Diarista: empregado, eventual ou autônomo? O dilema permanente da
Justiça do Trabalho
Manoel Veras Nascimento
- 43** A ação civil pública e a questão da prova pré-constituída
João Batista Brito Pereira
- 51** A importância da aplicação dos princípios informativos nos Juizados
Especiais Cíveis para evitar a morosidade processual e possibilitar amplo
acesso à Justiça
Fernanda Santos Sampaio Santoro
- 73** A importância da participação da sociedade civil organizada no processo
legislativo
Luciana Matos
- 83** A admissibilidade de gestão da prova por juiz imparcial no sistema
processual penal acusatório e o artigo 156, inciso I, do Código de Processo
Penal, em face da Constituição Federal
Walter Eduardo Maranhão Bressan
- 97** Uma abordagem patriarcal na atividade jurisprudencial à luz das relações
entre direito e moral
Alessandra de La Vega Miranda
- 113** Normas para colaboradores

SUMMARY

- 5 Foreword**
- 11 The right to life and research with stem cells**
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 21 Diarist: employee, eventual or autonomous? The ongoing dilemma of the Labor Court**
Manoel Veras Nascimento
- 43 Public civil action and the issue of preconstituted evidence**
João Batista Brito Pereira
- 51 The importance of implementation of the information in the Special Civil Courts to avoid processing delays and enable broad access to justice**
Fernanda Santos Sampaio Santoro
- 73 The importance of participation of civil society in the legislative process**
Luciana Matos
- 83 The admissibility of evidence management by impartial judge in the adversarial system of criminal procedure and Article 156, I, of the Code of Criminal Procedure, in light of the Federal Constitution**
Walter Eduardo Maranhão Bressan
- 97 Patriarchal approach in jurisprudential activity on the relationships between law and morality**
Alessandra de La Vega Miranda
- 113 Normas para colaboradores**

APRESENTAÇÃO

Na edição anterior, comentamos os 20 anos da Constituição Federal, exaltamos o seu papel pacificador do corpo social, principalmente, os significativos avanços para uma carta que se pretendia cidadã: direitos fundamentais, defesa do patrimônio, do meio ambiente, das minorias, ampliação do papel do Ministério Público e da jurisdição constitucional. Enfim, um ordenamento jurídico aparelhado para projetar-se como marco regulatório de uma sociedade extremamente complexa e permeada por injustiças em diversas dimensões, não apenas na social.

Para citar apenas uma dessas dimensões, pode-se apontar o legislativo brasileiro, em todos os seus níveis, como fonte de proliferação de injustiças e mazelas.

Já era do domínio público a existência de corrupção nos legislativos trazida a lume pela ação persistente das Polícias Federal e Estaduais e pelo Ministério Público.

Todavia, a recente crise instalada no Senado Federal é emblemática. Descobriram-se coisas inimagináveis: funcionários fantasmas e mordomos; cursos no exterior para apaniguados; passagens distribuídas à farta para parentes, amigos, namorados e adjacentes; indivíduo condenado e preso, lotado em gabinete de Senador; auxílio moradia pago indevidamente, celulares passeando pelo exterior com parentes de Senadores, enfim um rol tão extenso de descabimentos que tornou-se difícil não imaginar a possibilidade de enquadramento de algum parlamentar em determinado delito.

Entretanto, o que mais assombra o homem medianamente politizado é que a maioria dessas irregularidades foi editada à sorrelfa, mediante atos administrativos secretos.

Na Alemanha nazista, documentos secretos eram apenas os referentes ao esforço de guerra. A ordem de envio de pessoas aos campos de concentração era dada em documentos ostensivos.

No Brasil, durante o regime militar, nenhum ato administrativo foi editado secretamente.

E eis que, em plena comemoração pelos quatro lustros de existência de nossa Carta, fica a sociedade estupefata diante do conhecimento de que, há mais de uma década, a principal Casa do legislativo nomeia e desnomeia pessoas – todas sem concurso, claro – por atos secretos, de conhecimento apenas de dois ou três membros da mesa diretora e dois ou três diretores.

Pasmem! Dentro do Poder que tem a competência legal para delinear o ordenamento jurídico da sociedade são praticados atos ofensivos a princípios basilares da administração pública: impessoalidade, publicidade e moralidade. São atos injustos na medida em que alijam milhares de brasileiros competentes da disputa de postos de trabalho. A própria remuneração desses cargos se constitui em flagrante injustiça, se comparada à remuneração paga por setores desfavorecidos da administração pública, bem como da iniciativa privada.

No bojo da celeuma que se seguiu à descoberta dos “atos secretos”, o Senado protagonizou cenas e comportamentos dignos das sociedades mais primitivas, cada lado apontando as mazelas e expondo as entranhas do outro.

De tudo o que a nação assistiu, estarecida, ressaltam dois fatos:

- 1º) a formidável cobertura do episódio dada pela mídia, em todas as suas formas, a demonstrar de maneira inequívoca que sem uma imprensa livre a democracia é uma flor tenra e sem futuro;
- 2º) a decepcionante pantomima do líder do governo no Senado para submeter-se, de forma humilhante, à vontade do Príncipe.

Esse episódio lembra a renúncia de Galileu Galilei à sua convicção, com base científica, sobre o heliocentrismo. Instado pela Inquisição, sabemos, Galileu, em praça pública, desdiz a sua teoria para afirmar a geocêntrica da Igreja Católica.

Mas, ao descer da cena, conta a história, ele sussurra aos amigos: “contudo ela se move”.

A liberdade encerra uma multitude de ações que o homem pode realizar, com base em seu livre arbítrio. Várias são as formas que a liberdade se apresenta e uma delas é a de pensamento. O livre pensar talvez seja a

expressão máxima da liberdade, pois até ao prisioneiro é permitido pensar e expressar seu pensamento.

Todavia, quando circunstâncias externas obrigam o indivíduo a renegar suas convicções mais recônditas e arraigadas, está-se diante do caso de aprisionamento da consciência.

Assim como Galileu, o líder do Governo no Senado tornou-se um prisioneiro de sua própria consciência.

Sob este ponto de vista, a nossa Constituição é falha, pois qualquer alteração que implique mudar comportamentos, exigir cumprimento de regras éticas, diminuir o número de representantes nas casas legislativas, não tem condições de prosperar em ambiente no qual impera o fisiologismo e os interesses pessoais mais mesquinhos em detrimento dos interesses do corpo social. Eis que falha nossa Carta em não prever um mecanismo que, por impulso social, pudesse defenestrar o parlamentar que não mais representasse os interesses do povo, mas tão-somente os seus.

Entende-se, assim, a dificuldade de Jean-Jacques Rousseau em aceitar a representação como a melhor forma de colocar a democracia em movimento. Rousseau era cético quanto à representação, talvez por conhecer profundamente a cupidez da alma humana.

Nesse sentido, qualquer tentativa de alterar a Carta para impor limites e restrições aos representantes do povo certamente esbarraria na resistência deles próprios para alterar o *status quo*.

2009 foi um ano de perdas para a família jurídica brasileira. O falecimento do Ministro do STF Carlos Alberto Menezes Direito abriu lacuna de difícil preenchimento com igual cabedal jurídico. Suas atuações no Supremo ajudaram a consolidar uma tendência da Corte, inicialmente discreta, de estabelecer parâmetros e paradigmas capazes de preencher o vazio legislativo em questões de fundamental importância para sociedade brasileira, como nos casos do nepotismo, do direito de greve do funcionalismo público e da fidelidade partidária, tendência a que se chama de *ativismo judicial*.

No processo das células-tronco, é Menezes Direito, católico praticante, que vai votar a favor, mas também vai fixar os limites de sua utilização, complementando os termos da lei que setores da sociedade desejavam ter como inconstitucional.

Todavia, é no caso da reserva indígena Raposa do Sol que Menezes Direito, em paradigmático voto-vista, votando pela demarcação contínua da área, impõe 19 condições que deverão ser obedecidas pelas partes envolvidas.

Foram votos que marcaram definitivamente o perfil da Suprema Corte na busca da efetiva concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, toda vez que o órgão legislador quedar inerte na tarefa de cumprir o texto constitucional. A expressão *ativismo judicial*, como cunhada por Arthur Schlesinger, significava o poder-dever que o juiz se atribuía ao interpretar a Constituição, com a finalidade de garantir os direitos por ela previstos. Ou, para usar a definição de Canotilho: *não basta declarar os direitos fundamentais; é necessário torná-los concretos*.

É essa tendência da Suprema Corte que Menezes Direito, com seu notório saber jurídico, ajudou a se consolidar. Sua ausência será sentida em todo o meio jurídico e muito dificilmente seu substituto terá condições de a ele se ombrear.

Outra perda irreparável foi a do advogado e professor emérito Gofredo da Silva Telles Júnior. Durante 45 anos exerceu a docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo. Nessa trajetória como advogado e professor, foi sempre um batalhador das causas democráticas e sociais.

Entretanto, o papel mais importante ele exerceu ao ser recrutado para redigir a *Carta aos Brasileiros*, documento que impulsionou o governo militar na direção da abertura política.

À época, 1977, vivia-se sob a égide do Ato Institucional nº 5, que provocou forte recrudescimento do regime militar e a conseqüente reação das organizações paramilitares que se opunham ao regime.

A sociedade civil responsável entendia que um movimento de pacificação seria necessário, que um passo em direção ao entendimento era a única saída para um entendimento duradouro.

Vários líderes civis se escusaram da tarefa de redigir um documento que contivesse a semente da conciliação. E Gofredo vai ser o escolhido exatamente pela sua antiga atuação no movimento integralista, da década de 30, que se opunha ao nazismo e ao comunismo. Um homem com esse perfil não seria considerado como amigo de um regime que condenara no passado.

E Gofredo da Silva Telles Jr. não foge de mais esse chamamento e redige a Carta aos Brasileiros, documento que vai convencer o presidente Geisel de que uma distensão *ampla, lenta e gradual* era necessária para o restabelecimento da paz dentro da nossa sociedade. Na política, a Carta é considerada a maior obra de Gofredo. Abaixo transcreve-se alguns trechos do texto, considerado divisor de águas da distensão política.

Das Arcadas do Largo de São Francisco, do “Território Livre” da Academia de Direito de São Paulo, dirigimos, a todos os brasileiros esta Mensagem de Aniversário, que é a Proclamação de Princípios de nossas convicções políticas.

Na qualidade de herdeiros do patrimônio recebido de nossos maiores, ao ensejo do Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos no Brasil, queremos dar o testemunho, para as gerações futuras, de que os ideais do Estado de Direito, apesar da conjuntura da hora presente, vivem e atuam, hoje como ontem, no espírito vigilante da nacionalidade.

Queremos dizer, sobretudo aos moços, que nós aqui estamos e aqui permanecemos, decididos, como sempre, a lutar pelos Direitos Humanos, contra a opressão de todas as ditaduras.

Nossa fidelidade de hoje aos princípios basilares da Democracia é a mesma que sempre existiu à sombra das Arcadas: fidelidade indefectível e operante, que escreveu as Páginas da Liberdade, na História do Brasil.

Estamos certos de que esta Carta exprime o pensamento comum de nossa imensa e poderosa Família – da Família formada, durante um século e meio, na Academia do Largo de São Francisco, na Faculdade de Direito de Olinda e Recife, e nas outras grandes Faculdades de Direito do Brasil – Família indestrutível, espalhada por todos os rincões da Pátria, e da qual já saíram, na vigência de Constituições democráticas, dezessete Presidentes da República.

O Editor

Em 29 de maio de 2008, o Supremo concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF, da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto. Por meio da ação, proposta em 31 de maio de 2005, pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, pleiteou-se a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º, cabeça e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que autorizou, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias.

Em linhas gerais, sustentou o Procurador-Geral que a autorização para a pesquisa com as células-tronco ofenderia o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Argumentou começar a vida humana a partir da fecundação.

O Plenário, por maioria de votos, julgou improcedente o pedido formulado. Ficaram vencidos, parcialmente e em diferentes extensões, os ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Integraram a corrente majoritária, além de mim e do relator, os ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

É relevante destacar que o debate foi marcado por enorme comoção popular e grande cobertura jornalística. O Supremo recebeu diversas manifestações da sociedade, por meio de mensagens eletrônicas e cartas. Além disso, em 20 de abril de 2007, realizou-se no Tribunal audiência pública, com o intuito de reunir informações científicas para auxiliar a formação do convencimento dos Ministros. No evento, foram ouvidos especialistas que defenderam os diversos ângulos envolvidos.

Proferi voto na sessão em que concluído o julgamento.

Iniciei a abordagem pinçando, do dispositivo impugnado – o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005¹ –, os requisitos para a realização da pesquisa e da terapia mediante o uso de células-tronco embrionárias:

- 1. Haver embriões humanos produzidos por fertilização in vitro não utilizados.*
- 2. Tratar-se de embriões inviáveis ou estarem os embriões congelados há três anos ou mais na data da publicação da lei ou, se já congelados em tal data, após completarem três anos de congelamento.*

3. *Existir o consentimento daqueles que forneceram o material.*
4. *Submeterem as instituições de pesquisa e serviços de saúde os respectivos projetos, com vistas à aprovação, a comitês de ética em pesquisa.*
5. *Não ocorrer a comercialização do material biológico, configurado, no caso de inobservância da lei, tipo penal.*

Ante tais requisitos, indaguei, simplesmente, onde residia a ofensa do citado artigo 5º à Carta Federal, a ponto de levar à declaração de inconstitucionalidade. Mas, até mesmo em respeito a ópticas diversas, à atuação do então Procurador-Geral da República, ao ajuizar a ação, cumpria a análise do tema.

Prossigui salientando a necessidade de se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podiam prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculassem. O contexto apreciado havia de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que, em nome deste, exerce o poder legiferante. Os fatores conveniência e oportunidade mostram-se, em regra, neutros quando se cuida de crivo quanto à constitucionalidade de certa lei – e não de medida provisória. Somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No caso, a lei fora aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor –, o que sinalizava a razoabilidade.

No tocante à questão do início da vida, assentei não existir balizamento que escape da perspectiva simplesmente opinativa. Faz-se possível adotar vários enfoques, a saber:

- a) *o da concepção;*
- b) *o da ligação do feto à parede do útero;*
- c) *o da formação das características individuais do feto;*
- d) *o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos;*
- e) *o da viabilidade em termos de persistência da gravidez;*
- f) *o do nascimento.*

Lembrei revelarem os filósofos da antigüidade e Santo Agostinho ópticas diversas². Aqueles acreditavam que o embrião não se mostrava formado senão

após quarenta dias da concepção no caso masculino e entre oitenta e noventa dias no caso feminino. O pensamento de Aristóteles derivava da teoria dos três estágios da vida: vegetal, animal e racional. O estágio vegetal era alcançado na concepção, o animal na animação – quando incorporada a alma – e o racional logo após o nascimento com vida. Essa teoria passou a ser aceita pelos primeiros pensadores cristãos. O debate teológico refletiu-se nos escritos de Santo Agostinho, que traçava distinção entre *embryo inanimatus*, quando não presente a alma, e *embryo animatus*, portanto o já animado. Tal enfoque, acredita-se, teria origem na interpretação emprestada a versículo do livro bíblico Êxodo, cuja autoria é atribuída a Moisés:

Êxodo 21:22

Se alguns homens brigarem, e um ferir uma mulher grávida, e for causa de que aborte, não resultando, porém, outro dano, este certamente será multado, conforme o que lhe impuser o marido da mulher, e pagará segundo o arbítrio dos juízes;

Êxodo 21:23

mas se resultar dano, então darás vida por vida,

Êxodo 21:24

olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé,

Êxodo 21:25

queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.

Observei que haveria punição diferente para a hipótese de aborto se comparada à ocorrência de outro dano. O certo é que se encontra, nos escritos de Santo Agostinho, a visão de que poderes humanos não podem determinar o ponto, durante o desenvolvimento, em que a mudança crítica ocorre, ou seja, o feto adquire a alma.

Houvesse a necessidade de abordar tema que não estava em pauta – o aborto –, poder-se-ia citar a possibilidade de sobrevivência do feto – inconfundível com o embrião – sob o ângulo científico. Nessa perspectiva, consignei ter a Suprema Corte americana, no controverso caso *Roe versus Wade* – decidido em 1973 –, estabelecido que a viabilidade se dá a partir de vinte e oito semanas, podendo ocorrer até com vinte e quatro semanas. Em síntese, para efeito de proteção da vida em potencial, a Suprema Corte americana assentou que o ponto revelador de interesse extremo a ser protegido surge com a capacidade do feto de sobreviver fora do útero. Considerou, sim, a presença do interesse em garantir a saúde materna

antes desse período, autorizando a realização do aborto apenas nos três primeiros meses de gravidez, pois, a partir desse momento, a intervenção faz-se mais perigosa que o próprio parto³. Frisei ter esse precedente tornado irrelevante a discussão, na América, sobre a constitucionalidade da pesquisa em células-tronco em face de suposta transgressão ao direito à vida, havendo tão-somente questionamentos sobre o financiamento público federal em tal campo.

No caso concreto, não estava envolvida a denominada viabilidade. Em primeiro lugar, o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 versa sobre o uso de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, não cogitando de aproveitamento daqueles fecundados naturalmente no útero. Em segundo lugar, a lei – contendo inúmeras cláusulas acauteladoras e até mesmo proibitivas, como no caso da referente à clonagem – condiciona a pesquisa a embriões não utilizáveis no procedimento de inseminação. É bem explícita ao considerar apenas os inviáveis e os congelados há três anos, ao prever o consentimento dos fornecedores dos óvulos e dos espermatozoides e ao proibir a comercialização, versando diversos tipos penais. A viabilidade, ou não, diz diretamente com a capacidade de desenvolver-se a ponto de surgir um ser humano.

Ora, tratava-se de quadro peculiar a afastar tal resultado, porquanto pressupunha a existência do embrião *in vitro*, e não no útero, e, mais, a constatação da inviabilidade de uso considerada a destinação inicial. Somava-se a essa limitação o necessário consentimento daqueles que forneceram o material, os elementos, ficando assim descartada, seja sob o ângulo da utilidade, seja sob o da vontade do casal, a possibilidade de implantação no útero.

Afirmei ocorrer, na prática, a fecundação de vários óvulos, mantendo-se banco próprio para fazer frente ao insucesso da inseminação. Verificando-se o contrário – e a realidade tem-se mostrado extremada na geração de gêmeos, trigêmeos, quadrigêmeos –, os óvulos que sobejam acabam desprezados, dando-se-lhes o destino do lixo, já que dificilmente quem de direito delibera por implantá-los em terceira pessoa.

Então, quer pela passagem do tempo sob o estado de congelados, quer considerada a decisão dos que forneceram o material, os embriões jamais virão a se desenvolver, jamais se transformarão em feto, jamais desaguarão no nascimento. A propósito, mencionei os expressivos ensinamentos do biólogo David Baltimore, ganhador de prêmio Nobel:

Não sei falar a respeito do aspecto jurídico do assunto, mas do ponto de vista científico é uma discussão sem sentido. Afinal, os embriões humanos

foram descartados porque o casal já teve o número de filhos que queria ou por qualquer outra razão. O fato é que os embriões serão destruídos de qualquer modo. A questão é saber se serão destruídos fazendo o bem a outras pessoas ou não. A meu ver, a resposta é óbvia.⁴

No tocante ao aspecto constitucional e considerado o direito à vida, fiz consignar as palavras de José Afonso da Silva, para quem as pesquisas não podem ser interrompidas⁵:

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.⁶

Citei este trecho de José Afonso da Silva para revelar o descompasso entre a situação concreta versada no artigo em comento da Lei de Biossegurança e aquela outra que pode resultar, sem interferências estranhas, em uma vida.

Assentei pressupor o início da vida, no enfoque biológico, não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade antes referida, e essa inexistente sem a presença do que se entende por gravidez, ou seja, gestação humana.

Afirmar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido – a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou o decorrente de opção após estupro –, o que se dirá quando se trata de fecundação *in vitro*, já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento. Não há a unidade biológica a depender, sempre, do desenvolvimento do embrião, do feto, no útero da futura mãe. A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade

que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca oxicarbônica com o meio ambiente. Por isso mesmo, o pró-reitor de graduação da Universidade Federal de São Paulo e presidente da Federação de Sociedade de Biologia Experimental, o médico Luiz Eugenio Mello, ressaltou:

*Um embrião produzido em laboratório, sem condições para implantação em um útero de uma mulher; ou nos termos da lei, um embrião inviável, que seria descartável, não é uma pessoa humana*⁷.

Se, de um lado, é possível dizer que a criminalização do aborto compele a grávida a gerar o filho concebido naturalmente, mesmo contra a respectiva vontade - ficando com isso enfatizado na legislação de regência o interesse do nascituro -, de outro, não se pode imaginar estejam os fornecedores dos óvulos e dos espermatozoides obrigados a dar consequências a esses atos, chegando a forçar a mulher a gerar todos os embriões fecundados artificialmente, potencializando, a mais não poder, o ato de vontade inicial. Caminhar em tal sentido - isso para não se levar em conta o destino dos óvulos fecundados que tenham sobejado ao êxito da inseminação - é transformar a mulher em verdadeira incubadora, é contrariar-se o planejamento familiar assegurado na Constituição. Em síntese, não se tratava de questionar a possibilidade de obrigar uma pessoa - a gestante - a ficar fisicamente conectada a outra - tema ainda pendente de discussão sob o ângulo constitucional -, mas de definir o destino dos óvulos fecundados, que fatalmente seriam destruídos e que podem - e devem - ser aproveitados na tentativa, sempre inesgotável, de progresso da humanidade.

Notei ainda que, no campo da doação de órgãos, inexistiu base, na Carta Federal ou em lei, que compila os pais a fazê-la para salvar a vida dos filhos.

Assentei contrapor-se à visão avessa à utilização dos embriões *in vitro*, dado da maior importância considerado até mesmo predicado que transparece em desuso - a solidariedade. Recordei ser fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Consignei objetivar o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, acima de tudo, avançar no campo científico para preservar esse fundamento, para devolver às pessoas acometidas de enfermidade ou às vítimas de acidentes uma vida útil razoavelmente satisfatória.

Registrei a voz corrente, no mundo científico, de que as células-tronco não são substituíveis, para efeito de pesquisa, por células-tronco adultas, uma vez que estas últimas não se prestam a gerar tecidos nervosos, a formar neurô-

nios. Então doenças neuromusculares e tratamento da medula de alguém que ficou paraplégico ou tetraplégico, bem como de acometidos por Parkinson, não terão possibilidade de serem alcançados pela pesquisa, a partir de células adultas.

Em outras palavras, ressaltai não possuem os valores cotejados a mesma envergadura, surgindo triste paradoxo se, ante material biológico que terá destino único – o lixo –, fosse proibida a utilização para salvar vidas. Fiz lembrar, assim, Vieira, no Sermão da Quinta-Feira da Quaresma, em 1669: “*A cegueira que cega cerrando os olhos não é a maior cegueira; a que cega deixando os olhos abertos, essa é a mais cega de todas.*”

Sob esse aspecto, tive presente passagem de obra de Márcio Fabri dos Anjos:

*A ética não se nutre simplesmente da ordem colocada, mas de objetivos e finalidades segundo os quais a ordem se refaz para garantir o processo humano.*⁸

A óptica dos contrários às pesquisas não merecia mesmo prosperar, distanciando-se de noção humanístico-racional. Sob o ângulo prático, sob o ângulo do tratamento igualitário, tão próprio à sociedade que se diga democrática, a conclusão sobre a inconstitucionalidade do artigo 5º em análise prejudicaria, justamente, aqueles que não têm condições de buscar, em outro centro no qual verificado o sucesso de pesquisas com células-tronco, o tratamento necessário. Indaguei se tudo isso interessava à sociedade brasileira.

Prossegui mencionando o resultado de pesquisa efetuada em janeiro de 2008 pelo Instituto Ibope, em que revelado o pensamento da população sobre o tema – e este devia ser sopesado no julgamento. O índice dos que se manifestaram em apoio ao uso de células-tronco embrionárias – desconsiderada a parcela dos que não opinaram – chegou a 95%⁹.

Relembrei o que fiz ver no exame da Questão de Ordem na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF, quando o Plenário veio a mitigar a medida acauteladora deferida, que implicara o afastamento da glosa penal quanto à gestante e ao pessoal médico no caso de interrupção de gravidez de feto anencéfalo:

A questão, a partir de 1º de julho de 2004, data em que concedida a medida acauteladora no processo, movimentou, como não tinha

acontecido jamais com qualquer tema submetido ao Judiciário – salvo, agora, relativamente à possibilidade de pesquisa em células-tronco –, os mais diversos segmentos da sociedade brasileira. Muitos foram os artigos publicados, pró e contra o pedido formulado, variando as opiniões conforme as concepções técnicas, religiosas e morais. Tal como nas cortes constitucionais estrangeiras, o tema alusivo à vida, seja qual for o ângulo – o da pena capital, o do aborto, o da eutanásia e o da interrupção da gravidez, ante a deformidade inafastável inviabilizadora da própria vida –, vem sendo alvo, no Brasil, de enorme expectativa. Frisei que os olhos da nação voltavam-se ao Supremo Tribunal Federal – e permanecem voltados – e este há de se pronunciar quer em um sentido, quer em outro, evitando a insegurança jurídica, a grande perplexidade que advém de teses díspares sobre a matéria. Lembrei que a História é impiedosa, não poupando posturas reveladoras de atos omissivos.

Frisei cumprir ao Supremo a guarda da Constituição Federal e este a estaria implementando a todos os títulos, sob as mais diversas ópticas, vindo a julgar improcedente o pleito formulado na ação direta de inconstitucionalidade, mantendo a esperança, sem a qual a vida do homem torna-se inócua. Bem o disse a pró-reitora de pesquisa e coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano da Universidade de São Paulo, professora Mayana Zatz, ao ressaltar que:

A terapia com células-tronco pode ser considerada como o futuro da medicina regenerativa. Entre as áreas mais promissoras, está o tratamento para diabetes, doenças neuromusculares, como as distrofias musculares progressivas e a doença de Parkinson. Com as células-tronco, também se poderá promover a regeneração de tecidos lesionadas por causas não hereditárias, como acidentes, ou pelo câncer [...].¹⁰

Então, proclamei que se aguardasse o amanhã, não se apagando a luz que no Brasil surgiu com a Lei nº 11.105/2005.

Acompanhei o relator, ministro Carlos Ayres Britto, bem como os que o seguiram no voto proferido e julguei improcedente o pedido formulado na inicial, assentando a harmonia do artigo 5º da lei atacada com a Constituição Federal, notadamente com os artigos 1º e 5º da Carta e com o princípio da razoabilidade.

Notas

¹ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

² Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 133 (1973).

³ Id, p. 162-163.

⁴ Veja. Páginas amarelas: Editora Abril, edição 2062, ano 41, nº 21, 28 de maio de 2008.

⁵ SILVA, José Afonso. *A questão das células-tronco embrionárias*. Jornal Folha de S. Paulo, 21 de março de 2008.

⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 197.

⁷ MELLO, Luiz Eugenio. *Entre células e pessoas: a vida humana*. Jornal Folha de S. Paulo, 1º de março de 2008.

⁸ ANJOS, Márcio Fabri dos. “Ética e clonagem humana na questão dos paradigmas” in *Pessini, Leo, BARCHIFONTAINE, Christian Paulo de, orgs / Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 126.

⁹ Pesquisa IBOPE/CDD, Ibope Inteligência, JOB 110/2008, janeiro de 2008. Base de cálculo: 1.863 entrevistados, desconsiderando a parcela de pessoas que não concorda e nem discorda, não sabe dizer e não respondeu.

¹⁰ Veja. Páginas Amarelas: Editora abril, edição 2050, ano 41, nº 9, 5 de março de 2008.

Resumo

Este trabalho faz uma análise do direito à vida e às pesquisas com células-tronco, tendo por base o voto proferido pelo autor na sessão de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF, por meio da qual foi pleiteada a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º, cabeça e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, que autoriza a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e

terapia. A partir de uma análise multidisciplinar, mas norteada por tecnicismo jurídico, o artigo evoca os diversos aspectos envolvidos no julgamento e a repercussão do tema, ressaltando o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal e os fundamentos que alicerçaram o voto proferido pelo autor, que conclui o trabalho ressaltando a conformidade do dispositivo atacado com a Constituição Federal e com o princípio da razoabilidade.

Palavras-chave: Embrião – Células-tronco – Pesquisa – Viabilidade – Artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 – Constitucionalidade.

Abstract

This work is the analysis of the right to life and research about stem cells, based on the vote given by the author in the trial session of the Unconstitutionality Direct Action number 3510-0/DF, whose statement was to claim as unconstitutional the article 5, paragraphs and caput of the Law number 11105/2005, which authorizes the use of embryonic stem cells for research and therapy. From a multidisciplinary analysis, but guided by legal technicality, the article brings the various aspects involved in the trial and the impact of the theme, emphasizing the role of the Supreme Court as guardian of the Constitution and the foundations that underpin the vote given by the author. The work is concluded underlining the compliance of the attacked device with the Federal Constitution and the principle of reasonableness.

Key-words: Embryo – Stem cells – Research – Viability – Article 5º of the Law 11.105/2005 – Constitutionality.

I. Introdução

Diariamente, a Justiça do Trabalho recebe inúmeros pedidos de reconhecimento de relação de emprego doméstico de mulheres que prestam serviços em residências, porém são “contratadas” como diaristas. No entanto, esses pedidos são sistematicamente negados sob a alegação de que o emprego doméstico tem como pressuposto básico a continuidade da prestação de serviços, pois deve ser prestado todos os dias da semana, ao contrário do trabalho de diarista que se restringe a alguns dias.

Segundo a Justiça do Trabalho, esses trabalhadores são classificados como autônomos ou eventuais, já que possuem relativa liberdade de horário e vinculação a outras residências, percebendo seu pagamento ao final de cada dia.

Dessa forma, o diarista, na condição de trabalhador autônomo ou eventual, não faz jus aos direitos trabalhistas como décimo terceiro salário, férias, abono de férias, repouso remunerado e aviso prévio, entre outros previstos no art. 7º da Constituição Federal.

A Justiça do Trabalho, apesar de reconhecer que empregados domésticos e diaristas exercem as mesmas funções, diferenciam as duas atividades enfatizando que os diaristas recebem remuneração superior em relação ao salário dos empregados domésticos, o que não lhes causaria prejuízo com relação à previdência social, porque podem recolher a contribuição por meio de carnê autônomo¹.

Assim sendo, estabeleceu-se, inclusive, um critério matemático para distinguir essas atividades: o número de dias trabalhados por semana em uma residência.

Desse modo, inúmeras decisões negam vínculo de emprego a diaristas na condição de empregadas domésticas que prestam serviços por um longo período de tempo na mesma residência durante dois ou três dias da semana².

As decisões da Justiça do Trabalho, ao não examinarem com cuidado os pedidos de reconhecimento de relação de emprego doméstico feitos por “diaristas”, reforçam o arraigado costume da sociedade brasileira de delegar a pessoa que não pertence à família a realização dos trabalhos domésticos.

Essa atribuição cabia a negros e negras escravos; hoje, é exercida por mulheres, na sua grande maioria, semianalfabetas, sem qualquer garantia trabalhista e previdenciária.

Essas mulheres enfrentam as piores condições de trabalho, marcadas sempre por uma grande instabilidade; o que a Organização Internacional do Trabalho – OIT denomina de trabalho precário. Suas atividades possuem alto grau de instabilidade, padecendo de alto índice de subemprego, ocupando os níveis mais baixos da escala ocupacional e obtendo salário médio inferior ao dos homens³.

O trabalho doméstico no Brasil, sem dúvida, tem origem no trabalho escravo prestado nas residências dos senhores, com predominância das mulheres, responsáveis por todas as atividades relacionadas com o bem-estar das famílias: cuidados com os recém-nascidos, limpeza e conservação, preparação da alimentação, companhia para os idosos e viúvas etc. Acrescente-se ainda a obrigação de prestação de favores sexuais que originaram várias gerações de “filhos ilegítimos”, os quais eram criados como agregados das famílias.

A prestação dos serviços no âmbito residencial gera, sem dúvida, como ressalta a OIT, condições de ambiguidade nas relações de trabalho e emprego: se confundem os papéis de profissional e de familiar. Tal situação se agrava quando o trabalhador ou a trabalhadora é criança ou adolescente, pois as garantias devidas geralmente ficam à discricionarie de do empregador⁴.

Com o final da escravatura, mas dada a manutenção da discriminação com relação aos negros, em especial às mulheres, passam a existir as empregadas que moram na casa em que prestam serviços e aquelas que possuem residência fora da casa dos patrões. Essa situação se mantém até hoje, principalmente após a regulamentação da profissão de empregado doméstico⁵ e a conseqüente exigência de encargos sociais. Assim, surge a figura da diarista que, além de morar fora da residência dos patrões, não presta serviços todos os dias, mas continua prestando os serviços domésticos da mesma forma.

Diante desse quadro, pretendemos discutir e analisar, à luz da legislação e da doutrina, o fundamento das decisões da Justiça do Trabalho que, ao não examinar com cuidado os pedidos de reconhecimento de relação de emprego doméstico feitos por “diaristas”, reforça o costume de delegar a pessoa não pertencente à família a realização dos trabalhos domésticos, no passado exercidos pelas escravas.

II. Relação de Emprego

A relação de emprego é, do ponto de vista técnico-jurídico, apenas uma das modalidades específica de relação de trabalho, assim como o são a relação de autônomo e eventual e outras modalidades de pactuação de labor.

Trata-se, portanto, de um contrato entre o empregado e o empregador ou tomador de serviços que, segundo a legislação trabalhista, estão assim definidos: empregado, *toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*, e empregador, *a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço*⁶.

Estão excluídos da condição de empregados os presidiários, prisioneiros de guerra que prestam serviços devido às determinações judiciais, militares etc., bem como pessoas que exercem atividades com outras finalidades como trabalho cívico, religioso, assistencial⁷.

Haverá, portanto, relação de emprego quando estiverem presentes os seguintes elementos fático-jurídicos: trabalho não-eventual, prestação *intuitu personae* (pessoalidade) por pessoa física, em situação de subordinação, como onerosidade⁸.

1. Pessoaalidade

Para configurar uma relação de emprego, não basta que a prestação de serviços seja feita por pessoa física, pois se acaso na relação jurídica em que se pretende a aplicação da relação jurídica houver, ao lado do prestador de serviços, uma pessoa jurídica, não se terá por caracterizada a relação de emprego⁹.

O trabalhador, portanto, não pode se fazer substituir por outra pessoa. Deve existir, portanto, a infungibilidade quanto à pessoa do trabalhador, pois o contrato de trabalho só se celebra depois de o empregador verificar que uma pessoa física tem aptidões morais e técnicas para o desempenho das funções¹⁰.

Em outro dizer, mesmo quando as atividades não exigem qualificação ou domínio de técnica específica por parte do empregado, ele, por força do contrato de trabalho, não pode se fazer substituir por outrem.

Não havendo a pessoaalidade na prestação dos serviços por parte do trabalhador, estará afastada a incidência da legislação trabalhista no que concerne à relação de emprego.

Portanto, constitui elemento fundamental a prestação pessoal e a prorrogação a terceiros não é juridicamente possível. A substituição pode dar-se a título excepcional e com o consentimento do empregador¹¹.

Por outro lado, o caráter *intuitu personae* da prestação de serviços não obriga que o empregado o faça exclusivamente a somente um empregador, isto depende da atividade exercida e da disponibilidade de tempo.

A legislação trabalhista admite a pluralidade simultânea de empregos pelo trabalhador, caso sejam preenchidos três requisitos fundamentais: a compatibilidade de horários, a ausência da intenção de concorrência e a presença dos requisitos do art. 3º da CLT.

Essa situação é corriqueira também no trabalho doméstico em que muitas “diaristas” prestam serviços dois dias em uma residência e três em outra, o que em princípio, não descaracteriza uma relação de emprego.

2. Continuidade

A pessoa física contratada como empregado deve prestar seus serviços com habitualidade, de forma não eventual. Ocorre a prestação de serviços de forma eventual quando o trabalhador não permanece no local de trabalho com ânimo definitivo.

A título de exemplo de trabalho eventual podem-se citar os serviços prestados por um eletricitista ou um técnico de informática no momento de alteração do sistema de informações de uma empresa metalúrgica¹².

Dessa forma, a não-eventualidade na prestação dos serviços pelo empregado ao empregador deve ser aferida de acordo com o caso concreto por meio da análise de suas especificidades, de forma que não existem critérios matemáticos exatos para esse fim.

O trabalhador autônomo, por seu turno, exerce sua atividade profissional remunerada de forma contínua, porém por conta própria, sem subordinação.

3. Subordinação

A subordinação, segundo Amauri Mascaro Nascimento, é a situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará¹³. É o elemento de maior proeminência na relação de emprego, pois diferencia a relação de emprego do trabalho autônomo¹⁴.

O poder de direção representa o aspecto ativo da relação de emprego, enquanto o aspecto passivo é a subordinação¹⁵. O empregador detém o poder de comando da atividade laboral e o empregado, por força do contrato firmado, deve cumprir as determinações que lhe forem impostas, pois, caso contrário, poderá sofrer sanções disciplinares.

É consenso na doutrina que a natureza da subordinação é jurídica, pois se trata de um estado de dependência real criado pelo direito de o empregador comandar, dar ordens¹⁶.

Ela não é econômica ou técnica, pois há empregados que possuem melhores condições econômicas que seus empregadores, e há também aqueles que, devido suas aptidões técnicas, não estão subordinados à pessoa que os contratou, já que têm capacitação própria e liberdade de execução, porém se sujeitam à direção e controle do empregador¹⁷.

Dito de outra forma, para o empregador a subordinação lhe concede o poder de direção e comando no desempenho das obrigações contratuais pelo empregado e, ainda, controlar o cumprimento dessas obrigações aplicando, quando for o caso, as sanções disciplinares cabíveis.

No entanto, a subordinação encontra limites impostos pela própria legislação, uma vez que ela não pode estender-se à vida pessoal e à intimidade do trabalhador, e pode ainda recusar-se a cumprir ordens que não condizem com as obrigações inerentes à sua atividade.

Esse tema já foi objeto de julgamento pelo TRT da 2ª Região, decidindo que empresa que impõe, seja de forma explícita ou velada, que a empregada “saia” com os clientes ou lhes “venda o corpo” como conduta profissional para elevar as vendas, pratica intolerável assédio moral. Com base nesse entendimento, sua 4ª Turma condenou a empresa a indenizar uma ex-empregada que vendia cotas para o consórcio¹⁸.

No que concerne ao trabalho doméstico, o elemento fático-jurídico da subordinação é essencial para a caracterização ou não da relação de emprego doméstico, porquanto, somente haverá trabalho autônomo e, portanto, o trabalhador ser denominado como diarista, quando o contratante não dirigir a execução das tarefas a serem realizadas, ou seja, o trabalhador é quem determina horário e modo de execução dos serviços sem qualquer interferência.

4. Onerosidade

Não existe relação de emprego com prestação de serviços gratuitos ou imbuídos de fins filantrópicos, religiosos¹⁹, sociais ou voluntários²⁰. O empregado

deve receber uma contraprestação em função dos serviços que presta ao seu empregador.

A onerosidade é um encargo bilateral próprio da relação de emprego. Significa, para o empregado, o dever de exercer uma atividade por conta alheia cedendo antecipadamente ao beneficiário os direitos que eventualmente teria sobre os resultados da produção, em troca de uma remuneração²¹.

No entanto, não se pode considerar a onerosidade sob a ótica do empregador, mas do empregado, pois é da intenção dele “vender” seu trabalho em troca de receber o salário que se tem o modelo de trabalho em análise²².

Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício do obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada²³.

Entretanto, a não estipulação de remuneração não afasta por si só a existência da relação de emprego, pois, deve-se perquirir o *animus* de quem presta serviços, se de forma desinteressada ou não.

No Brasil, especialmente nas regiões menos desenvolvidas, o emprego doméstico é camuflado com utilização de meninas entre 5 a 14 anos, chamadas de afilhadas que são submetidas a jornadas de trabalho de até 20 horas diárias recebendo rendimentos médios inferiores ao salário mínimo.

III. Trabalhador autônomo

A caracterização da atividade do trabalhador autônomo consta na legislação previdenciária²⁴: *a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não*. Conclui-se, portanto, que o trabalhador autônomo desenvolve sua atividade com discricionariedade, iniciativa e organização própria, escolhendo o lugar, o modo, o tempo e a forma de execução dos serviços²⁵.

Trata-se, portanto, de prestação de serviço autônomo que exige do profissional qualificação técnica para o exercício de uma atividade por um período determinado

recebendo como contrapartida remuneração, estando sob o amparo legal do art. 593²⁶ a 609 do Código Civil de 2002, que tratam da prestação de serviços²⁷.

O requisito fundamental para se verificar a condição de trabalhador autônomo é a habitualidade, elemento que foi esquecido na definição da legislação previdenciária. O autônomo é a pessoa que trabalha com continuidade, com habitualidade e não uma vez ou outra para o mesmo tomador de serviço²⁸.

A ausência de subordinação ao tomador de serviços é a principal característica do trabalhador autônomo²⁹. Ou seja, sua atividade é realizada do modo como achar mais apropriada, sem obedecer a ordens e ainda sem cumprir horário.

Ressalta ainda Delgado que a intensidade de ordens no tocante à prestação de serviços é que tenderá a determinar, no caso concreto, qual sujeito da relação jurídica detém a direção da prestação dos serviços: sendo o próprio profissional, despenda como autônomo o vínculo concretizado; sendo o tomador de serviços, surge como subordinado o referido vínculo³⁰.

Assim, ele impulsiona suas atividades por sua conta e risco, não estando sujeito, como o empregado, ao poder de direção do empregador. Exerce, em síntese, livremente sua atividade e segundo sua conveniência³¹.

Outra característica importante do trabalhador autônomo é a de fazer-se substituir por outra pessoa na execução dos serviços, ou seja, ao contrário da relação de emprego, em que a prestação dos serviços é sempre em caráter pessoal, o trabalhador autônomo não tem como elemento característico a pessoalidade na prestação de serviço.

No entanto, o trabalho autônomo pode ser pactuado com cláusula rígida de pessoalidade, sem prejuízo da absoluta ausência de subordinação. Pode-se citar como exemplo a prestação de serviços realizada por profissionais de nível mais sofisticado de conhecimento ou habilidade, como médicos, advogados e artistas³² etc.

Importante é diferenciar o trabalhador autônomo do trabalhador avulso, pois, enquanto aquele presta serviços de forma habitual, este presta serviços esporádicos, fortuitos ou ocasionais por meio de mediação de agenciador dos serviços – sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra. Seu trabalho, de modo geral, é de curta duração, recebendo remuneração na forma de rateio, conforme disciplina da Lei 8.630/93³³.

IV. Trabalho eventual

A relação de trabalho eventual, ao contrário dos trabalhos subordinado e autônomo, tem como principal elemento caracterizador a prestação descontinua de serviços.

De modo geral, os doutrinadores definem o trabalhador eventual como aquele que presta serviços de forma ocasional, transitório ou temporário, pois, não há exigência permanente de seus serviços pelo tomador. Os serviços por ele prestados não são essenciais ou complementares aos fins da empresa.³⁴

No entanto, apesar da maioria dos autores brasileiros adotarem esse posicionamento, a jurisprudência pátria também utiliza do vocábulo “eventual” pela ótica da repetição do empregado (raro, episódico, descontínuo)³⁵.

O trabalho eventual é, sempre, objeto, de um contrato por tempo determinado, de curta duração, não constituindo trabalho intermitente, devido sua falta de constância.

Enfatizam os doutrinadores que a prestação de serviços na relação de trabalho eventual, além de descontínua, não pode ter a fixação jurídica a uma única fonte de trabalho.

No caso das trabalhadoras diaristas, não há descontinuidade, pois prestam serviços contínuos, porém a diversos tomadores fixos, o que não descaracteriza a relação de emprego doméstico.

Como exemplifica Mascaro Nascimento, a diarista que vai uma vez por semana, todas as semanas na mesma residência, é intermitente, mas a babá que vai acompanhar a família numa semana de férias para tomar conta da criança e depois é liberada, terminando seu compromisso com esse tomador de serviço, é eventual³⁶.

V. Relação de emprego doméstico

São consideradas empregadas domésticas todas as pessoas que prestam serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas. Por exemplo, babá, jardineiro, enfermeiro etc.³⁷

A relação de emprego doméstico, além dos elementos fático-jurídicos comuns à relação ordinária, disciplinada pelo art. 3º da CLT, como a pessoalidade, subordinação e onerosidade, possui elementos específicos: o trabalho não pode ter como escopo a obtenção de lucro e a prestação dos serviços deve se restringir ao âmbito doméstico ou relacionado a ele.

1. Continuidade X não eventualidade

Há controvérsias no que concerne à natureza contínua da prestação de serviços: alguns doutrinadores não veem diferença entre continuidade, como consta no art. 1º da Lei 5.859/72, e não eventualidade, como consta no art. 3º da CLT³⁸.

Quanto aos domésticos, os serviços podem ser prestados em forma contínua e ininterrupta ou em forma periódica: uma vez por semana, três vezes por semana, uma vez a cada quinze dias etc., não afetando a caracterização do trabalhador doméstico³⁹.

Os serviços de natureza não-eventual podem ser prestados de forma contínua ou descontínua. Na verdade o que caracterizará a relação de emprego comum é se eles são prestados permanentemente na empresa, ainda que o obreiro os preste sem continuidade.

Do mesmo modo ocorre com a relação de emprego doméstico, ou seja, o que interessa é se a prestação de serviços é realizada de forma permanente para pessoa ou família, sem finalidade lucrativa.

Dessa forma, descontínuo ou eventual é o trabalho prestado em poucos dias, ausentando-se o trabalhador por um período longo de tempo, situação que descaracteriza a relação de emprego, comum ou doméstico, já que o tomador de serviços não o teria à sua disposição.

Situação contrária é a que ocorre com os diaristas que, periodicamente, comparecem à mesma residência em hora e dia predeterminados pelos patrões e, além de não possuírem autonomia na realização das tarefas, não podem deixar o local antes do horário estabelecido.

No entanto, o TST vem julgando de forma diferente. A continuidade, conforme jurisprudência majoritária desse Egrégio Tribunal, pressupõe ausência de interrupção, de forma que o trabalho se desenvolva de maneira expressiva ao longo da semana, já as atividades desenvolvidas pela diarista, em alguns dias da semana, assemelham-se ao trabalho prestado por profissionais autônomos, já que ela recebe a remuneração no mesmo dia em que presta o serviço. Caso não queira mais prestar serviços, a diarista não precisa avisar ou se submeter a qualquer formalidade, como o aviso prévio. Isso porque é de sua conveniência⁴⁰.

Por outro lado, não descaracteriza a relação de emprego doméstico a simultaneidade de relações de trabalho subordinado, pois é possível a constituição de tantas relações de emprego quantos forem os contratos que preencham tais requisitos⁴¹.

Inúmeras decisões do TST entendem que as atividades empreendidas pelas diaristas estão mais próximas de trabalhadores autônomos do que empregados domésticos, pois dispõem de flexibilidade, não mantendo vínculo estável e permanente com único empregador, já que possuem variadas fontes de renda, provenientes dos vários postos de serviços que mantêm.⁴²

Outra corrente afirma que a Lei 5.859/72 fez claramente uma opção doutrinária, firmando o conceito de trabalhador eventual doméstico em conformidade com a teoria da descontinuidade, *in verbis*:

Verifica-se que a noção de continuidade é mais restrita do que a de eventualidade. Basta levar em conta a teoria dos fins da empresa (no caso, a residência familiar). Todavia, tais expressões podem equivaler-se, caso adotada a teoria da fixação jurídica ao tomador de serviço, como, por exemplo, na hipótese da faxineira (ou diarista) que presta serviços, indistintamente, a cada dia da semana e a pessoas diversas, não se fixando em nenhuma delas, mesmo que durante longos anos⁴³.

2. Finalidade não lucrativa

Tem finalidade não lucrativa o trabalho que é exercido sem cunho econômico. O trabalho doméstico, portanto, deve visar o bem-estar dos moradores de uma residência, que não pode ter o lucro como meta. Os serviços prestados não podem constituir fator de produção para aquele (pessoa ou família) que deles se utiliza, embora tenham qualidade econômica para o obreiro⁴⁴.

Uma dona de casa que utiliza os dotes culinários de sua empregada doméstica para obter um ganho extra com venda de doces, por exemplo, não pode ser considerada empregadora doméstica, pois há claramente o intuito de lucro.

No caso de empregado que presta serviços para chácara, há necessidade de se verificar se a chácara tem finalidade lucrativa ou não. Se se destina apenas a lazer, o empregado será doméstico; se a chácara tem produção agropastoril que será comercializada, o empregado será rural⁴⁵.

Necessariamente, não é a natureza do trabalho do empregado que irá definir se ele é ou não doméstico, mas a existência de lucratividade do empregador.⁴⁶

Em abril de 2007, o TST negou a um empregado, contratado como caseiro de uma propriedade rural, o registro em carteira como trabalhador rural, mantendo a validade de sua contratação como empregado doméstico. A existência de criação de peixes na propriedade não foi suficiente para convencer os julgadores de que a natureza do trabalho do empregado não era doméstica.

A decisão confirmou sentença de primeiro grau, que já fora aceita pelo Regional, concluindo que não houve prova segura de que no período em que o trabalhador foi empregado a propriedade era utilizada para fins econômicos⁴⁷.

3. Prestação de serviços no âmbito residencial

A expressão *no âmbito residencial*, utilizada no art. 1º da Lei 5.859/79, deve ser interpretada como *para o âmbito residencial*. O motivo para tal diferença é o fato de que o empregado doméstico, algumas vezes, labora em atividades fora da residência do empregador, como é o caso do motorista particular que transporta os filhos do patrão para a escola, ou a mulher, para as compras domésticas⁴⁸.

Para alguns autores, no conceito de residência estão incluídas as chácaras, a casa de campo, a casa de praia ou lugar que é utilizado para o lazer da família.

Para ser caracterizado como doméstico, o serviço não precisa ser prestado na residência do empregador, o que importa é que a atividade desempenhada esteja voltada para o âmbito familiar, não ao lucro do empregador.

A expressão âmbito residencial deve ser interpretada em sentido amplo, pois, do contrário, somente o empregado que prestasse serviços dentro da residência seria considerado doméstico. A residência é o local em que a pessoa pára, permanece em suas horas de descanso ou onde faz suas refeições e repousa durante a noite⁴⁹.

VI. Caracterização do trabalho dos diaristas

A leitura das decisões da Justiça do Trabalho, que negam o reconhecimento de vínculo de emprego doméstico aos diaristas, leva-nos facilmente a concluir que há um critério bem simples para diferenciá-los: o número de dias trabalhados durante a semana, remuneração superior auferida pelos diaristas, trabalho em várias residências, facilidade que têm os diaristas em romper o vínculo de trabalho.

O único complicador dessa regra matemática que estipula o número de dias trabalhados é a divergência que existe entre os magistrados para determinar o *quantum*: dois, três dias trabalhados.

Afirmativas de que a atividade de diaristas possui semelhanças com atividade do trabalhador autônomo é, no mínimo, ignorar a realidade fática e jogar por terra a doutrina trabalhista. Não há critério científico que diferencie os tipos de atividades pelo quantitativo da remuneração recebida pelos trabalhadores.

Conforme foi visto nos itens anteriores, o trabalhador autônomo se destaca do empregado, e também do empregado doméstico, pela autonomia na realização de suas atividades. Um trabalhador autônomo executa suas atividades sem qualquer submissão aos comandos e ordens de terceiros, pois, como profissional habilitado tem conhecimento suficiente para a execução de suas atividades.

São raros os casos de diaristas que executam tarefas em residências sem a interferência e coordenação direta de seus proprietários, notadamente no que se refere à execução das tarefas domésticas mais corriqueiras como limpar, arrumar, cozinhar etc.

A subordinação se dá em relação à família, pois todos os membros da família lhe ditam ordens, embora nem todos paguem seu salário.⁵⁰

Não existe no mundo real do trabalho doméstico a alegada flexibilidade atribuída aos diaristas, de que tratam inúmeras decisões da Justiça do Trabalho. Na verdade, as tarefas são determinadas e devem ser executadas fielmente, ou seja, a maioria dos diaristas presta serviços atendendo as ordens e as necessidades cotidianas de seus contratantes.

No mundo real dos diaristas não existe a possibilidade de se fazerem substituir por um colega, parente ou outra pessoa qualquer. Eles têm o compromisso de prestarem pessoalmente serviços em determinados dias da semana e em determinado horário.

Portanto, há a exigência da pessoalidade na prestação dos serviços, pois, essa função possui elevada fidúcia com respeito à figura do trabalhador. Não se trata de uma fidúcia que envolva poderes de gestão, porém é mais acentuada que na relação de emprego comum, em função da prestação dos serviços prestados: estritamente pessoais⁵¹.

Não se trata também de trabalho eventual, como querem alguns doutrinadores e juízes, quando afirmam que se deve aplicar a teoria da descontinuidade, pois, na verdade, se o trabalho das diaristas ocorre em alguns dias da semana, intermitente, porém, habitual, e não de forma esporádica, casual ou fortuita, de trabalhadora eventual passa a ser empregada doméstica.

No caso delas, de forma reiterada, possuem vários empregos; no entanto, em cada um deles, têm dias previamente designados; assim laboram semanas, meses e, em alguns casos, vários anos⁵².

É importante destacar ainda o *quantum* e a forma como os diaristas são remunerados, devido à alegação de que têm remuneração mais elevada que os domésticos e recebem por dia.

A remuneração mais elevada é obtida por duas razões: a primeira, como forma de compensar a falta de reconhecimento do vínculo empregatício, dado que devem arcar por conta própria com sua contribuição previdenciária⁵³ e de custear o transporte⁵⁴; a segunda, pelo número de contratos que possuem. Na maioria dos casos, recebem valor fixo mensal, independentemente da quantidade de dias trabalhados no decorrer do mês.

Nenhuma dessas razões desnatura o vínculo de emprego, pois, como já comentamos, estão presentes os elementos fático-jurídicos da personalidade, subordinação, habitualidade e onerosidade.

Estão presentes ainda os elementos fático-jurídicos específicos da relação de emprego doméstico: a prestação de serviços é realizada na residência dos contratantes em atividades que não visam lucro.

Dessa forma, deve-se levar em conta o princípio da primazia da realidade, pois, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD/IBGE de 2005, há grande número de diaristas que, somadas às empregadas domésticas, forma um contingente de 6,6 milhões que, em sua grande maioria, são mulheres negras, pardas e analfabetas⁵⁵.

Essas diaristas não podem ter acesso aos mesmos direitos trabalhistas e previdenciários das empregadas domésticas, o que caracteriza a precariedade de muitas dessas relações de trabalho.

VII. Conclusão

Atualmente, o trabalho doméstico é exercido majoritariamente por mulheres negras e semianalfabetas, constituindo uma das ocupações em que mais se descumpra a legislação trabalhista e previdenciária, pois, segundo dados da PNAD-IBGE, apenas 25% das trabalhadoras (1,56 milhão) possuíam carteira de trabalho assinada em 2005.

O trabalho doméstico tem sua origem no trabalho escravo. No entanto, apesar de abolida a escravatura, os brasileiros mantêm a herança do período colonial de delegar às pessoas externas à família as tarefas domésticas.

Nesse contexto, apesar da evolução e do aperfeiçoamento da legislação trabalhista com o aumento da proteção dos trabalhadores, inclusive o empregado doméstico, engendrou-se um “jeitinho” para escapar do cumprimento dessa legislação, criando-se a figura da diarista, trabalhadora que, em vez de comparecer todos os dias à moradia de quem as contrata, ou mesmo residir nesse local em minúsculos quartos, presta serviços uma, duas ou três vezes por semana recebendo pagamento diariamente, como forma de descaracterizar a relação de emprego doméstico.

A Justiça do Trabalho nega, sistematicamente, pedidos de reconhecimento de relação de emprego doméstico a diaristas alegando que se trata, na verdade, de relação de trabalho autônomo ou eventual, o que não se coaduna com os princípios do Direito Laboral.

Desse modo, diferencia a atividade de empregada doméstica com a de diarista devido à exigência da Lei nº 5.859/73, de que essa atividade seja contínua, ou seja, atividade que deve ser exercida todos os dias da semana, ao contrário da atividade exercida pela diarista que tem descontinuidade. Ponderam que a lei do emprego doméstico, ao contrário da CLT, exige a permanência constante do empregado doméstico no local de prestação dos serviços, o que é incompatível com a atividade das diaristas, que se assemelha ao trabalho autônomo.

Há juízes que, sem qualquer justificativa, veem a diferença simplesmente no montante da remuneração e na autonomia que, segundo alegam, as diaristas possuem em desfazer o vínculo de trabalho.

A Justiça do Trabalho, que deveria auxiliar no resgate da cidadania dessas brasileiras, de forma surpreendente olvida-se de aplicar os princípios e os institutos do direito do trabalho em suas decisões, repetindo dogmas e estabelecendo parâmetros sem qualquer fundamentação jurídica, equiparando o trabalho dessas mulheres à atividade autônoma ou eventual.

Entretanto os trabalhos realizados pelas diaristas possuem as mesmas características daqueles exercidos pelos empregados domésticos, quais sejam:

- são habituais ou contínuos, como se refere o art. 1º da Lei 5.859/73, pois são prestados de forma permanente, pouco importando se uma, duas ou três vezes na semana, ao contrário das atividades prestadas de forma eventual, as quais são esporádicas, fortuitas, episódicas e ocasionais;
- atividades prestadas sob o comando de quem contrata seus serviços, pois nenhuma diarista tem a liberdade de estabelecer sua rotina e método de trabalho sem a interferência direta e permanente dos donos da residência;
- na maioria das vezes recebem em contrapartida remuneração diária, o que não descaracteriza o trabalho subordinado;
- o montante dessa remuneração, se superior ou não àquele recebido pelas empregadas domésticas, também não descaracteriza a relação de emprego doméstico;
- serviços prestados na residência de quem as contrata sem finalidade lucrativa, caso contrário caracterizaria relação de emprego comum, como já decidiu o TST.

É chegada a hora de a Justiça do Trabalho colocar em prática os objetivos fundamentais que constam no art. 3º da Constituição Cidadã para esse contingente de trabalhadores.

Por outro lado, deve cumprir com o compromisso internacional assumido perante a Conferência Internacional do Trabalho em 1968, colocando em prática a Convenção 111, da Organização Internacional do Trabalho, deixando de lado uma discussão puramente semântica que, na verdade, apenas e tão-somente reproduz herança arcaica do período colonial.

Esse compromisso foi reafirmado pelo Brasil em 16.06.2009, durante a realização da Conferência Internacional do Trabalho, em que o Presidente da República e o Ministro do Trabalho e Emprego se comprometeram em apoiar a agenda do Trabalho Decente da OIT.

Notas

¹ TST. Direitos de domésticas não se estendem às diaristas. Brasília: TST (Notícias TST, em 16/10/2003). Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 25.jun.2006.

² Trabalhar como diarista três vezes na semana na mesma residência, por si só, não caracteriza vínculo de emprego. É necessário que estejam presentes outros requisitos, como subordinação, não eventualidade e pessoalidade para que a diarista seja considerada empregada doméstica e, portanto, goze das garantias da relação empregatícia. Mesmo considerando a divergência existente quanto ao assunto na justiça trabalhista, a Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, negou provimento a apelo de trabalhadora no recurso de revista julgado quarta-feira (TST. RR-17.179/2001-006-09-00.2. Brasília: TST (Notícias TST, em 28/09/2007). Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 30.set.2007).

³ YANNOULAS, Silvia C. (coord.). *A convidada de pedra: mulheres e políticas públicas de trabalho e renda*. Brasília: FLACSO; Abaré, 2003, p. 55.

⁴ OIT. *Trabalho Doméstico e Igualdade de Gênero e Raça: desafios para promover o Trabalho Decente no Brasil*. Brasília: OIT, 2005. Disponível em <www.oitbrasil.org.br>. Acesso em 31.out.2006.

⁵ Lei 5.859 de 11 de dezembro de 1972

⁶ Artigos 2º e 3º da CLT

⁷ TRABALHO VOLUNTÁRIO X VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A prestação de serviços pessoais a entidades sem fins lucrativos que participam de programa social desenvolvido pelo Governo Federal, voltado à construção de casas populares em regime de mutirão, não autoriza, quando não apresentadas provas inequívocas da fraude alegada e diante da regular observância das prescrições da Lei 9.608/98, o reconhecimento da relação de emprego. Recurso conhecido e desprovido (TRT da 10ª Região. RO-015059-2004-801-10-00-4, Relator Juiz Douglas Alencar Rodrigues, julgado em 2/9/2005. Disponível em: <http://www.trt10.gov.br>. Acesso em: 02. jan. 2007).

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr., 2007, p. 290.

⁹ HINZ, Henrique Macedo. *Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50.

- ¹⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 37ª edição. São Paulo: LTr, 2004, p. 34.
- ¹¹ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 62.
- ¹² HINZ, Henrique Macedo. *Op. cit.*, p. 50.
- ¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação do Direito do Trabalho*. 26ª edição. São Paulo: LTr, 2000, p. 156.
- ¹⁴ HINZ, Henrique Macedo. *Op. cit.*, p. 51.
- ¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 185.
- ¹⁶ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 240.
- ¹⁷ TST. Mantida decisão que enquadra enfermeiro particular como doméstico. Brasília: TST. (Notícias do TST, em 01/10/2003). Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 26.jun.2006.
- ¹⁸ TRT da 2ª Região. TRT-SP condena empresa por sugerir a empregada que venda o corpo. São Paulo: TRT da 2ª Região (Últimas Notícias, 30 mai. 2005). Disponível em <http://www.trt02.gov.br/html/noticias/un30052005_1.htm>. Acesso em 22 mai. 2007.
- ¹⁹ Inexiste contrato de trabalho entre um Pastor e sua Igreja. Apesar da atividade intelectual e física, o traço de união é a fé religiosa, decorrente da vocação, sem a conotação material que envolve o trabalhador comum. Revista parcialmente conhecida e provida. (TST. RR-104323/94.3- 3. Rel. Min. Ursulino Santos. Brasília: TST. DJU: 25.11.94, p 32.4300).
- ²⁰ Art. 1º - Considera-se serviço voluntário, para fins desta Lei, a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade. Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim (BRASIL. Lei nº. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9608.htm>>. Acesso em: 02.jul.2007).
- ²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 649.
- ²² HINZ, Henrique Macedo. *Op. cit.*, p. 52.
- ²³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 298.
- ²⁴ BRASIL. Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/>>. Acesso em: 01. fev. 2007.
- ²⁵ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997, p. 45.

- ²⁶ Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo (BRASIL. *Op. cit.*, Acesso em: 02. jul. 2007).
- ²⁷ Não há relação de emprego quando o trabalhador atua com completa independência, demonstrando que não há subordinação, requisito esse essencial para que a condição de empregado fique caracterizada (TRT da 10ª Região. RO-2.266, Rel. Juiz Libânio Cardoso. Brasília: TRT, DJU, de 18.11.85, p. 20.867).
- ²⁸ MARTINS. Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 184.
- ²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 334.
- ³⁰ *Ibidem*, p. 334.
- ³¹ BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho Informal – Realidade ou relação de emprego fraudulento?* Curitiba: Juruá, 2003, p. 89-90.
- ³² DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 335.
- ³³ BRASIL. Lei n.º 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 26.2.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm>. Acesso em 02.07.2007.
- ³⁴ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Op. cit.*, p. 32.
- ³⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 293.
- ³⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 856.
- ³⁷ Art. 1º da Lei 5.859/72 (Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972). Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 11 de dezembro de 1972. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5859.htm>. Acesso em: 25.jun.2009).
- ³⁸ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, de 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02. jul. 2007).
- ³⁹ MARTINS. Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 173.
- ⁴⁰ TST. TST: decisões mostram distinção entre diarista e doméstica. Brasília: TST (Notícias do TST, em 28/04/2006). Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 29.abr.2006.
- ⁴¹ TRT da 4ª Região. Ac. 00252.401/97-2 RO. Juiz-Relator: Raul Zoratto Sanvicente. Porto Alegre: TRT da 4ª Região, DOE-RS, de 27.09.99. Disponível em <<http://www.trt4.gov.br>>. Acesso em 08.jun. 2007.
- ⁴² TST. *Op. cit.* Acesso em 29.abr.2006.

- ⁴³ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Op. cit.*, 1997, p. 41.
- ⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p.370.
- ⁴⁵ MARTINS. Sérgio Pinto. *cit.*, p. 172.
- ⁴⁶ *Idem. Manual do Emprego Doméstico*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 206, p. 7.
- ⁴⁷ TST. Caseiro de sítio não obtém reconhecimento como trabalhador rural. Brasília: TST (Notícias do TST, em 11/04/2007). Disponível em <www.tst.gov.br>. Acesso em 15.abr.2007.
- ⁴⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do Trabalho Doméstico*. 2ª edição, São Paulo: LTr, 2003, p. 20
- ⁴⁹ MARTINS. Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p.8.
- ⁵⁰ *Ibidem*, p. 10.
- ⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 367.
- ⁵² JORGE NETO, Francisco Ferreira... [et al.]. *Manual do Direito do Trabalho*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 238.
- ⁵³ A maioria dos trabalhadores que exercem função de diaristas não recolhe sua contribuição previdenciária por absoluta falta de conhecimento.
- ⁵⁴ Em alguns casos também a alimentação.
- ⁵⁵ Segundo a OIT, a taxa de participação das mulheres no mercado de trabalho no Brasil é de 55% que, apesar de superior à média da América Latina, de 45%, é ainda inferior aos níveis de muitos países desenvolvidos e, no Brasil, trinta pontos percentuais inferior à taxa de participação masculina (82%). Esses dados refletem a dificuldade que um contingente importante de mulheres, especialmente as mais pobres e com menor escolaridade, ainda tem que enfrentar para poder ingressar no mercado de trabalho (ABRAMO, Lais. Desigualdades e Discriminação de Gênero e Raça no Mercado de Trabalho Brasileiro. Paper apresentado ao Fórum Internacional de Erradicação da Pobreza, Geração de Emprego e Igualdade de Gênero e Raça, Brasília, 13 a 15 de outubro de 2003. Brasília: OIT. 2003).

Referências Bibliográficas

- ABRAMO, Lais. *Desigualdades e Discriminação de Gênero e Raça no Mercado de Trabalho Brasileiro*. Paper apresentado ao Fórum Internacional de Erradicação da Pobreza, Geração de Emprego e Igualdade de Gênero e Raça, Brasília, 13 a 15 de outubro de 2003. Brasília: OIT. 2003.
- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*, 1ª ed., São Paulo: LTr, 2005.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997.

- BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho Informal - Realidade ou relação de emprego fraudulento?* Curitiba: Juruá, 2003.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2008.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 12ª edição. São Paulo: LTr, 1990.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Discriminação nas Relações do Trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.
- GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª edição; Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- HINZ, Henrique Macedo. *Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira et al. *Manual do Direito do Trabalho*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito Trabalho: direito individual do trabalho*. 3ª edição. São Paulo: LTr, 1993.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.
- MARTINS. Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Manual do Emprego Doméstico*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARTINS FILHO, Ives Granda. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARQUES, Fabíola & ABUD, Cláudia José. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Iniciação do Direito do Trabalho*. 26ª edição. São Paulo: LTr, 2000.
- NOVAIS, Fernando. Prefácio e Condições de privacidade na colônia in: *História da Vida Privada no Brasil - Vol.1*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do Trabalho Doméstico*. 2ª edição, São Paulo: LTr, 2003.
- OIT. Convenção n.º 100. *Sobre a igualdade de remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual valor*. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasilia/info/download/conv_100.pdf>. Acesso em 8/10/2007.
- _____. Convenção 111. *Sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão*.

Disponível em:

www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inf/download/conv_111.pdf
Acesso em 29.jun.2007

_____. *La Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*. Genebra: OIT. 1ª edición, 2001.

_____. *Igualdade no trabalho: enfrentando os desafios*. Brasília: OIT, 2007. 10p.

Disponível em: < www.oitbrasil.org.br >. Acesso em: 07 jun. 2007.

_____. *Programa de fortalecimento institucional para a igualdade de gênero e raça, erradicação da pobreza e geração de emprego - GRPE*. Brasília: OIT, 2006.

Disponível em: < www.oitbrasil.org.br >. Acesso em: 16.nov.2006.

_____. *Trabalho doméstico e igualdade de gênero e raça: desafios para promover o trabalho decente no Brasil*.

Disponível em < www.oitbrasil.org.br >. Acessado em 31.10.2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque*. Revista Jurídica Virtual, Brasília, volume 4, número 36, mai. 2002.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_36/artigos/Art_Arion.htm>.

Acesso em 20.out.2007.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 37ª edição. São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Gabriela Renata R. dos; MESQUITA, Patrícia Lagun; DEIAB, Rafaela de Andrade. *Entre a casa & a rua: a relação entre patrões e empregadas domésticas*. São Paulo: NAU/USP.

Disponível em <http://www.n-a-u.org/ENTREACASA3.html>

Acesso em 2.mai.2007.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: UNB, 2ª edição, 2000

YANNOULAS, Silvia C. (coord.). *A convidada de pedra: mulheres e políticas públicas de trabalho e renda*. Brasília: FLACSO; Abaré, 2003.

Resumo

Trata-se de estudo que analisa à luz da doutrina as decisões da Justiça do Trabalho que sistematicamente negam às diaristas que trabalham de forma contínua na mesma residência o reconhecimento da relação de emprego doméstico.

Desse modo, são comparados os elementos fático-jurídicos das relações de emprego doméstico, e das relações de trabalho autônomo e eventual.

Palavras-Chave: Empregada doméstica - diarista.

Abstract

This study examines, in light of the doctrine, Labor Justice's decisions which systematically deny charwomen working usually in the same residence the recognition of a relationship concerning to domestic employment.

Therefore, the factual and legal elements from relationships of domestic employment and freelance/occasional work are compared by the author in the article.

Key-words: Maid - Charwoman

João Batista Brito Pereira

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.
Membro da Academia Nacional de Direito
do Trabalho.

A ação civil pública e a questão da prova pré- constituída

O Ministério Público sempre emprestou, e com muita razão, grande valia aos elementos probatórios e informativos colhidos no inquérito civil público, atribuindo-lhes estatura de prova pré-constituída. Em relação a essa expressão, “prova pré-constituída”, face à que instrui a ação civil pública, sempre guardei respeitosa reserva. Com efeito, tratar como “prova pré-constituída” elementos às vezes indiciários colhidos em inquérito civil público endereçado à ação civil pública pode inibir a instrução e amedrontar aquele contra quem se propõe a ação; daí parecer-me exagero atribuir-lhe esse *status*, salvo quando se tratar de laudo pericial. Sempre sustentei que o juiz não pode nem deve dispensar a produção da prova tendente a revelar precisamente a ocorrência do fato denunciado na ação civil pública, apesar da relevância e do valor de tudo quanto é apurado pelo Ministério Público em sede de inquérito civil público, embora sem a obrigação da observância do princípio do contraditório.

Penso que aqui o juiz, principalmente na instrução da ação civil pública, não é figura estática; porque o procedimento investigatório via inquérito civil público pode resultar na negativa da denúncia e, aí, o órgão do Ministério Público tem obrigação de propor fundamentadamente o seu arquivamento, consoante o art. 9º da Lei da Ação a Civil Pública (Lei 7.347/1985), *verbis*:

Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

Pode também essa prova, esse material produzido, resultar, a juízo do órgão do Ministério Público, em prova insofismável do fato denunciado. No âmbito do Ministério Público do Trabalho, por exemplo, perante a Justiça do Trabalho, a denúncia é quase sempre formulada por um ex-empregado. Por óbvias razões, nem

sempre o empregado tem a coragem de ir ao órgão do Ministério Público apresentá-la contra seu empregador, porque precisará prestar depoimento e, como se sabe, a publicidade é inerente à validade dos atos praticados também no inquérito civil público. Daí o justificado receio do empregado de formular denúncia e esta gerar inquérito civil público, somente o fazendo, não raro, com carga de mágoa, que enfraquece a veracidade, a exigir do Ministério Público maior rigor na apuração.

De modo que, na fase da instrução processual da ação civil pública, o juiz não pode dispensar a produção das provas requeridas, sob pena de violar os princípios da ampla defesa e do contraditório. Pode-se imaginar aqui um exemplo (grosso modo), sem discutir o mérito que este possa suscitar, visto ter efeito apenas ilustrativo.

Confira-se esta hipótese:

Suponha-se que o empregador que tenha 3.500 empregados resolva editar norma onde crie um benefício e uma exigência. Primeiro – o **benefício**, a concessão de intervalo intrajornada de duas horas. Se pode ou se não pode, essa é questão, que não se discute aqui (frise-se que se trata de hipótese). Suponha-se que ele tenha realizado essa obra, tenha implantado a norma. Em contrapartida ao benefício, vem a **obrigação**, consistente em que o empregado deverá estar no seu local de trabalho exata e precisamente no momento seguinte, no segundo seguinte em que encerrar o intervalo de duas horas, sob pena de desconto em folha equivalente ao atraso.

Pois bem. O empregador, nessas circunstâncias, põe empregados para fiscalizar o cumprimento da obrigação com os respectivos registros e, por uma dessas e outras, um ex-empregado procura o Ministério Público do Trabalho e formula denúncia de que o empregador está exacerbando na exigência do cumprimento da norma, está exagerando a fiscalização, e tal comportamento está gerando constrangimentos e todos os males que resultam do rigor da fiscalização, objeto do poder diretivo do empregador.

O Ministério Público do Trabalho, que tem todo o tempo para apurar a denúncia e a faculdade de escolher o dia, a hora e o momento, e às vezes até o momento político (de política-institucional), para apresentá-la, ajuíza a ação civil pública. E o empregador, que tem três mil e quinhentos empregados dispõe do prazo de apenas quinze dias para oferecer a defesa, tratamento que o deixa numa situação de inferioridade no processo. É curioso notar que a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) não disciplina o prazo da defesa do réu, hipótese em que se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil, a teor do disposto no art. Art. 19. da Lei da ACP:

Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Ora, como se sabe, segundo o princípio da motivação, o Ministério Público, ao encerrar o inquérito civil público com as informações que entendeu necessárias, se concluir pelo ajuizamento da ação, deverá fazê-lo fundamentadamente. E, por se tratar de uma peça informativa – esse inquérito é intimidativo sobre o potencial infrator – deverá o Ministério Público nessa fundamentação emitir opinião acerca do que apurou para justificar o pedido do provimento jurisdicional.

Se forem erigidos, como prova pré-constituída, aqueles elementos com os quais o Ministério Público instrui a petição inicial da ação civil pública, não se pode sequer permitir que a parte demandada, o virtual infrator, a empresa ré no exemplo dado, faça prova negativa de tudo quanto a acusou o *parquet*.

Sobre esse tema não se pode perder de vista que a CLT, no artigo 765, dá ao juiz não só a direção, mas a possibilidade de proceder às diligências, *verbis*:

Art. 765. Os juízes e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Ainda no âmbito do exemplo dado e considerando-se que as partes não podem sonegar ou omitir provas, mas que às vezes sonegam e omitem, é de supor-se que a parte que denuncia ao Ministério Público, pedindo o procedimento, não atente para a importância de apontar todas as provas. Se as partes não as trouxerem e se a empresa ré, por exemplo, não apresentar dados que permitam aferir se havia excesso na fiscalização do horário (aqui incluindo os métodos), ao juiz é atribuído o dever de promover diligências. Pode, por exemplo, determinar a juntada aos autos do quadro em que se apurava o cumprimento do intervalo, na hipótese dada, ou do quadro que comprove a fiscalização e a observância daquele intervalo oferecido e até, quem sabe, as folhas de pagamento visando apurar se naquela ocasião dada, naquele período referido na denúncia, de fato a empresa exacerbou a exigência, o desconto dos salários. Isso porque o empregador poderá defender-se dizendo que de fato concedia as duas horas, fiscalizava com cuidado (sem o exagero denunciado), porém jamais descontou dos salários, jamais fez valer a parte cominativa da norma. E assim, se o juiz, na ausência desses dados que podem ser trazidos espon-

taneamente pela empresa, não tiver o cuidado de requisitar essas provas, poderá proferir sentença que não corresponda à realidade.

São essas ações, as chamadas **demandas de massa**, que podem ensejar provimento judicial fora da realidade; caso isso ocorra, a decisão ficará distante da pretensão de justiça e mais próxima da injustiça.

Não atribuo a qualidade de pré-constituída à prova produzida no inquérito civil público, a despeito da importância que toda ela tem, em especial por ser produzida sob a presidência do órgão do Ministério Público. Mas, no passado, vez por outra se observavam procedimentos nocivos à busca da verdade na ação civil pública: O Ministério Público do Trabalho, a quem dedico merecido respeito, de cuja instituição tenho as melhores lembranças e de onde tenho saudade, por vezes, promovia ação civil pública precedida do sempre cuidadoso inquérito civil público; mas, depois de ajuizada e até depois da sentença, às vezes, continuava diligenciando como se não tivesse esgotado seu ofício investigativo sobre os fatos que constituíam o objeto da ação. Esse segundo procedimento consistia em continuar ouvindo interessados naquele mesmo fato que ensejou a Ação Civil Pública. Foi uma das distorções que resultou, a meu juízo, do exagero na abertura desses procedimentos.

Via-se o Ministério Público do Trabalho prosseguindo na oitiva de ex-empregados, ouvindo interessados na solução daquela demanda que já se encontrava em curso sem utilidade prática, porque quase sempre não há provimento cautelar para exigir o cumprimento de determinada obrigação de fazer ou de não fazer.

Então, embora inútil, certamente incomodava os demandados nessas ações civis públicas e poderia resultar, e certamente sem a pretensão de parte do Ministério Público, numa espécie de preparação para eventual testemunha a ser ouvida em juízo sobre o mesmo objeto da investigação anterior e desbordar para inovação no estado de fato. De modo que se, eventualmente, houve distorções nesse proceder, aqui mencionado apenas para ilustrar, não tenho conhecimento de que essas exceções tenham prejudicado o todo que é o relevante papel do Ministério Público na defesa do interesse público.

No meu entender, é por demais interessante constatar-se excesso para se permitir corrigir rumos. Mas volto ao tema proposto para explicitar que reconheço o dever do juiz de promover ampla dilação probatória, sob pena de incorrer em compreensão equivocada do litígio com o risco de proferir igualmente equivocado provimento judicial. É que o princípio do contraditório não prevalece no curso das investigações preparatórias encetadas pelo Ministério Público – e assim deve ser.

Assim, a prova colhida, no inquérito civil público, por si só, não basta; deve ser submetida ao contraditório, pela mesma razão que se submete aquela que ins-

trui a petição inicial da ação individual, pela singela razão de que no inquérito civil público se colhe a prova sem observância do contraditório e, esta tem valor probatório relativo, porque pode ser elidida por contraprova produzida em juízo. É, pois, preciso que se realize a instrução processual em juízo, porque ali é onde se dá, obrigatoriamente, o contraditório.

Não raro, aquele em relação ao qual se instaura o inquérito civil público sente-se intimidado. É porque a investigação tem natureza unilateral, enquanto a instrução processual – onde se observa efetivamente o contraditório – garante maior transparência e segurança para o demandado. Não são raras as dificuldades das empresas de se defenderem das conclusões e, até, das opiniões do membro do Ministério Público inscritas no inquérito civil público. Às vezes, como mencionado anteriormente, no passado, continuavam a ser tomados depoimentos procedendo investigação paralela ao curso da ação civil pública; tais conclusões ostentam natureza de fundamentação.

Assim, ante a natureza informativa das provas colhidas no inquérito civil público, afigura-se indispensável **a ampla instrução processual**. É bem verdade que o Ministério Público está atrelado ao princípio da obrigatoriedade.

Conquanto não possam ser comparados os elementos de prova extraídos do inquérito civil público com a prova trazida na petição inicial do interessado, individualmente, o Ministério Público, uma vez convencido de que o fato apurado pode ser corrigido via ação civil pública, deverá propô-la (princípio da obrigatoriedade), esforçando-se para convencer o juiz de que a prova que colheu retrata a realidade. Por isso é que se deve examinar a prova colhida no inquérito civil público apenas como **indícios**, com o perdão daqueles que pensam ao contrário.

A jurisprudência especializada, ao tempo em que valoriza os elementos probatórios e informativos colhidos no inquérito civil público, não lhes atribui a força de prova pré-constituída, consoante se nota do seguinte precedente extraído da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO. 1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública. 2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório. 3. A prova colhida inquisito-

rialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova. 4. Recurso especial provido.¹

Desse modo, tem-se que examinar tais elementos probatórios como **indícios**, salvo laudo pericial, porque, conquanto o membro do Ministério Público não tenha interesse no resultado da demanda, a ação civil pública é proposta precisamente para viabilizar a sua atuação institucional. Então, a prova colhida via inquérito civil público, que, segundo entendo, por si só não basta; deve ser submetida ao contraditório em juízo, isto porque, por mais confiável que seja, foi colhida na fase pré-processual e mesmo que colhida pelo Ministério Público, não é inquestionável.

Considero, portanto, que a autoridade do Ministério Público para propor ação civil pública necessariamente o legitima para a ação investigativa, mas nada pode impedir o juiz de, ao instruir o feito, buscar as provas que visem melhor apurar os fatos, em homenagem ao interesse público. É dizer que o resultado do inquérito civil público poderá ser infirmado na instrução processual, ainda mais porque o princípio do contraditório não prevalece no curso da investigação, promovida no seio do inquérito civil público. Reconheço a validade do inquérito civil público como instrumento de colheita de prova, ou de indício de prova. Prefiro adotar a expressão **como indício de prova** a adotar a expressão da “prova pré-constituída”, até porque, vez por outra, se vê mandado de segurança para trancar o inquérito civil público. E a justiça comum tem afirmado que o inquérito civil público é apenas procedimento preparatório para justificar o procedimento judicial.

Por tudo o que disse, a despeito de judiciosas e respeitáveis razões em contrário, não tenho como prova pré-constituída os elementos probatórios e as informações colhidas no inquérito civil público com vistas ao ajuizamento de ação civil pública.

Conclusão

Os elementos de prova colhidos pelo Ministério Público, via inquérito civil público e mencionados na Ação Civil Pública, devem ser submetidos ao contraditório em juízo; isso porque, por mais confiáveis que sejam, foram colhidos na fase pré-processual e, em que pese a autoridade do *parquet*, não são inquestionáveis. Assim, é dever do juiz de promover ampla dilação probatória, sob pena de incorrer em compreensão equivocada do litígio com o risco de proferir julgamento igualmente equivocado. É que o princípio do contraditório não prevalece no curso das investigações preparatórias encetadas pelo Ministério Público.

Notas

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 849841 / MG, 2006/0100308-9. Relatora Min. ELIANA CALMON – 2ª/STJ – Ementa publicada no DJ de 11/09/2007 p. 216.

Resumo

O autor rechaça a hipótese de atribuir às provas e elementos colhidos em sede de inquérito civil público pelo Órgão Ministerial a força de prova pré-constituída. Compreende que se tratam de indícios de prova, os quais devem ser sujeitos ao crivo do contraditório em juízo, vez que, por mais confiáveis que sejam, foram colhidos na fase pré-processual, de natureza unilateral, a qual não atenta para o princípio do contraditório. Assim, os indícios de prova em inquérito civil público podem ser afastados em decorrência de contraprova na instrução processual em juízo, onde se observa efetivamente o contraditório, garantindo-se maior transparência e segurança para o demandado. Nessa direção caminha a jurisprudência especializada, prestigiando o dever do juiz de promover a ampla dilação probatória.

Palavras-chaves: Ação Civil Pública – Inquérito Civil Público – Prova pré-constituída – Indícios de prova – Contraditório em juízo.

Abstract

The author rejects the idea of giving evidence and information collected in Civil Public Inquiry by Prosecutor the strength of evidence pre-formed, understanding that these are indications of evidence, which shall be subject to discussion in the adversarial trial, because, although their very possible reliability, these indications were collected during the pre-procedure stage, which is unilateral in nature and does not attempt to the adversarial principle. Thus, indications of evidence in civil public inquiry may be expelled due to check the instruction in court procedure, which ensures a greater transparency and security for the defendant, by attempting to the adversarial principle. This is the understanding by specialist judge-made law.

Keywords: Public Civil Action - Civil Public Inquiry – Evidence pre-formed – Indications of evidence – Adversarial trial.

Fernanda Santos Sampaio Santoro
Advogada. Advogada do Tribunal de Ética da OAB/DF. Advogada Orientadora do NPJ/UPIS de Samambaia/DF.

A importância da aplicação dos princípios informativos nos Juizados Especiais Cíveis para evitar a morosidade processual e possibilitar amplo acesso à Justiça

1. Introdução

Para a sociedade jurídica, o considerável excesso de formalidades processuais era desnecessário e prejudicial quando se referia a causas de menor valor e complexidade. A preocupação do Judiciário de tornar eficazes os meios de acesso à Justiça, objetivo do Estado do Democrático de Direito, deu início a mudanças capazes de simplificar o processo comum, afastando o formalismo excessivo, principal causa geradora do retardamento da prestação jurisdicional.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a criação dos Juizados Especiais Cíveis para conciliação, julgamento e execução de “causas de menor complexidade”, despertou o verdadeiro espírito de cidadania e democracia.

Destaca-se da Lei Maior, em seu art. 98, a criação de Juizados Especiais, no âmbito estadual, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau¹. Tal mudança ocorreu em decorrência dos conflitos diários de interesses individuais, que surgiram em face da evolução da sociedade, com maior número de jurisdicionados atraído para o Judiciário em busca de proteção a seus direitos.

Com a viabilidade de um procedimento especial na Justiça, que respeitasse os princípios e fundamentos da Lei Maior, capaz de agilizar o andamento e a finalização de pequenos litígios da sociedade, o funcionamento dos Juizados Especiais foi extremamente importante, pois despertou a realização da Justiça pelo poder público, na solução dos pequenos litígios. Era nova lei descongestionando a justiça comum com nova metodologia nos cartórios e com estrutura eficiente, que teve rápida aceitação pelos jurisdicionados.

Os Juizados Especiais Cíveis vêm desenvolvendo grande esforço para manter a estrutura de forma eficaz, evitando defeitos e vícios presentes nos demais órgãos da justiça ordinária.

2. Juizados especiais

Com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, diante da consciência do legítimo direito, os jurisdicionados procuravam cada vez mais o Poder Judiciário para solucionar os conflitos sociais, dos simples aos mais complexos. Porém, o Juizado Especial apaziguou a busca insistente pela tutela jurisdicional descongestionando a enorme quantidade de processos na justiça comum.

A função jurisdicional é essencial ao Estado Democrático de Direito, una e indivisível, atualmente garantida pela Constituição Federal. Para realizar tal função, o Estado declara direitos e os realiza em dispositivos legais e na prática, devendo propiciar ao Judiciário boa estrutura e funcionamento adequado ao atendimento da demanda dos cidadãos que procuram a proteção de seus direitos violados ou ameaçados.

O aumento dos interessados em busca de amparo jurisdicional, considerada uma série de fatores como: o procedimento extremamente burocrático e lento do judiciário; a insuficiência de juízes togados; o número reduzido de servidores para o atendimento público e a escassez de material resultou em administração insuficiente para atender a demanda de jurisdicionados, que já se encontravam insatisfeitos com a justiça tardia. E como dizia o ilustre advogado Rui Barbosa, “Justiça tardia não é justiça, senão injustiça”.

Nota-se que o interesse do cidadão de reparar o dano sofrido, relacionado a um bem jurídico de pequeno valor, resultava em renúncia ao direito, diante do receio da morosidade do Judiciário e dos problemas que daí poderiam decorrer. Em geral, a inadequada legislação processual determina a dificuldade de acesso à Justiça, desfavorecendo, assim, a tutela jurisdicional aos que mais precisam.

Nesse sentido, a procura ao Poder Judiciário para resolução da enorme quantidade de conflitos sociais de toda ordem é crescente. Em consequência, os titulares de direitos ameaçados ou violados geralmente reprimem sua pretensão e assumem o prejuízo. Segundo Ronaldo Frigini,

Surge daí o fenômeno da litigiosidade contida que é um componente extremamente perigoso para a estabilidade social, visto que já manifesta seus sinais na deterioração do sistema de resistência da população.²

Outro problema que a demanda reprimida apresenta é a procura de outras formas de solução de conflitos não resolvidos, como por exemplo, a autotutela, desvirtuando as formas orientadas pelos caminhos legais.

Por intermédio dos Juizados Especiais, o Poder Judiciário teve a oportunidade de conhecer os problemas que a sociedade espera resolver perante a Justiça, e de executar a concepção de direito apresentada por Rudolf Von Ihering, “A essência do direito é a realização prática”.³

Os princípios expressos no atual regime constitucional pretendem garantir determinada qualidade de vida a toda população. Percebendo a importância desses princípios e a partir dos fundamentos do art. 98 da Lei Maior, a comunidade jurídica assume o dever de permitir acesso ao Poder Judiciário a todos os cidadãos, como garantia inerente à cidadania. Assim se expressa a Carta Magna em seu artigo 98:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos territórios, e os Estados criam:

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

3. Juizados Especiais Cíveis

São objetivos dos Juizados Especiais Cíveis: a possibilidade de maior acesso à Justiça, a conciliação, a reparação dos danos sofridos pelo ofendido, a diminuição de processos nos órgãos do Poder Judiciário e, ainda, a ordem social, relacionadas ao processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, nos termos fixados no artigo 3º da Lei n.º 9.099/95.

O acesso à Justiça é, acima de tudo, a rápida e efetiva atuação do Judiciário a resultados justos. A gratuidade de custas processuais e a desnecessidade de gastos advocatícios também fazem parte do acesso à Justiça.

A conciliação é procedimento que procura harmonizar a divergência entre as partes envolvidas na ação, buscando alcançar a melhor solução para o litígio. A finalidade primordial do Juizado Especial é, na medida do possível, com o mínimo de formalidades, buscar a conciliação entre as partes.

A reparação dos danos sofridos pelo ofendido é o objetivo final da demanda. Os interessados pela tutela jurisdicional querem resultados satisfatórios ao prejuízo causado pelos danos. Sem dúvida, a diminuição do número de processos na Justiça Comum, cujo valor não ultrapassa 20 (vinte) salários mínimos, desembarçou o Judiciário, permitindo-lhe melhores condições para a prestação jurisdicional.

Para o cumprimento dos objetivos entabulados na Lei 9.099/95, os Juizados Especiais Cíveis enfrentam desafios, como por exemplo, a estrutura física, material e funcional do órgão especial.

4. Princípios constitucionais dos Juizados Especiais Cíveis

Os ordenamentos jurídicos são compostos por diversas normas e uma das distinções de uns para os outros é simplicidade ou complexidade.

De acordo com a hermenêutica jurídica, a interpretação constitucional se sobrepõe e condiciona a interpretação de qualquer outra norma do ordenamento jurídico. Desse modo, no dizer de Alexandre de Moraes, a prevalência da interpretação das normas constitucionais em face de outras normas, objetiva possibilitar a manutenção, no ordenamento jurídico, das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional.⁴

Atualmente, a Constituição não tem sido concebida apenas como lei suprema, mas também como proteção e defesa do cidadão, contra qualquer tipo de movimento opressivo e desigual na sociedade.

Direcionando o referido princípio ao Judiciário, os tribunais e juízes, como instâncias de julgamento, teriam sua legitimidade democrática justificada de maneira formal e material. A primeira seria decorrente da observação de regras procedimentais de democracia plena em suas atividades, como por exemplo, a adoção da eleição dos dirigentes dos tribunais de forma direta por membros do Poder Judiciário. A segunda, “por serem os tribunais e juízes concebidos como órgãos de mera aplicação da lei. Como a lei seria expressão da vontade do povo, os tribunais e juízes, como aplicadores dessa vontade popular, estariam indiretamente legitimados.”⁵

Ainda na Constituição Federal, em seu art. 5º, nos incisos LIV e LV, são encontrados os princípios fundamentais que regem o procedimento processual. É importante lembrar que os princípios dos Juizados Especiais Cíveis não se esquivam dos existentes no texto da Lei Maior.

O Art. 98 da CF/88 estabelece a criação, pela União, Distrito Federal e Territórios, e Estados, de Juizados Especiais Cíveis – além dos Criminais –,

providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recurso por turmas de juízes de primeiro grau.

O artigo supramencionado determinou o nascimento do atual procedimento sumaríssimo, cujo funcionamento se baseia em princípios gerais e informativos essenciais a todo processo.

Os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, seguem o espírito democrático que norteia a nossa Lei Maior, e também são fundamentais no processo dos Juizados Especiais.

4.1. Princípios constitucionais aplicados aos Juizados Especiais Cíveis

Primeiramente impõe-se a análise de alguns conceitos de *princípios*. Os *princípios* são vistos, por alguns doutrinadores, como espécies do gênero normas jurídicas e servem como orientação segura para a interpretação dos institutos jurídicos. Sustentando a definição de princípios, Norberto Bobbio⁶, utilizou-se de dois argumentos válidos, *verbis*:

Antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁷:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...

Princípio constitucional é enunciado lógico que dá a direção certa para a interpretação da Constituição, conferindo coerência geral ao sistema constitucional. A soberania do Estado faz que a pluralidade das normas integrantes do sistema jurídico se manifesta logicamente como uma unidade. Para Hans Kelsen⁸:

Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esses elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.

O princípio da unidade constitucional tem como objetivo evitar que normas constitucionais sejam contraditórias com outras normas, pois possibilita que o intérprete utilize alguns critérios, como o hierárquico e o da especialização.

Na definição da doutrina, os princípios processuais são divididos em duas espécies: informativos e gerais ou fundamentais. Os primeiros são considerados preceitos ideais que representam o desejo de melhoria do mecanismo processual, e os segundos são aqueles previstos implícita ou explicitamente pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

4.1.1 Do devido processo legal

Por ser o processo a manifestação de um direito da pessoa humana, a Lei Maior disciplina o devido processo legal, a fim de impedir que leis mal elaboradas possam levar à sua desnaturação, com o conseqüente prejuízo dos direitos subjetivos que deve amparar.

O devido processo legal deve ser entendido como a garantia de todas as etapas processuais para então, privar alguém de sua liberdade ou patrimônio, correspondendo mediatamente à garantia à vida, à liberdade e à propriedade. De outro lado, possibilita e reforça o pleno acesso à Justiça, o qual se encontra consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

O acesso à Justiça referido, antes de mais nada, é acesso à Justiça “justa”. É a garantia do processo adequado às necessidades de definição e realização dos direitos lesados ou ameaçados; é o princípio pelo qual os jurisdicionados podem

ver satisfeitas sua pretensão à tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz. “Satisfazer tardiamente o interesse da parte em face da evidência significa violar o direito maior ao acesso à justiça.”⁹

No entanto, de acordo com esse princípio, havendo existência da lei e litígios, a imposição do Poder Judiciário ao vencido no processo apenas será divulgada após todos os trâmites processuais.

Esse princípio vem sendo visualizado criticamente como garantia no processo em seu próprio conceito e atuação, em razão dos novos sistemas processuais, como por exemplo, nos Juizados Especiais. O devido processo legal atribui contornos de proteção ao cidadão contra qualquer manifestação opressiva, desigual e atentatória ao ideal de Justiça. De acordo com as novas considerações do devido processo legal no procedimento sumaríssimo, diz Galdino Luiz Ramos Júnior¹⁰, *verbis*:

Ficam facilmente compreendidas, a atual tendência doutrinária e jurisprudencial, com o surgimento e desenvolvimento de uma série de movimentos que buscam dar ao Direito e ao processo visualização nova e coerente. Lutam por um processo efetivo, com um escopo social voltado para os interesses das classes menos favorecidas, buscando implementar mecanismos que tornem o direito processual mais célere e mais efetivo, para que assuma posição forte frente aos desmandos do Poder Estatal face à escabrosa e indesejada influência da classe dominante sobre a evolução justa de um Direito que se encontra subserviente aos seus interesses.

Enfim, o princípio do devido processo legal é aquele que assegura o direito à prévia citação; à imparcialidade do juiz; ao arrolamento de testemunhas; ao contraditório; à defesa técnica; à igualdade entre as partes; ao não-uso de provas ilícitas; ao privilégio contra auto-incriminação.

4.1.2 Do contraditório e da ampla defesa

O contraditório é o direito fundamental, constitucionalmente reconhecido à cada parte no processo no sentido de resistir à pretensão do outro, de discordar e de trazer, aos autos, suas próprias razões.

Toda demanda processual decorre de conflito, cujo lesado ou ameaçado invoca a proteção jurisdicional. Assim, regra geral, o litígio íntegro o processo e a

bilateralidade processual se justifica pela pretensão de uma pessoa ao cumprimento da obrigação de outrem. Na visão de Carnelutti¹¹, “Em virtude do sentido contrário dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação se desenvolve, pois, como contradição recíproca; por isso, o contraditório corresponde a um dos princípios fundamentais do processo civil.”

A ampla defesa também é princípio constitucional da mais alta relevância, já que autoriza a utilização, pela parte, dos meios legais atinentes à prova de sua inocência ou à defesa de suas alegações e do direito invocado.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa deverão ser assegurados às partes e aos acusados em geral, em processo judicial ou administrativo, conforme o texto da lei maior no art. 5º, inciso LV. Para Nelson Nery Júnior,¹² *verbis*:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com a da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não sofrem limitações infraconstitucionais por se tratarem de Direitos e Garantias Fundamentais consagrado no artigo 5º, inciso LV, do texto da Lei Maior. Por isso, nos Juizados Especiais, os mencionados princípios são respeitados como no processo comum.

4.1.3 Do princípio da igualdade ou isonomia

Consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, o princípio da igualdade é fundamental no Estado Democrático de Direito, pois todos os cidadãos têm direito a tratamento idêntico pela lei, em harmonia com os critérios reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Entretanto, as leis e atos normativos devem ser aplicados de maneira igualitária às partes, sem diferenciações em razão de sexo, raça, classe social, religião ou política.

Por outro lado, pode haver desigualdade na lei quando a norma distingue, de forma não razoável, um tratamento específico a pessoas diversas. Entretanto, para Celso Antônio Bandeira de Mello, “os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.¹³

Na verdade, o que a Constituição Federal exige neste princípio é que as diferenciações impostas sejam justificáveis pelos objetivos que se pretende atingir pela lei. Processualmente, o princípio da igualdade significa que o juiz deverá dar tratamento idêntico às partes.

5. Princípios legais informativos dos Juizados Especiais

Os princípios informativos, conforme mencionado, representam o caráter ideológico do processo, como objeto principal de pacificação da ordem social.¹⁴ Os princípios dos Juizados Especiais servem também como referência na tarefa de suprir as possíveis lacunas existentes na Lei 9.099/95.

A Lei 9.099/95 dispõe, em seu artigo 2º, acerca dos princípios que norteiam o sistema dos Juizados Especiais, como matéria que representa melhoria para o mecanismo processual, possibilitando o acesso ao Judiciário, seleção de meios eficazes e rápidos de procurar descobrir a verdade para evitar erros, buscando a conciliação entre as partes, respeitando os princípios gerais do processo, sem violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, da igualdade entre as partes e do juiz natural. Diz o citado artigo: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

5.1. Princípio da oralidade

Esse princípio confirma a eficiência do processo nos Juizados Especiais. A forma oral é eficaz nas declarações perante juízes e tribunais, sem abandonar a forma escrita, essencial a todo processo. “A oralidade no processo gera como conseqüências: a concentração, que implica uma compressão procedimental”.¹⁵

Em alguns ensinamentos, Júlio Fabbrini Mirabete¹⁶ refere-se ao princípio da oralidade na Lei 9.099/95 como adoção da forma oral no tratamento da causa; melhor dizendo, a afirmação de que as declarações perante os juízes e tribunais possuem mais eficácia quando formuladas oralmente, sem que se exclua por completo a utilização da escrita, indispensável na documentação de todo o processo.

É importante lembrar, que o processo oral é parte do processo verbal. O procedimento oral fundamenta-se não apenas em fatos e atos que o juiz conhece, de viva voz, como também em provas produzidas.

Como se pode observar, o princípio da oralidade traz em seu bojo o desmembramento de outros princípios como o da concentração, imediatismo, identidade física do juiz e da irrecorribilidade de decisões.

De fato, o julgamento da causa é concentrado e tende a reduzir o procedimento em uma só audiência, ou complementando em outra, realizada em curto intervalo, próxima à decisão do juiz diante de sua memória acerca dos fatos da causa.

Essa imediação traz o contato direto do juiz com as pretensões e as provas, ou seja, o material com que vai trabalhar sua sentença. A identidade física do juiz é decorrência da justificação dos dois princípios supra escritos: ninguém mais habilitado a decidir a causa do que o juiz que colheu diretamente a prova. Evita-se, assim, que o feito seja julgado por juiz que não teve contato direto com os atos processuais.

Decorrente, também do princípio da oralidade, a irrecorribilidade das decisões evita eventual paralisação que possa prejudicar o bom andamento do processo, mesmo que seja parcial. Para Joel Dias Figueira Júnior, a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, na conformidade com o princípio da oralidade, encontra sua maior ressonância na audiência de instrução e julgamento, à medida que, ao menos em tese, num único ato processual, e logo após a colheita das provas, espera-se que a demanda seja solucionada, com a prolação da sentença de mérito.

Ainda de acordo com o princípio da oralidade, somente os atos considerados essenciais serão registrados, resumidamente, por escrito. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão, como prevê o artigo 13, § 3º da Lei 9.099/95.

Importante ressaltar que o pedido da inicial pode ser oral e será reduzido a termo na Secretaria do Juizado, de acordo com o artigo 14, § 3º da citada Lei e, se ambas as partes comparecerem inicialmente, instaura-se, desde logo, a sessão de conciliação, dispensados o registro prévio de pedido de citação, como diz o art. 17 da mencionada Lei; e ainda, a contestação e o pedido contraposto, assim como, os embargos de declaração e a prova poderão ser realizados oralmente.

5.2. Princípio da simplicidade

O princípio da simplicidade revela a nova tendência da desburocratização da Justiça, pois sua finalidade está na realização da justiça de forma simples e objetiva, reforçando a verdadeira finalidade do rito sumaríssimo. Simplificando o processo, pretende-se diminuir as exigências burocráticas concernentes à juntada

de documentos aos autos sem prejuízo do resultado da prestação jurisdicional. É relevante lembrar que esse princípio torna o processo especial mais rápido no seu trâmite, pois desconsidera as formas complicadas do processo comum.

Há forte ligação entre os princípios norteadores da Lei 9.099/95, onde, em um mesmo artigo, assentam-se diferentes princípios, tais como: a predominância de atos processuais orais registrados resumidamente por escrito (art. 13, § 3º); a possibilidade de realização de intimação por qualquer meio idôneo de comunicação, que normalmente são efetivadas por telefone (art. 19), que também são exemplos de oralidade processual.

Quando se adota o critério da simplicidade, almeja-se diminuir tanto quanto possível os materiais que são juntados aos autos do processo sem que fique prejudicada a prestação jurisdicional, reunindo apenas os essenciais num todo harmônico. É o que diz Júlio Fabbrini Mirabete,¹⁷ *verbis*:

No princípio da simplicidade, tem-se a tarefa de simplificar a aplicação do direito abstrato aos casos concretos, quer na quantidade, quer na qualidade dos meios empregados para a solução da lide, sem burocracia. Valoriza-se a liberdade do juiz na determinação das provas a serem produzidas, bem como em sua apreciação, podendo valer-se dos indícios e presunções legais. Calcando-se na razão e na ética para sanar possíveis imperfeições da lei, ou abrandar seu rigor.

Enfim, todos os atos do Juizado Especial são realizados de forma simples e objetiva para que o microsistema possa alcançar a sua finalidade jurisdicional.

5.3. Princípio da informalidade

Com o objetivo de modificar o excessivo formalismo, porém respeitando o princípio do devido processo legal, a informalidade refletiu em outros dispositivos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, fazendo com que fossem reduzidas, ao mínimo, as exigências de atos processuais.¹⁸

Sobre o princípio da informalidade, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Joel Dias Figueira Júnior,¹⁹ pois:

Nada obsta que o juiz busque soluções alternativas de ordem procedimental, para obter uma prestação da tutela jurisdicional mais rápida e hábil a adequar a ação de direito material àquela de direito material.

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco²⁰, *verbis*:

Todo formalismo é, no processo, prejudicial à boa qualidade e à tempestividade da tutela jurisdicional, muito embora o processo seja em si mesmo formal e não possa dispensar os requisitos de forma racionalmente enunciados na lei e impostos pelo juiz. A tendência moderna é por isso, francamente deformalizadora, isto é, existe um perene movimento dos sistemas processuais no sentido da dispensa de formas inúteis e busca de soluções mais ágeis e produtivas que as tradicionais, inclusive mediante apelo à tecnologia moderna.

Ocorre que o juiz não está isento de observar um mínimo de formalidades essenciais para a prática de determinados atos processuais. O princípio da informalidade trata da possibilidade de praticar atos processuais de forma livre, de modo plausível, desde que sejam aptos a atingir sua finalidade. Como diz Júlio Fabbrini Mirabete²¹, “há uma libertação do formalismo, substituído pela finalidade do processo”.

A desnecessidade de formalismos no procedimento especial encontra amparo no *caput* do artigo 13 da Lei 9.099/95, onde os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no artigo 2º da supracitada lei (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade). Melhor dizendo, as poucas vezes que aparecem a necessidade de formalismo no rito sumaríssimo, não será tida como prioridade por não preencher as finalidades dos Juizados Especiais.

Nos Juizados Especiais, deve-se atentar à redução ao máximo do que será registrado; pouca utilização subsidiária ao Código de Processo Civil; adoção prioritária da tentativa prévia da conciliação entre as partes, na audiência de instrução e julgamento e no ato de julgar a sentença. Exemplo de informalidade aplicável nos Juizados Especiais é a intimação das partes, como diz o Art. 19 da Lei 9.099/95, que pode ser realizada por qualquer meio idôneo de comunicação.

Numa interpretação mais simplificada, a forma do ato processual é o meio, e, em se tratando de Juizado Especial, o meio utilizado nunca deve prejudicar o fim a que se destina. Não há, pois, excesso de solenidade nas formas. A única exigência que se faz é que esteja presente o mínimo exigível para a inteligência da manifestação da vontade e a conseqüente solução dos conflitos.²²

5.4. Princípio da economia processual

De acordo com esse princípio, o julgador deve dirigir-se ao processo conferindo às partes o máximo de resultado em confronto com o mínimo de esforço processual. Para Luiz Fux²³:

Tem inegável aplicação quanto ao aproveitamento de todos os atos praticados, apesar de eventual irritualidade que não sacrifique os fins de justiça do processo. Essa incidência é tanto maior no campo das nulidades.

Decorre dessa influência uma comunicação processual segura e simples, o aproveitamento de atos em detrimento de uma anulação inútil dos mesmos e a possibilidade de alegações múltiplas no bojo do próprio processo de matérias próprias de incidentes apartados.

O rito estabelecido na lei deixa a possibilidade da escolha da forma processual menos onerosa, além de evitar o desperdício mediante o uso racional dos instrumentos e formas processuais. Procura-se sempre buscar o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo possível de atos processuais ou despachos de ordenamento, desprezando os excessivos. Não significa isso que satisfaçam todos os atos previstos no rito processual estabelecido na lei, mas a possibilidade de se escolher a forma que cause menos encargos. A gratuidade em todos os atos de primeiro grau de jurisdição e a concentração de atos na mesma oportunidade, são exemplos de economia processual.

O doutrinador Ricardo Cunha Chimenti²⁴ lembra que, para possibilitar a economia processual

o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado no juízo competente, ou seja, o pedido pode ser encaminhado ao Juizado Especial quando a matéria e o valor estiverem dentro da competência deste, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

O princípio da economia processual possibilita a otimização e a racionalização dos procedimentos, objetivando a efetividade dos Juizados Especiais. O supramencionado princípio encontra-se na Lei 9.099/95, em alguns dispositivos, como por exemplo: na possibilidade de os pedidos mencionados no art. 3º desta Lei

serem alternativos ou cumulados; nesta última hipótese, desde que conexos e a soma não ultrapasse limite fixado naquele dispositivo (art. 15); no comparecimento inicial de ambas as partes, instaura-se, desde logo, a sessão de conciliação, dispensados o registro prévio de pedido e a citação (art. 17).

5.5. Princípio da celeridade

Esse princípio representa, sem dúvida, a essência do texto da Lei 9.099/95. A celeridade processual diz respeito à prestação de uma justiça rápida, dando importância à oralidade e à concentração para solucionar conflitos e oferecer ao interessado resposta judicial em curto prazo, favorável ao judiciário e o controle de processos. De acordo com a explicação do magistrado Demócrito Ramos Reinaldo Filho,²⁵ *verbis*:

A essência do processo especial reside na dinamização da prestação jurisdicional, daí por que todos os outros princípios informativos guardam estreita relação com a celeridade processual, que, em última análise, é objetivada como meta principal do processo especial, por representar o elemento que mais o diferencia do processo tradicional, aos olhos do jurisdicionado. A redução e simplificação dos atos e termos, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a concentração dos atos, tudo, enfim, foi disciplinado com a intenção de imprimir maior celeridade ao processo.

O art. 98, inciso I, da Constituição Federal denominou sumaríssimo o procedimento dos Juizados Especiais devido à promessa de celeridade do novo sistema, sem violação da segurança das relações jurídicas ou da aplicação dos princípios processuais garantidos pela própria Lei Maior.

A efetividade da Lei dos Juizados Especiais atenta para a celeridade processual quando admite, desde logo, a instauração da instância com o comparecimento das duas partes (art. 17) e quando não permite variados recursos ou ação rescisória (art. 59), objetivando não retardar a solução do litígio.

A redução do tempo na resposta judicial é de pleno interesse social, pois quem reclama algo, procura soluções imediatas para resolver os conflitos. Por isso, o princípio da celeridade é a garantia de resposta rápida, da concretização, da efetivação do direito do jurisdicionado que buscou ao Judiciário para fazer valer sua pretensão, com a maior simplicidade e rapidez possíveis.

6. Amplo acesso à Justiça

6.1. Agilidade no acesso à Justiça

Nos últimos anos, foi notável o crescimento da demanda que passou a buscar no Judiciário resolução para todos os tipos de litígios. Logicamente, as estruturas dos Tribunais passaram a ser insuficientes, ocasionando um serviço lento e congestionado, seja pelo reconhecimento de maior número de direitos, seja pelo excesso de rigor, de formalismo e de recursos processuais, gerando insatisfação e sem credibilidade dos cidadãos em relação ao Judiciário.

No Estado Democrático de Direito, o acesso à Justiça faz parte do núcleo da dignidade da pessoa humana. Por essa linha de pensamento, a aproximação do povo ao Judiciário é, sem dúvida, uma das formas de democratização da Justiça. Reconhecer sistemas que permitam aos mais necessitados acesso à Justiça, incentiva o crescimento da nossa frágil democracia.

O princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário, encontrado na Constituição Federal, significa eficácia jurídica, ou seja, justiça justa.

Por outro lado, o acesso à Justiça sob o *aspecto físico*, remete à questão da educação, da informação, como diz a advogada Dr^a Ana Paula de Barcellos²⁶ em sua dissertação:

Nesse particular, o que importa são os caminhos que podem conduzir o indivíduo ao Judiciário, ou impedi-lo de encontrar.” Impende destacar que gastos processuais é o maior empecilho de acesso à Justiça para os que precisam intentar ação judicial.

A Lei dos Juizados Especiais introduziu-se no mundo jurídico destinando-se à rápida e efetiva atuação do direito, exigindo atenção na sua aplicabilidade e no seu funcionamento procedimental, de forma a atender as expectativas de justiça dos jurisdicionados.

O acesso à Justiça, no âmbito dos Juizados Especiais, deve ser entendido como a satisfação do jurisdicionado com a prestação efetiva e coerente da justiça. Alguns processualistas se referem ao “acesso à Justiça” como acesso à ordem jurídica justa. De acordo com a concepção do processualista Alexandre Freitas Câmara,²⁷ *verbis*:

A garantia de acesso à ordem jurídica justa, assim, deve ser entendida como a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de

vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas.

O acesso à Justiça estava extremamente comprometido, vez que a morosidade fazia parte de todos os atos do procedimento processual comum. Com o formalismo exagerado, diversidade de recursos e conseqüentemente demora na resposta judicial, as despesas e custas processuais e honorários advocatícios, dificultou o acesso à Justiça e resultou no distanciamento dos cidadãos, principalmente o de menor poder aquisitivo, à tutela do Estado.

O amplo acesso à Justiça propiciado pelos Juizados Especiais Cíveis se resume em: gratuidade em todos os atos de primeiro grau; facultatividade de gastos com honorários advocatícios nas causas cujo valor seja inferior a 20 salários mínimos; eficácia do resultado do litígio tendo em vista tratar-se de instituto voltado à conciliação das partes, informalidade e simplificação do processo, amplitude de poder do magistrado, inclusive para antecipação da tutela em casos emergenciais.

A celeridade processual foi sem dúvida o maior êxito dos Juizados Especiais em face da morosidade à Justiça Comum ao amplo acesso à Justiça.

6.2 Eventuais vícios dos Juizados Especiais

Os Juizados Especiais Cíveis, como órgãos especiais da Justiça, ensejam maiores preocupações de meios, materiais e humanos de realização de justiça, para que possam efetivamente servir como resgate à cidadania, descentralizando e tornando cada vez mais ágil a administração da Justiça.

Nesse trilhar, a Lei 9.099/95 assume alguns riscos por não se tratar de simples norma procedimental, mas de norma que procura resolver, com celeridade, os litígios de menor complexidade. A situação atual dos Juizados Especiais Cíveis é superar desafios decorrentes do crescimento da demanda.

Além do resultado obtido através de pesquisa doutrinária, cabe registrar que os Juizados Especiais Cíveis das Circunscrições Judiciárias do Distrito Federal refletem a realidade em relação à amplitude do órgão perante a população.

É bem verdade que o bom funcionamento dos Juizados dependerá da integração do juiz e dos funcionários, objetivando sempre a conciliação para ga-

rantir a rapidez da prestação jurisdicional. Porém, é importante lembrar que embora a estrutura seja fundamental, nem sempre possibilita o atendimento de toda a demanda de determinada região.

No caso da experiência acima referida, as conciliações eram marcadas para período superior a dois meses após a distribuição da ação. E, na maioria das circunstâncias, se não fosse realizado acordo na audiência de conciliação, a audiência de instrução e julgamento era designada para aproximadamente dois meses depois. Ou seja, na situação em que se encontra o microsistema especial, ficam altamente afetados alguns de seus princípios fundamentais como o da oralidade e da celeridade.

Em linhas gerais, alguns vícios que dificultam a prestação jurisdicional pelos Juizados Especiais Cíveis são:

- a) morosidade: fatores que contribuem para impedir ou dificultar a entrega da prestação jurisdicional em tempo considerado capaz à satisfação do direito do cidadão, ou seja, para propiciar agilidade processual e eficácia à decisão julgadora;
- b) ausência de recursos financeiros próprios dos tribunais ligados aos Juizados Especiais;
- c) omissão de infraestrutura: refere-se ao desaparelhamento do Judiciário, entendido como insuficiência de máquinas, equipamentos, serviços de informática ou instalações físicas adequadas ao seu bom funcionamento;
- d) desajustamento de leis e institutos jurídicos, o que significa a inexistência ou mesmo uso irregular da legislação atual, em nível constitucional e infraconstitucional, implicando prejuízo no funcionamento da Justiça (como por exemplo a morosidade processual e o prejuízo das partes), ou seja, o descompasso das normas vigentes com a necessidade de objetividade jurídica da vida moderna;
- e) descaso de alguns Tribunais Estaduais, que ainda estão priorizando a Justiça comum em degradação da Especial;
- f) insuficiência de expediente humano: deficiência qualitativa e/ou quantitativa de recursos humanos em relação a servidores, magistrados e conciliadores.

Enfim, os vícios degradam o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis, colocando em risco a aplicação dos princípios fundamentais da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, regidos pela Lei 9.099/95.

7. Conclusão

O crescimento tecnológico, na atual sociedade, é diuturnamente verificado. Não cabe à população enfrentar um Judiciário abarrotado de formalidades que prejudicam o resultado célere da prestação jurisdicional. A tendência de substituição do formalismo técnico do processo pela incessante busca do “justo” nas relações jurídicas e sociais apontou para a comunidade jurídica o verdadeiro comprometimento com os ideais de democracia, liberdade e cidadania.

Os princípios dos Juizados Especiais são de suma importância, pois fornecem ao juiz meios legítimos para romper o formalismo processual, desburocratizando-o, agilizando-o e compreendendo-o de forma comportamental, ou seja, no sentido de que as decisões sejam tomadas observando suas conseqüências e efeitos práticos, visando harmonizar os valores da sociedade. Sempre com a preocupação de aplicar os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, toda vez que surgir obscuridade nas decisões.

É notório que a observância a esses princípios não infringe os princípios constitucionais de todo processo comum. Como diz a ilustre magistrada Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto:

Os princípios que balizam os Juizados Especiais Cíveis se coadunam com princípios cristãos no sentido da concretização de uma Justiça distributiva que melhor atenda a todas as parcelas da sociedade, com respeito à dignidade da pessoa humana.

Sem dúvida, a Lei 9.099/95 teve como objetivo viabilizar o maior acesso à Justiça, na preocupação de oferecer soluções práticas aos conflitos sociais de sua competência. Devido às constantes crises de morosidade na prestação jurisdicional, a implantação do processo simplificado dos Juizados Especiais proporcionou maior credibilidade da população à Justiça célere.

A partir do trabalho realizado, verificou-se que o aumento da credibilidade dos jurisdicionados ao Judiciário que ocasionou aumento significativo da demanda, com evidente crescimento na quantidade de processos, e conseqüente necessidade de aperfeiçoamento do microsistema com o necessário aumento de recursos humanos, quer quanto aos Juízes, quer quanto aos conciliadores e servidores bem como de recursos materiais, relacionados à infraestrutura do espaço físico, meios de atuação informatizada etc.

Enfim, o Judiciário precisa atender todas as necessidades do funcionamento dos Juizados Especiais para manter a satisfação dos jurisdicionados, em obediência aos princípios que permitem o procedimento célere do Órgão do Judiciário, caso contrário, haverá mais um sistema cheio de vícios, incapaz de conter a morosidade da Justiça.

Notas

¹ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados Especiais Cíveis*; 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.4

² FRIGINI, Ronaldo. *Comentários à Lei de Pequenas Causas*. São Paulo: Livraria e Editora de Direito, 1995. p.40.

³ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 43.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

⁵ *Ibidem*. p. 61

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Claudio De Cicco; apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª ed. Brasília: Ed. UnB. 1999. p. 158 e 159.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Elementos de direito administrativo*, 1986. p. 230

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. Brasília, Martins Fontes/Ed. Universidade de Brasília, 1990, p. 116.

⁹ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 99.

¹⁰ RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo: visão crítica*. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2000. p. 18.

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. OLIVEIRA, Hiltomar Martins. 1ª ed. São Paulo. Classic Book. 2000. p. 92.

¹² NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 124-125. Fundamenta sua posição em, MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro, 1965, v.2, nº 563, p. 422-424.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequilibradas proibidas e permitidas. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1, p. 79.

¹⁴ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 56.

- ¹⁵ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 96.
- ¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 33.
- ¹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. op.cit. p.35.
- ¹⁸ REINALDO FILHO, Ramos Demócrito. *Juizados Especiais cíveis: comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.15.
- ¹⁹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2ª ed. São Paulo. 1997. p. 65.
- ²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 64.
- ²¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. op.cit. p.36.
- ²² PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *Efetividade dos Juizados Especiais na concretização dos direitos de cidadania*. Recife, 2002. p. 83
- ²³ FUX, Luiz. op. cit. p. 26
- ²⁴ CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24
- ²⁵ REINALDO FILHO, Ramos Demócrito. op. cit. p.15.
- ²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 295.
- ²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 32.

Referências

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Juizados especiais cíveis estaduais: Lei 9.099, de 26.09.1995* J. E. Carreira Alvim. Imprenta Curitiba: Juruá, 2003.
- ASSIS, Arnaldo Camanho de *Juizados especiais cíveis: a exata compreensão de seus princípios fundamentais*. Rio de Janeiro. Forense. 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequilibradas proibidas e permitidas. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1, p. 79.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

- BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Claudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª ed. Brasília: Ed. UnB. 1999.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. OLIVEIRA, Hiltomar Martins de Oliveira. 2ª ed. São Paulo. Lemos & Cruz. 2004.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria Prática dos Juizados Especiais Cíveis*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DEMÔNICO, Sandra R. Fiuza. *Juizados Especiais Cíveis na visão de uma conciliadora*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FRIGINI, Ronaldo. *Comentários à Lei de Pequenas Causas*. São Paulo: Livraria e Editora de Direito, 1995.
- FUX, Luiz. *Manual dos Juizados Especiais*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- JUNIOR, Joel Dias Figueira. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 61.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. Brasília, Martins Fontes/Ed. Universidade de Brasília, 1990.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1ª ed. Atualizada. Campinas: Millennium, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Elementos de direito administrativo*, 1986. p. 230
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*: 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996.
- PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *Efetividade dos Juizados Especiais na concretização dos Direitos de cidadania*. Recife: 2002.

- REINALDO FILHO, Ramos Demócrito. *Juizados Especiais Cíveis: comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.
- SILVA, Luis Praxedes Vieira da. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. Campinas: Millennium, 2002.

Resumo

O presente trabalho trata da importância da aplicação dos princípios dos Juizados Especiais para manter eficaz o funcionamento do órgão destinado à resolução dos pequenos litígios, assim como o amplo acesso à Justiça. A Lei 9.099/95 é responsável pelo sistema que simplificou o procedimento jurisdicional, criando os Juizados Especiais, Cíveis e Criminais. A partir do funcionamento desse órgão do Judiciário, os pequenos litígios da população passaram a ter soluções céleres, devolvendo a credibilidade dos cidadãos à Justiça. A Lei dos Juizados Especiais, no caso, Cíveis, reformulou a nossa cultura jurídica, permitindo a todas as classes sociais o acesso ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: Aplicação dos princípios – Juizado Especial Cível – Eficácia jurídica - Acesso à Justiça.

Abstract

This article is about the importance of implementing the principles of Special Courts to keep it effective in its duty to resolve minor disputes, and to enable broad access to justice. Law 9099/95 is responsible for the system that simplified the judicial process, creating the Civil and Criminal Special Courts. Since the functioning of these Judiciary Courts, the small claims of the population now have faster solutions, recovering citizen's credibility to justice. The Law of Civil Special Courts rebuilt our legal culture, allowing all classes to access the Judiciary.

Key-words: Application of principles – Civil Special Court – Juridical effectiveness – Access to Justice.

Luciana Matos

Advogada, pós-graduada em Direito Público. Membro da Comissão de Assuntos Tributários e Reforma Tributária da OAB/DF.

A importância da participação da sociedade civil organizada no processo legislativo

O Processo Legislativo é complexo e a participação social ainda é muito mistificada pelo estigma do “lobby”. No entanto, é preciso entender que a manifestação da sociedade civil organizada e transparente pode, e muito, contribuir para a elaboração de leis cada vez mais justas e respeitadas pela sociedade.

A sociedade brasileira tem percebido gradativamente a importância da reivindicação de seus direitos. Mas como surge o Direito? Qual é o direito que se reivindica?

Nos períodos eleitorais, a mídia sempre ressalta a importância de o eleitor escolher bem o seu candidato e, posteriormente, acompanhar as suas atividades parlamentares. Mas qual é a finalidade desse acompanhamento e como o eleitor pode buscar essa interação com seus representantes no parlamento?

Os questionamentos apresentados servem apenas para nortear a riqueza de detalhes subjetivos que envolvem a elaboração normativa.

Os parlamentares são eleitos pelo povo. A função principal do Poder Legislativo é legislar, criar leis, ordenamentos jurídicos que regulam a vida em sociedade.

A atividade parlamentar é complexa, desde a tramitação das diferentes proposições (propostas de emendas constitucionais, projetos de lei etc.) como também em âmbito temático, pois na atividade exercida pelos 513 Deputados e 81 Senadores das Casas Legislativas Federais está o Poder de ditar as regras da sociedade brasileira sobre os mais variados assuntos.

Não se pode esquecer que na sociedade estão presentes os mais diversos grupos com multiplicidades de conflitos e interesses. Nesse contexto é importante que a sociedade civil organizada participe com a sua posição acerca dos projetos de lei (emendas constitucionais, consolidação de leis etc.) em andamento.

Os parlamentares possuem diversas prerrogativas que garantem o exercício de suas atividades com certa independência. Até mesmo a questão do mandato eletivo com tempo definido, já pressupõe certa tranquilidade para que o parlamentar administre as situações de pressão típicas de quem está no poder.

A atividade parlamentar é exercida de forma que permite ao cidadão ter acesso à sua tramitação, acompanhar sugestões de outros parlamentares por meio de emendas propostas e, até mesmo, em alguns casos, participar diretamente da atividade legislativa.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em seu art. 32, XII, apresenta dentre as Comissões Permanentes, a Comissão de Legislação Participativa, com descrição do campo temático ou área de atividade conforme a seguir:

Art. 32. (...)

XII – Comissão de Legislação Participativa:

a) sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos;

b) pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea a deste inciso;”

A participação do corpo social tem ocorrido de forma gradativa e aos poucos se têm percebido que a sociedade civil organizada pode contribuir de forma positiva no processo legislativo.

A Constituição Federal é encantadora, não só pelos ideais humanitários, sociais e, até mesmo, futuristas, mas também é inovadora ao dispor sobre a possibilidade de organização social, dando-lhe, inclusive, oportunidade de participação em debates nas Casas legislativas.

De acordo com o Art. 58, *caput* e §2º, II, da Carta Magna:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

(...)

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

(...)

II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; (...)

As diversas audiências públicas que as Comissões temáticas realizam sobre os mais variados temas permitem o amadurecimento de discussões de temas polêmicos antes de se chegar à redação final.

De acordo com notícia do *site* da Câmara dos Deputados:

Especial - 23/12/2008 12h46

Comissões realizaram 363 audiências públicas em 2008

As 52 comissões da Câmara realizaram ao longo deste ano 363 audiências públicas, 772 reuniões deliberativas e 49 seminários, que reuniram 2.505 convidados e convocados, entre especialistas e representantes de entidades da sociedade civil e do governo. Atualmente, a Câmara conta com 20 comissões permanentes. Neste ano, funcionaram ainda 29 comissões especiais e 3 de inquérito.(...)

O exercício da democracia não deve ocorrer de forma desorganizada, sem rumo, cada um fazendo o que quer, mas se devem buscar entendimentos comuns importantes para determinados segmentos da sociedade visando adequar os ideais que atendam aos interesses específicos, mas sem esquecer o interesse coletivo.

Exemplos de temas polêmicos e a participação social

Violência doméstica

A Lei Maria da Penha aborda a violência doméstica, especialmente contra a mulher. Durante a tramitação do projeto de lei pôde-se verificar a presença de manifestações de grupos de defesa de direitos da mulher. O projeto inicial foi encaminhado pelo Poder Executivo (PL 4559/2004) e, ao longo de sua tramitação, foram realizadas audiências públicas e seminário promovendo o debate de diversos segmentos da sociedade. Aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o projeto de lei foi transformado na Lei n.º 11.340/2006.

Aborto

Outro exemplo importante e que ainda não há consenso, trata-se da questão da legalização do aborto (PL 1135/1991 - que descriminaliza o aborto provocado pela própria gestante ou com seu consentimento – e outros projetos que tratam do tema).

A sociedade civil organizada manifesta posicionamentos a favor e contrários à propositura legislativa que rege a questão. De acordo com informação divulgada

no *site* da Câmara dos Deputados, até o Presidente da República, de posicionamento pessoal contrário à prática, incentiva o debate do tema:

Tempo real – 15/12/2008 17h35

Lula defende importância de debates sobre o aborto

O presidente Luiz Ignácio Lula da Silva defendeu há pouco, na abertura da 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos, o debate sobre o aborto no Brasil. “Uma das coisas mais ofensivas é o preconceito, o medo de não discutir determinados temas que acabam virando tabu, como o aborto. Não se trata de ser contra ou a favor, mas de discutir de forma franca, pois essa é uma questão de saúde pública”, disse.

Reforma tributária

Existem temas de muita complexidade que envolvem não só a sociedade civil, mas também os interesses dos entes federados. É o exemplo do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n.º 31/2007 que trata da Reforma Tributária.

Desde a década de 40 têm-se buscado fazer mudanças de grande magnitude sobre a atividade tributária, mas são tantos os interessados que influenciam nesse tema que as reformas tributárias até agora idealizadas nas proposições legislativas não conseguem prosseguir.

Na discussão da PEC 31/2007, constata-se a forte participação social, manifestando interesses diversos representando segmentos da sociedade. Observa-se a presença de representantes dos entes federados, setores produtivos, ambientalistas, tributaristas, aposentados.

De acordo com informações no *site* da Câmara dos Deputados, a Comissão Especial da Reforma Tributária, instalada em 23/04/08, recebeu 485 emendas ao texto da PEC 31/07 e teve seu parecer votado em 20/11/2008. A tramitação ainda não foi concluída na Câmara dos Deputados.

A Comissão Especial da Reforma Tributária realizou audiências públicas com a participação de Secretários de Fazenda dos Estados, representantes do Ministério da Fazenda, da Confederação Nacional da Indústria, da Ordem dos Advogados do Brasil, de consultores tributaristas de renome nacional, da Central Única dos Trabalhadores, da Fundação Getúlio Vargas e do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, entre outros representantes.

Cadastro positivo

Outra situação atual trata-se do Projeto de Lei n.º 836/2003, que trata de formação de um Cadastro Positivo, que já é alvo de manifestações contrárias de entidades ligadas à defesa do consumidor.

Pagamento de precatórios

O Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 12/2006, tramitando na Câmara dos Deputados sob o nº 351/2009, trata de novas regras para pagamento de precatórios. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) realizou recentemente manifestação contra a PEC 12/2006, apoiada por diversas entidades, como a AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil), a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), conselhos profissionais, sindicatos e outras. Na oportunidade foi entregue uma Carta ao Presidente da Câmara dos Deputados que, dentre diversos argumentos acerca do tema, solicita a constituição de Comissão Especial e realização de audiências públicas com a participação de entidades representativas da sociedade.

O importante é o debate, a ampla discussão, para que se avaliem os pontos positivos e negativos de cada questão e se possam prever as consequências das novas medidas legais.

Há entidades que já possuem estrutura organizada voltada para o acompanhamento do processo legislativo. Talvez uma das maiores referências em acompanhamento parlamentar, pela sua organização e fundamentação técnica, seja a Confederação Nacional da Indústria – a CNI.

A Confederação Nacional da Indústria possui em seu *site* informações sobre a Agenda Legislativa que é definida com a participação de suas diversas associadas, representando os mais diversos segmentos industriais e produtivos do País, que possuem interesses convergentes entre si e encontram na Confederação maior expressão para reivindicá-los.

A sociedade organizada por meio de associações possui força constitucional:

Art. 5.º

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; (...)

Não se pode esquecer que uma proposição legislativa, se aprovada, vai repercutir diretamente na sociedade e, quanto mais o tema for objeto de discussão, maior a oportunidade de se evitarem as chamadas lacunas na lei.

Segundo José Afonso da Silva, citando Suarez:

A lei, como direito legislado, é a concretização da conduta do Poder Legislativo, do mesmo modo que a sentença judicial é a concretização da conduta do Poder Judiciário num caso concreto.¹

A aproximação da sociedade civil com as atividades parlamentares não deve ser alvo de pré-julgamentos depreciativos; pelo contrário, permite que sejam editados instrumentos legais cada vez mais precisos e bem elaborados, que alcancem seus reais objetivos. Ouvir a sociedade legítima o parlamentar como verdadeiro representante do povo na Casa Legislativa.

Independentemente da sua decisão em apoiar, ou não, determinado projeto de interesse de determinado segmento da sociedade, a possibilidade de discussão e debate já torna a atividade parlamentar mais abrangente e democrática.

Leis bem claras e que tenham sido alvo de debates podem ser ponto a favor da redução dos processos judiciais acerca das dúvidas e divergências de interpretação.

A lei, que em dado momento representa a ideia de valor que a sociedade incumbe determinada conduta (ou situação), pode refletir apenas um momento da sociedade, mas também pode ser um marco para mudanças significativas.

Defender um ponto de vista, mostrar os impactos positivos ou negativos de um projeto de lei para determinado segmento da sociedade, não pode ser encarado como situação feita às escondidas, mesmo por que, conforme já apresentado, as entidades representativas da sociedade (associações etc) possuem legitimidade constitucional para atuar na coletividade congregando e defendendo interesses de seus grupos.

Mesclado ao tema de apresentação de argumentos acerca de projetos de lei, não se pode deixar de mencionar a palavra *lobby*.

Durante muitos anos, a palavra *lobby*, no Brasil, esteve atrelada a imagem pejorativa de interação parlamentar, talvez por inúmeras situações apresentadas pela imprensa envolvendo a terminologia associando-a a situações de corrupção, falta de ética.

É preciso reconhecer a possibilidade da realização do *lobby* de forma transparente e ética. Ter a oportunidade de mostrar pontos de vista, suas opiniões, é uma dádiva e, para ser mantido esse ambiente democrático, é preciso haver respeito à pluralidade de opiniões. Nas palavras de José Afonso da Silva:²

É, o lobby, uma instituição americana; compõe-no o conjunto daqueles indivíduos que, a serviço de grupos de pressão, ficam nos corredores do Congresso, a fim de convencer os legisladores a adotarem determinado projeto de lei que interessa ao grupo que representam ou a cujo serviço se encontram. Essa instituição, intermediária entre grupos de pressão e Congresso, é oficialmente reconhecida nos EUA, através de uma lei de 1946, que, sob certos aspectos, lhe regulamenta a atividade. Por incrível que possa parecer, o lobby é tido como um órgão útil a um governo democrático, um meio normal de levar ao Congresso as diversas correntes políticas e econômicas que agitam a nação.

Em 2008, a Controladoria-Geral da União realizou o “Seminário internacional sobre intermediação de interesses: a regulamentação do lobby no Brasil”, no qual se travou grande debate acerca do tema e também apontando diversos pontos positivos da atividade para o fortalecimento das relações democráticas. No seminário foram discutidos os projetos de lei que visam a regulamentar a profissão com a finalidade de dar transparência às ações dos “lobistas”.

De acordo com o jornal “Caderno Brasília – Hoje em dia” de 07 a 13/12/2008, “o Brasil pode ter primeira lei sobre lobby em 2009. Seis projetos foram

engavetados em 20 anos.” Até o tema acerca do *lobby* tem seus *lobbies*. Pontos a favor, pontos contrários.

O que mais importa para a sociedade é saber que somos formadores dos nossos destinos. Que forma organizada de apresentação de pontos de vista e, até mesmo, de determinados interesses, pautados na ética, nos fazem participantes de uma democracia de fato, e não uma democracia somente exercida nas urnas, mas no “pós-urnas”. A participação ativa da sociedade civil organizada, sem medos e preconceitos, é o caminho para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Notas

¹ SUÁREZ, Francisco, *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, p. 29, *apud* SILVA, José Afonso da. In: *Processo Constitucional de Formação das Leis*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 19.

² TUNC, André, *Le Droit des États-Unis*. Paris: Dalloz, 1955, p. 168 *apud* SILVA, José Afonso da. In: *Processo Constitucional de Formação das Leis*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 184.

Referências

SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros.

Sites Consultados:

www.camara.gov.br

www.planalto.gov.br

www.senado.gov.br

www.oabdf.org.br

www.oab.org.br

Resumo

A participação da sociedade civil organizada no Processo Legislativo deve ser considerada como forma positiva de manifestação da democracia. Os posicionamentos apresentados pelos diversos segmentos da sociedade aos representantes do povo permitem que o resultado do processo de elaboração normativa esteja cada vez mais próximo da realidade que se deseja normatizar.

Palavras-chaves: Sociedade Civil Organizada – Democracia - Processo Legislativo – Lobby.

Abstract

The participation of civil society in the legislative process should be considered as a positive manifestation of democracy. The positions presented by different segments of society to representatives of the people allow that the outcome of the process of developing regulations be increasingly close to reality that you want to standardize.

Key-words: Civil Society – Democracy – Legislative Process – Lobby

Walter Eduardo Maranhão Bressan
*Advogado. Especialista em Direito Penal.
Professor da UPIS. Coordenador do NPJ/
UPIS de Samambaia-DF.*

***A admissibilidade de
gestão da prova por juiz
imparcial no sistema
processual penal
acusatório e o artigo 156,
inciso I, do Código de
Processo Penal, em face
da Constituição Federal***

1. Introdução

O presente trabalho tem como tema a análise das disposições doutrinárias modernas sobre possibilidade de gestão da prova¹ por um julgador imparcial, sob a perspectiva do sistema acusatório,² bem como da constitucionalidade ou não do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal.

A necessidade de profunda alteração da legislação processual penal pátria era patente, eis que o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, mais conhecido como Código de Processo Penal, embora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, permanecia com procedimentos antigos e ultrapassados, reflexos da sua fonte de inspiração, qual seja a legislação processual penal italiana de 1930 e sua base fascista, conforme ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo projeto, Ministro Francisco Campos, conforme se observa em sua Exposição de motivos. (OLIVEIRA, 2008, p. 5)

Assim, o Código de Processo Penal foi submetido a grande número de alterações, mais precisamente no ano de 2008, quando foram sancionadas três normas, dentre as quais a Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou os dispositivos relativos à prova.

Sobre as alterações introduzidas pelo mencionado diploma legal, uma em especial tem sido objeto de discussão doutrinária: o acréscimo do inciso I ao artigo 156 do Código de Processo Penal e a possibilidade de que tal dispositivo constitua uma violação ao sistema processual penal acusatório estabelecido no ordenamento jurídico pátrio.

A discussão doutrinária sobre a temática é de grande relevância, vez que alicerçada na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais em consonância com as regras e princípios estabelecidos na Magna Carta, norteadores dos demais postulados.

Nesse diapasão, a partir de análise da recente, porém diversificada, produção doutrinária sobre o tema, o intuito deste trabalho não é de elucidar todos os questionamentos advindos da pesquisa realizada, mas apenas verificar qual posicionamento doutrinário se amolda mais ao sistema processual consagrado pela Constituição Federal de 1988.

2. A modificação do artigo 156, do Código de Processo Penal

O antigo artigo 156 do Código de Processo Penal fazia referência ao ônus da prova no processo penal e permitia ao juiz determinar de ofício a realização de diligências para sanar dúvida relativa a ponto relevante. O mencionado dispositivo continha a seguinte redação:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, CPP, 1941)

Importante ressaltar que o dispositivo acima transcrito também foi objeto de análise por parte da doutrina, no que concerne ao sistema acusatório e à prova produzida por determinação judicial, pois a segunda parte do artigo possibilitava ao juiz determinar diligências. Ao comentar o referido artigo, Fernando Capez tecia os seguintes comentários:

Note-se, contudo, que, em razão de nosso Código de Processo Penal adotar o sistema acusatório, e não inquisitivo, tal faculdade de produção de provas pelo magistrado é supletiva, devendo, pois, ser comedida, nesse sentido, sua atuação. Somente em casos excepcionais, quando a dúvida persistir no

espírito do magistrado, é que este poderá dirimi-la, determinando as diligências nesse sentido. Essa pesquisa probatória a ser efetivada pelo juiz deve restringir-se a uma área de atuação por ele delimitada, com o fito de evitar a quebra da imparcialidade. (CAPEZ, 2008, p. 317)

O ilustre doutrinador Fernando Capez não fazia objeção ao texto legal, mas apenas ressalvava que o juiz deveria agir com moderação. Corroborando com o entendimento alinhavado, o autor Julio Fabbrini Mirabete analisava a possibilidade de produção de prova pelo juiz sob perspectiva mais positiva:

Embora o juiz não deva assumir o papel da parte acusadora ou da defesa, permite a lei que, em casos de dúvida, procure esclarecê-la determinando a realização de diligências. Essa possibilidade de o juiz, de ofício, perquirir sobre a verdade reduz consideravelmente o campo das incertezas no processo penal e facilita a busca da verdade real. O processo penal, ao contrário do civil, não transige com essa busca da verdade real. O juiz pode assim determinar, à revelia das partes, a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução. Trata-se, porém, de atividade meramente supletiva do juiz, não tendo ele o dever de determinar tal ou qual diligência. (MIRABETE, 2007, p. 259)

Conforme se afere das palavras de Mirabete, a possibilidade de o magistrado determinar a produção de provas como atividade supletiva era tida como fundamental na busca da verdade real,³ embora fosse rechaçada a possibilidade de tal atributo ser exercido como atividade primária.

Entretanto, no dia 10 de agosto de 2008 entrou em vigor a Lei nº 11.690/08, que modificou de forma substancial o artigo 156, do Código de Processo Penal, acrescentando dois incisos ao dispositivo legal, que passou a conter a seguinte redação:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Não obstante a alteração textual, a cabeça do artigo e o inciso II nada mais são do que a reprodução do antigo artigo, mas a significativa modificação está contida no inciso I, que ampliou a possibilidade de atuação do juiz ao permitir a determinação de produção antecipada das provas urgentes e relevantes, de ofício, anterior à ação penal.

3. A imparcialidade do magistrado como pressuposto do sistema acusatório e a iniciativa probatória

Sempre que a atuação do magistrado no processo penal for objeto de estudo, a compreensão do chamado princípio da imparcialidade do juiz se faz necessária para entender o funcionamento da jurisdição⁴ e os limites impostos às partes que integram a relação processual.

O ilustre doutrinador Paulo Rangel define com propriedade o papel do juiz imparcial, vez que adota a imparcialidade como característica do exercício da jurisdição, ao invés de trazê-la como princípio metodológico a mais. Em sua obra “Direito Processual Penal”, Paulo Rangel inicia o estudo da imparcialidade do juiz com o seguinte raciocínio:

É cediço que, na relação jurídico-processual penal, são três os sujeitos processuais: juiz, acusador (Ministério Público ou o ofendido) e réu (sujeito ativo do fato, em tese, definido como infração penal). Porém, na medida em que o Estado-juiz chamou para si a tarefa de administrar a justiça, proibindo o exercício arbitrário das próprias razões (cf. art. 345 do CP), exige-se do órgão julgador um desinteresse por ambas as partes. Ou seja, deve o Estado-juiz interessar-se apenas pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair de sua posição supra partes. (RANGEL, 2009, p. 19)

Nesse sentido, o doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho assevera que, a partir do momento em que o Estado se torna o responsável por dar a cada cidadão o que lhe pertence, inconcebível é a figura de um julgador parcial e, portanto, incapaz de cumprir tal missão. Para Tourinho Filho não há imparcialidade sem independência, vez que o juiz apenas será efetivamente imparcial se estiver livre de coações. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 18)

Após uma rápida compreensão do que caracteriza a imparcialidade do juiz, resta evidenciado que um juiz imparcial é pressuposto de um sistema penal

acusatório, que tem como características a distinção entre acusador e julgador, bem como a iniciativa probatória exclusiva das partes (acusador e réu), em conformidade com as explicações de Aury Lopes Jr. (LOPES JR., 2008, p. 58-59)

Destarte, demonstrado que a imparcialidade do magistrado é característica do sistema acusatório, impende demonstrar se o sistema acusatório é realmente o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, indispensável é a realização de breve análise sobre as diferenças entre os sistemas.

Conforme explicitado na nota de rodapé constante na introdução deste trabalho, a principal diferença entre o sistema processual acusatório e o sistema processual inquisitório é que neste não há separação entre as atribuições de acusar e julgar, que são concentradas no mesmo órgão, enquanto naquele existe um órgão responsável pela acusação e outro responsável pelo julgamento.

Entretanto, diferenciar o sistema acusatório do sistema inquisitório é tarefa simples, eis que se tratam de sistemas antagônicos. O problema se inicia quando se admite a possibilidade de existência de conjunto misto de regras, que possui elementos tanto do sistema inquisitivo como do sistema acusatório. A esse respeito, segue a definição trazida por Guilherme de Souza Nucci:

Surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas. (NUCCI, 2008, p. 116-117)

Ainda em conformidade com os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci e outros doutrinadores, o sistema adotado pelo Brasil é o misto, vez que o sistema processual brasileiro deve ser visto sob perspectiva constitucional e outra perspectiva processual, sendo esta norteada por diversos princípios inquisitivos e aquela baseada nos princípios que regem o sistema acusatório. Para Nucci os dois sistemas se fundem. (NUCCI, 2008, p. 117)

Por outro lado, a doutrina majoritária ressalta que o sistema adotado pelo ordenamento pátrio é o acusatório, consagrado pela Constituição Federal de 1988,

posterior ao Código de Processo Penal e hierarquicamente superior, razão pela qual os dispositivos infraconstitucionais devem ser interpretados em conformidade com o vértice do ordenamento.

Esse segundo entendimento coaduna com o que pensa Aury Lopes Jr., que justifica seu posicionamento ao citar os princípios do sistema acusatório elencados na Magna Carta, como por exemplo os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), e a titularidade exclusiva da ação penal pública como atribuição do Ministério Público (artigo 129, I, da Constituição Federal).⁵ (LOPES JR., 2008, p. 176)

Uma terceira corrente também merece breves considerações, eis que para parte da doutrina, incluindo Paulo Rangel, o sistema pátrio é o acusatório, mas não sistema acusatório puro em sua essência, pois o inquérito policial que integrará os autos da ação penal é regido por princípios inquisitivos. Ademais, ressalta Paulo Rangel que a prerrogativa do juiz de determinar a produção de provas, supletivamente, estaria “ligada ao princípio da verdade real e não ao sistema acusatório.” (RANGEL, 2009, p. 53-54)

Em sentido contrário, Aury Lopes Jr. defende de forma veemente a adequação de todos os dispositivos infraconstitucionais aos ditames da Constituição Federal, ressaltando o seguinte:

O problema situa-se, agora, em verificar a falta de conformidade entre a sistemática prevista no Código de Processo Penal de 1941 e aquela da Constituição, levando a que afirmaremos, desde já, que todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados. (LOPES JR., 2008, p. 176)

Aprofundando ainda mais o tema, Aury Lopes Jr., ao tecer considerações sobre o artigo 156, do Código de Processo Penal, adota posicionamento claro, contrário ao defendido por Paulo Rangel, na medida em que o sistema acusatório delineado na Constituição Federal pressupõe a existência de um juiz espectador. *Verbis:*

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento ou, ao menos, objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminada está a principal garantia da

jurisdição: a imparcialidade do julgador. O sistema acusatório exige um juiz espectador, e não um juiz ator (típico do modelo inquisitório). (LOPES JR., 2008, p. 177)

Aury Lopes Jr. conclui seu raciocínio ao afirmar de forma categórica que “se a gestão da prova está nas mãos do juiz, como ocorre no nosso sistema, à luz do art. 156 (entre outros), estamos diante de um sistema inquisitório (juiz ator).” (LOPES JR., 2008, p. 177)

Ainda sobre o artigo 156, do Código de Processo Penal, o doutrinador Fauzi Hassan Choukr aprofunda a discussão ao salientar que “o texto sugerido mantém o juiz num papel ativo da produção probatória e trabalha com a mesma categoria de verdade real (em contraposição à verdade processual) existente no modelo inquisitivo.” Conforme assevera Fauzi Hassan Choukr, o legislador simplesmente não enfrentou o tema dos limites probatórios do magistrado em conformidade com a premissa acusatória. (CHOUKR, 2009, p. 312)

Assim, o que se percebe de forma latente é a divergência em relação à gestão da prova pelo juiz baseada em dois argumentos antagônicos: o primeiro de que o processo penal trata de situações mais complexas e que necessitam de maiores esclarecimentos, razão pela qual deve ser dado ao juiz o poder de determinar a realização das provas necessárias para se alcançar a verdade, e o segundo, que defende ser um erro atribuir mais poderes ao juiz e, conseqüentemente, desequilibrar a relação processual em favor de uma das partes, sob o argumento de que a verdade real deve ser alcançada.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é o fato de que o Ministério Público é muito bem estruturado, com perfeitas condições para exercer a acusação, ao contrário das defensorias, que ainda precisam de maior atenção do Estado, o que mesmo assim não justifica a atribuição de poderes investigativos ao magistrado. Sobre o tema, Aury Lopes Jr. faz a seguinte elucubração:

Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade incompleta das partes (preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não destruí-la, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz. O Estado já possui um serviço público de acusação (Ministério Público), devendo agora ocupar-se de criar e manter um serviço público de defesa, tão bem estruturado como o é o Ministério Público. É um dever correlato do Estado para assim assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade. (LOPES JR 2008, p. 59)

Portanto, analisados os postulados dos três sistemas processuais penais, admitindo que o sistema adotado pelo Brasil foi o acusatório, parece difícil conceber a figura de um juiz imparcial e, ao mesmo tempo, responsável pela gestão da prova, ainda que de forma supletiva.⁶

4. A análise do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal à luz dos ditames constitucionais

Conforme explicitado nos capítulos anteriores, o Código de Processo Penal possui alguns dispositivos que permitem ao juiz agir de ofício para determinar a produção de determinadas provas, sob o manto do princípio da busca da verdade real. Nesse particular, Eugênio Pacelli de Oliveira faz a seguinte explanação:

Também no campo da distribuição dos ônus da prova há uma ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao juiz, freqüentemente legitimada pelo decantado princípio da verdade real. Ora, além do fato de não existir nenhuma verdade judicial que não seja uma verdade processual, tal princípio, na realidade, na extensão que se lhe dá, pode ser – e muitas vezes ainda é – manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva àquele. (OLIVEIRA, 2008, p. 9)

Embora de forma comedida, Pacelli complementa o pensamento acima alinhavado ressaltando a necessidade de uma “leitura constitucional do processo penal” para sanar, ou ao menos diminuir, os inconvenientes identificados, respaldando o princípio do juiz natural e sua imparcialidade. Contudo, Pacelli fala apenas em limitação da iniciativa probatória do juiz. (OLIVEIRA, 2008, p. 9)

Conforme mencionado, Eugênio Pacelli de Oliveira demonstra certa preocupação com a interpretação dos dispositivos contidos no estatuto processual penal, sobretudo em respeito aos ditames constitucionais; mas como a maioria dos doutrinadores, faz uma interpretação mais flexível. Em outras palavras, para Pacelli, o magistrado pode determinar a produção de provas de forma suplementar, desde que haja limitações a esse poder.

Nesse contexto, necessário se faz trazer à baila o pensamento de Aury Lopes Jr., para quem a possibilidade de admissão da iniciativa probatória pelo juiz constitui

violação clara ao sistema acusatório previsto na Magna Carta, mesmo que seja atividade acessória, o que não pode ser concebido em nenhuma hipótese. Em suas exatas palavras “devem ser considerados substancialmente inconstitucionais todos os dispositivos do CPP, como os arts. 5º, 127, 156, 209, 234, 311, 383, 385 etc., que violem as regras do sistema acusatório constitucional.” (LOPES JR., 2008, p. 177)

O entendimento adotado por Aury Lopes Jr. encontra amparo no princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição. Ao discorrer sobre tal princípio, o célebre doutrinador português José Joaquim Gomes Canotilho faz a seguinte ponderação:

Este princípio é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a formulação básica para este princípio: no caso de normas polissémicas ou plurisignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. (CANOTILHO, 1991, p. 235)

Ainda conforme Canotilho, o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição comporta o denominado princípio da prevalência da constituição. Segundo Canotilho, “o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se a interpretação que não seja contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais.” (CANOTILHO, 1991, p. 235)

De todos os dispositivos citados por Aury Lopes Jr., o artigo 156 do Código de Processo Penal merece maiores considerações, em especial seu inciso I, vez que permite ao magistrado determinar a produção de provas antes mesmo de a ação penal ser iniciada. No que tange ao inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, Aury Lopes Jr. tece considerações mais veementes, vergastando o citado dispositivo:

A nova redação, além de incorrer no erro de manter a figura do juiz-ator, foi mais longe, permitindo no inciso I que o juiz “de ofício” ordene, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Pronto, consagraram o juiz-instrutor-inquisidor com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro a partir da prova que ele constrói e, depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão. (LOPES JR., 2008, p. 124)

Para Aury Lopes Jr., a atuação do magistrado na fase de investigação preliminar constitui violação ao princípio da imparcialidade do juiz (abordado no capítulo anterior), princípio esse consagrado no artigo 95, parágrafo único, da Constituição Federal. (LOPES JR., 2008, p. 125)

Eugênio Pacelli de Oliveira, embora mais conservador que Aury Lopes Jr., faz a seguinte consideração acerca do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal:

O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente.

O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (art. 395 e art. 396, CPP). No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. (OLIVEIRA, 2008, p. 288)

Ainda segundo Pacelli, “inconstitucional a mais não poder a nova regra do art. 156, I, CPP, e tal como ocorreu com o art. 3º da Lei 9.034/95 (organização criminosa), deverá ter a sua invalidade afirmada na Suprema Corte (ver ADIn 1.570, Rel. Min. Maurício Corrêa, em 12.4.2004).” (OLIVEIRA, 2008, p. 289)

Posicionamento similar é o extraído das lições do ilustre doutrinador Paulo Rangel, que ao analisar o mesmo dispositivo afirma que “em uma estrutura acusatória de processo penal não há espaço para o magistrado ter a gestão da prova, em especial antes de iniciada a ação penal, como autoriza o inciso I, em comentário.” (RANGEL, 2009, p. 460)

Arrematando seu ponto de vista, Paulo Rangel conclui que a reforma adotou o princípio inquisitivo, vez que coloca o magistrado “no centro da colheita da prova”, o que despreza o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, consoante o teor do artigo 129, I, da Magna Carta. Para Paulo

Rangel, “por tal razão, o inc. I do art. 156 é inconstitucional.” (RANGEL, 2009, p. 461)

Em resumo, para os autores que criticam o citado dispositivo infraconstitucional, a Constituição Federal consagra o sistema processual acusatório, bem como a figura do juiz imparcial. Nesse sentido, permitir ao juiz determinar a colheita de provas antes da ação penal e recriar a figura do juiz inquisidor configura clara violação ao sistema estatuído na Magna Carta.

5. Conclusão

Embora o tema abordado seja ainda recente, o que se percebe é a preocupação do operador do direito em adotar nova postura diante das reformas promovidas pelo legislador. Ao escolher interpretar as mudanças à luz dos princípios e normas constitucionais, a doutrina deixa de lado a presunção de validade da norma como algo isolado e passa a enxergar o dispositivo como apenas uma parte do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o posicionamento do ilustre doutrinador Aury Lopes Jr. parece se adequar melhor aos princípios e normas constitucionais, vez que calcado em bases mais sólidas. Conforme constatado, a Constituição Federal consagra o sistema processual acusatório, este alicerçado principalmente na gestão da prova pelas partes (acusador e réu) e na figura do juiz imparcial, espectador no que tange à produção de provas.

Noutro giro, não parece crível mitigar os postulados constitucionais sob o pretexto de que o processo penal tem como intuito o alcance da verdade real. Em outras palavras, parece incoerente admitir que o juiz possa buscar provas, quando do texto constitucional se extrai a clara preocupação que o constituinte teve com a limitação do poder estatal.

Sobre o artigo 156, I, do Código de Processo Penal, tal dispositivo constitui flagrante oposição aos preceitos constitucionais, mesmo para os doutrinadores que pensam ser possível o juiz conciliar as funções de julgador e investigador. A doutrina demonstra clara preocupação com a possibilidade de um juiz que persegue a prova antes da relação processual estar estabelecida.

O inciso I do artigo 156, ao contrário dos demais dispositivos que poderiam ter sido igualmente objeto de análise, reflete de forma clara a violação do sistema processual acusatório, ao permitir não apenas que o juiz investigue, mas que se utilize de um procedimento administrativo, como verdadeiro inquisidor.

O tema é de especial relevância, pois busca interpretar o teor dos dispositivos infraconstitucionais, adequando-os ao que estabelece o texto constitucional.

Nesse contexto, necessário se faz compreender a ordem constitucional e o elo que une o restante do ordenamento às premissas constitucionais, pois a simples alteração das normas infraconstitucionais, quando em desacordo com os alicerces do Estado Democrático de Direito, pode se tornar um grande engodo, inútil na prática.

Conforme mencionado, este trabalho não teve a pretensão de exaurir o tema, o que seria impossível ante as inúmeras vertentes tratadas e que poderiam ser objeto de uma análise mais profunda. Entretanto, fomentar a discussão para tentar encontrar um ponto de convergência entre as diversas vertentes doutrinárias simplifica o estudo das alterações legislativas, que ainda ensejam dúvidas no que concernem suas aplicações práticas, vez que necessariamente devem ser operacionais e eficazes.

Notas

¹ Conforme preceitua Guilherme de Souza Nucci, existem três significados para o termo prova. O primeiro significado, o que interessa para a compreensão do presente trabalho, decorre do ato de provar, em que prova significa, nas exatas palavras de Nucci, “o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo.” Ademais, o termo prova pode fazer referência ao meio (instrumento que tem como intuito demonstrar a verdade de algo), ou ainda, pode retratar o resultado da ação de provar (produto da análise dos meios de provas apresentados e que demonstram a veracidade dos fatos). (NUCCI, 2008, p. 388)

² O denominado sistema acusatório é calcado na separação das funções de acusar e julgar, que no sistema processual inquisitório eram exercidas por um único órgão ou pessoa. (OLIVEIRA, 2008, p. 8)

³ Segundo a doutrina, o princípio da verdade real consiste na busca da verdade fática. As provas devem ser o reflexo mais fidedigno dos acontecimentos relativos aos fatos em apuração. (BONFIM, 2009, p. 47-48)

⁴ Conforme ensina Guilherme de Souza Nucci, jurisdição “é o poder atribuído, constitucionalmente, ao Estado para aplicar a lei ao caso concreto, compondo litígios e resolvendo conflitos.” (NUCCI, 2008, p. 246)

⁵ Aury Lopes Jr. elenca como características atuais do sistema acusatório os seguintes aspectos: distinção entre as atividades de julgar e acusar; iniciativa probatória das partes; o juiz como terceiro imparcial (passivo no que se refere à coleta de provas); tratamento isonômico das partes; predileção pelo procedimento oral; procedimento público (sempre que possível); contraditório e possibilidade de defesa; sentença proferida em consonância com o livre convencimento motivado do julgador (ausência de tarifa probatória); respeito aos critérios de segurança jurídica (e social) e da coisa julgada, e acesso ao duplo grau de jurisdição e possibilidade de impugnação das decisões. (LOPES JR., 2008, p. 58)

⁶ Sobre esse ponto específico, Aury Lopes Jr. assevera que o sistema acusatório, imperativo do moderno processo penal, garante a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do magistrado que irá proferir a decisão, bem como o respeito para com a figura do acusado que deixa de ser tratado como objeto e passa a integrar de forma autêntica o pólo passivo do processo penal, além é claro de evitar abusos decorrentes da prepotência estatal, pois ao sentenciar o juiz pode olvidar-se dos princípios da justiça para fazer valer o resultado de sua investigação, baseada na premissa de que o suspeito foi tratado como condenado desde o início da fase investigativa. (LOPES JR., 2008, p. 59)

Referências

- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2009.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.1941. Código de Processo Penal. Publicado no Diário Oficial da União de 13.10.1941. Disponível em:<<http://presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2009.
- BRASIL, Lei nº 11.690, de 09.06.2008. Publicada no Diário Oficial da União de 10.06.2008. Disponível em:<<http://presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Resumo

Este trabalho consiste na análise da gestão da prova pelo juiz em face do princípio da imparcialidade, pressuposto do sistema processual penal acusatório, vez que suas características estão esculpidas no texto constitucional. Por fim, compreendido o ponto que alicerça a pesquisa, o artigo 156, I, do Código de Processo Penal, objeto de recente alteração pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, é confrontado com os princípios e normas constitucionais mencionados, com o intuito de se aferir a constitucionalidade ou não do dispositivo citado.

Palavras-chave: Gestão da prova – Juiz imparcial – Sistema processual acusatório.

Abstract

This work promotes the management review of the evidence by the judge due to the principle of impartiality, which founded the accusatory system of criminal procedure, since its assumptions are provided in the constitutional text. Finally, the article 156, I, of the Code of Criminal Procedure was the subject of recent amendment by Law 11,690 of 09 June 2008, and it is faced with the constitutional principles and rules mentioned, in order to ascertain whether or not the constitutionality of the article above.

Key-words: Management of the evidence – Impartial judge – Accusatory system of criminal procedure.

1. Apresentação do caso trazido a julgamento no HC 73.662-9 e breve consideração sobre o percurso de abordagem

O ensaio titulado “*Nos nossos dias não há crianças, mas moças de onze anos: apresentação do voto paradigma no HC 73.662-9 e a incorporação de uma abordagem patriarcal na atividade jurisprudencial à luz das relações entre direito e moral*” não vem afoito ao calor de discussão acadêmica, eis que poderia ser considerada ingênua em seus propósitos. Mesmo tendo sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal há 13 anos (1996) o caso desperta recorrentes reflexões nos mais distintos segmentos sociais e nichos acadêmicos, razão pela qual foi escolhido como objeto de discussão.

O diferencial da presente proposta reside na incorporação da abordagem de gênero¹ dentro da atividade jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal, objetivando apontar na decisão que mudou substancialmente os julgamentos de casos congêneres, as relações entre direito² e moral, a partir da interlocução com os principais postulados de proposta democrática de relacionamento entre poderes, no modelo consolidado na Constituição de 1988.

Importante ressaltar que o debate em torno de gênero e patriarcado é proposto a partir de mudança metodológica pois, se, outrora, o direito era foco ou objeto de abordagem dos ramos do conhecimento que desenvolvem pesquisas sobre gênero, o que se apresenta aqui parte de um deslocamento de enfoque, no sentido inverso, para incorporar nos elementos que integram a compreensão da dimensão jurídica do viver a exposição de uma temática relacionada a gênero.

Eis o recorte do objeto de enfoque, que não pretende, contudo, erigir-se em premissa de neutralidade axiológica, pois se fundamenta no compromisso em desnudar a comprovação de existência de um discurso patriarcal fortemente presente nos fundamentos da decisão, encobertos sub-repticiamente pelos argumentos do Relator.

Reside em tal opção o conforto em se trabalhar com perspectiva provocativa, interligando os temas dentro de uma proposta³ – e não necessariamente um modelo

pronto, muito menos um projeto finalizado – pois essa pretensão poderia acenar para uma clausura teórica de natureza meramente enciclopedista, acarretando o engessamento do raciocínio e o comprometimento das considerações finais.

O tema não se esgotará, portanto, nas possibilidades que esse ensaio provoca em termos de questionamentos, porque, ao contrário de perseguir conclusões, objetiva apontar algumas considerações sobre a atividade jurisprudencial que decide sobre as questões da vida no cotidiano dos cidadãos, a partir de movimentação em torno das aproximações e repulsas entre direito e moral.

O caso apresentado envolve o julgamento do *habeas corpus* impetrado em favor de um encanador mineiro de 24 anos (à época), condenado em primeiro grau à pena de nove anos de reclusão, em regime fechado, reduzida para seis anos mediante recurso, ante a acusação de prática de estupro, na modalidade de violência presumida, em face de menor de 12 anos de idade.

A alegação apresentada pela defesa questionava a incidência do caso na figura do art. 213, combinado com o art. 224, “a” do Código Penal⁴, afirmando ter havido consentimento por parte da vítima, que aparentava aos olhos do acusado aspecto físico e mental de uma jovem com idade superior a 16 anos. Tal argumento agregou ainda, o que a dogmática penal aponta como erro de tipo, situação em que não haveria subsunção do fato ao dispositivo legal (e, portanto, não haveria crime).

Para efeitos de conceituação, considera-se erro de tipo a ausência ou a falsa representação da realidade manifestada pelo agente, que se engana em relação ao que percebe no meio ambiente e, portanto, no cenário de seu comportamento. A maior consequência da configuração do erro de tipo manifesta-se, segundo Paulo Queiroz, na exclusão do dolo, afastando, assim, a tipicidade penal (ou seja, a subsunção entre comportamento e tipo) (2008 p. 201).

Prosseguindo, o voto reuniu dois pontos centrais de fundamentação: a) a vítima consentiu no sexo; b) o agente julgou a idade da vítima superior a 16 anos. Enumerou, a seguir, algumas transcrições da instrução probatória que corroborariam o argumento que trouxe a absolvição: a) a vítima saía frequentemente com o acusado; b) a vítima e o acusado sempre trocavam carícias, mesmo com algumas recusas iniciais dela em iniciar a cópula; c) a vítima fazia o mesmo com os amigos do acusado; d) a vítima tinha uma “vida promíscua”; e) a vítima era considerada por um dos amigos uma “prostitutazinha”.

Por outro lado, contextualizou o caso dentro de uma modificação dos costumes, fortemente motivada pelos meios de comunicação, responsáveis pela disseminação maciça de informações não selecionadas, mas que acarretariam às crian-

ças - de forma espontânea e quase natural - precocidade para o enfrentamento da sexualidade – mesmo considerando o Relator que a escala de valores de uma criança não se encontra ainda definida.

Daí a afirmação famosa do relator: “*Nos nossos dias não há crianças, mas moças de onze anos*” – emblemática frase escolhida para motivar o presente ensaio, no qual serão debatidas algumas questões que envolvem as relações entre direito e moral, a partir da interlocução com os principais postulados de uma proposta democrática de relacionamento entre poderes no modelo de república consolidada na Constituição de 1988.

2. Exposição do tema: essenciais contornos e conteúdos da questão jurídica apresentada no voto condutor do HC 73.662-9, a partir da atividade jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal

Mesmo não tendo sido decisão exercida em nível de controle de constitucionalidade, o caso escolhido consolidou-se como paradigma em relação à relativização da presunção de violência, pois, a partir de então, situações similares puderam receber o mesmo tratamento por parte daquela Suprema Corte, além de a jurisprudência ter sido fortemente seguida em nível de instância ordinária, mesmo não sendo o caso de vinculação obrigatória.

Sem deixar de mencionar, ainda, a riqueza de material que a decisão forneceu – e ainda fornece – para o estudo na área de gênero, com incomum enfrentamento, já que o Supremo Tribunal ainda não se posicionou diante de questão mais recente – porém, não menos polêmica: as irrestritas críticas à Lei nº 11.340/06, conhecida por Lei “*Maria da Penha*”.

A decisão motivadora do voto do relator produziu considerável mudança no entendimento que o Supremo Tribunal vinha adotando sobre a presunção de violência no caso de estupro de menor de 14 anos, porque, até então, tal presunção era compreendida e aplicada irrestritamente, sendo considerada presunção absoluta segundo a doutrina, de acordo com critério étario estabelecido na lei e, portanto, derivada de decisão política do Legislativo.

Com o voto, porém, esboçaram-se interessantes linhas sobre as relações entre moral e direito, observadas na atividade jurisprudencial que articulou o mencionado voto, provocando importante debate sobre as linhas fronteiriças da atuação do Judiciário diante do modelo clássico de separação de poderes que subordina toda a atividade estatal – e, portanto, a dicção de direito – à legislação.

O debate central se expõe, assim, no conteúdo do voto condutor, que aparentemente se fundamentou em argumentos balizados, tomados por razoáveis segundo critérios de racionalidade, coerentes e juridicamente articulados em torno de alguns desses postulados de salvaguarda de direitos fundamentais que, por outro lado, podem expor e evidenciar contra-senso à idéia de democracia na qual inexistiria prevalência de poderes, mesmo ao argumento de inovação interpretativa da lei penal que, segundo o relator, “*cede à realidade*”⁵.

Esse é um dos elementos centrais da motivação do voto, despontando a necessidade de melhor compreensão e destaque, em abordagem jus-política na sua dimensão constitucional, que incorpora o colorido conceitual apresentado por Heleith Saffioti⁶ em relação aos conceitos de gênero e patriarcado⁷.

Importante considerar, dentro disso, que a abordagem jurídico-penal não está incorporada ao desenvolvimento do tema como elemento principal e imprescindível, pois o desmembramento dogmático no âmbito do direito penal⁸, bem como seus reflexos para o deslinde do caso, estabeleceu-se como *minus*, no voto condutor, do qual se extrai a forte imbricação valorativa de “indexação” moral do comportamento da vítima a uma expectativa nítida do modelo patriarcal, sendo tarefa contraproducente em relação aos objetivos desse ensaio.

Para tanto, importante a reprodução integral dos fragmentos do voto condutor para que não se incorra no argumento de escolha arbitrária de elementos de análise no espaço amostral.

O voto condutor é bem sucinto, composto por pontuais e esclarecedoras seis páginas que estão dispostas para consulta como anexo ao ensaio. A veiculação dos argumentos – pontuados em sequência – foi imprescindível para se verificar, ao final, se o resultado do raciocínio jurídico incorporado pela dogmática penal (erro de tipo e absolvição do acusado) constitui resultado de imiscuição moral dentro da demarcação racionalizada em nível de formalismo jurídico-penal.

Seguindo esse percurso metodológico, o voto paradigma revela a compreensão do relator sobre a necessidade de ajuste da legislação às mudanças experimentadas pela sociedade, pontuando a modificação dos costumes nas últimas décadas, produzida pela divulgação midiática e maciça de informações, feita sem “*medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças*”:

Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental

assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que nor-teavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfa-çatez.

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis não?

Encerrando esse primeiro ponto de fundamentação do voto, o relator pros-seguiu ponderando a necessidade de acompanhamento da interpretação da lei ao que compreende como sendo uma “*evolução*” nos “*costumes*”:

Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a – cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca à sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e espiritualmente.

Os três fragmentos acima descritos forneceram para o relator o argumento de obsolescência da lei penal diante de uma “*evolução*” experimentada pela socieda-de, acarretando, por parte do intérprete, a necessidade de sopesamento e flexibilização da lei, para adequá-la, por assim dizer, aos “*costumes*” dos novos tempos.

E quais seriam, especificamente no caso concreto, as novas inspirações, os novos valores a embalar tamanha mudança na sociedade cambiante? Em outro momento, o voto fornece a resposta:

(...) não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas déca-das, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulga-ção maciça de informações, não as selecionado sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exi-gências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que,

sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural.

Os novos costumes seriam defluência da propalação maciça de informações midiáticas que não são sequer selecionadas de acordo com critérios que satisfaçam expectativas e exigências da pluralidade que confere sentido à dessemelhança mencionada no voto, característica peculiar da sociedade brasileira, sensivelmente marcada por coletividades, grupos e etnias que materializam uma riqueza cultural e, portanto, valorativa.

Mais à frente, fechando o ciclo, o paradigma sintetiza:

Ora, passados, mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não há que se igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações.⁹ Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto pela mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.

Desponta do fragmento o substrato rico e fértil para a abordagem em torno de uma proposta do presente ensaio, podendo ser inferido do paradigma o conflito entre a preservação de liberdade individual, materializada na discussão sobre a incidência, ou não, da lei penal incriminadora em face do agente de 24 anos e a dupla tutela de proteção incidental em relação à vítima, menor de 12 anos: sistema de proteção que lhe confere guarda o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e a intersecção de condição de mulher alegada pelo relator.

Essa dicotomização conflitual remonta à discussão sobre gênero, envolvendo, assim, múltiplos valores, como liberdade, dignidade, integridade física, mental, moral e espiritual. Dentro disso, quais as relações visíveis entre direito e

moral na atividade jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal naquele importante julgado? Qual seria o papel ali realizado pela Corte no modelo político brasileiro?

Parece transparecer no primeiro momento a sedução de uma compreensão político-filosófica liberal de dimensão interpretativa da aplicação da lei penal, em face do sopesamento constitucional dos valores dentro do conflito acima descrito,¹⁰ uma vez que foram priorizados direitos fundamentais circundantes ao acusado, principalmente em relação à liberdade de ir e vir ameaçada pela coercibilidade da lei penal que dele estava tão próxima.

Aplicou-se, para tanto, um raciocínio jurídico que respaldasse a tese de absolvição: erro de tipo em relação à presunção de violência. O acusado, diante de uma situação em que julgou estar diante de uma “moça” de 16 anos, teve relações sexuais com ela a partir do consentimento, não considerando, portanto, que se tratava de uma criança.

A proteção à liberdade do acusado a partir de uma subsunção do caso ao império da lei ainda fica bem evidente no aditamento feito pelo relator em seu voto, invocando a chancela constitucional na previsão do art. 226 em face do casamento do réu, com a conseqüente constituição de núcleo familiar.

O voto parece ter incorporado, assim, uma interpretação que, ao final, com a absolvição, possibilitou ao réu a realização de seu projeto de vida pessoal, em consonância à compreensão liberal que motiva uma concepção de justiça garantidora da autodeterminação dos indivíduos e delimitadora da atuação estatal, compatível com a organização política republicana de ponderação nas atividades empreendidas pelos poderes regulados pela lei, que estabelece regramentos e limites à liberdade e autonomia individuais.

Esse ponto, em especial, sinaliza para a compreensão do que Gisele Citadino bem expõe em sua obra, ao correlacionar a primazia que os liberais conferem aos direitos fundamentais, prestigiando-se a autonomia privada, ao mesmo tempo em que se assegura a configuração de um Estado neutro – no caso, Estado-juiz, guardião constitucional – que se funda na restrição conferida pelos direitos fundamentais à legislação democrática (2000, p. 06).

Reunindo-se os elementos do voto, não se pode deixar de chamar a atenção para o relevo que o relator conferiu à dimensão da autonomia privada que se estabeleceu no consentimento mútuo para o estabelecimento da relação sexual, partindo da premissa que a menina de doze anos poderia anuir e, assim fazendo – como expressão de vontade – o sexo entre ambos poderia, como, de fato, foi, quedar legitimado pela flexibilização da uma lei penal.

Curioso observar, nesse sentido, anterior – e paradoxal – manifestação do relator em relação ao Código Penal de 1940,¹¹ que despontava, segundo o Ministro, “*glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo*” e, no calor da atualidade, “*vetusto*” para regram a cambiância dos costumes. Porém, a sedução ao argumento de constituir o voto demonstração inequívoca de compromisso com a dimensão comunitarista queda ao vento.

Mesmo que o voto do Ministro tenha prestigiado a referência à mudança de “*valores*” e de “*costumes*” presentes na sociedade – elementos aferidores de possível acepção comunitarista – o exercício jurisprudencial nele formado não enfrentou o tema no plano de percepção (e exposição no voto) da concretude que revela uma sociedade composta por grupos que se aglutinam em torno da pluralidade de idéias, valores e crenças presentes na comunidade.

Assim, longe de revelar em sua interpretação um conteúdo específico e claro que preencha o significado das palavras “*valores*”, “*costumes*” e “*evolução*”, o voto não trouxe inovação no sentido de se firmar como argumento juridicamente relevante para fundamentar, posteriormente, a absolvição do acusado como resultado de comprometimento com expectativas de grupos e coletividades, já que o acusado não está sendo considerado de maneira relacional, dentro de um grupamento específico.

Ensaiaando esbarrar no universalismo platônico, o relator menciona, no plano abstrato e homogeneizante, os elementos acima descritos, sem, contudo, atentar para a inserção histórica, política e social do assunto numa coletividade tão axiologicamente diversificada como a brasileira.

Quando arriscou fazê-lo, trouxe para o voto a superposição entre direito e moral a partir de uma forte carga androcêntrica,¹² na predileção por uma interpretação que não atentasse para o posicionamento da vítima como titular de direitos, bastando perceber o silêncio do voto em relação a isso, já que agrega em seu conteúdo a valoração do comportamento da menina.

O universalismo platônico revela-se ali no fundamento de um ideal abstrato de bem comum, como ponto de partida para o estabelecimento de uma ordem social, conquanto o governante – e, no anacronismo de se considerar, para efeitos de alcance do conceito, o intérprete da lei: o Ministro do Supremo Tribunal Federal – também se preordene naquele fundamento, na advertência de Marcus Faro de Castro, em sua leitura de Platão (2005, p. 22).

De fato, a menção a “*valores*”, “*evolução*” e “*costumes*” aparentemente pode induzir a uma expressão de concretude e, portanto, em perfeito alinhamento com a compreensão particularista e pluralista de Aristóteles – a respeito do

particularismo aristotélico, (FARO, 2005, p. 25) – já que é feita a referência à sociedade atual, cambiante e pulsátil, que se espelha na irradiação comportamental realizada indiscriminadamente pela mídia.

Um importante equívoco, porém, reside na mera declinação dos enunciados sem a capitulação, em concreto, donde se extrai a diversidade que colore e dá sustentação ao significado do que vem a ser, na compreensão do Ministro, os mencionados elementos.

Mesmo que aparentemente a referência expressa no voto sobre os valores e costumes em evolução na sociedade brasileira tenha balizado o entendimento do Relator, com a pretensão de se firmar numa acepção plúrima¹³, nada se depreende dali a respeito de um conteúdo que aponte a diversidade, marca maior de um compromisso de interpretação comunitarista.

Sem deixar de mencionar – de acordo com os objetivos firmados na introdução – a indiferença no voto paradigma em relação à outra titular de direitos: a dupla tutela de proteção em relação à vítima, menor de 12 anos que, de um lado, mesmo sendo sujeito e titular de todo um sistema de proteção conferido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) à época do voto, não teve consolidada em seu favor a interpretação que lhe conferisse, no plano da concretude de sua infância regrada por aquele diploma legal, a efetividade de uma decisão que tenha prestigiado sua infância.

No sopesamento, portanto, entre duas dimensões de expressão de liberdade individual que, a rigor, não entrariam sequer em conflito – dada a prevalência em face da criança e do adolescente em razão da vulnerabilidade – optou o voto pela predileção, pura e simples, da tutela de liberdade de ir e vir, com a restrição quanto à intervenção penal do Estado.

Ao contrário e, num segundo momento, o *status* legalmente atribuído à vítima em virtude de sua idade – criança – foi *contra legem* substituído pelo deslocamento para a atribuição de um outro *status* - mulher e, a partir daí, de igual maneira, não foram incorporados ao voto as dimensões histórica e política que cercam o conceito de gênero¹⁴ dentro de um primado comunitarista, apontando, ao contrário, um modelo patriarcal de institucionalização e, portanto, de dicção do direito, marcado por uma percepção moral puramente fincada no juízo valorativo estritamente pessoal.

A importância da incorporação da dimensão feminista – e, no caso, da ausência de compromisso com tal agregação, por parte da atividade interpretativa – haveria de surgir, a partir do reconhecimento de déficits históricos em detrimento do feminino. Ao contrário, o rol de elementos trazidos pelo relator acrescentou, ao

já questionável discurso legislativo, a pauta judicial que deixa transparecer nas entrelinhas um androcentrismo excludente que se manifesta principalmente na eterna dicotomização epistemologicamente amparada na teoria do conhecimento que separa razão e emoção, sujeito e objeto, razão e espírito.

Essa expressão dual orienta, assim, toda a trajetória de análise do mundo a partir de uma concepção fragmentada, donde se extrai a polarização sexista (macho e fêmea) que influenciou na construção de todo o sistema de intervenção estatal que ainda hoje não se redimensiona para abrigar a superação de tal dicotomia¹⁵.

Esse hiato finda por indicar, no voto, o descompromisso com a expressão plúrima das mobilizações sociais (feministas, no caso) pela incorporação na interpretação do texto constitucional aplicado aos casos concretos a desconstrução de uma tendência de naturalização de supremacia da diferença entre homens e mulheres em face do escólio da produção de saber e de conhecimento.

Assim, prevalece uma visão patriarcal, fomentadora de universo simbólico a remeter a Justiça e seus intérpretes a uma divinização suprapositivada¹⁶ e não-escrita que, à pretensão de se firmar como escólio de interesses plúrimos, pode estar se convertendo na mera expressão de imanação de poder irracional¹⁷, encobridor de um arbítrio insensível à necessidade dos envolvidos no litígio¹⁸.

Não se torna difícil observar no voto tal delineamento, pois o relator apontou alguns elementos da instrução que denunciam o deslocamento do *status* de vítima – sua condição inerente em função da idade – para a posição de plenitude de exercício de sua vontade e, assim sendo, julgada em função de seu comportamento repreensível, segundo a lógica de sexismo patriarcal.

Esclareceu o voto que a menor saía frequentemente de motocicleta com o acusado, indo a lugares desertos e trocando carícias, além de apontar a recorrência do comportamento da vítima em relação aos amigos do acusado. Em relação a isso, inclusive, o voto trouxe parte do depoimento de um dos amigos, que explicitamente se referia à menor como “*prostitutazinha*”.

Mais adiante, o voto aborda que o quadro se mostra estarrecedor, em face da “*vida promíscua*” que levava a menor, “*saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes*”, numa demonstração de “*vida dissoluta*”, evidenciando que, assim, aparentava ter idade superior à que realmente tinha, de modo a consolidar o entendimento sobre a relativização da presunção de inocência, absolvendo-se, assim, o acusado.

O voto, portanto, não corresponderia às expectativas de uma coletividade marcada pela pluralidade, já que não incorpora em seu discurso o colorido da proposta de enfoque a partir de gênero, emblema de lutas dentro do feminismo brasileiro.

Os valores reconhecidos na dinâmica social que espelha o pensamento feminista haveriam de ingressar, no âmbito da produção jurisprudencial, como, no mínimo, referência a ser analisada pelo intérprete, em modelo aberto baseado na dinamização do conceito de dignidade da pessoa humana, para a contemplação do reconhecimento da dignidade da mulher enquanto ser humano, que esteve alijado dentro de processos históricos nitidamente desfavoráveis a ela.

O juízo meramente opinativo presente no voto, que transita, de maneira bipolar, pelas searas liberais e pelos arremedos de comunitarismo, acaba tangenciando – não sem produzir estragos, uma ampliação de funções do Judiciário, incrementando o poder de interpretação – como visto, até mesmo *contra legem* – ao mesmo tempo em que busca legitimidade na composição de um fundamento de cunho moral, hábil a encobrir (ou justificar) a necessidade de busca de elementos que sustentem a decisão.

Aliás, ao se enveredar pela atribuição ao Judiciário de um estandarte moralizante de agregação de monopólio de declaração de direitos que, a bem da verdade, não foram contemplados pela lei – e, ainda, dela se dissociam – a percepção de soberania popular marcada em concepção de republicanismo delimitado pela prevalência de um poder legislativo (aglutinador, por excelência, da vontade soberana e popular), mas, antes, podendo se admitir autocracia conferida ao Judiciário.

3. Considerações a partir da exposição do tema e demarcação da inquietude

O ensaio apresentou no voto do Ministro Relator do HC 73.662-9 o desnudamento de um discurso patriarcal fortemente presente nos fundamentos da decisão, a partir da incorporação da abordagem de gênero dentro da atividade judicial realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da movimentação em torno das aproximações e repulsas entre direito e moral.

Para tanto, foi apresentado o caso, envolvendo o julgamento de um *habeas corpus* impetrado em favor de um encanador mineiro de 24 anos (à época), condenado por estupro na modalidade de violência presumida em face de menor de 12 anos de idade.

Apresentou-se, posteriormente, a estrutura integral do voto, contextualizando o caso dentro da modificação dos costumes, fortemente motivada pelos meios de comunicação e, a partir daí, foi apontado o conflito entre a preservação de liberdade individual, materializada na discussão sobre a incidência, ou não, da lei penal incriminadora em face do agente de 24 anos e a dupla tutela de proteção incidental em relação à vítima, menor de 12 anos: sistema de proteção que lhe confere guarda

o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e a intersecção de condição de mulher posta pelo Ministro.

Considerou-se, a partir daí, a força presente no voto condutor, um hiato fincado no descompromisso com a expressão plúrima acima descrita, revelando, por outra sorte, visão patriarcal marcadamente preconceituosa que redundou em percepção que não incorpora as verdadeiras dimensões históricas e políticas que cercam o conceito de gênero dentro de primado comunitarista.

Percebeu-se o reforço ao modelo patriarcal de institucionalização da dicção do direito erigida à categoria de suprapoder, com alta valorização moral fincada no juízo valorativo, que buscou fundamento de legitimidade na composição de um argumento de cunho moral – e individual hábil a sustentar a decisão, ao mesmo tempo em que representou quebra do sentido republicano de prevalência ao Legislativo como centro irradiador de soberania popular. A decisão, por assim dizer, dissociou-se *contra legem* do que foi conferido pelo primado popular, podendo acenar para a autocracia conferida ao Judiciário.

Não se está, por agora, adotando posicionamento de expurgo à reorientação moral no âmbito das decisões judiciais, pois esse não é o objetivo do ensaio, mas, antes, provocar a reflexão sobre toda a trajetória incongruente que, ao final, sustentou moralmente (na moral androcêntrica) o afastamento da aplicação da lei, denunciando, assim, o sistema ainda em democratização, em que se discutem as funções e as inter-relações dos poderes da República.

Notas

¹ A partir de alguns conceitos elaborados por Heleieth I. B. Saffioti em “*Gênero, patriarcado e violência*” (São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004).

² A referência ao vocábulo direito é feita com letra minúscula em virtude da percepção de sua desconstituição como ciência, não sendo, contudo, objeto do presente ensaio, mas, antes, apenas uma consideração, para que não seja entendida como erro tipográfico ou negligência acadêmica.

³ Em recente palestra aqui em Brasília, por ocasião do II Seminário Nacional de Psicologia e Direitos Humanos, o filósofo, sociólogo, advogado e educador Edgar Morin advertiu para essa importante característica da modernidade, mencionando a relevância de se discutirem possibilidades como caminhos plúrimos de acesso ao conhecimento, e não doutrinas ou ideias fechadas que, a pretexto de tentarem resolver os dilemas da humanidade, apenas ratificariam e fomentariam a discriminação e o preconceito. É com esse substrato de alma que o percurso aqui será desenvolvido.

⁴ Lembrando que o art. 213 faz referência a “*constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*”, enquanto o art. 224, “*a*” menciona: “*presume-se violência, se a vítima: (...) a) não é maior de 14 (catorze) anos*”.

⁵ Expressão descrita no voto condutor, disponível em versão digitalizada: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(73662.NUME.%20OU%2073662.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(73662.NUME.%20OU%2073662.ACMS.)&base=baseAcordaos), acesso em 21 de julho de 2009.

⁶ Heleieth Iara Bongiovani Saffioti é livre docente na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho; possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo; atua principalmente nos seguintes temas: Mulher, Gênero, Educação, Violência, Trabalho, Epi, Sociologia do Conhecimento, Sociologia do Desenvolvimento, Epistemologia. *Curriculum Lattes* disponível em <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4780353J6>, acesso em 21 de julho de 2009.

⁷ Importante frisar que o tema gênero e sua relação com patriarcado não se exaure nesse ensaio, porquanto inúmeros os marcos teóricos dentro do feminismo que explicam a estruturação de toda a realidade discriminatória da mulher. O presente ensaio contenta-se com a exposição do tema no voto condutor.

⁸ A utilização de letras minúsculas para a designação de “*direito*” ou “*direito penal*” justifica-se na predileção pelo questionamento em relação à cientificidade de tais ramos do conhecimento humano, bem como à indagação quanto à unidade epistemológica. Não é objeto do presente ensaio o exaurimento do tema, mas por questão de precisão na utilização dos verbetes, relevante a observação, para que não denote simples displicências gráfica ou ortográfica.

⁹ Importante frisar que a situação mencionada refere-se à sociedade da época de elaboração do Código Penal de 1940, pois o fragmento acima veio logo a seguir de: “(...) *Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse com doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida*”.

¹⁰ Mais uma vez vale a ressalva em relação ao julgado não ter por objeto o controle concentrado de constitucionalidade, pois, mesmo que a decisão não tenha abordado a dimensão explícita de prevalência de valores em relação a conflitos trazidos diretamente ao Supremo Tribunal Federal, o caso em exame ofereceu rico, vasto e exuberante material para que as considerações sobre o conflito acima explicitado pudessem vir à tona.

¹¹ Mesmo que o Código Penal de 1940 tenha sido engendrado em conjuntura política nitidamente antidemocrática (governo Vargas), o texto foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que lhe conferiu fundamento de validade e o incorporou no ordenamento jurídico como expressão democrática coerente com o primado republicano de estabelecimento de liberdades.

¹² Androcentrismo é a compreensão de mundo a partir do universo masculino, que se coloca como eixo central de orientação. Quando o androcentrismo se materializa em um regime de dominação-exploração, tem-se o modelo patriarcal descrito anteriormente, no qual a discriminação em face da mulher encontra-se presente em vários momentos, desde a elaboração da técnica jurídica, até a aplicação do direito ao caso concreto.

¹³ Motivação esta que se permite inferir pela referência feita pelo relator ao Código Penal “*liberal*” de 1940, ao mesmo tempo em que prestigia a invocação de uma mudança evolucionista nos costumes e no comportamento humano influenciado pela mídia.

¹⁴ Para a proposta do presente ensaio, Heleieth Saffioti conceitua gênero: “*construção social do masculino e do feminino*” (2004, p. 45), sendo, portanto, uma categoria histórica, que se

concede em várias instâncias: símbolos culturais, conceitos normativos, organizações, identidade subjetiva. A partir do conceito de gênero, a autora apresenta a percepção de patriarcado, que implica uma relação desigual de regime de exploração-domação das mulheres pelos homens, desencadeadora, em vários segmentos e instituições (inclusive no direito) do forte sexismo – apartação em prol do masculino – onde a vítima é transformada em algoz e julgada simbolicamente por ocasião da absolvição do acusado.

¹⁵ A propósito do tema, o diálogo com o texto da Henrique Cláudio de Lima Vaz despertou uma inquietude ímpar, materializada na proposta de superação da universalidade nomotética em que a visão divinizada de filiação a uma ordem cósmica para uma universalidade hipotética que romperia com a compreensão *a priori* de um fundamento, para abrigar a exigibilidade da busca de fundamento baseado da dedução de consequências (2002, p. 214). Interessante frisar, nesse momento, que a noção de universalidade hipotética fundamentaria a separação entre política e ética (bem como suas respectivas relações com o direito), a partir da reformulação do conceito de Physis (a vinculação entre homem e cosmos) que, para o autor, baliza todo o direito natural moderno e, por resultado, irradiaria para as formulações de aplicação do direito o fundamento de racionalidade que, mesmo em antagonismo à moral, encontra substrato em postulados de alto grau de abstração que seguiriam o modelo galileiano-newtoniano. O ponto central para a proposição de novos paradigmas que possam encontrar fundamentos para a incorporação de um discurso feminista – ou, pelo menos, de reconhecimento em termos de gênero – deverá construir uma ponte para outro modelo de ciência, aproveitando as recentes descobertas em termos de modelos quânticos, nos quais a relação com a Natureza (Physis) retorna com força total, rediscutindo-se a fragmentariedade (dualidade) que provocaria a cisão entre direito e ética, filosofia e moral). Talvez, nesse sentido, mais adiante, possa surgir uma proposta que se coloque entre os dois contrapontos de relações entre moral e direito. Com essa angústia que o percurso pela disciplina Filosofia Política e direito constitucional foi realizado. Eis a dúvida, que não será, por certo, respondida aqui.

¹⁶ Seria o retorno – com nova roupagem – da percepção de universalidade nomotética que outrora transformava o intérprete em verdadeiro oráculo?

¹⁷ A perspectiva psicanalítica trazida no texto “*Judiciário como superego da sociedade*” de Ingeborg Maus revela e reforça o voto condutor, porquanto a figura paterna se projeta na função de moralidade pública revelada por trás da decisão.

¹⁸ Basta observar, no caso concreto, tratar-se de uma criança de 12 anos que foi julgada de acordo com a reta de moralidade sexual.

Referências

- CASTRO, Marcus Faro. *Política e internacionais: fundamentos clássicos*, Brasília: Ed. UnB, 2005.
- CITTADINO, Gisele Guimarães. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAFFIOTI Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado e violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*: São Paulo: Lany/Loyola, 2002.

Resumo

O presente ensaio analisa o voto condutor no HC 73.662-9 julgado pelo Supremo Tribunal federal, focando a incorporação de um discurso patriarcal na abordagem jurisprudencial, a partir da abertura epistemológica do direito para as questões de gênero e suas relações com a moral, a partir dos conceitos de liberalismo e comunitarismo.

Palavras-chave: Gênero – Patriarcado – Direito – Moral - Estupro.

Abstract

This essay analyzes an specific Brazilian Supreme Court decision in a case involving rape (HC 73.662-9) focusing on a patriarchal speech brought to the jurisprudential activity and based on law epistemological opening related to gender issues and their connection to law and moral.

Key-words: Gender – Patriarchy – Law – Moral - Rape.

Normas para os colaboradores

1. Os trabalhos deverão ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista de Direito UPIS, para análise do conteúdo, metodologia, bem como da conveniência e oportunidade da publicação.
2. Serão aceitos prioritariamente trabalhos elaborados por membros da comunidade acadêmica do Curso de Direito da UPIS, inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, simpósios, seminários etc.), referentes aos temas indicados pelo Conselho Editorial, quando for o caso.
3. Serão aceitos, excepcionalmente, a critério do Conselho Editorial, trabalhos apresentados pela comunidade em geral e/ou acerca de temas jurídicos diversos.
4. Mediante deliberação do Conselho Editorial poderão ser solicitados trabalhos a colaboradores eventuais.
5. A entrega de trabalho ou sua publicação não importará em remuneração, a qualquer título, do autor.
6. Não serão devolvidos ao autor os originais dos trabalhos entregues ou publicados.
7. Os trabalhos deverão ser redigidos em português, com no mínimo 15 (quinze), e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas com 30 linhas de 65 toques, aproximadamente 49.000 caracteres, observando-se a ortografia oficial.
8. Os trabalhos deverão ser entregues em CD, à Secretaria do Departamento de Direito da UPIS ou enviados por correio eletrônico ao endereço direito@upis.br, com texto em fonte ARIAL, tamanho 12, entrelinhamento 1,5 cm.
9. As citações e referências bibliográficas deverão obedecer às normas técnicas da ABNT, preferencialmente utilizando o sistema alfabético (Autor/data).
10. **IMPORTANTE:** Necessariamente deverão acompanhar o artigo um Resumo em português e as palavras-chave. A remessa de versões do Resumo e das palavras-chave em inglês e/ou espanhol é facultativa.

Carlos Aureliano Motta de Souza

Editor

diagramação, arte-final, impressão e acabamento

 *gráfica e editora*
inconfidência

fores:(61) 3552.4024 3552.2510 fax:(61) 3386.2350
brasilía distrito federal

Site: www.graficainconfidencia.com.br
E-mail: graficainconfidencia@terra.com.br

