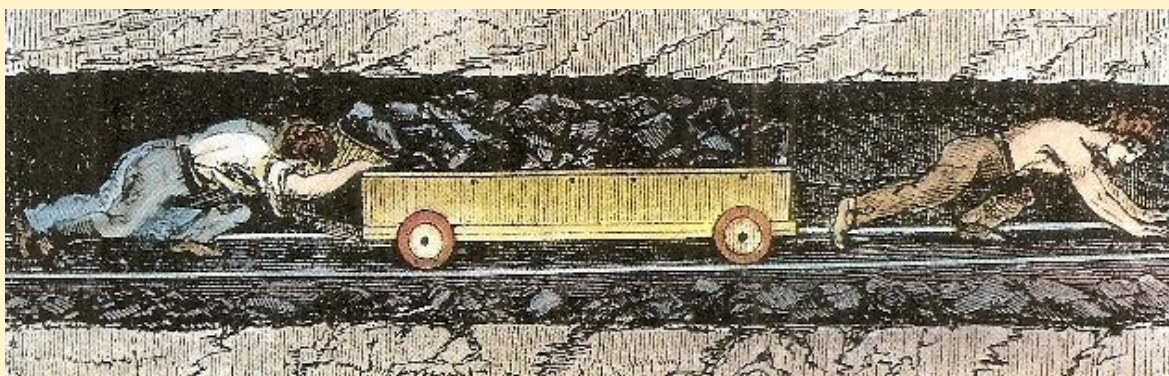


CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITOS SOCIAIS
E PROCESSOS REIVINDICATÓRIOS**

1

Crianças trabalhando em mina de carvão.
Condado de Cheshire Lancashire, Inglaterra 1842.



Fonte: EDITORA MODERNA. Projeto Araribá: História 8º ano. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2010, p. 85.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB

R454

Revista de Direito: trabalho, sociedade e cidadania [online]/ Curso de Direito, Centro Universitário IESB. – v.4, n.4, (jan./jun.2018) - Brasília: IESB, 2018.

Semestral

ISSN: 2448-2358

Disponível em: iesb.br/revistadedireito/

1.Trabalho. 2.Cidadania. 3.Sociedade. 4.Democracia. I. Departamento de Direito. II. Centro Universitário IESB. IV. Título.

CDU 340(05)

SUMÁRIO

Any Ávila Assunção

A DESIGUALDADE JURÍDICA - O CONFLITO DE GÊNERO E O SISTEMA JUDICIAL 04

Antônio Marcos Melo Guedes

AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A PROTEÇÃO DAS FUTURAS GERAÇÕES 27

Bruno Paiva Gouveia; Ulisses Borges de Resende

APOSENTADORIA ESPECIAL E A CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES NOCIVAS À SAÚDE OU À INTEGRIDADE FÍSICA 51

Flávia Dias Chalita Teixeira

O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL À LIBERDADE E O ACESSO A JUSTIÇA 60

James Augusto Siqueira

A ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVA À SOLUÇÃO DOS CONFLITOS LABORAIS 83

José Antônio de Freitas

O ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E NA JURISPRUDÊNCIA DO STF 94

Leonardo Weber R. Araújo

O IDEÁRIO DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA BREVE ABORDAGEM ACERCA DA IMPORTÂNCIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E DA UNIFORMIZAÇÃO DE PRECEDENTES NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. 134

Maria Carolina Lopes Teles; Augusto César Leite de Carvalho

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE 158

Welder Rodrigues Lima

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA LEI DAS ESTATAIS (LEI 13.303/2016). 172

A DESIGUALDADE JURÍDICA: O CONFLITO DE GÊNERO E O SISTEMA JUDICIAL

Any Ávila Assunção

Doutora e mestra em sociologia jurídica pela Universidade de Brasília (UnB); coordenadora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Instituto de Educação de Brasília (IESB); advogada.

4

Paul Cézanne (1839-1906), *Les Grandes Baigneuses*, Museum of Art



Observar o sistema judicial sob a perspectiva das relações sociais de gênero – focalizando o conflito de gênero e o seu processamento/julgamento pela via judicial – implica uma incursão em um campo mais abrangente e complexo: o campo da cidadania, ou, no dizer de Santos (2009; 2007-a; 2007-b; 2007-d), o campo contra-hegemônico. Destaca o autor, como já assinalado,

que as sociedades não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, justo e independente. No caso do Brasil, o autor analisa que mesmo diante da fragilidade crônica dos mecanismos de implementação da construção jurídico-institucional, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização do país deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos. É nessa linha de raciocínio que o autor identifica, em relação ao Poder Judiciário, dois grandes campos: o campo hegemônico e o campo contra-hegemônico. Para explicá-los, Santos (2009; 2007-a) remete-se ao contexto político-econômico, destacando que a fase do neoliberalismo revelou as suas debilidades quando não garantiu o crescimento, quando aumentou drasticamente as desigualdades sociais, a vulnerabilidade, a insegurança e a incerteza das classes populares, além de fomentar uma cultura de indiferença frente à degradação ecológica.

No campo hegemônico, que é o campo dos negócios e dos interesses econômicos, Santos (2007-a) relata que a exigência é de um sistema judiciário rápido, eficiente, e, que permita, efetivamente, a previsibilidade dos negócios, a segurança jurídica e a garantia e salvaguarda dos direitos de propriedade. Realça, também, que é neste campo que se concentra a grande reforma do sistema judiciário por todo o mundo¹. E acrescenta:

[...] Por isso, há áreas do judiciário e formas de actuação que são consideradas importantes e outras não. E a formação dos magistrados deve estar orientada, fundamentalmente, para as necessidades da economia. As reformas são orientadas, quase que exclusivamente, pela ideia de rapidez. Isto é, pela necessidade de uma justiça célere. Sou, naturalmente, a favor de uma justiça rápida. A celeridade de resposta do sistema judicial à procura que lhe é dirigida é também uma componente essencial da sua qualidade. No Observatório Permanente da Justiça Portuguesa temos vários estudos onde analisamos a morosidade, as suas causas e as suas tipológicas. Mas, é evidente que do ponto de vista de uma revolução democrática de justiça, não basta a rapidez. É necessária, acima de tudo, uma justiça cidadã (SANTOS, 2007-d, p. 24).

Seguindo essa direção, salienta a tendência dos objetivos da reforma judiciária nortearem-se, inclusive, pelo ideal de celeridade processual, olvidando o fato de que “uma interpretação inovadora, contra a rotina, mas socialmente mais responsável, pode exigir um tempo adicional de estudo e de reflexão” (SANTOS, 2007-d, p. 27).

O outro campo, designado pelo autor de ‘contra-hegemônico’, é o dos cidadãos/ãs que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional deram-lhes direitos significativos, seja na esfera social ou econômica, vislumbrando na ordem jurídica e nos tribunais um instrumento importante para reivindicá-los e serem incluídos no contrato social. Contudo, Santos (2007-d) traz para a análise uma questão que parece importante considerar: a existência de um outro tipo de demanda, que o autor designa de ‘procura suprimida’. Esclarece que há uma demanda ou procura potencial, que se pode conquistar pelas reformas processuais (algumas das quais acabaram de ser feitas no Brasil, quer na reforma constitucional, quer na reforma infraconstitucional).

¹ Santos (2007) relata que durante os vários anos que analisou as reformas que tiveram lugar em vários países, particularmente na Europa, na América Latina e na África, inferiu que o sistema judicial desses países é orientado para dar previsibilidade aos negócios; isto significa que as reformas se centram, muito seletivamente, nos setores que melhor servem a economia deixando de fora todos os outros.

A outra demanda – a ‘procura suprimida’ – é a dos cidadãos/ãs que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para reivindicá-los quando são violados, ficando totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial e estabelecem contato com as autoridades, que, segundo o autor:

[...] os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias etc. Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura suprimida. *Para reconhecer a sua presença*, precisamos daquilo, que em outros trabalhos tenho designado por uma *sociologia das ausências*. A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida, algo activamente produzido como não existente. A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares deste e de outros países é procura suprimida. É essa procura que está hoje, em discussão. E se ela for considerada, vai levar a uma grande transformação do sistema judiciário e do sistema jurídico em geral, que faz sentido falar da revolução democrática da justiça (SANTOS, 2007-d, p. 27 – grifo nosso).

Acompanhando o pensamento do autor, para atender a ‘procura suprimida’ faz-se necessária uma profunda transformação no sistema judiciário – e não somente no direito substantivo e processual –, pois está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária.²

Em grande medida, tal concepção resultaria em uma mudança no acesso à justiça em um sistema de ‘transformação recíproca jurídico-política’ – que é diferente da concepção convencional de busca à tal acesso (SANTOS, 2009; GOMES, 2003). Essa transformação propiciaria uma política de adensamento da cidadania, pela via democrática e do acesso ao direito e à justiça ao se dirigir a um conjunto vasto de injustiças (socioeconômica, racial, sexual, étnico-cultural, cognitiva, ambiental e histórica) que ocorrem na sociedade. Os vetores principais dessa transformação podem ser identificados: nas profundas reformas processuais; nos novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; na nova organização e gestão judiciária; nas mudanças a serem encetadas na formação dos magistrados/as desde as faculdades de direito até à formação permanente; nas novas concepções de independência judicial; em uma relação de poder

² Santos (2007-d) realça o fato de que não faz sentido ‘assar’ toda a culpa ao sistema judiciário se tais reformas não abrangeram questões atinentes, por exemplo, à formação de magistrados e dos próprios bacharéis em direito.

judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais; e, uma cultura jurídica democrática e não corporativa (SANTOS, 2009; 2007-d).

Nesse contexto, torna-se importante citar os estudos realizados por Uprimny e García-Villegas (2003-c) relativos à dimensão emancipatória das decisões judiciais, ao analisarem aquelas proferidas por juízes constitucionais na Colômbia. Explicam os autores que, a partir da década de 1980, os juízes adquiriram um papel de protagonismo em boa parte dos regimes democráticos do mundo, a tal ponto, que alguns estudiosos, como Santos (2001), Linz e Stepan (1996) e Nino (1992), falam de uma alteração da carga de legitimação democrática das instâncias políticas para as judiciais. Os maiores protagonistas foram os juízes penais na luta contra a corrupção política, por um lado, e, os juízes constitucionais na defesa dos direitos fundamentais, de outro.

Nas análises procedidas por Uprimny e García-Villegas (2003-c), os Tribunais Constitucionais tiveram especial importância nos países da Europa do Leste e em muitos outros que se encontram (ou encontram) em processo de transição para a democracia.

³ Esses Tribunais vêm desempenhando um papel chave, muitas vezes em contramão, relativamente ao previsto pelo sistema político vigente e, às vezes, até mesmo, contra a lógica do mercado capitalista. Isto implica em uma ‘judicialização’ dos conflitos políticos, o que por sua vez, arrasta consigo uma ‘politização’ dos conflitos judiciais (SANTOS, 2001). Os Tribunais Constitucionais da Hungria⁴ e também da África do Sul⁵ são os exemplos mais conhecidos, dentre outros igualmente importantes, como o Supremo Tribunal da Índia⁶, da Rússia, da Coreia⁷ e da Colômbia. Contudo, alertam os dois mencionados autores, que o caráter contra-hegemônico do protagonismo judicial deve ser analisado com cautela, pois, há mais de uma década, que as principais agências internacionais para o desenvolvimento, as quais não representam propriamente um símbolo da luta contra-hegemônica, dedicam o essencial dos seus recursos à promoção do poder judicial. ⁸ Tal cautela é necessária,

³ Sobre esse tema vide, dentre outros autores, Malloy (1977), Nino (1992), Linz e Stepan (1996).

⁴ Sobre o tema vide Zirzak (1996).

⁵ Sobre o caso da África do Sul ver Klug (1996) e Burnham (1997).

⁶ Sobre o Supremo Tribunal da Índia, vide Sripati (1998), Crossman e Kapur (1997)

⁷ Sobre o tema vide Yang, 1998.

⁸ Tal fenômeno, segundo Uprimny e Garcia-Villegas (2003), está relacionado com o denominado *the rule of law Project* promovido pelas agências internacionais para o desenvolvimento sob o pressuposto de que certas reformas legais são indispensáveis para o desenvolvimento econômico dos países; assim, relatam os autores, foram investidos vários bilhões de dólares em projetos legais nomeadamente no âmbito judicial. As principais instituições financeiras incluem o Banco Mundial, a Agência Internacional dos Estados Unidos da América

nomeadamente, no que se refere à justiça consuetudinária, penal e civil, pelo fato de serem âmbitos privilegiados deste fenômeno de ‘globalização judicial’.

Com efeito, conforme já analisado anteriormente, boa parte desses recursos internacionais destina-se ao incremento da eficiência daqueles processos judiciais mais requeridos pelo mercado capitalista, e, conseqüentemente, pode estabelecer-se uma empatia *prima facie* entre eficiência judicial e interesses hegemônicos. Todavia, a situação parece ser diferente no que se refere aos juízes/as constitucionais – advertem os autores – pois, em primeiro lugar, eles não têm sido os beneficiários privilegiados dos recursos econômicos mencionados; e, segundo, as suas decisões incidem, na maioria das vezes, sobre interesses hegemônicos essenciais, como foi o caso do Tribunal colombiano.

Assim sendo, os autores mencionados assinalam, ainda, que é importante não confundir o sentido desses desenvolvimentos paralelos: de um lado, tem-se o aumento da eficácia judicial destinada preferencialmente à proteção de interesses capitalistas globalizados; de outro, tem-se o protagonismo judicial contra a corrupção e as violações dos direitos fundamentais. Tratam-se, portanto, de lógicas diferentes e inclusivamente contrárias em termos gerais, embora, em certas circunstâncias, possam fortalecer-se reciprocamente.

Se tais abordagens acaloram as discussões sobre os ideais de justiça e aceleram reformas jurídicas e judiciais há muito emergentes, levam, também, à discutir e analisar – como é o caso dessa pesquisa – questões atinentes à persistência uma cultura jurídica centrada em práticas androcêntricas, misóginas e patriarcais. Isto é, de uma visão ainda tradicional do direito, cujas considerações acerca da carga ideológica de seus fundamentos e conceitos, potencializam o controle social, excluindo sujeitos historicamente considerados ‘minoritários’. Significa dizer, que o acesso desigual ao direito e à justiça torna-se ainda mais evidente quando se focalizam os conflitos de gênero na instância judicial, e, que a dívida histórico-jurídica das injustiças perpetradas contra a mulher ao longo dos séculos ainda continua represada.

Nesse sentido, o exercício reflexivo proposto, acima, por Santos (2007-d), no sentido de considerar o conceito de ‘sociologia das ausências’ – que se baseia, inclusive, na ideia da superação da naturalização das diferenças –, possibilita desvelar algumas razões acerca dos modos como os/as cidadãos/ãs utilizam o direito, mas, também, como o evita ou

para o Desenvolvimento (USAID) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento – sobre os montantes investidos, vide Santos (2001).

lhe resiste. Ainda sob essa abordagem, a diferença no acesso à justiça pode ser percebida nos fundamentos/motivações constantes das decisões judiciais relativas aos crimes sexuais praticados contra as mulheres, cujos julgadores/as, muitas das vezes, interpretam e julgam tais delitos sob a orientação de elementos e simbolizações da cultura, que passam a ser determinantes na aplicação da justiça.

Nessa mesma perspectiva, Adorno (1994) ao trazer para a análise a questão da justiça social e a igualdade jurídica, observa que o ‘modelo liberal de justiça’ no Brasil nunca saiu do nível simbólico, vez que a ‘igualdade de todos perante a lei’ nunca se concretizou. Veja-se:

Um amplo hiato entre o direito e os fatos, entre o enunciado legal e as situações concretas de discriminação e exclusão se mantém, contribuindo para diluir critérios universais de juízo destinados a solucionar litígios e pendências nas relações intersubjetivas. Em situações como esta, a *distribuição da justiça acaba alcançando alguns cidadãos em detrimento de outros*, o acesso da população aos serviços judiciais é dificultado por razões de diversas ordens e, *muito dificilmente, as decisões judiciais deixam de ser discriminatórias* (ADORNO, 1994, p. 134 – grifo nosso).

Pondera, dessa forma, o autor, que a garantia da igualdade no acesso à justiça depende, sobretudo, da superação da dificuldade da justiça penal em traduzir as diferenças e as desigualdades em direitos. A desigualdade jurídica sendo considerada como o efeito de práticas judiciais destinadas a “separar, dividir, revelar diferenças e ordenar partilhas” (ADORNO, 1994, p. 149).

Sobre tal ponderação, Izumino (1998, p. 30) comenta que, na prática, o sistema judicial “tem se apresentado como uma instância reprodutora de desigualdades”. Observa que, genericamente, a denúncia da desigualdade no acesso à justiça escuda-se no recorte de classe, resultando na inacessibilidade aos mais pobres e menos privilegiados economicamente – sendo, inclusive, carentes diante do reconhecimento de seus direitos. Quando aborda a questão da desigualdade jurídica sob o ponto de vista do recorte de gênero, a autora enfatiza que tal categoria incide transversalmente sobre as demais (social, econômica ou racial), dando-lhes, como especificidade, a exacerbação de algumas diferenças. Ou seja, atravessa a esfera judicial imprimindo novas tonalidades à desigualdade no acesso à justiça.

Merece ser transcrita a análise de Santos (2006) quando tece observações acerca dos estudos realizados sobre a ‘sociologia dos tribunais’, alertando sobre a necessidade de uma nova política judiciária, voltada para os conflitos sociais e os

mecanismos da sua resolução:

[...] as desigualdades da proteção dos interesses sociais dos diferentes grupos sociais está cristalizada no próprio substantivo, pelo que a democratização da administração da justiça, mesmo se plenamente realizada, não conseguirá mais do que igualizar os mecanismos de reprodução da desigualdade (SANTOS, 2006-a, p. 177).

Portanto, há que se ponderar acerca dos significados androcêntricos presentes em nossas decisões judiciais acerca dos crimes sexuais contra as mulheres e o grau de emancipação social que elas podem propiciar, adentra nesse cenário (o sistema judicial brasileiro), sob a perspectiva de um enfoque contra-hegemônico. E, questiona o pressuposto da igualdade jurídica à luz do paradigma das relações sociais de gênero, pretendendo demonstrar que o conflito de gênero aparece nas instâncias jurídicas/judiciais fortemente marcado por práticas discriminatórias e excludentes.

10

2. A influência dos significados androcêntricos na Ciência Jurídica/ Sistema de Justiça

Inicialmente, vale destacar que quando se fala em práticas jurídicas com significados androcêntricos, esses são definidas a partir do que informa Praetorius *et al*:

Por androcentrismo devemos entender a estrutura preconceituosa que caracteriza as sociedades de organização patriarcal, pela qual – de maneira ingênua ou propositada – a condição humana é identificada com a condição de vida do homem adulto do sexo masculino. Às afirmações sobre ‘o homem’, (= ser humano), derivadas dos contextos da vida e da experiência masculinas, os pensadores androcêntricos atribuem uma validade universal: o homem (= ser humano masculino) é a medida de todo o humano. Esta reconstrução filosófica e linguística reducionista da realidade tem, entre outras consequências, a de o conceito de trabalho ser definido unilateralmente a partir das condições do trabalho assalariado [...]. Só numa sociedade em que o pensamento androcêntrico é onipresente é que pôde ocorrer que só aos poucos, e enfrentando a resistência dos homens, as mulheres tivessem que conquistar o acesso aos direitos humanos universais. O preconceito androcêntrico torna a vida feminina invisível do ponto de crítica linguística, ideológica e científica feminina tem, pois, como meta desvendar, no discurso dominante, estruturas preconceituosas androcêntricas, e desta forma desmascarar a objetividade aparente como uma retórica do partidarismo masculino (PRAETORIUS *et al*, 2007, p. 21).

Em virtude da presença desse olhar – ou significados androcêntricos –, as práticas jurídicas tendem a focar suas análises a partir de uma perspectiva senão unicamente, mas, preponderantemente, masculina, cujos resultados, materializados nas decisões judiciais, são tomados como generalidades na medida dos humanos masculinos, mesmo que sejam as mulheres, as envolvidas. Um exemplo da ausência do olhar de gênero nas práticas jurídicas é o uso da linguagem, cuja referência é a nomenclatura no masculino. Nesse sentido, Facio e Camacho (MIMEO, s/d: 06) assinalam: recordemos que o termo ‘homem’ serve tanto para definir o varão da espécie como a espécie toda, e pior ainda, a gramática exige que se fale em masculino ainda que se esteja fazendo referência a um grupo composto por um milhão de mulheres e um recém-nascido varão.

Segundo Warat, a dogmática (jurídica) possui uma função de ‘conservação social’:

O componente ideológico acompanha todo conhecimento científico no campo social – por conseguinte, também na esfera jurídica. A dogmática jurídica, contudo, pretende sustentar o contrário. Na realidade, a dogmática jurídica implica saturação ideológica no conhecimento do direito, um encerramento da possibilidade de um corte epistemológico, uma inércia reflexiva, uma falta de interesse na mudança – enfim, o conformismo dos satisfeitos e a ausência de crítica por parte dos juristas (WARAT, 1985, p. 88).

Nessa investigação, ao se elegerem as decisões judiciais como unidade empírica para analisar a violência sexual contra a mulher e sua solução determinada pelo sistema judicial, propôs-se traçar uma visão crítica do direito, sob o olhar androcêntrico e sob o prisma da emancipação social. A discussão sobre o Direito e a mulher no Brasil, segundo Streck (2002), começa pelo próprio tipo de visão que os/as operadores/as jurídicos, instrumentalizados pela ‘dogmática jurídica’,⁹ têm acerca da mulher, cujos conhecimentos encontram resistências e permanecem, há muito, ocultos pelo paradigma dominante. O autor infere que esse debate é de cunho ‘crítico-hermenêutico’, pelo qual é necessário um enfrentamento da dogmática jurídica, no contexto “de uma tradição que vem permeada por um imaginário no interior do qual a questão do gênero tem dificuldade de ser assimilada

⁹ Streck (1999) ao tratar dessa questão, sublinha a necessidade de ‘discutir a crise do Direito’, do Estado e da dogmática jurídica (que instrumentaliza o Direito) e seus reflexos na sociedade. Realça o fato de que o modelo e o modo de produção do Direito – ‘liberal-individualista-normativista’ – está esgotado e o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social clamam novas posturas dos operadores jurídicos.

pelos operadores do direito” (STRECK, 2002, p. 156).

Em outras palavras, as práticas jurídicas podem converter-se na reprodução das desigualdades e no acesso desigual ao direito, a partir da imposição de determinadas representações e significações reprodutoras da seleção arbitrária produzida por um grupo ou segmento sócio-profissional sobre outros, a qual possa ter alguma ingerência, e, através de seu próprio ‘arbitrário cultural’. Esta reprodução exerce a função estratégica de replicar as relações de força nas quais se baseia, em boa medida, no poder de ‘imposição arbitrária’ das decisões judiciais, segundo Bourdieu (2002), que, denomina esta dimensão de ‘função de reprodução social da reprodução cultural’.

Tratando-se, pois, da análise dos desfechos judiciais e dos discursos institucionais em sua construção jurídica, na perspectiva de compreender os fatores desencadeantes de manifestação das desigualdades jurídicas – no marco das práticas androcêntricas que repercutem nas relações sociais de gênero –, parece mais precisa a utilização de um conceito de poder que não seja centralizado, unificado, e que possibilite o alcance das resistências¹⁰ – como é o caso da categoria ‘colonialidade do poder’, pois, possui uma abrangência estrutural/institucional¹¹, sendo entendida, segundo Santos (2003-d), como constelações dispersas de relações desiguais constituídas pelo discurso nos ‘campos do poder’.

Essa perspectiva de análise também pode ser vislumbrada quando Scott (1995) define o papel das doutrinas jurídicas, educativas e religiosas, construído no interior das relações de poder. Ressalta essa autora que os conceitos normativos são instrumentos de controle, mas não são produzidos como uma unidade, havendo divergências tanto entre discursos que defendem posições antagônicas entre sexos, quanto divergências entre os contra-discursos, e, entre as resistências a estes discursos:

[...] ‘quando e em quais circunstâncias’ é a questão que deveria preocupar os(as) historiadores. A questão que emerge como posição dominante é, contudo, declarada a única possível. A história posterior é escrita como se essas posições normativas fossem o produto do consenso social e não do conflito (SCOTT, 1995, p. 38).

Para a autora, as relações de gênero podem ser definidas como uma “forma primeira

¹⁰ Para Bandeira (2007: 02), entende-se a categoria resistência “como a dinâmica da rejeição e da luta que as mulheres desencadearam contra os papéis e normas de comportamentos culturais e sociais que lhes foram impostos e determinados”.

¹¹ As reflexões relativas à categoria da ‘colonialidade do poder’, do ‘saber’ e do ‘Ser’ e sobre as ‘constelações de poder’, encontram-se no Capítulo 3 desta tese.

de significar as relações de poder”, e, que é um “campo primeiro no seio do qual e por meio do qual o poder é articulado”, não sendo um único campo, mas ele “parece ter constituído um meio persistente e recorrente de tornar eficaz a significação do poder no Ocidente, nas tradições judaico-cristãs e islâmicas” (SCOTT, 1988, p. 16).

Na sociologia brasileira¹² Saffioti (1992) sustenta que as relações de gênero devem ser vistas como ‘relações de poder’, não havendo nenhuma contradição no fato de que o poder seja exercido em doses desiguais pelas partes que compõem esta relação. A autora explica que o patriarcado e o capitalismo são duas faces de um mesmo modo de produzir e reproduzir a vida. Destaca que para a maioria dos autores o patriarcado é concebido como sistema político, enquanto o capitalismo é captado apenas em sua dimensão econômica; mas nem o patriarcado nem o capitalismo podem ser reduzidos a um sistema de dominação política, pois em seu seio também fluem os demais tipos de dominação, inclusive a econômica (SAFFIOTI, 1988).

Embora reconheça no patriarcado o mais antigo sistema de dominação-exploração, Saffioti (1987) considera que a dominação do sexo masculino sobre o feminino somente pode ser entendida a partir da idéia de simbiose dos três sistemas: patriarcado-racismo-capitalismo. A autora rejeita o uso substantivado de um desses sistemas – por exemplo, capitalismo-patriarcal, ou, patriarcado-capitalista – por considerar que ao se atribuir maior importância a um desses sistemas, o outro é colocado como secundário, propiciando sérias conseqüências sob o ponto de vista das estratégias de luta dos contingentes humanos oprimidos, dominados e explorados.

Para Facio (2007), o conceito de patriarcado é antigo e não necessariamente um aporte das teorias feministas. A autora registra que:

Engels lo denomino, em su famosa obra ‘El Origen del la Família, el Estado, y la Propiedad Privada’, como el sistema de dominación más antiguo. Pero fueron las teorías feministas de los años 60s y 70s del pasado siglo las que actualizaron este concepto dejado atrás por los científicos sociales por referirse, según ellos, solamente a civilizaciones antiguas. Fue em esas décadas que descubrimos que el patriarcado se había ido transformando a partir de la institucionalización del dominio de los hombres adultos sobre las mujeres de todas las edades y los niños de la

¹² Os referenciais teóricos do movimento feminista brasileiro foram importados das discussões travadas por grupos feministas franceses, americanos e anglo-saxões. Várias coordenadas teórico-analíticas surgiram na luta pela igualdade, cumprindo dar destaque a três correntes: uma primeira, que ocupou-se em analisar a supremacia masculina e suas origens no patriarcado; a segunda, ligada ao marxismo; e, a terceira corrente mais ligada às escolas da Psicanálise (SCOTT, 1988).

família patriarcal, en un sistema de domínio masculino generalizado a toda la sociedad. Vimos que este sistema de domínio que nosotras quisimos seguir llamando patriarcado implica que todo lo relacionado con lo masculino tiene más valor y poder en cada una de las instituciones de la sociedad aunque no implica que las mujeres no tengamos ningún tipo de poder, ni de derechos, influencias o recursos (FACIO, 2007, p. 1).

Alda Facio e Rosalia Camacho (MIMEO, s/d) realçam que uma das principais características da sociedade patriarcal está no núcleo da definição do androcentrismo, postura segundo a qual todos os estudos, análises, investigações, narrações e propostas são realizadas a partir de uma perspectiva unicamente masculina e tomadas como válidas para a generalidade dos seres humanos, sejam homens ou mulheres.

Para alcançar a compreensão do modo de expansão de todas as formas e discriminação de opressão faz-se necessário, segundo Facio (1996), entender que o patriarcado se mantém e se reproduz em suas distintas manifestações históricas, e através de múltiplas e variadas instituições. A autora entende que a instituição patriarcal se constitui em um conjunto de práticas, crenças, mitos, relações, organizações e estruturas estabelecidas em uma sociedade, cuja existência é constante e contundente. E, juntamente com outras instituições extremamente ligadas entre si, transmitem de geração a geração a desigualdade.

Saffioti (1987) considera de suma importância compreender como a ‘naturalização’ dos processos socioculturais de discriminação da mulher – e outras categorias sociais – constitui o caminho mais fácil e curto para legitimar a ‘superioridade’ dos homens.¹³ Adverte, por conseguinte, que a inferioridade feminina é exclusivamente social, e, que, as estruturas de dominação não se transformam meramente através das leis, pois “enquanto perdurarem discriminações legitimadas pela ideologia dominante, especialmente contra a mulher, os próprios agentes da justiça tenderão a interpretar as ocorrências que devem julgar à luz do sistema de ideias justificador do presente estado de coisas” (SAFFIOTI, 1987:26)¹⁴.

Portanto, não se deve perder de vista, segundo Walby (1990), que a noção de sistema patriarcal é tomada como uma moldura de significados que possibilita compreender

¹³ A autora enfatiza que a força da ‘ideologia da inferioridade’ da mulher é tão grande que até mulheres que trabalham na ‘enxada’, apresentado maior produtividade que os homens, admitem sua ‘fraqueza’. Estão, de tal maneira, imbuídas desta idéia de ‘inferioridade’ que se assumem como seres inferiores (SAFFIOTI, 1987).

¹⁴ Registra também a autora que, a bem da verdade, “não são apenas os homens e mulheres anônimos ou poderosos, mas sempre preconceituosos que constroem e nutrem estas relações assimétricas, desiguais, injustas. A própria ciência (com ‘c’ minúsculo) e, sobretudo, o uso que dela se faz trazem a marca desta manipulação das mulheres, desse processo de nutrir cotidianamente os preconceitos que permitem uma maior dominação-exploração dos elementos femininos” (SAFFIOTI, 1987: 32-33).

as desigualdades persistentes entre os próprios homens, e, entre estes e as mulheres, motivadas, sobretudo, pela passagem de um patriarcado privado para um patriarcado público. Essa autora demarca que a mencionada passagem desencadeia mudanças na ordem patriarcal de caráter quantitativo que se manifestam na intensidade da opressão contra as mulheres. Essas mudanças quantitativas são designadas pela autora de ‘grau do patriarcado’. As mudanças qualitativas, por sua vez, são caracterizadas pelos tipos de patriarcados definidos pelas diversas relações estruturais e as consequentes ações de violências inseridas nas instituições sociais, sendo nomeadas de ‘formas de patriarcado’ (BANDEIRA, 2006-a).

Neste contexto argumentativo, Segato (2003) ressalta o fato de que as relações de gênero obedecem a estruturas de ordem muito arcaicas e respondem a um tempo extraordinariamente lento, correspondente ao patriarcado, constituindo-se em um sistema de hierarquia social assentado na sistemática proeminência dos homens em relação às mulheres, quer na esfera pública – onde os homens se destacam pelas posições de poder –, quer na esfera privada – imposição da autoridade paterna como a autoridade familiar –, sendo uma constante social, que perpassa todas as outras formas políticas, sociais, econômicas ou jurídicas¹⁵.

Todas essas dimensões estruturais referentes ao patriarcado, em suas diversas expressões, interagem, segundo Bandeira (2006-a), umas com as outras, dando-lhes diferentes formas e significados, no sentido de manterem as desigualdades entre homens e mulheres, em diferentes gradações e formas – como é o caso do patriarcado privado e público, sendo este último o ponto de destaque desta investigação.

Valendo-se da metodologia proposta por de Alda Facio¹⁶ para análise do fenômeno jurídico, Rodrigues (2004) observa que a perspectiva da razão androcêntrica guiou, desde o nascedouro, a formulação da ciência jurídica, a partir de diversas estratégias de legitimação do universo masculino em detrimento do feminino. Destaca que tais estratégias resultam não somente na invisibilização do gênero feminino, neutralizando-o em nome de uma pretensa universalidade, como em uma retórica contemporânea que objetiva a desqualificação e o

¹⁵ O conceito ‘patriarcado’, inexistente, segundo Schuttruff (1996), sem consenso quanto à influência da razão androcêntrica sobre a formulação científica de modo geral.

¹⁶ A metodologia de análise que Alda Facio (1995), implica, em síntese, na busca de uma nova concepção de igualdade entre os sexos, que se fundamenta na idéia de igualdade na diferença, onde nenhum dos gêneros deve ser tomado como paradigma único do humano, pois ambos, mulheres e homens, são ‘igualmente humanos’ com distintas necessidades e interesses ‘igualmente válidos’. Para que se efetive uma análise de gênero, ela deverá ser atravessada por múltiplas clivagens, sob pena de perda de seu sentido.

isolamento ideológico do discurso feminista, com o propósito de manutenção da razão androcêntrica.

É de grande valia Facio (1993; 1995; 2007) reforçar o entendimento de que a comunicação existente entre a perspectiva androcêntrica na ciência jurídica e a exclusão das mulheres como sujeito de direito, conduz à necessidade de trazer essa questão para o centro da investigação. Adverte, que tal discussão implica a convocação de uma multiplicidade de variáveis: a) conceitos fundamentais referentes à ideia de gênero e patriarcado e a crítica ao discurso dominante, seja do ponto de vista da linguagem, seja do conteúdo; b) a verificação e a desmistificação entre o público e o privado; c) a investigação sobre a ‘falácia’ do discurso universalizante quanto aos direitos humanos; d) uma abordagem metodológica de análise de gênero sobre o fenômeno jurídico, com vistas a possibilitar a verificação de como atuam o sexismo, o machismo e a misoginia a partir do pressuposto androcêntrico¹⁷.

Situando o enfoque androcêntrico na ciência jurídica e seus reflexos sobre a noção de (des)igualdade perante a lei, Oliveira (2002) considera que embora a produção legislativa específica sobre a mulher confere-lhe certa proteção especial – por exemplo, no campo dos direitos reprodutivos – permanece redutora da ideia de igualdade jurídica, na medida em que a discriminação sexual, com tal iniciativa, tende a não ser eliminada. Ressalta, citando Facio (1996), que a necessidade de uma concepção do direito mais ampliada, de modo a compreender seus outros componentes (estrutural, político e cultural) é extremamente relevante, pois uma legislação aparentemente neutra está suscetível não somente a interpretações ou aplicações tendenciosas, como também a uma assimilação pela sociedade de acordo com os seus valores, costumes e preconceitos.

¹⁷ Facio (1993) ao situar o *enfoque androcêntrico sobre a ciência do direito e seus reflexos sobre a noção de igualdade perante a lei*, considera que *embora a produção legislativa específica tenha conferido certa proteção social, é redutora da ideia de igualdade jurídica*, na medida em que a discriminação sexual não poderá ser eliminada. *A autora ancora-se na definição da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as mulheres – CEDAW (1999)*, em vigor internacional em 2000, e, no Brasil, em 28 de setembro de 2002 – *para fundamentar sua metodologia de análise do fenômeno legal*, focalizando a definição de discriminação contra a mulher no artigo 1º do documento, que diz textualmente: “Artigo 1 – Para os efeitos da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra as mulheres’ significará qualquer distinção, exclusão ou limitação imposta com base no sexo que tenha como consequência ou finalidade prejudicar ou invalidar o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade de homens e mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural e civil, ou qualquer outro domínio”.

Facio (1993) ressalta a importância do conceito de discriminação constante da CEDAW, asseverando que o mesmo deve ser utilizado em uma metodologia de análise da legislação, levando em conta a categoria gênero.

Ao refletir sobre as normas da atuação da prática jurídica e os controles masculinos e institucionais que incidem sobre as práticas sexuais femininas, Bandeira adverte que:

Há mais de três décadas, *as pesquisas feministas* na área das ciências sociais *evidenciaram lógicas institucionais, jurídicas e políticas* subjacentes aos sistemas sociais que *negam à maioria das mulheres um estatuto de cidadania pleno e, conseqüentemente, de humanidade*, uma vez que a sexualidade feminina, real ou suposta, tem sido frequentemente utilizada e apropriada como instrumento de controle viril e social que, para além do corpo, atinge também a subjetividade feminina. Nesse sentido, faz-se necessário questionar os controles masculinos e institucionais sobre as práticas sexuais heterossexual no domínio das sexualidades e das convivências intersubjetivas entre as mulheres e os homens, *tanto perante a lei* como nos relacionamentos (grifo nosso) (BANDEIRA, 2007, p. 20).

Harding (1996) salienta que os estudos sobre a questão da equidade documentam que existe uma contundente oposição histórica em relação às mulheres, onde o palco científico e o universo jurídico revelam essa discrepância, ao excluí-las da história social da ciência, em razão do olhar androcêntrico.

Foi sob tal perspectiva que esta investigação interpretou e analisou o conflito de gênero e sua solução pelo Sistema Judicial, em uma tentativa de desvelar seus contornos e sua ideologia, mais especificamente, a partir do enfoque androcêntrico. Warat (1995, p. 57) em suas reflexões sobre esse tema, considera a ciência jurídica como um “discurso que determina um espaço de poder”. E, que, essa ciência “será obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social”. Segundo este autor, a dogmática jurídica possui uma função de ‘conservação social’, em razão da presença do mesmo ‘componente ideológico’ em toda elaboração científica na esfera social, em que está contido o campo jurídico. Veja-se:

Na realidade, a dogmática jurídica implica saturação ideológica no conhecimento do direito, um encerramento da possibilidade de um corte epistemológico, uma inércia reflexiva, uma falta de interesse na mudança – enfim, o conformismo dos satisfeitos e a ausência de crítica por parte dos juristas (WARAT, 1995, p. 57).

Cabe, ainda, lembrar as considerações de Vargas (2002) ao enfatizar que poucos são os estudos sociológicos sobre processos decisórios na Justiça Criminal que questionam os critérios utilizados para embasar as decisões judiciais – principalmente aqueles atinentes

aos crimes de estupro. Essa autora parte do pressuposto de que ao problematizar estes critérios e verificar qual o seu efeito nas decisões, é possível identificar alguns vieses e discriminações que elas engendram.

3. A perspectiva de gênero como proposta metodológica de compreensão das relações sociais/sistema judicial

Segundo Bandeira (2002), falar de relações de gênero ou da condição de equidade entre os homens e as mulheres é romper com o não reconhecimento do outro e caminhar em direção à sua inclusão, o que garante um olhar comprometido com a diferença e a especificidade feminina¹⁸.

A representação feminina engendrada pelo olhar androcêntrico, em nome da natureza e da razão, encobriu e invisibilizou a atuação e a participação das mulheres, durante séculos.¹⁹ No campo científico foram desprezadas como produtoras e como sujeito de conhecimento. Vislumbrou-se, assim, um quadro em que a construção da ciência e do conhecimento restou edificada pelos homens, para os homens e tendo como sujeito os próprios homens (Bandeira; Siqueira, 1997). Segundo as autoras:

[...] a exclusão e a inferioridade feminina ainda persistem, não apenas como categorias numéricas ou estatísticas, mas como fato sociológico, na medida em que o consenso como ideal regulador do discurso masculino não foi ainda rompido plenamente.

[...] Essa hegemonia atualizada do masculino espelha a própria ambiguidade do pensamento moderno no que toca à construção do sujeito universal e do sujeito de gênero (BANDEIRA; SIQUEIRA, 1997, p. 267).

Vale dizer que o pensamento moderno se configura permeado de ambiguidades, onde a ética da diferença sexual talvez seja a mais indicativa dessas indeterminações. Assim, reafirmam as autoras, que, se por um lado o racionalismo incorpora a mulher como parte da

¹⁸ Segundo Scott (1988), as pioneiras no uso de gênero, enquanto categoria de análise, parece ter sido as feministas americanas com o objetivo de fortalecer o caráter social das relações entre os sexos e refutar o determinismo biológico implícito nos termos 'sexo' e 'diferenças sexuais'

¹⁹ Não se pode também perder de vista a importância do movimento feminista, que a partir da metade deste século, produziu efeitos políticos e sociais de grande repercussão, além de contribuir significativamente para a reestruturação do pensamento ocidental com a emergência do pensamento feminista, desdobrando-se em estudos feministas, estudos sobre as mulheres e estudos de gênero (Bandeira; Siqueira, 1997).

humanidade – uma vez que ela é detentora de razão –, por outro, a exclui, na medida em que essa seria uma qualidade fundamental dos homens; se por um lado avança em relação às posições misóginas presentes, por outro, deixa espaço para que essas se ‘ressignifiquem’ nos séculos posteriores, os séculos da modernidade²⁰.

Saffioti (2004), na obra “Gênero, patriarcado e violência”, esclarece que o conceito de gênero não se resume a uma categoria de análise, pois, diz respeito também a uma categoria histórica, podendo ser concebido em várias instâncias:

[...] como aparelho semiótico (LAURETIS, 1987); como símbolos culturais evocadores de representações, conceitos normativos como grade de interpretação de significados, organizações e instituições sociais, identidade subjetiva (Scott, 1995); como divisões e atribuições assimétricas de características e potencialidades (FLAX, 1987); como, numa certa instância, uma gramática sexual, regulando não apenas relações homem-homem e relações mulher-mulher (SAFFIOTI, 1992; SAFFIOTI; ALMEIDA, 1995) etc. Cada feminista enfatiza determinado aspecto do gênero, havendo um campo, ainda que limitado, de consenso: o gênero é a construção social do masculino e do feminino (SAFFIOTI, 2004, p. 45).

É nessa mesma lógica que Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarian (1998) analisam a questão de gênero, indicando que a essa temática encontra-se somado o conceito de classe social e raça/etnia, sendo uma das variáveis fundantes da sociedade, onde essas três categorias apontam para diferenças que deságuam na dicotomia igualdade/desigualdade. Também para essas autoras o gênero deve ser compreendido na sua concepção relacional, atravessando e construindo a identidade de homem e da mulher.

Impõe-se também destacar Suarez (1999) que discute a necessidade de utilizar a categoria gênero como desconstrução para romper com a ideia que a condição da mulher é dada pela natureza. Enfatiza que tanto sexo quanto gênero não são apenas construções teóricas, mas, sobretudo, um instrumento de uso político para justificar a diferença entre os sexos e legitimar a superioridade da cultura (homem) sobre a natureza (mulher). Para a autora, usar a perspectiva de gênero, não é ver o gênero ou mesmo a mulher, mas adotar um modo específico de ver a realidade. O que existe no mundo não é o gênero, mas fatos sociais

²⁰ Pode-se dizer, segundo Bandeira (2000), que o feminismo promoveu uma ruptura epistemológica, social, política e econômica ao reinventar e diferenciar conceitos como os de sexo e gênero; público e privado nas relações de trabalho. Enfim, propiciou uma maneira diferente de produzir saberes, à medida que incorporou a mulher como sujeito e também objeto de estudo.

específicos que podem ser vistos, ou não, a partir da perspectiva de gênero, enquanto análise de determinadas relações sociais.

Por sua vez Devreux (2005) explicita as propriedades formais das relações de gênero. Ao tempo em que também reafirma que as relações entre os homens e as mulheres constituem uma relação social, a autora sublinha que no sentido marxista, esta relação é uma oposição estrutural de duas classes com interesses antagônicos. No estudo das relações de sexo os sistemas de representação são tão importantes quanto as práticas da divisão do trabalho e do poder e da própria dimensão material na dominação dos homens sobre as mulheres.²¹

Para Scott (1995)²² a importância da utilização do paradigma das relações sociais de gênero para a compreensão dos processos históricos e sociais é fundamental. A autora, ao sugerir o ‘gênero’ como objeto de estudo na História e nas Ciências Sociais de maneira geral, apresenta duas proposições de definição que se conectam uma à outra: a) o gênero é elemento constitutivo de relações sociais fundamentadas nas diferenças percebidas entre os sexos; e b) gênero dá significação às relações de poder, é “um campo primário no interior do qual, ou por meio do qual, o poder é articulado” (SCOTT, 1995: 39). Extrai-se, pois, dessas assertivas, que a estrutura social é fundada sobre relações de poder, ou seja, relações de domínio de um grupo sobre outro.

Por sua vez, Saffioti (1992: 193), além de considerar o aspecto relacional de gênero – “não basta que um dos gêneros conheça e pratique as atribuições que lhe são conferidas pela sociedade; é imprescindível que cada gênero conheça as responsabilidades-direitos do outro gênero” – propõe a necessidade de se estabelecer um conceito adequado para o poder. Em busca dessa definição, a autora passa em revista os conceitos de poder propostos por Weber e Marx. Conclui que o conceito weberiano de poder produz certo fascínio, pois “declara a probabilidade de impor a própria vontade no interior de uma relação social, mesmo contra toda a resistência e qualquer que seja o fundamento desta probabilidade” (SAFFIOTI, 1992, p. 184). Ao contrário do conceito de dominação, contém a não-anuência

²¹ Devreux (2005) explicita a sua predileção em nominar o tema em questão como ‘relação social de sexo’, pois, relação social de gênero evita mencionar o sexo e ‘eufemiza’ o tema. Esclarece que em francês a palavra gênero é polissêmica, recobrando uma definição vaga, incerta do conceito; a relação social de sexo nomeia explicitamente a confrontação entre duas classes de sexo. Salienta que a relação social de sexo se constrói em torno do ‘marcador do sexo’; explica que existe uma grande relação sistêmica entre as atividades das relações sociais de sexo e suas propriedades formais. As modalidades de ação pelas quais as relações se exprimem são a divisão sexual do trabalho, a divisão sexual do poder e a categorização do sexo.

²² Texto mais conhecido “Gênero: uma categoria útil de análise histórica” (SCOTT, 1995).

dos dominados, podendo contar, inclusive, com sua resistência. Não importa, também, a existência ou não da legitimidade, ao contrário da dominação que pressupõe obediência, seja do ponto de vista da tradição, da razão ou do carisma. Para a autora, o problema com essa definição está no contexto típico ideal proposto como contexto teórico (SAFFIOTI, 1992; IZUMINO, 2004).

Saffioti (1992) busca a definição clássica da sociologia proposta por Marx, para quem o conceito de poder está vinculado à classe social e ao exercício de sua missão histórica. Para a autora, mais uma vez, tal conceito não se apresenta adequado, pois não traduz, de forma explícita, as dimensões de dominação, exploração e opressão – conceito que são muito caros à discussão sobre o lugar da mulher na sociedade.

A partir da definição de poder nas questões atinentes às relações de gênero, Saffioti (1992) entende que a análise desse fenômeno realizada por Foucault é a mais adequada, pois, permite uma visão em nível micro e macro de tais espaços de poder. Isto é, a idéia de poder como algo que circula e se produz em rede, em uma trama em que os sujeitos aparecem como agentes de propagação de seus efeitos e não apenas como receptáculos, “nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas, estão sempre em posição de exercer esse poder e de sofrer sua ação, nunca são alvos inertes e consentidos do poder, são sempre centro de transmissão” (FOUCAULT, 2002-a, p. 183).

De fato, quando as reflexões recaem sobre as relações que se processam no cotidiano entre homens e mulheres, seja na esfera doméstica ou nas relações do mundo do trabalho, o conceito clássico de poder – emanando do Estado para a sociedade, fluindo sempre de cima para baixo, centrado na figura do soberano ou de uma classe e cujo exercício obedece a rígidas normas de hierarquia entre tais classes – não é suficiente para abarcar a amplitude das complexas questões decorrentes de tais relações.

Analisar as questões que gravitam em torno dos conflitos de gênero, e, mais, particularmente, da violência contra a mulher, significa pensar em todos os estados e atos de violência que se desenvolvem no plano das relações sociais. Implica considerá-las como relações de poder que contém não apenas um fator hierarquizante, mas, também, possibilidades de sujeição.

Desse modo, o que se entende por análise de gênero é a possibilidade de debater e transformar a construção social e cultural das relações de gênero, no sentido de pluralizá-las e democratizá-las, eliminando discriminações baseadas em dicotomias e hierarquias

estereotipantes. Segato (2003) comenta que a reflexão sobre o gênero trata, na verdade, de um sistema sobre os meandros das estruturas de poder e os enigmas da subordinação voluntária em geral, além de originar um discurso elucidador sobre a implantação de outros arranjos hierárquicos na sociedade, ao se permitir falar sobre outras formas de sujeição, sejam elas étnicas, raciais, regionais ou as que se instalam entre os impérios e as nações periféricas.²³

Todas essas percepções permitem mostrar como as forças antagônicas²⁴ se defrontam para além de uma aparência homogênea e intangível, permitindo reconhecer e compreender uma pluralidade de aspectos em um dado sistema de poder, bem como, detectar a predominância da opressão, da exploração, da submissão e da discriminação – principalmente quando o cenário envolve questões atinentes às mulheres. Significa dizer que pode emergir em um sistema de poder legitimado pelo Estado – o sistema judicial – a presença da reprodução das desigualdades e da violência, com suas variantes, suas especificidades, suas estratégias e seus contornos.

Referências

ADORNO, Sergio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no Tribunal de Júri. In: **Revista USP**, Dossiê Judiciário, n. 21, março/maio. São Paulo, 1994.

BANDEIRA, Lourdes. **Gênero e trabalho**: contribuição para um debate teórico. Brasília: Departamento de Sociologia UnB, 1989.

_____. **Patriarcado e Violência masculina**: crimes de morte como construção pública. Texto apresentado no 30º Encontro anual da ANPOCS, no GT 27: Violência, Conflitos e Práticas Culturais. Caxambu, 2006-a.

BANDEIRA, Lourdes; SIQUEIRA, D. A perspectiva Feminista no Pensamento Moderno e Contemporâneo. In: **Revista Sociedade e Estado**, XX/2. Brasília, 1997.

BANDEIRA, Lourdes; BATISTA, Analia Soria. Preconceito e discriminação como

²³ Segato (2003) entende que a *violência moral* constitui um *mecanismo demasiado eficiente de controle social e de reprodução das desigualdades*; registra que a coação de ordem psicológica (ou moral) se *configura no horizonte constante das cenas cotidianas de sociabilidade e nas principais formas de controle e opressão social em todos os casos de dominação*, seja por sua sutileza, pelo seu caráter difuso e sua onipresença, resultando em uma máxima eficácia no controle das categorias sociais subordinadas. No *universo das relações de gênero*, a *violência psicológica é a forma de violência mais “maquinal”, rotineira e irreflexiva, constituindo o método mais eficiente de subordinação e intimidação*.

²⁴ Max Weber (citado em MAFFESOLI, 2001) considerando a força e a potência da violência, reconheceu que é preciso compreendê-la como manifestação maior do antagonismo existente entre vontade e necessidade.

expressões de violência. In: **Revista Estudos Feministas**, V. 119. Brasília, 2002.

DEVREUX, A. **La théorie des rapports sociaux de sexe: um cadre d'analyse**. Paris, 2005 (mimeo).

FACIO, Alda. **La regulación social del género. El género como filtro del poder**. Lima : Flora Tristán, 1993

_____. **Cuando el género suena cambios trae**. Metodologia para el análisis del fenómeno legal. Caracas : Gaia Centro de las Mujeres, 1995.

_____. El derecho como produto del patriarcado. In : **Sobre las patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones** (una critica sensitiva al derecho). Costa Rica : ILANUD, 1996.

_____. El patriarcado y sus instituciones. In : **Reflexiones**, n. 318. Cuba : Periódico, 2007.

FACIO, Alda; CAMACHO, Rosalia. **Del Derecho Androcentrico Hacia una Propuesta para un Nuevo Derecho de Familia**. (mimeo, s/d).

FOUCAULT, Michel. **La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976.

_____. **Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings**. New York: Pantheon, 1980.

_____. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Loyola, 2002-a.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2002-b.

_____. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2002-c.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

_____. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. 1980. 1987.

GOMES, Conceição. **O tempo dos Tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. Os Actos e os Tempos dos Juizes. In: **Conselho Superior da Magistratura: Funcionamento do Sistema Judicial e Desenvolvimento Económico**. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. **Tráfico de mulheres em Portugal para fins de exploração sexual**. Lisboa: CIG, 2008.

GRAMSCI, Antonio. **Selections from the Prison Notebooks**. London: Lawrence & Wishart, 1971. Almedina: 2005.

HARDING, Sandra. **Feminism Confronts the Sciences: Reform and Transformation**. In:

Whose Science? Whose Knowledge? Thinking From Women's Lives. Ithaca: Cornell University Press, 1991.

_____. **Ciência y feminismo.** Madrid: Morata, 1996.

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e Violência Contra a Mulher:** o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. São Paulo: FAPESP/ANNAGLUME, 1998.

NINO, Carlos S. **Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America.** Miami: University of Miami Law Review, 1992.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **O poder do macho.** São Paulo: Moderna: 1987.

_____. Movimentos Sociais: face feminina. *In:* CARVALHO, Nanci Valadares de (org). **A condição feminina.** São Paulo: Revista dos Tribunais/Vértice, 1988.

_____. Rearticulando gênero e classe social. *In :* COSTA, A. de O. ; BRUSCHINI, C. (orgs). **Uma questão de gênero.** Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

_____. **A vida por um fio: a violência contra crianças e adolescentes no Brasil contemporâneo.** Trabalho apresentado no XVIII Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu, 1994.

_____. No caminho de um novo paradigma. *Paper* apresentado na Mesa Redonda **Análises de Gênero construíram paradigmas metodológicos?**, no XXI Encontro Anual da ANPOCS. ANPOCS: 1997

SANTOS AMARAL, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a Uma Ciência Pós-Moderna.** Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. **Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition.** New York: Routledge, 1995.

_____. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas – O caso português.** Porto: Afrontamento, 1996.

_____. Los paisagens de la justicia en las sociedades contemporâneas. *In :* SANTOS, Boaventura de Sousa ; VILLEGAS, Maurício Garcia (orgs). **El caleidoscopio de las justicias en Colombia.** Bogotá : Uniandes, 2001.

_____. **Entre ser e estar – Raízes, Percursos e Discursos da Identidade.** Porto: Afrontamento, 2002.

_____. **Conhecimento Prudente para uma Vida Decente – ‘Um Discurso sobre as Ciências Sociais’ revisitado.** Porto: Afrontamento, 2003-a.

_____. Para uma Sociologia das Ausências e uma Sociologia das Emergências. *In:*

Revista Crítica de Ciências Sociais, volume 63. Coimbra: CES – Centro de Estudos Sociais, 2003-b.

_____. **Democratizar a Democracia** – Os Caminhos da Democracia Participativa. Porto: Afrontamento, 2003-c.

_____. O Estado Heterogêneo e o Pluralismo Jurídico. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos. **Conflito e Transformação Social: uma Paisagem das Justiças em Moçambique**, vol. I. Porto: Afrontamento, 2003-d.

_____. **Reconhecer Para Libertar** – Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural. Porto: Afrontamento, 2004.

_____. **Globalização** – Fatalidade ou Utopia?. Porto: Afrontamento, 2005.

_____. **Pela Mão de Alice** – O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2006-a.

_____. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política. Para um novo senso comum: A ciência, o direito e a política na transição paradigmática** – volume IV. Porto: Afrontamento, 2006-b.

_____. **Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social**. São Paulo: Boitempo, 2007-a.

_____. **A crítica da razão indolente** – Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007-b.

_____. **Cognitive Justice in a Global Word: Prudent Knowledges for a Decriet Life**. Lanham: Lexington Books, 2007-c.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007-d.

_____. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 78. Coimbra: CES, 2007-e.

_____. A filosofia à venda, a douda ignorância e a aposta de Pascal. *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, volume 80. Coimbra: CES – Centro de Estudos Sociais, 2008.

_____. **Sociología jurídica crítica. Para um nuevo sentido común en el derecho**. Madrid: Trotta, 2009.

SEGATO, Rita Laura. Os percursos do Gênero na Antropologia e para além dela. *In*: **Revista Sociedade e Estado**, XX/2. Brasília, 1997.

_____. A estrutura de gênero e a inunção do estupro. *In*: SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (orgs). **Violência, gênero e crime no Distrito Federal**. Brasília: Universidade de Brasília e Paralelo 15, 1999.

_____. **Las estructuras elementales de la violencia: contracto y status en la etiologia**

de la violència. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

_____. El color de la cárcel en América Latina – Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en desconstrucción. *In* : **Nueva Sociedad** n. 208, marzo-abril de 2007.

STRECK, Lênio Luiz. Criminologia e Feminismo. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

_____. Os Crimes Sexuais e o Papel da Mulher no Contexto da Crise no Direito: Uma Abordagem Hermenêutica. *In*: **Cadernos Themis Gênero e Direito**, Ano III, n. 3, dez. Porto Alegre: Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 2002.

SUÁREZ, Mireya. O discurso policial comentado. *In*: SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (orgs). **Violência, gênero e crime no Distrito Federal**. Brasília: Editora UnB/Paralelo 15, 1999.

UPRIMNY, Rogrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia – Os Caminhos da Democracia Participativa**. Porto: Afrontamento, 2003-c.

WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. *In*: PRADO, Luiz Regis; KARAN, Munir (org). **Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A PROTEÇÃO DAS FUTURAS GERAÇÕES

Antônio Marcos Melo Guedes

Mestrando em Direitos Sociais pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); corregedor-geral substituto do INCRA.

Resumo

O presente trabalho visa analisar as classificações de direitos fundamentais para identificar o meio ambiente do trabalho como um desses direitos assegurados constitucionalmente e a sua importância na proteção das futuras gerações, em que se fez uma análise da evolução dos direitos fundamentais, do conceito de meio ambiente do trabalho, deste como um direito de proteção das futuras gerações, considerando sua natureza de direito fundamental de terceira dimensão, para, ao fim, constatar que a greve no serviço público é um instrumento legítimo para reivindicação de melhores condições de trabalho, não sendo admissível que a sua restrição esvazie o seu conteúdo essencial de modo a desnaturar esse importante e histórico instrumento de reivindicação social. Relativamente à metodologia, este estudo utilizou o método da pesquisa bibliográfica, em abordagem hipotético-dedutiva. Quanto aos métodos de procedimentos, foram utilizados os métodos histórico e comparativo descritos por Marconi e Imre Lakatos.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direitos Humanos Fundamentais. Gerações de direitos humanos. Meio ambiente do trabalho. Greve.

Abstract

The present work aims to analyze the classification of fundamental rights to identify the working environment as one of these constitutionally guaranteed rights and its importance in the protection of future generations, in which an analysis of the evolution of fundamental rights, the concept of the environment as a right of protection for future generations, considering its nature as a fundamental right of the third dimension, in order to finally establish that the strike in the public service is a legitimate instrument for claiming better working conditions, and it is not permissible that its restriction deplete its essential content in order to denature this important and historical instrument of social claim. Therefore, regarding the methodology, this study used the method of bibliographic research, in a hypothetical-deductive approach. As for the procedures methods, the historical and comparative methods described by Marconi and Lakatos were used.

Keywords: Labor Law. Fundamental Human Rights. Generations of human rights. Work environment. Strike.

Introdução

Recentemente, em 11 de junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal publicou o Acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n.º 654.432/GO, ocorrido em 5 de abril de 2017, em que se decidiu que os servidores policiais civis não podem exercer

o direito de greve previsto no artigo 37, inciso VII, da Carta Política de 1988. Neste ínterim, entre o julgado e a publicação de seu acórdão, a crise financeira por que passa o Brasil e mais intensamente seus estados federados fez eclodir diversos movimentos paredistas entre os agentes de segurança pública, dos quais um dos mais emblemáticos foi o dos policiais civis do Rio Grande do Norte, pelo qual aqueles servidores públicos reivindicavam o pagamento de seus salários atrasados já há três meses e de outros benefícios, como a gratificação natalina, bem assim reivindicavam melhores condições de trabalho.

Não se adentrará na polêmica quanto à questão do cerceamento absoluto do exercício do direito de greve para os servidores que atuam na área de segurança pública, mas se aproveitará o ensejo para uma análise relativa ao direito de greve dos servidores públicos em geral e se esse instrumento de coação na defesa dos interesses de determinada categoria pode ser utilizado para se buscar melhores condições de trabalho, bem como os reflexos que tais lutas podem ter em relação às gerações futuras.

Assim, far-se-á uma análise teórica inicial como base para a construção do entendimento de que a greve é importante meio de defesa dos trabalhadores, inclusive para defesa de melhores condições de trabalho, o que, em se tratando de meio ambiente do trabalho, de acordo com a projeção transgeracional que é característica dos direitos de terceira geração, alcança os interesses de futuras gerações.

1. Direitos humanos e direitos fundamentais: conceito e previsão legal

1.1 Noção de direito humano

Convém iniciar a presente análise pelos conceitos de direitos humanos e de direito fundamental para, a partir daí, traçar seu panorama histórico e sua aplicação moderna.

Comparato, n' *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, brilhantemente constrói tal noção com a exposição histórica de sua evolução (COMPARATO, 2017), o que retomaremos adiante, mas, antes, é importante refletir sobre o que seria um direito humano.

Direito humano, ou direito do Homem, seria um direito próprio de cada indivíduo da sociedade que lhe seja aplicável por sua natureza humana tão somente, que lhe é inerente como ser humano. Mas o que é ser humano? Segundo os gregos antigos, o que seria próprio do homem a caracterizar a sua essência, seria a sua capacidade de raciocinar, a sua razão,

sua inteligência. Tal visão foi contestada por Rousseau, para quem todos aqueles que possuem animais de estimação sabem que estes têm capacidade de solucionar pequenos problemas. Segundo o filósofo iluminista, nem mesmo a afabilidade seria a característica essencial do Homem, posto que um cão muitas vezes é mais sociável que um ser humano, mas é o que ele chama de *perfectibilidade* que é a sua maior característica, o que seja, a sua capacidade de suplantar os seus instintos e, agindo contra estes, por meio de sua vontade, suplantá-los e escolher aquilo que lhe seja melhor (ROUSSEAU, 2016, p. 55). Um gato posto em um pasto, por mais grama comestível ali haja, ele nunca a comerá e morrerá de inanição, diferentemente de um homem, que tem a capacidade de ir contra seu instinto para sobreviver. Um ser humano tem a capacidade de agir contra um seu instinto, uma pulsão, a sexual por exemplo, em função de alguma outra conveniência. Tal vinculação de homem e liberdade, até contra si mesmo, conforme se detalhará adiante, é um dos fundamentos do pensamento iluminista que será motor das revoluções liberais que fundaram a Nova Ordem, o atual Regime. Comparato, citando Karl Jasper, destaca que houve uma época, entre 600 e 480 a.C., em que as diversas civilizações começaram a abandonar as explicações mitológicas anteriores e a fundar suas visões de mundo em ideias e princípios gerais que passaram a balizar todo o curso posterior da história. Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutoro-Isaías em Israel, todos tiveram forte influência nas sociedades futuras, com o estabelecimento de valores ético morais (COMPARATO, 2017, p. 20).

Nesse princípio, o homem não era visto em sua individualidade. Nem mesmo na já avançada democracia ateniense, posto que, nesta, os homens que podiam participar da vida pública na sociedade não possuíam vida civil, apenas vida política, como destaca Bobbio (2016, p. 320) e Bonavides (2017, p. 289). Contudo, com a difusão do cristianismo, tem início uma nova dimensão em relação à ideia de humanidade. De acordo com a lição de Luc Ferry, uma vez que o livre arbítrio é posto como fundamento da ação moral, uma vez que a virtude reside não nos talentos individuais que são distribuídos desigualmente, mas no uso que se decide fazer deles, numa liberdade em face da qual estamos todos em igualdade, então, é óbvio que todos os homens se equivalem (FERRY, 2010, p. 102).

É assim, com Boécio, que tem início a ideia de pessoa humana, o qual, no século VI, rediscutindo o dogma proclamado pelos padres conciliadores no Concílio Ecumênico de

Niceia, em 325, sobre a natureza divina de Cristo, apresentou a definição que se tornou clássica: *persona proprie dicitur naturae rationalis individua substatia* (“diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional”). Nesse sentido, o conceito de *pessoa* deixa de ser uma exterioridade, como o era na Grécia clássica, como a máscara do teatro, passando a significar a própria substância do homem, no sentido aristotélico. A partir desse conceito medieval de pessoa, iniciou-se a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano. Tal conceito foi adotado por São Tomás de Aquino na Suma Teológica (COMPARATO, 2017, p. 32). A partir dessa ideia, inicia-se a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, em que pese a existência de diferenças individuais, grupais, biológicas ou culturais, sendo tal elaboração fundamental para o entendimento de que existem direitos próprios de cada indivíduo, direitos humanos, que não são meras construções políticas, mas são inerentes àquela ideia de pessoa humana (COMPARATO, 2017, p. 32).

Mais adiante, tem-se o refinamento da dimensão com a elaboração teórica do conceito de pessoa como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores a toda ordenação estatal. Segundo Kant, só o ser racional tem a capacidade de agir segundo uma representação de leis e princípios (COMPARATO, 2017, p. 33). Com Kant, aquela noção de homem livre desenvolvida por Rousseau chega a um patamar superior. Segundo ele, se o homem é racional e tem a capacidade de, através da vontade (uma “boa-vontade”), suplantar seus instintos e decidir o que é melhor para si, uma vez estabelecida a sua lei moral, esta não pode ser flexibilizada por interesses outros, tais como desejos corporais ou conveniências quaisquer, tal lei deve ser seguida incondicionalmente, pois somente assim o homem será livre (autonomia) (KANT, 2002, p. 85). A doutrina moral de Kant é deontológica e não teleológica, como a dos utilitaristas, por exemplo. Logo, ao definir tal imperativo interno, deve-se buscar o universalismo, ou seja, “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”, se todos fizerem o mesmo, tudo estará bem (KANT, 2002, p. 51).

Desenvolvendo ainda essa ideia de universalismo, Kant (2002, p. 59) chega à noção de respeito à humanidade, ao estabelecer o imperativo prático segundo o qual: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Daí a noção de tratamento digno a todo ser humano, cuja ofensa é um ataque não só a este, mas a toda

humanidade.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ela, diferentemente das coisas, ser considerada em si mesma, mas também na capacidade de, através da lei interna estabelecida, pela noção de autonomia que ele desenvolve, a pessoa poder guiar a si mesma. Portanto, o ser humano tem dignidade e não um preço, como acontece com as coisas (COMPARATO, 2017, p. 34).

As atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, tanto na Alemanha quanto no Japão, em que muitos seres humanos foram tratados como coisas, objeto de experiências, sem qualquer respeito à sua condição de ser humano, intensificaram os debates em relação à existência de direitos essenciais que são próprios de todo ser humano, culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Mas, retome-se a linha histórica, agora não mais em relação à construção da ideia de dignidade da pessoa humana, esta que é fundamental para a compreensão do que sejam direitos humanos, mas desde o ponto em que passaram a representar uma limitação à atuação do Estado.

1.2 A limitação da atuação do Estado e a noção de Constituição e direito fundamental

Com a queda do Império Romano após as invasões bárbaras, tem-se a formação de uma sociedade feudal. Nesse início, contudo, conforme aponta J. M. Roberts,

deve-se ter cautela com as associações com a palavra ‘governo’. Formalmente, eram uma série de reinos bárbaros, todos fundados por povos germânicos que haviam invadido o Império Ocidental a partir do século III; na verdade tratava-se de organizações tribais e da ascendência pessoal de homens poderosos, de certa forma romanizados e aos poucos cristianizados (ROBERTS, 2001, p. 341).

Após a queda do Império Romano, os grandes senhores romanos fugiram das cidades para irem morar em suas propriedades rurais, no campo, às quais acorreram os mais pobres em busca de proteção e trabalho, formando os feudos.

Porém, por volta do século XI e XII, inicia-se um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Nesse cenário duas cabeças reinantes passam a disputar o poder na Europa, o imperador carolíngio (referência a Carlos Magno, poder não clerical) e o papa. Ao mesmo tempo, os reis, que eram considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter paris*), passaram a reivindicar a absorção de poderes e prerrogativas que eram

de direito da nobreza e do clero. Justamente contra essa reconcentração houve as primeiras revoltas, como a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e principalmente a Magna Carta na Inglaterra em 1215 (João Sem Terra e Ricardo Coração de Leão) (COMPARATO, 2017, p. 58).

Nesse cenário, são promulgados documentos políticos de limitação do poder político do governante, a cada instrumento o poder central tem essas limitações cada vez mais ampliadas, sendo os principais destes:

- Magna Carta 1215 – *due process of law* / respeito à propriedade privada / criação das bases do tribunal do júri;
- Lei *habeas corpus* – 1679;
- *Bill of Rights* Inglaterra 1689 – passa ao parlamento os poderes de legislar e tributar / direito de petição;
- A Declaração de Independência de 1776;
- A Declaração de Direitos da Virgínia de 1787;
- As Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de 1793 e de 1795;
- A Constituição Francesa de 1848 (ano de publicação do Manifesto Comunista) – em que nacionalismo, trabalho e liberdade são apontados como deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora;
- A Convenção de Genebra em 1864 – direito humanitário / leis para os conflitos bélicos;
- A Constituição Mexicana de 1917, estabelecendo diversos direitos sociais;
- A Constituição Weimar de 1919, com forte influência nas instituições políticas de todo o Ocidente, difundindo os direitos sociais já constitucionalizados com a Constituição Mexicana;
- A Convenção de Genebra sobre a Escravatura de 1926;
- A Convenção de Genebra sobre os Crimes de Guerra de 1929;
- A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948;
- A Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos de 1950 – Convenção de Roma;
- Pacto Internacional de Direitos Humanos de 1966;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos 1969;

Como se vê, a Constituição surge como um instrumento de limitação do Poder no sentido de garantir as liberdades individuais. Conforme o ideal iluminista, em particular as ideias de Rousseau, o ser humano se realiza na vida civil, não na vida política, sendo assim, a liberdade é valor fundamental de sua existência, sendo indispensável para a sua realização plena. Assim, para tanto, há que se limitar a atuação do Estado, a fim de se poder agir com liberdade na vida privada (civil) (ROUSSEAU, 1999, p. 77).

Mais tarde, como se detalhará adiante, verificar-se-á que a contenção do poder do

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.4, n.4, jan./jun., 2018.

Estado não poderia ser absoluta, que este, para o asseguramento de outros direitos fundamentais, deveria assumir uma postura garantista, ou seja, ativa, contendo algumas expressões das liberdades individuais em nome do bem-estar coletivo. Desta forma, na lição de Alexandre de Moraes, os direitos humanos fundamentais "se colocam como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana" (MORAES, 2011, p. 2).

Assim, direitos humanos *stricto sensu* são aqueles albergados em instrumentos internacionais de proteção da dignidade da pessoa humana, ao passo que direitos humanos fundamentais, ou simplesmente direitos fundamentais, são esses mesmos direitos quando positivados na ordem constitucional (BONAVIDES, 2014, p. 574).

2. Classificação das dimensões de direitos fundamentais

2.1 As gerações ou dimensões de direitos fundamentais

Durante uma palestra em Estrasburgo, França, em 1979, na aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, o jurista tcheco Karel Vasak estabeleceu uma relação entre os direitos humanos e os lemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (BONAVIDES, 2014, p. 577). De tal perspectiva, os direitos teriam surgido sucessivamente, podendo-se falar em três gerações de direitos humanos, conforme o modelo exposto por Vasak.

A *primeira geração* está relacionada ao ideal de liberdade. Foram os primeiros direitos surgidos após a revolução burguesa de 1789 e têm foco no indivíduo, visando diminuir a influência do Estado na vida particular de cada cidadão. Esta geração é representada pelo Estado liberal.

A *segunda geração* está ligada ao ideal de igualdade. Ao contrário dos de primeira geração, estes requerem uma atuação positiva do Estado no sentido de lhes emprestar efetividade. Após os abusos do poder econômico havidos nas primeiras revoluções industriais, em que as condições de trabalho se mostraram aviltantes, percebeu-se que o Estado não poderia se abster por completo de intervir nas relações privadas. Forçoso é que este intervenha muitas vezes para garantir o respeito à dignidade humana. Esta geração é

representada pelo Estado social e democrático.

A terceira geração tem relação com o ideal de fraternidade (solidariedade). Após os abusos verificados na Segunda Guerra Mundial, houve uma forte comoção mundial a respeito da necessidade de proteção da humanidade como um todo, garantindo-se mínimas condições de vida para as gerações atuais e futuras. Foram propostos, nesta geração, direitos muito mais amplos, como o Direito ao meio ambiente, à paz e ao desenvolvimento. Contudo, Flávio Galdino, quanto à originalidade de tal classificação, aponta que T. H. Marshall, já em 1950, em livro intitulado *Citizenship and social class*, já apresentara tal esquema, tendo-o ainda repetido em outra obra, *Sociology at the crossroads and others essays*, esta de 1967 (GALDINO, 2005, p. 166).

Paulo Bonavides e Norberto Bobbio apresentam classificação semelhante, sendo que o primeiro àquelas gerações acrescenta uma quinta, correspondente à paz mundial (BONAVIDES, 2014, p. 595), e uma quarta, ligada ao direito de acesso à democracia, à informação e ao pluralismo, todos ligados ao “futuro da cidadania e [a]o porvir da liberdade de todos os povos”, relacionada à globalização política (BONAVIDES, 2014, p. 587). Já o segundo, Bobbio (1992, p. 6), aponta uma quarta geração ligada aos direitos relacionados à bioética e à engenharia genética e uma quinta relacionada aos direitos ligados à realidade virtual. Quanto à inadequação da denominação gerações levantada por alguns autores, como Flavio Galdino (2005, p. 170), por exemplo, esclarece Paulo Bonavides (2014, p. 586), defendendo em seu lugar o uso da terminologia dimensão:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo (BONAVIDES, 2014, p. 586 - grifos nossos).

Interessante também é a classificação apresentada pelo juiz e filósofo do direito alemão Georg Jellinek, apresentada por Robert Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* (ALEXY, 2015, p. 254). Conforme expõe Alexy (2015, p. 254), o “paradigma

de uma teoria de posições globais abstratas é a teoria dos status, de Jellinek”. Nessa perspectiva, status é uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo (ALEXY, 2015, p. 255). Desta forma, trata de uma situação jurídica do indivíduo frente ao Estado e não propriamente de direitos. Consoante aponta Paulo Farias, de acordo com Jellinek, o indivíduo trava, ao longo do tempo, uma pluralidade de relações denominadas status (FARIAS, 2005, p. 160). Assim, Jellinek diferenciava quatro status, como aponta Alexy: o status passivo (*status subiectionis*), o status negativo (*status libertatis*), o status positivo (*status civitatis*) e o status ativo (status da cidadania ativo) (ALEXY, 2015, p. 255).

O status passivo é a sujeição do indivíduo ao Estado na esfera das obrigações individuais. Consubstancia-se em uma obrigação ou uma proibição aos indivíduos.

O status negativo é quando o indivíduo é senhor de seus atos, estando livre da influência do Estado, que não exerce o seu *imperium*. Tratam de ações dos indivíduos que são irrelevantes para o Estado e não geram efeitos juridicamente relevantes. Pode ser relacionado às liberdades negativas dos direitos de primeira geração.

O status positivo é a capacidade de o indivíduo exigir prestações positivas do Estado, quando este lhe reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as suas instituições.

O status ativo é a capacidade ou competência para agir influenciando diretamente nos rumos do Estado, como ocorre com o direito de votar. Contudo, consoante ainda destaca Bobbio (1992, p. 5), as gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais não são estáticas porque os direitos humanos não o são. Estes surgem à medida que a sociedade se desenvolve em um processo histórico evolutivo. Tal é também o entendimento de Comparato, para quem

[a] consciência ética coletiva, como foi várias vezes assinalado aqui, amplia-se e aprofunda-se com o evoluir da história. A exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos (COMPARATO, 2017, p. 80)

2.2 Os direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração) têm seu fundamento na liberdade. Logo após a eclosão da revolução que derrubou o *Ancien Régime* (e mesmo durante esse processo, em algumas localidades), a desconfiança em relação ao poder

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.4, n.4, jan./jun., 2018.

representado pelo Estado, fez com que se buscasse, tanto quanto fosse possível, a mitigação de tal influência. Desta forma, a primeira expressão dos direitos fundamentais guardou relação com a liberdade do cidadão, no sentido de se frear a influência do Estado, a sua intervenção, na vida civil. Era o Estado liberal.

Conforme destacam Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

O Estado liberal clássico, diante de sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o objetivo era dar tratamento igual às pessoas apenas no sentido formal. A lei deveria ser ao mesmo tempo, ‘clarividente e cega’ (Montesquieu, *Do espírito das leis*, p. 160). Este tratamento igualitário é que garantiria a liberdade dos indivíduos.

É claro que essa intenção teve repercussão sobre o Estado-juiz, uma vez que de nada adiantaria “formatar” a atividade do legislador e permitir ao juiz interpretar a lei em face da realidade social. Dizia Montesquieu, então, que o julgamento deveria ser apenas “texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos” (Montesquieu, *Do espírito das leis*, p. 158-160). (ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 25).

Com assento no pensamento iluminista, particularmente de Locke e Kant, a liberdade se constituiu em valor fundamental do homem que somente se realiza longe das amarras do Estado. Essa ideia é a semente do liberalismo. Conforme destaca Paulo Farias (2005, p. 165), de conformidade com a concepção jusnaturalista então em voga, os homens são livres por natureza e possuem direitos inatos, anteriores e, assim, acima do poder público.

Como se vê, percebe-se um forte foco no indivíduo, pois somente nessa dimensão o homem se realiza, diferentemente do homem político clássico (ROUSSEAU, 1999, p. 77). No contexto dos séculos XVII e XVIII, em que a nova classe burguesa buscava a sua afirmação, esse lema da liberdade foi associado à questão dos direitos civis e políticos (FARIAS, 2005, p. 165). Assim, a constituição surge como uma carta de direitos, liberdades contra o Estado, para se assegurar uma existência plena aos cidadãos fundada na liberdade.

2.3 Os direitos fundamentais de segunda dimensão

Em que pese a destacada ascensão do indivíduo na História, a consequente perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou-o muito mais suscetível às vicissitudes da vida. Em troca, a sociedade liberal lhe ofereceu a segurança da lei, com a oferta de igualdade de todos perante esta. Contudo, essa isonomia logo se revelou inútil diante das relações entre empregadores e empregados, estes últimos os quais, considerados na letra fria da lei iguais àqueles, viram-se forçados a sujeitarem-se a todo tipo de exploração, de maneira que, diante do Estado absenteísta, não podiam obter proteção de fato (COMPARATO, 2017, p. 65).

No *Manifesto* de 1848, Marx e Engels (2002, p. 51) atribuem à palavra proletariado, que, na Roma antiga, significava o cidadão pobre que era apenas útil à República para gerar “prole” (filho), que futuramente serviria à pátria, novo significado, passando a representar um quarto Estado, ao lado da burguesia, conforme a pintura homônima do pintor italiano Giuseppe Pellizza da Volpedo. De acordo com o criador do materialismo histórico, o proletariado era “a classe dos operários modernos, que vivem apenas na medida em que encontram trabalho e que só encontram trabalho na medida em que o seu trabalho aumente o capital.” (MARX; ENGELS, 2002, p. 51).

Conforme já permitia antever a crítica de Marx, verificou-se que a liberdade desacompanhada de seguridade social, direitos laborais e econômicos, salário justo, cultura, educação, não era liberdade mesmo (FARIAS, 2005, p. 170). Tal circunstância agrava-se ainda mais com o desenvolvimento da Revolução Industrial, que, diante da abstenção do Estado em intervir nas relações privadas, torna as condições de trabalho vis para os empregados, abandonados à própria sorte na negociação com os empregadores, os quais, diante da oferta de mão de obra bastante superior à sua procura, submetiam aqueles a condições degradantes de labor.

Em um ambiente de grande desemprego, as discussões para a aprovação da Constituição Francesa de 1848 tiveram grande resistência para a aprovação da reintrodução dos direitos sociais declarados em 1791 e 1793 no texto constitucional. As discussões mais acaloradas trataram do reconhecimento do direito do trabalho, tendo Adolfo Thiers qualificado-o como “uma heresia, uma teoria falsa, já condenada pela experiência” (THIERS apud COMPARATO, 2017, p. 180). Em que pese tal ambiente, o estabelecimento pela Constituição Francesa de 1848 de deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora

e os necessitados em geral representou significativo avanço (COMPARATO, 2017, p. 182).

Já em 1891, a Igreja Católica se pronuncia quanto à questão dos trabalhadores na Encíclica *Rerum Novarum*:

Por toda a parte, os espíritos estão apreensivos e numa ansiedade expectante, o que por si só basta para mostrar quantos e quão graves interesses estão em jogo. Esta situação preocupa e põe ao mesmo tempo em exercício o génio dos doutos, a prudência dos sábios, as deliberações das reuniões populares, a perspicácia dos legisladores e os conselhos dos governantes, e não há, presentemente, outra causa que impressione com tanta veemência o espírito humano.

É por isto que, Veneráveis Irmãos, o que em outras ocasiões temos feito, para bem da Igreja e da salvação comum dos homens, em Nossas Encíclicas sobre a soberania política, a liberdade humana, a constituição cristã dos Estados [*] e outros assuntos análogos, refutando, segundo Nos pareceu oportuno, as opiniões errôneas e falazes, o julgamos dever repetir hoje e pelos mesmos motivos, falando-vos da Condição dos Operários. Já temos tocado esta matéria muitas vezes, quando se Nos tem proporcionado o ensejo; mas a consciência do Nosso cargo Apostólico impõe-Nos como um dever tratá-la nesta Encíclica mais explicitamente e com maior desenvolvimento, a fim de pôr em evidência os princípios duma solução, conforme à justiça e à equidade. O problema nem é fácil de resolver, nem isento de perigos. E difícil, efectivamente, precisar com exactidão os direitos e os deveres que devem ao mesmo tempo reger a riqueza e o proletariado, o capital e o trabalho. Por outro lado, o problema não é sem perigos, porque não poucas vezes homens turbulentos e astuciosos procuram desvirtuar-lhe o sentido e aproveitam-no para excitar as multidões e fomentar desordens (PAPA LEÃO XIII, 1891).

Em 1917, sob a influência da Revolução Mexicana e do Movimento Zapatista, o México promulga a sua nova constituição, em que, pela primeira vez, atribuiu-se aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais e os políticos, conforme seus arts. 5º e 123, este último com o rol detalhado de garantias. Tal texto político é de suma importância, posto que a consideração de direitos sociais como direitos humanos era duramente criticada nos Estados Unidos e tal visão só ganhou espaço com o fim da primeira grande guerra (1914-1918). A Constituição Weimar, de 1919, seguiu esse mesmo caminho, ao tempo em que as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho regulavam matérias que já haviam sido tratadas na Constituição Mexicana, tais como, a idade mínima de admissão dos empregados nas fábricas, a limitação da jornada de trabalho, a proteção à maternidade, o desemprego e o trabalho noturno dos menores na indústria (COMPARATO, 2017, p. 190).

Entre a promulgação dessas duas cartas políticas, eclode a Revolução Russa, com Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.4, n.4, jan./jun., 2018.

forte impacto na comunidade internacional. Com a adoção da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado pelo III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, em Moscou, em 17 de janeiro de 1918, “são afirmadas e levadas às suas últimas consequências, agora com apoio na doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo econômico quanto no político” (COMPARATO, 2017, p. 190).

Diante da ameaça descrita na primeira quadra do preâmbulo do *Manifesto do Partido Comunista* de Marx e Engels, após todos esses eventos, o Estado liberal se vê forçado a suavizar o conceito de Estado absenteísta, saindo de sua passividade e passando a admitir a interferência estatal para regulação dos campos econômico e social. No campo do direito, a relação formal indicada por uma lei geral e abstrata é flexibilizada, passando-se a admitir leis de índole programáticas, a igualdade apenas formal já não é suficiente, passa-se a almejar a material também (FARIAS, 2005, p. 172). Assim, as novas constituições havidas após a Primeira Guerra Mundial passam a incluir em seu ordenamento os direitos sociais no rol de direitos fundamentais. De acordo com o que impõe o art. 151 da Constituição Weimar: “a vida econômica deve ser organizada conforme os princípios de Justiça, objetivando garantir a todos uma existência digna” (FARIAS, 2005, p. 173).

Nos Estados Unidos, após o *crash* da Bolsa de Nova Iorque, de 1929, forma-se um ambiente favorável à suavização da rígida política liberal estadunidense, tendo este encontrado na doutrina de John Maynard Keynes, com a publicação de sua obra *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda* (*General theory of employment, interest and money*), em 1936, o suporte teórico necessário à implantação de uma postura mais intervencionista naquela nação. Keynes defendia uma política macroeconômica que exigia uma atuação mais direta do Estado, através do protecionismo e do equilíbrio econômico, garantia de pleno emprego, investimento de capital do governo, equilíbrio entre a demanda e a produção, intervenção estatal na economia redução da taxa de juros e benefícios sociais.

Com a eclosão de sindicatos e partidos políticos de massa, consequência da universalização do voto, estabeleceu-se um ambiente favorável, especialmente na década de 30 do século XX, ao avanço das demandas sociais, o que leva o Estado a estabelecer políticas que tratam da questão da seguridade, da saúde e da regulamentação do trabalho (FARIAS, 2005, p. 171). Assim, o Estado liberal deixa a sua postura passiva para se tornar o Estado de bem-estar social, ou simplesmente Estado social, mais ativo na defesa de uma igualdade

material e na garantia de um ambiente mais digno para seus cidadãos.

Conforme destaca Matteucci (2016, p. 354), o caráter inicial individualista da Declaração que expressava a desconfiança do indivíduo em relação ao Estado e contra todo tipo de poder, o orgulho deste que buscava construir seu mundo por si próprio, estabelecendo relações com os outros em um plano apenas formal, contratual, foi superado diante da constatação de que não se pode viver isoladamente, de que o homem é um ser social que vive em determinado contexto e para o qual a cidadania é uma circunstância apenas formal se comparada à sua existência real. O indivíduo não é tão autossuficiente quanto o pensavam os iluministas, mas, ao contrário, é frágil, inseguro e indefeso. A dimensão puramente individual foi superada pela necessidade de se agregar a esta uma outra social, garantidora ativa de novas liberdades, particularmente significativa quando se trata de minorias (religiosas, linguísticas, étnicas, etc.) e de marginalizados (velhos, doentes, encarcerados, mulheres etc). Tudo decorrente do princípio da igualdade (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2016, p. 354).

2.4 Os direitos fundamentais de terceira dimensão

Conforme destaca Paulo Farias, citando Ingo Sarlet (SARLET 2001 *apud* FARIAS, 2005, p. 180), os direitos de terceira dimensão deixam o foco do indivíduo, tratado nas dimensões analisadas anteriormente, para se dirigir aos grupos humanos, tais como a família, o povo, a nação, sendo, portanto, direitos de titularidade difusa ou coletiva. Segundo assinala Bonavides (2014, p. 583), tais direitos não são dirigidos a interesses de um indivíduo determinado (nem de certo grupo ou Estado em específico), mas têm como destinatários o gênero humano como um todo. Por sua natureza, tais direitos transcendem o tempo, não se voltando a nenhum grupo em particular. Até mesmo os que nem nasceram são considerados.

Seu conteúdo é de natureza não patrimonial, tratando de dois aspectos essenciais, a qualidade de vida e uma ideia de igualdade como um direito à integração. Também possuem uma dimensão temporal que destaca ainda mais o seu caráter “anônimo”, no que diz respeito à titularidade (FARIAS, 2005, p. 183). Em resumo, a perspicaz caracterização de Paulo Farias (2005, p. 185), que destaca quatro palavras chaves para configurar tais direitos: homem-humanidade, titularidade anônima, existência transgeracional e qualidade de vida. Pertencem a tal espécie de direitos fundamentais, conforme Bobbio (1992, p. 12), a proteção

a um ambiente protegido, à paz internacional, à comunicação, ao desenvolvimento, os do consumidor, entre outros.

Quanto ao meio ambiente, no Brasil, muito embora tenham surgido alguns diplomas legais que conferiam proteção ambiental, tais como o Código Florestal de 1934, o Código de Águas do mesmo ano e o Código da Pesca de 1938, estes tinham um viés mais econômico, na busca da proteção de recursos hídricos e florestais (SILVA; FARIAS, 2017).

Com a publicação do livro Primavera Silenciosa (*Silent Spring*), em 1962, de Rachel Carson, que chamava a atenção para os perigos do DDT como pesticida, amplamente utilizado para a se ampliar a capacidade de produção de alimentos. Tal denúncia destacou os riscos da intervenção humana sem critérios na natureza. Além de expor os efeitos do DDT, a autora ainda acusou a indústria química de espalhar informações inverídicas e a maneira pouco crítica que tais informações eram recebidas.

Eventos como o despejo de efluentes industriais, sobretudo mercúrio, na Baía de Minamata, no Japão, desde 1930, que causaram, naqueles que consumiam os peixes do local, degeneração do sistema nervoso, cujo primeiro diagnóstico ocorreu em 1956, problema este que é transmitido geneticamente, acarretando deformação nos fetos, chamaram a atenção do mundo para a importância da responsabilidade ambiental.

Em 1974, na pequena cidade de Flixborough, no condado de Humberside, região nordeste da Inglaterra, uma violenta explosão na planta de produção de caprolactama da fábrica da empresa Nypro Factory Ltd., seguida de incêndio, destruiu totalmente as instalações fabris. Mais de 1.800 habitações e cerca de 167 estabelecimentos comerciais num raio de 13 quilômetros do local foram danificados. Os incêndios resultantes da explosão assolaram a área por mais de 10 dias. O número de mortos chegou a 28, sendo que, destes, 18 trabalhadores morreram no centro de controle de operação, devido ao colapso do edifício. Mais de 104 pessoas ficaram feridas. (CETESB, [n.i.]

Em 1976, em Seveso, cidade italiana perto de Milão, o superaquecimento de um dos reatores da fábrica de desfolhantes, que produzia o tristemente famoso agente laranja da Guerra do Vietnã, liberou densa nuvem que, entre outras substâncias, continha dioxina, produto químico altamente venenoso. A nuvem baixou ao nível do solo, atingindo um setor da cidade com 40 residências e voltou a subir. Em pouco tempo, começaram a morrer animais domésticos e, dias depois, os moradores, principalmente crianças, que apresentavam sintomas de grave intoxicação (KLEINE-BROCKHOFF, 2019).

Em 1984, uma “falha no equipamento” foi a explicação dada para o vazamento de 40 toneladas de isocianato de metila, gás altamente venenoso que matou 3.300 pessoas, além de bois, cães e aves, na cidade de Bhopal, na Índia. Essa substância era utilizada pela Union Carbide para fabricar agrotóxicos. Dos cerca de 680.000 habitantes de Bhopal na ocasião, 525.000 foram afetados, muitos gravemente, causando muitas mortes. A fábrica de pesticida onde ocorreu o vazamento foi imediatamente fechada pelo governo indiano e Bhopal, semanas depois da tragédia, estava praticamente vazia. A indenização às vítimas foi indiscutivelmente ínfima: 90% receberam em torno de 430 dólares e outros 200 mil afetados nem foram indenizados (SOUZA, 2010).

Em 1986, Ulrich Beck (2011), publica o livro *Sociedade de risco*, chamando a atenção para tal problema e destacando que o mal é oculto. Diferentemente de riscos como os da violência urbana ou os da fome, por exemplo, o mal da ameaça ecológica é invisível, muitas vezes exigindo conhecimentos que não são comuns para a sua identificação.

Assim, em meio a esses acontecimentos, a ONU resolveu realizar uma conferência de chefes de Estado na capital sueca em 1972, na qual foi concebido um importante documento político, a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Organização das Nações Unidas - ONU, 1972).

2.4.1 Meio ambiente do trabalho como direito fundamental

De forma vanguardista, a carta política brasileira de 1988 apresenta como direito fundamental a proteção ao meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII). O meio ambiente do trabalho é o local onde o trabalhador desenvolve suas atividades (SIRVINSKAS, 2016, p. 875). Contudo, conforme ressalva Júlio César de Sá da Rocha, este:

Não se limita ao empregado; todo trabalhador que cede sua mão de obra exerce sua atividade em um ambiente de trabalho. Diante das modificações por que passa o trabalho, o meio ambiente laboral não se restringe ao espaço interno da fábrica ou da empresa, mas se estende ao próprio local de moradia ou ao ambiente urbano. Muitos trabalhadores exercem suas atividades percorrendo ruas e avenidas das grandes cidades como, por exemplo, os condutores de transportes urbanos (ROCHA, 1997, p. 30).

Destacam Antônio Silva e Paulo Farias (2017) que a Magna Carta de 1988 valeu-se de uma expressão propositalmente genérica, meio ambiente, para, assim, tutelar, além

do meio ambiente natural, o artificial, o cultural e o do trabalho. Nesse contexto, o direito a um meio ambiente laboral foi alçado ao patamar constitucional, sendo, portanto, um direito fundamental.

3. O direito de greve como direito fundamental

Conforme lição de Sergio Pinto Martins:

A greve pode ser considerada antes de tudo um fato social, estudado também pela Sociologia. Seria um fato social que não estaria sujeito à regulamentação jurídica. Representa uma forma de pressão dos trabalhadores sobre o empregador para que este atenda suas reivindicações. A greve de fome é um comportamento individual que não tem relação com o trabalho. Ocorre que da greve resultam efeitos que vão ser irradiados nas relações jurídicas, havendo, assim, necessidade de estudo por parte do Direito. Num conceito amplo, a greve é um risco a que o trabalhador se sujeita (MARTINS, 2017, p. 23).

Por sua vez, o art. 2º da Lei n.º 7.783/1989 define que o legítimo exercício do direito de greve é a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador. Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 1457) conceitua greve como sendo “um direito individual de exercício coletivo, manifestando-se como *autodefesa*”. Conforme ensinamento desse autor, a palavra greve “parece referir-se a uma praça de Paris na qual os operários se reuniam quando paralisavam os serviços. Nesse local acumulavam-se gravetos (de onde surgiu o nome *grève*), trazidos pelas enchentes do Rio Sena” (NASCIMENTO, 2014, p. 1454). De acordo com tal doutrinador, as greves contribuíram para o nascimento do direito do trabalho, pois os inconvenientes por estas gerados ocasionaram reações, tendo inclusive sido considerada delito penal em alguns Estados. Os primeiros funcionários públicos a fazer greve foram duramente penalizados em 1906 e 1907 (NASCIMENTO, 2014, p. 1455). No Brasil, o Código Penal de 1890 proibiu a greve, mesmo a pacífica, influenciado pelo código penal italiano de 1889.

Quanto à atual ordem jurídica, Amauri Mascaro Nascimento aponta que:

A Constituição Federal de 1988 (art. 9º) trouxe alterações até certo ponto expressivas, modificando em alguns aspectos, o sistema até então existente e que em nenhum momento conseguiu eficácia. Ao contrário, as inúmeras proibições de greve nunca foram obedecidas pelos sindicatos, como fica

demonstrado pelas diversas greves políticas, de solidariedade, em atividades essenciais, nos serviços públicos e sem o cumprimento das formalidades legais, que foram realizadas em todo o País, o que mostra que a lei não é um instrumento capaz de evitar ou paralisar greves. As proibições *a priori* constantes da Lei n. 4.330, de 1964, e da Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, foram substituídas pela ampla autorização da greve, admitida pela Constituição de 1988, que consagra o *princípio da responsabilidade* fundado no abuso de direito, com que um novo ponto de equilíbrio caracterizou o modelo. O direito de greve alcançou extensão jurídica nunca igualada nas Constituições anteriores, uma vez que compete aos trabalhadores definir a oportunidade e os interesses a defender por meio dele (NASCIMENTO, 2014, p. 1464).

Desta forma, o direito de greve, na nova ordem, consubstancia-se em importante direito de autodefesa dos trabalhadores constitucionalmente previsto, sendo, portanto, assim um direito fundamental do trabalho.

4. O direito a um meio ambiente do trabalho como um direito fundamental

Conforme ressalta Cabanellas (1968 *apud* NASCIMENTO, 2014, p. 882) citado por Amauri Mascaro Nascimento, é inadmissível o sacrifício de vidas humanas pela simples necessidade de se aumentar a produção ou de melhorá-la. O empregador tem a obrigação de primeiramente garantir que as atividades laborais se desenvolvam em um ambiente moral e rodeado de segurança e higiene compatíveis com a dignidade da pessoa humana, fundamento último das atuais ordens jurídicas.

A Constituição Federal de 1988 prescreve que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196, *caput*). Nesse sentido, o art. 200 da lei fundamental estabelece que compete ao Sistema Único de Saúde colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Assim, pode-se dizer, seguindo lição de Leila Maria de Souza Jardim que meio ambiente laboral caracteriza-se, pois, como a soma das influências que afetam diretamente o ser humano, desempenhando aspecto chave na prestação e performance do trabalho. Pode-se, simbolicamente, afirmar que o meio ambiente de trabalho constitui o pano de fundo das complexas relações biológicas, psicológicas e sociais a que o trabalhador está submetido (JARDIM, 2014). Mais uma vez retomando a lição de Amauri Mascaro Nascimento, tem-se

que meio ambiente do trabalho:

(...) é, exatamente, o complexo máquina-trabalho; as edificações, o estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho etc. (NASCIMENTO, 2014, p. 882).

Desta forma, dada a sua íntima ligação com a dignidade humana e a sua previsão constitucional, não resta dúvida quanto à sua natureza de direito fundamental.

5. O direito de greve dos servidores públicos

De acordo com a interessante digressão histórica apresentada por Sérgio Pinto Martins (2017, p. 20) em sua obra que trata do tema da greve no serviço público, na Carta Política de 1967, a greve no serviço público era proibida (art. 157, §7º), sendo tal disposição repetida na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, em seu art. 162. Antes ainda, no texto da lei de greves anterior, a Lei n.º 4.330/1964, era vedado o exercício do direito de greve por funcionários e servidores da União, Estados, Territórios, Municípios e autarquias. Nessa época, Amador Paes de Almeida (1964, p. 39) defendia que “como agentes do Estado [os funcionários públicos] não poderiam, sob pena de negação do próprio Estado, participar de qualquer movimento grevista”.

Ainda conforme a análise histórica de Sérgio Pinto Martins (2017, p. 20), o primeiro substitutivo na Comissão de Sistematização da Constituinte, de agosto de 1987, em seu art. 69, prescrevia que: “são assegurados, na forma da lei, ao servidor público civil o direito à livre associação sindical e o de greve”. Já o segundo substitutivo, de setembro de 1987, determinava em seu art. 44, §6º, que “são assegurados ao servidor público civil o direito à livre associação sindical e o de greve, observado o disposto nos artigos 9º e 10 desta Constituição”. Em julho de 1988, o Projeto B proibia a greve para os militares, não a proibindo em relação aos servidores públicos civis. O Projeto C, enfim, na redação final da Comissão de Redação, prescreveu em seu art. 36, VII, que “o direito de greve [dos servidores públicos civis] será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”. Tal

disposição foi a redação final do texto aprovado pela Constituinte, em seu art. 37, VII.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional n.º 19/1998, alterou-se a redação tanto do *caput* quanto do indicado inciso VII do art. 37 do texto constitucional, passando este à seguinte disposição: “art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988) e, também, ao seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Nessa esteira, o que seria a lei específica a que alude o constituinte derivado em substituição à antiga redação que se referia a lei complementar? Sergio Pinto Martins pontua, em uma interpretação sistemática quanto a tal adjetivação da lei, ao comparar tal requisito com a exigência do §6º do art. 150 do texto constitucional que também requer lei específica, mas esta para a concessão de remissão, bem como quanto à referência a lei específica feita pelo art. 155-A do CTN, em ambos os casos a norma principal é complementada por leis de cada ente da federal: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Sendo assim, conclui o autor, tal lei específica é lei estabelecida pelo ente federativo ao qual está vinculado o servidor (MARTINS, 2017, p. 22).

Contudo, tal lei específica ainda não foi expedida pelo legislador. Em tal contexto, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello que a greve dos servidores públicos:

(...) é exercitável desde logo, antes mesmo de editada a sobredita norma complementar [*atualmente norma específica*], que lhe estabelecerá os limites. Trata-se de norma de eficácia contida, segundo a terminologia adotada por José Afonso da Silva. Advirta-se, apenas, que a greve não poderá deixar sem atendimento ‘necessidades inadiáveis’ da comunidade, a serem identificadas segundo um critério de ‘razoabilidade’, pois a obrigação de supri-la está constitucionalmente prevista, até mesmo para os trabalhadores em geral, conforme §1º do art. 9º (MELLO, 1991, p. 101).

A seu turno, o STF, ao julgar o MI 670/ES, o MI 708/DF e o MI 720/PA, assim pronunciou-se em relação à falta de tal normativo regulamentador do direito fundamental, pois “o Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber.”

Merece especial destaque a ementa do julgamento do MI 708/DF, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, em que restou consignado que “não se pode atribuir amplamente

ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado”. Assim, por meio desse mandado de injunção, assegurou-se o direito de greve no serviço público com a aplicação, no que lhe for compatível, da Lei nº 7.783/1989.

Como se vê, agiu em conformidade com a moderna hermenêutica constitucional o STF ao reconhecer que a omissão do legislador não poderia anular os direitos fundamentais constitucionalmente previstos para os servidores públicos, tendo suprido tal lacuna com o emprego da Lei de Greves da iniciativa privada.

6. Do direito de greve para reivindicar melhores condições de trabalho

Como já apresentado no tópico anterior, é lícito aos servidores públicos reivindicarem seus direitos por meio da greve, quando não for possível alcançar consenso pelas vias negociais, sendo-lhes aplicável para tanto o regramento da Lei nº 7.783/1989. Conforme a lição de Sérgio Pinto Martins (2016, p. 1242), dentre os diversos tipos de greves admitidas, há a *greve ambiental*, que “é para proteger e preservar o meio ambiente do trabalho”, sendo esta uma das chamadas greves políticas.

Como o direito a um meio ambiente saudável é da espécie dos direitos fundamentais de terceira dimensão, sendo da natureza destes seu caráter transindividual e transgeracional, como supra exposto, a greve para reivindicar melhores condições de trabalho é ferramenta de defesa de direitos que proporciona a proteção das futuras gerações de trabalhadores. Inclusive, esta é a origem do Direito do Trabalho, decorrente das lutas históricas dos trabalhadores na defesa de melhores condições de trabalho e de mais dignidade em seu tratamento.

Considerações finais

De todo o exposto, permite-se concluir que a greve é um importante instrumento de pressão para a conquista de melhores condições de trabalho. O seu surgimento decorre de um longo processo histórico que começa com a luta em favor das ideias que defendiam inicialmente a limitação do poder e que, durante esse processo, chegou à defesa dos direitos do Homem a partir de uma atividade positiva do Estado na garantia destes.

No desenvolvimento dessas ideias, chega-se aos direitos fundamentais de terceira dimensão, que não têm mais seu foco no indivíduo, seja na busca de uma posição absenteeísta do Estado (direitos de primeira dimensão), seja na defesa ativa de direitos que devem ser assegurados igualmente a todos como condições mínimas de uma existência humana digna (direitos de segunda dimensão), mas aqueles (os de terceira dimensão) são direitos difusos ou coletivos, transindividuais, que não se prestam à defesa de um indivíduo em particular, mas de toda a humanidade.

Tais direitos em favor da dignidade humana, no ambiente de trabalho, têm proteção constitucional assegurada, consubstanciando-se, portanto, em direitos fundamentais.

Em tal perspectiva, a defesa de melhores condições ambientais de trabalho por meio da grave ambiental é direito fundamental que deve ser respeitado, seja no setor privado, seja no serviço público, admitidas apenas as restrições legais estabelecidas e desde que estas também não esvaziem inteiramente o conteúdo de tais direitos fundamentais.

Referências

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

_____. **Decreto-Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Mandado de Injunção nº 708. SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe-206, 30 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>> . Acesso em: 7 fev. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Amador Paes de. **A nova lei de greve**. São Paulo: Hemeron, 1964.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.

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

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília: UnB, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CABANELLAS, Guillermo. **Derechos de los riesgos del trabajo**. Buenos Aires: Omeba, 1968.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1969.

CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Flixborough. **Análise de Risco Tecnológico**, [ni]. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/analise-risco-tecnologico/grandes-acidentes/flixborough/>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Paulo José Leite. **Água: bem jurídico ou ecológico**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FERRY, Luc. **Aprendendo a viver: filosofia para os novos tempos**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

GALDINO, Flavio. **Introdução à teoria dos custos do direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JARDIM, Leila Maria de Souza. O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável. **DireitoNet**. [ni], 2 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8873/O-direito-fundamental-do-trabalhador-ao-meio-ambiente-de-trabalho-saudavel>>. Acesso em: 7 fev. 19.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KLEINE-BROCKHOFF, Moritz (gh). 1976: Explosão provoca vazamento de dioxina em Seveso. **Deutsche Welle**, Bonn, 2019. Disponível em: <<https://p.dw.com/p/3efT>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Crus; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Greve do servidor público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ONU. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. Disponível em <<http://www.un-documents.net/unchedec.htm>>. Acesso em 13 jun. 18.
- PAPA LEÃO XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html> . Acesso em: 15 jun. 18.
- ROBERTS, J. M. **O livro de outro da história do mundo**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito ambiental e meio ambiente do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2016.
- _____. **Do contrato social**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.
- SILVA, Antônio Braga da; FARIAS, Paulo José Leite. O meio ambiente do trabalho como nova diretriz constitucional da tutela ambiental: o contraste entre o ideal constitucional e a realidade brasileira. **Revista do Direito Público**. Londrina, v. 12, n. 1, p. 144-174, abr. 2017.
- SOUZA, Lília Alves de. Gás tóxico em Bhopal. **Brasil Escola**. Goiânia, 15 jan. 2010. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/quimica/gas-toxico-bhopal.htm>>. Acesso em 08 de fevereiro de 2019.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

APOSENTADORIA ESPECIAL E A CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES NOCIVAS À SAÚDE OU INTEGRIDADE FÍSICA

Bruno Paiva Gouveia

Doutorando e mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); advogado; professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB).

51

Ulisses Borges de Resende

Doutor e mestre em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB); professor da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário IESB.

SUMÁRIO: 1. A concessão de aposentadoria especial e a possibilidade de o trabalhador continuar exercendo atividades nocivas à saúde ou integridade física; 1.1 Possibilidade de cancelamento do benefício especial pelo INSS caso o segurado permaneça exercendo atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física; 1.2 Possibilidade de o segurado permanecer exercendo atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física após a concessão de aposentadoria especial; 2. Conclusão; 3. Referências.

1. A concessão de aposentadoria especial e a possibilidade de o trabalhador continuar exercendo atividades nocivas à saúde ou integridade física

A legislação previdenciária garante ao segurado que tiver laborado em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o direito a aposentadoria com um tempo menor de contribuição, denominada de aposentadoria especial²⁵.

²⁵ CF/88 - Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#) (...) § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.” - Lei 8.213/91 - Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

O presente artigo tem por objeto a análise acerca da possibilidade de o beneficiado pela aposentadoria especial continuar exercendo atividades nocivas à saúde ou integridade física, tendo em vista o disposto no art. 46, c/c art. 57, § 8º, da Lei 8.213/1991.

Dispõem os artigos 46 e 57, § 8º, da Lei 8.213/1991:

Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.

(...)

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

(...)

§ 8º. Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

O tema já é conhecido pelas Instâncias Ordinárias e Cortes Superiores e comporta diferentes entendimentos jurisprudenciais, como veremos a seguir.

1.1 Possibilidade de cancelamento do benefício especial pelo INSS caso o segurado permaneça exercendo atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física

Inicialmente, importante destacar que há precedentes do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a aposentadoria especial é um benefício *sui generis*, distinguindo-se dos demais benefícios previdenciários e, portanto, seria possível o cancelamento da aposentadoria especial quando há o retorno do empregado à atividades insalubres ou de risco à integridade física.

Nesse sentido, confira-se a ementa do Acórdão exarado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho no autos do Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-87-86.2011.5.12.0041:

EMBARGOS. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ARTIGO 57 DA LEI Nº 8.213/1991. MAQUINISTA. CONTATO COM RUÍDO. EFEITOS. MULTA DE 40%

DO FGTS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 361 DA SBDI-1 DO TST. 1. Consolidou-se o entendimento, no âmbito do TST, de que o empregado que se aposenta voluntariamente e continua prestando serviços ao empregador, em caso de ulterior dispensa imotivada faz jus ao pagamento da multa de 40% sobre todos os depósitos do FGTS, inclusive em relação ao período posterior à concessão da aposentadoria (Orientação Jurisprudencial nº 361 da SbDI-1). 2. A aposentadoria especial prevista nas normas dos artigos 201, § 1º, da Constituição Federal e 57 e seguintes da Lei nº 8.213/1991 constitui benefício sui generis, que o distingue dos demais benefícios previdenciários. 3. A Lei Previdenciária, por razões óbvias relacionadas à preservação da integridade do empregado, categoricamente veda a permanência no emprego após a concessão da aposentadoria especial, ao menos na função que ensejou a condição de risco à saúde, sob pena de automático cancelamento do benefício (arts. 46 e 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91). 4. Contraria a Orientação Jurisprudencial nº 361 da SbDI-1 do TST, por má aplicação, acórdão turmário que acolhe pedido de pagamento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, relativamente a contrato de trabalho cuja rescisão deu-se por iniciativa do empregado, por força da concessão de aposentadoria especial, reconhecida mediante decisão emanada da Justiça Federal, com efeitos retroativos, em face do contato, por longos anos, com agente nocivo - ruído intenso. 5. Embargos de que se conhece, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 361 da SbDI-1 do TST, em face de má aplicação, e a que se dá provimento.”²⁶

No mesmo sentido, existem precedentes de julgamentos ocorridos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, determinando o cancelamento da aposentadoria especial quando o beneficiário continuar exercendo trabalho insalubre ou de alta periculosidade:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES NOCIVAS. CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO PELO INSS. POSSIBILIDADE. 1. O Impetrante obteve sentença de procedência em mandado de segurança, concedendo em seu favor aposentadoria especial, que foi implantada e posteriormente cessada, ante a constatação de que manteve o exercício da atividade considerada insalubre após a aposentadoria. 2. Conforme §6º, do artigo 57, da Lei 8.213/91, é vedado ao segurado aposentado continuar exercendo as atividades que o sujeitem aos agentes nocivos. Ainda, o artigo 46, do referido diploma legal, prevê o cancelamento da aposentadoria concedida ao segurado especial que retornar voluntariamente à atividade. O afastamento previsto pela norma visa a proteção do trabalhador dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou a associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, que já foram considerados para

²⁶ Cfr. E-ED-RR - 87-86.2011.5.12.0041 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de julgamento: 28/05/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015.

fins de concessão da aposentadoria especial, não podendo o benefício ser cumulado com a renda do trabalho. 3. A determinação de cessação do benefício, assim, não viola direito líquido e certo do impetrante, estando consentânea com comando legal cuja inconstitucionalidade não foi declarada e nem mesmo arguida. 4. Remessa Oficial e Apelação do INSS providos. A Câmara, à unanimidade, DEU PROVIMENTO AO APELO DO INSS E À REMESSA OFICIAL, reformando a sentença recorrida, para denegar a segurança.²⁷

Como se percebe, há precedentes recentes que aplicam a literalidade do disposto no artigo 57, § 8º da Lei 8.213/91, e determinam o cancelamento do benefício pelo INSS caso o segurado continue laborando em atividades nocivas à saúde ou integridade física.

1.2 Possibilidade de o segurado permanecer exercendo atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física após a concessão de aposentadoria especial

Por outro lado, é discutível a constitucionalidade do artigo 57, § 8º da Lei 8.213/91, tendo em vista que tal dispositivo poderia implicar em violação à princípios e garantias fundamentais esculpidas na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sessão de julgamento realizada em 24/05/2012, declarou a inconstitucionalidade do art. 57, § 8º da Lei 8.213/91 na Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.404.0000, por maioria de votos.

O voto-condutor, do Desembargador Ricardo Teixeira do Valle, baseou-se, primordialmente, em dois pontos para pronunciar a inconstitucionalidade da norma supracitada: a violação do valor social do trabalho e da livre iniciativa, previsto no art. 1º, IV, da Constituição Federal e a infringência do art. 5º, XIII, da Carta Magna, que é o direito à liberdade ao exercício de “qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A propósito, confira-se parte da ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 8º DO ARTIGO 57 DA LEI 8.213/91.

²⁷ Acórdão 0004269-41.2011.4.01.3813, Juiz Federal Marcelo Motta de Oliveira, TRF1 - 1ª Câmara Regional Previdenciária de Juiz de Fora, e-DJF1 data:03/10/2017

APOSENTADORIA ESPECIAL. VEDAÇÃO DE PERCEPÇÃO POR TRABALHADOR QUE CONTINUA NA ATIVA DESEMPENHANDO ATIVIDADE EM CONDIÇÕES ESPECIAIS.

1. Comprovado o exercício de atividade especial por mais de 25 anos, o segurado faz jus à concessão da aposentadoria especial, nos termos do artigo 57 e § 1º da Lei 8.213, de 24/07/1991, observado, ainda, o disposto no art. 18, I “d” c/c 29, II, da LB, a contar da data do requerimento administrativo.
2. O § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 veda a percepção de aposentadoria especial por parte do trabalhador que continuar exercendo atividade especial.
3. A restrição à continuidade do desempenho da atividade por parte do trabalhador que obtém aposentadoria especial **cerceia, sem que haja autorização constitucional para tanto** (pois a constituição somente permite restrição relacionada à qualificação profissional), o desempenho de atividade profissional e veda o acesso à previdência social ao segurado que implementou os requisitos estabelecidos na legislação de regência.
(...)
4. Reconhecimento da inconstitucionalidade do § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

Esse precedente propagou-se no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e beneficiou os trabalhadores que continuam exercendo atividades nocivas, em que pese a concessão da aposentadoria especial e as condições nocivas à saúde ou integridade física a elas inerentes.

Como reforço para este argumento, oportuno salientar que o Suprem Tribunal

Federal, no julgamento das ADINS nº 1721-328 e nº 1770-429, declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º, do art. 453 da CLT, não podendo haver mais, portanto, a extinção do contrato de trabalho após a concessão de aposentadoria espontânea.

O Relator da ADIN 1721-3, Ministro Carlos Ayres Britto, ao declarar a inconstitucionalidade da norma supramencionada, aduziu que:

Revelando-se equivocada, assim penso, a premissa de que a extinção do pacto de trabalho é a própria condição empírica para o desfrute da

²⁸ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da "relevância e urgência" dessa espécie de ato normativo. 2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade. 3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). 4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. 5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. 7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97.(ADI 1721, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02282-01 PP-00084 RTJ VOL-00201-03 PP-00885 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 35-52 RLTR v. 71, n. 9, 2007, p. 1130-1134)

²⁹ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTIÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO-CONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei 9.528/1997, que dá nova redação ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT -, prevendo a possibilidade de readmissão de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista aposentado espontaneamente. Art. 11 da mesma lei, que estabelece regra de transição. Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade na parte que impugna dispositivos cujos efeitos já se exauriram no tempo, no caso, o art. 11 e parágrafos. É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos - vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal -, quer porque se funda na idéia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício. Pedido não conhecido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997. Ação conhecida quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade. (ADI 1770, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00065 EMENT VOL-02258-01 PP-00067 RB v. 19, n. 518, 2007, p. 20-23 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 74-87)

aposentadoria voluntária pelo Sistema Geral de Previdência Social. (...) Quero dizer: a relação previdenciária até que principia com a relação de emprego, sem dúvida (caso dos autos). Mas a relação de aposentadoria, uma vez aperfeiçoada, se automatiza perante aquela. Ganha vida própria e se plenifica na esfera jurídica do ‘segurado’ perante o sistema previdenciário em si.

Ademais, o ministro relator fundamentou seu voto nos valores sociais do trabalho (inciso IV do art. 1º da Constituição Federal), no Princípio da Ordem Econômica (art. 170 da Constituição Federal) e na busca do pleno emprego (inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal).

No mesmo sentido entendeu o relator da ADIN nº 1770-4, ministro Joaquim Barbosa, que enfatizou que o rompimento do vínculo empregatício logo após a aposentadoria espontânea é um ato arbitrário, o que seria vedado pela Constituição Federal.

É certo, portanto, que a Suprema Corte utilizou como fundamento predominante a autonomia entre as relações previdenciárias e empregatícia, não sendo admissível que o exercício regular de um direito, que no caso concreto é a aposentadoria, interferisse na manutenção de um emprego.

Como consequência, pode-se dizer que diante da impossibilidade da aposentadoria intervir na relação laboral, a vedação da continuidade do trabalhador beneficiário de aposentadoria especial no emprego insalubre/perigoso viola frontalmente os artigos. 1º, IV, 5º, VIII e 170, VIII, da Constituição Federal.

Isso ocorre porque a Carta Magna de 1988 tem entre seus fundamentos os valores sociais do trabalho e sua valorização, bem como o livre exercício de qualquer profissão.

Esses são os argumentos utilizados para defender a possibilidade de um trabalhador continuar exercendo atividade nociva à saúde ou integridade física após a concessão de aposentadoria profissional, em que pese o disposto no artigo 57, § 8º da Lei 8.213/91.

Como se percebe, o tema é bastante polêmico e encontra divergentes posicionamentos nos Tribunais pátrios. Por esta razão, esta matéria teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal³⁰, quando então teremos o posicionamento

³⁰ Tema 709 – “Possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial na hipótese em que o segurado permanece no exercício de atividades laborais nocivas à saúde.” Relator: MIN. DIAS TOFFOLI. Leading Case: [RE 791961](#). 28/03/2014 – Decisão pela existência de repercussão geral - Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de

definitivo da Corte Suprema sobre o assunto.

Considerações finais

O tema da possibilidade de um trabalhador continuar exercendo atividade nociva à saúde ou integridade física após a concessão de aposentadoria especial é controverso, não havendo uniformidade de entendimento entre os Tribunais pátrios, conforme acima demonstrado.

Em que pese não haver posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, fato é que existem sólidos argumentos em favor da inconstitucionalidade do artigo 57, § 8º da Lei 8.213/91, que interfere na autonomia entre as relações previdenciárias e empregatícia e pode acarretar a violação a diversos dispositivos constitucionais, conforme já julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de Arguição de Inconstitucionalidade.

Sendo assim, deve ser aguardado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 709), para que se verifique qual será a interpretação final conferida pela Corte Suprema sobre a possibilidade de um trabalhador continuar exercendo atividade nociva à saúde ou integridade física após a concessão de aposentadoria especial é controverso e a constitucionalidade do artigo 57, § 8º da Lei 8.213/91.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >

_____. **LEI 8.213/91**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm >

_____. STF – Supremo Tribunal Federal - **ADI 1721**, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02282-01 PP-00084 RTJ VOL-

repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o ministro Teori Zavascki. Não se manifestou o ministro Joaquim Barbosa.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.4, n.4, jan./jun., 2018.

00201-03 PP-00885 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 35-52 RLTR v. 71, n. 9, 2007, p. 1130-1134

_____.STF – Supremo Tribunal Federal – **ADI 1770**, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00065 EMENT VOL-02258-01 PP-00067 RB v. 19, n. 518, 2007, p. 20-23 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 74-87

_____.TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região - **Acórdão 0004269-41.2011.4.01.3813**, juiz federal Marcelo Motta de Oliveira, TRF1 - 1ª Câmara Regional Previdenciária de Juiz de Fora, e-DJF1 data:03/10/2017

_____.TST – Tribunal Superior do Trabalho - **E-ED-RR - 87-86.2011.5.12.0041** , Relator ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/05/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015

O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL À LIBERDADE E O ACESSO A JUSTIÇA

Flávia Dias Chalita Teixeira

Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); advogada.

60

Resumo

Denota-se que a consolidação do Poder Judiciário no Brasil se deu com maior intensidade após o advento da Constituição Federal ("CF") de 1988. Nesse sentido, tem-se que a Carta Magna permitiu a massificação de acesso a justiça, o que resultou em uma nova necessidade para o judiciário brasileiro: dar respostas mais céleres aos conflitos. Contudo, o Poder Judiciário atualmente enfrenta um cenário de grande dificuldade para a resolução das demandas, notadamente as coletivas. Dessa forma, diante da sua relevância, o Habeas Corpus Coletivo nasceu de uma verdadeira preocupação com a efetividade da liberdade de locomoção de determinados grupos, visando assegurar uma correta prestação jurisdicional, de modo a tentar administrar essa nova realidade do Judiciário: tornar a prestação da tutela jurisdicional mais previsível, mais isonômica, mais rápida e eficaz. A mencionada efetividade jurisdicional foi coroada com o advento do julgamento do HC 143641/SP, no qual restou assegurada a substituição da prisão preventiva por domiciliar, em todo território nacional, das mulheres gestantes ou mães de crianças com até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Assim, o trabalho apresentará as questões afetas ao Habeas Corpus Coletivo, bem como a incidência dessa inovação jurisprudencial às demandas de cunho coletivo, como também o entendimento doutrinário a respeito do tema.

Palavra chave: Habeas Corpus; Habeas Corpus Coletivo; Supremo Tribunal Federal; Código de Processo Penal; Demandas Coletivas; Processos Coletivos; Prisão Preventiva; Prisão Domiciliar, Mulheres Presas.

THE HABEAS COLLECTIVE CORPUS AS AN INSTRUMENT FOR THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL GUARANTEE OF FREEDOM AND ACCESS TO JUSTICE

Abstract

It is noted that the consolidation of the Judiciary in Brazil occurred with greater intensity after the advent of the Federal Constitution ("CF") of 1988. In this sense, it is noted that the Magna Carta allowed the massification of access to justice, which resulted in a new need for the Brazilian judiciary: to respond more quickly to the above-mentioned demands. However, the Judiciary currently faces a scenario of great difficulty in solving demands, especially collective ones, as well as a real crisis in access to justice. Thus, given the relevance of the collective Habeas Corpus was born of a real concern with the effectiveness of the freedom of movement of certain groups, aiming to ensure a correct jurisdictional provision in order to try to manage this new reality of the Judiciary: to make the provision of guardianship more predictable, more isonomic, faster and more effective. The aforementioned

jurisdictional effectiveness was crowned with the advent of the judgment of HC 143641 / SP, in which it was determined the replacement of preventive prey by domicile throughout Brazil, pregnant women or mothers of children up to 12 years of age or persons with disabilities, without prejudice to the application of the alternative measures provided for in article 319 of the Code of Criminal Procedure. Thus, the paper will present the questions related to the collective Habeas Corpus, as well as the incidence of this jurisprudential innovation to the collective demands, as well as the Doctrinal understanding on the subject.

Keywords: Civil Procedural Law; New Code of Civil Procedure, Incident of Resolution of Repetitive Demands, Collective Demands and Collective Processes.

Introdução

Inicialmente, tem-se que o presente estudo tem por escopo tratar de uma inovação jurisprudencial, qual seja o *habeas corpus* coletivo, aplicável a determinados grupos, como solução viável a garantir o acesso à justiça, notadamente a liberdade, de categorias mais vulneráveis. A esse respeito, importante consignar que se trata de uma nova figura, paralela ao *habeas corpus* individual, com regras e parâmetros oriundas deste, entretanto com características próprias. Assim, o presente estudo foi parametrizado em recentes pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, embora, por ora, não se possa ter uma posição concreta dos seus efeitos no campo jurídico, eis que os operadores do direito somente conhecerão os seus efeitos, sejam eles positivos ou negativos, no decorrer da sua correta aplicação.

Pois bem. A par dessas considerações iniciais, o trabalho irá se restringir à pertinência da aplicabilidade ou não do *habeas corpus* coletivo no âmbito penal. Para tanto, no item 1 e seus subitens abordar-se-á os direitos coletivos em sentido amplo e suas espécies, como também o rol de legitimados, expressamente definidos pela lei, os quais se mostram imprescindíveis, de modo a justificar a impetração do *writ of mandamus*, figurando como paciente uma coletividade de sujeitos a priori indeterminados; no item 2, será o momento de discorrer sobre o instituto *habeas corpus* em sentido amplo, histórico, conceito, legitimados e seus requisitos, para ao final, verificar a instrumentalidade do instituto para aplicação a determinados grupos vulneráveis na garantia dos direitos fundamentais, item 3.

1. Dos direitos coletivos em sentido amplo

Por meio da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (“Lei 7.347/1985” ou “Lei da ACP”), restou disciplinada a Ação Civil Pública (“ACP”) de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico.

Todavia, a partir da Lei 8.078 de 1990 (“Lei 8.078/1990” ou “CDC”), foi introduzido o inciso IV, ao artigo 1º da Lei 7.347/1985, no qual foi permitido, igualmente, através da citada Lei da ACP, a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesse mister, tem-se que a sobredita Lei concebeu a ACP como sendo o adequado meio de defesa dos direitos coletivos em sentido amplo.

Na seara da Lei da ACP, no tocante à defesa dos citados direitos, mesmo não podendo se definir os respectivos sujeitos, inegável que aquela foi um marco importante para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Todavia, é importante registrar que a Lei 7.347/1985, não definiu o que seriam esses direitos, papel esse que coube à Lei 8.078/1990, cujo artigo 81 assim dispõe:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Embora o tema seja apreciado em tópico próprio, antecipa-se que, da leitura do citado artigo, o CDC definiu o que seriam interesses difusos como sendo os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato (art.81, parágrafo único, inciso I).

Os interesses coletivos, a seu turno, são conceituados como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular do grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, inciso II).

Muito embora no Brasil não exista um Código de Processos Coletivos, a estreita
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.4, n.4, jan./jun., 2018.

comunicação estabelecida entre os sistemas do CDC e da Lei da ACP, construída pelos artigos 90 e 21 dos respectivos diplomas processuais, faz surgir um verdadeiro microsistema processual coletivo, que permite um constante diálogo e a aplicação em reciprocidade das fontes relativas à tutela dos direitos coletivos (NERY JÚNIOR, 1991).

A esse respeito, tem-se que a aplicabilidade do sobredito microsistema não fica limitada às ações civis públicas, ou seja, o seu alcance é muito maior, podendo abarcar todas as demais ações coletivas brasileiras que admitem a defesa dos direitos difusos, *v.g.*, a ação popular, a ação de improbidade administrativa, mandando de segurança coletivo etc.

1.1 Dos Direitos Difusos

Das categorias de direitos transindividuais previstas no art. 81 do CDC, os direitos difusos são aqueles que possuem a mais ampla transindividualidade real. Isso porque possui como característica a indeterminação dos sujeitos titulares – unidos por um vínculo meramente de fato. Para Francisco Antonio de Oliveira, a categoria dos direitos difusos são revestidos de:

(...) a) transindividualidade, vale dizer, a circunstância de ultrapassarem a esfera pessoal do indivíduo, pelo fato de não pertencerem exclusivamente a ele, mas eventualmente a todos, podendo, ao mesmo tempo, transferir-se de um para outro conforme condições de tempo e lugar; b) a indivisibilidade, ou seja, não podem fragmentar-se, pois interessam a toda a coletividade e não apenas a um ou a alguns de seus membros; c) a indeterminabilidade dos titulares respectivos, na medida em que estes não estão claramente individualizados, do mesmo modo que nenhuma pessoa, isoladamente, pode intitular-se de sujeito; d) a circunstância de se ligarem seus titulares por um simples fato, e não necessariamente em decorrência de relação jurídica (OLIVEIRA, 2012, p. 32).

Desse modo, pode-se dizer que os direitos difusos pertencem a pessoas indeterminadas com interesses metaindividuais e que estão situados em um plano da indivisibilidade, uma vez que não se é possível identificar quem são os detentores de fato do direito postulado. Logo, são interesses cujas pessoas são desconhecidas, mais que não obstante deixam de ter uma titularização. Desta forma, esses direitos são compostos pela indivisibilidade e pela indeterminabilidade. Veja-se que a indivisibilidade relaciona-se com a própria natureza da pretensão, cuja fruição deve se dar indistintamente entre todos os seus titulares. Assim, não é por outro motivo que o art. 103, I, CDC, prevê a eficácia *erga omnes* da sentença de procedência, pois, logicamente, o resultado da tutela dos direitos difusos deve aproveitar a todos, sem distinção (VENTURINI: 2007). A característica da indivisibilidade,

aliás, é referida como a principal nota das demandas coletivas, como afirma Aloísio de Castro Mendes:

No Brasil, o caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto, situação esta que, se constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário (MENDES: 2012, p. 211)

1.2 Dos direitos Coletivos em sentido estrito

Os direitos coletivos em sentido estrito, por sua vez, também têm como característica a transindividualidade, contudo existe a possibilidade de se determinar os sujeitos detentores do direito vindicado, por meio de grupo, categoria ou classe de pessoas, que são unidos por uma relação jurídica-base.

No entender do doutrinador Mancuso, os interesses coletivos exigem uma organização mínima para sua caracterização, sendo essencial um mínimo de coesão e de identificação. Os grupos devem ser determinados ou determináveis e serão os portadores do interesse. Deverá haver um vínculo básico entre os componentes do grupo, vínculo esse comum a todos os participantes do grupo, o qual lhes confere uma situação jurídica diferenciada (MANCUSO: 1999, p. 53). Assim, pode-se dizer que, tanto no direito difuso quanto no coletivo, existe a transindividualidade, como também possuem a natureza da indivisibilidade. Todavia, no primeiro caso a titularidade é indeterminada e ligada por uma mesma circunstância de fato, por outro lado, nos direitos coletivos, os titulares são determináveis e ligados entre si, por uma relação jurídica-base.

Para Nelson Nery Junior, “a principal distinção entre um e outro está na existência de uma relação jurídica-base nos interesses ou direitos coletivos a unir os respectivos titulares, ao passo que o liame quando se cogita dos difusos, é uma mera circunstância factual, estando ausente qualquer relacionamento jurídico” (2003, p. 1705). Desta forma, diferentemente do que ocorre com os direitos difusos, quando as pretensões indivisíveis encontram-se dispersa entre indivíduos indeterminados e indetermináveis, na hipótese dos direitos coletivos, a existência de relações formais entre os seus titulares, ligados não apenas por circunstâncias fáticas, mas por concretas relações jurídico-formais, torna possível a alusão à corporificação de grupos, classes ou categorias, em torno dos quais se concentram

pretensões comuns e indivisíveis³¹.

Assim, não podem as pretensões genuinamente coletivas serem identificáveis em relação a apenas alguns dos membros da classe, pois são comuns a toda uma categoria, grupo ou classe social. Por essa razão, o CDC, ao estabelecer o regime da extensão subjetiva do julgamento nas ações coletivas, emprega a expressão *ultra partes* para se referir à repercussão indivisível e abrangente da tutela jurisdicional a todos os titulares da pretensão coletiva³².

1.3 Dos direitos individuais homogêneos

Cabe registrar que, por meio da Lei da ACP, permitiu-se efetivamente a tutela coletiva de direitos meta-individuais, contudo foi a partir do CDC, mediante a previsão da proteção dos chamados direitos individuais homogêneos, que estes foram substancialmente ampliados, no sentido de viabilizar a tutela de determinados direitos subjetivos individuais por intermédio da ação coletiva. Assim, é possível, pelas ações coletivas, tanto a dedução de pedidos de tutela de direito difusos e coletivos, como também de direitos individuais, desde que adequadamente qualificados como homogêneos.

Os direitos individuais homogêneos, também chamados “direitos acidentalmente coletivos” por José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 83), são aqueles que decorrem de uma origem comum, possuem transindividualidade instrumental ou artificial, os seus titulares são pessoas determinadas e o seu objeto é divisível e admite reparabilidade direta, ou seja, fruição e recomposição individual. Nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery os direitos individuais homogêneos são:

[...] direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e indivisível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é a sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demanda (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a

³¹ Segundo Mancuso, “não há propriamente uma diferença de essência ou de natureza entre esses dois tipos de interesse: ambos integram o gênero ‘meta-individual’; a particularidade está em que um interesse difuso pode tornar-se ‘coletivo’ se e quando estiver revestido do grau de definição, coesão e o organização destes últimos” (2004, p. 147, nota 178)

³² Art. 103, II, CDC, nas ações coletivas para tutela de direitos coletivos “ *a sentença fará coisa julgada oponível ultra partes, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria*”. (BRASIL. Lei nº 8.078/90).

defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a *class actin* brasileira (NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY: 2003, p. 813)

No tocante a este direito, tem-se que a sua existência nasceu por razões pragmáticas, o qual tem como escopo unir várias demandas individuais em uma única coletiva, por razões de facilitação do acesso à justiça e priorização da eficiência e da economicidade processual.

1.4. Da legitimação para propor demandas coletivas

Como regra geral, a pessoa que reclama a tutela jurisdicional deve ser o titular da pretensão formulada ao juízo da causa. Assim, quando uma pessoa ajuíza a ação, diz-se que ele é o titular da pretensão, portanto estar-se-ia diante da legitimação ordinária, justamente porque esse é o fundamento do direito da ação. Contudo, o legislador prevê situações na qual confere o direito de ação a quem, não é o titular do interesse material, resultando nestes casos na chamada substituição processual. Nestes casos, o legitimado pleiteia em nome próprio o direito alheio. A Lei 7.347/1985 trouxe no seu artigo 5º o rol de legitimados para propor a ACP, no que tange a ação principal e a ação cautelar, veja-se:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente: **a)** esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil, e; **b)** inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Como visto, o rol de legitimados trazidos de forma expressa na Lei da APC para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pauta-se de exceção legal da legitimação extraordinária. Destarte, pode-se afirmar que preenchido os requisitos legais do indigitado artigo, as pessoas ali arroladas poderão propor a ação civil pública. Todavia, consoante textualmente previsto na Lei, as associações, excepcionalmente, devem demonstrar pertinência temática, assim como as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedade de economia mista, pois os demais legitimados são presumidamente representantes adequados, porque tem suas legitimidades determinadas em razão da lei.

Quanto ao requisito da constituição pelo prazo de pelo menos um ano, a própria Lei 7.347/1985 prevê a sua possibilidade de dispensa, pelo juiz, em casos de manifesto interesse

social, reconhecido através da dimensão ou característica do dano, ou da relevância do bem jurídico a ser protegido. Por outro lado, em se tratando da legitimidade passiva, esclarece-se que será legitimado passivo, ou seja, será réu em uma ação civil pública, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, responsável pelo dano ou ameaça de dano a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Importante, também, pontuar que a legitimação para as ações civis públicas é concorrente e disjuntiva: concorrente porque a legitimação processual é concedida, por lei, a diversas entidades, de modo que uma mesma pretensão material pode ser deduzida em juízo por entes igualmente legitimados; disjuntiva porque cada um dos entes legitimados pode atuar isoladamente em juízo, independentemente da anuência, da autorização ou da participação dos demais.

Pode se afirmar que as pessoas referidas nos arts. 5º da Lei da ACP, bem como 82 do CDC, ostentam uma legitimação processual de natureza extraordinária; o legislador, “ao autorizar determinadas entidades à propositura das ações coletivas, conferiu-lhes autonomia processual, fórmula pela qual desejou obter o máximo aproveitamento (qualitativo e quantitativo) da tutela jurisdicional coletiva” (VENTURINI:2007, p. 44). A esse respeito, igualmente tem-se posicionado a jurisprudência, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.015, DO CPC/2015. CONHECIMENTO. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REJEIÇÃO. LEGITIMAÇÃO CONJUNTA E DISJUNTIVA. INGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEMANDA JÁ AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO. POSSIBILIDADE. REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO CABIMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. 1. Agravo de Instrumento contra decisão pela qual foi admitida a inclusão do Ministério Público no pólo ativo da ação civil pública ajuizada por associação colegitimada. 2. O novo Código de Processo Civil admite Agravo de Instrumento contra decisão que exclui litisconsorte e admite ou inadmita intervenção de terceiros (artigo 1.015, incisos VII e IX). Havendo dissenso doutrinário sobre se o Ministério Público, ao ingressar na ação já ajuizada por associação colegitimada, é litisconsorte ou assistente, a melhor opção é conhecer do Agravo de Instrumento, em prol do acesso à justiça, não se revelando adequando, nesta sede de admissibilidade do recurso, decidir sobre essa qualidade do interveniente, tanto mais se a matéria não restou debatida na instância de origem. 3. Não há supressão de instância, por não ter sido a matéria deduzida nas razões recursais submetida à apreciação do Juiz a quo, se a situação que ensejou a interposição do Agravo de Instrumento surgiu no momento em que foi proferida a decisão. Assim, não poderia o Agravante discutir a matéria no Juízo a quo. 4. A Constituição da República de 1988, em seu art. 129, § 1º, bem como as leis que integram o macrossistema protetivo de interesses metaindividuais, consagraram a pluralidade de legitimados ativos para promover as ações coletivas. Assim, os colegitimados podem agir conjunta ou separadamente na proteção de tais interesses, sendo certo que a ampliação

subjetiva da lide pode ocorrer no ajuizamento da ação ou no seu curso. 5. A alegação de litigância de má-fé, pela ação temerária da parte no curso do processo, deve ser apreciada primeiramente pelo Juiz a quo, sob pena de supressão de instância. 6. Nas ações coletivas manejadas com amparo na Lei 7.347/85 não há que se falar em deferimento ou revogação dos benefícios da gratuidade de justiça. Eventual condenação da associação ao pagamento das verbas de sucumbência pressupõe a comprovada litigância de má-fé, nos termos do art. 18, Lei nº 7.347/85. 7. Agravo de Instrumento improvido. Julgados prejudicados os Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração interpostos em face da decisão que indeferiu a liminar. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. [Acórdão n.998736](#), 07020858720168070000, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23 fev. 2017, Publicado no DJE: de 09 mar. 2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Para tanto, segue a fundamentação utilizada no mencionado acórdão, de modo a corroborar com o rol de legitimados aptos a ingressar com uma ACP, veja-se:

A Ação em comento versa sobre defesa de interesse difuso supostamente violado pela empresa Google Brasil Internet Ltda., por suposta prática de coleta indevida de dados pessoais de um número indefinido de cidadãos, por meio de equipamentos (softwares e hardwares) instalados em automóveis do projeto *Google Street View*, quebrando, assim, o sigilo das comunicações de dados e violando o art. 5º X e XII, da Constituição da República. Os legitimados para promover a tutela de interesses transindividuais em Juízo estão enumerados no art. 5º da Lei nº 7.347/85 da seguinte forma: I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). V - a associação que, concomitantemente: (...) Vê-se, pois, que em razão na natureza metaindividual dos interesses ressaltados na norma, o legislador atribuiu sua tutela a vários sujeitos, estabelecendo, assim, uma legitimação ativa “concorrente e disjuntiva”, como define a doutrina. Isso significa que os legitimados ostentam condição de igualdade na possibilidade de ajuizar a demanda e que podem fazê-lo isoladamente, sendo, contudo, assegurada a faculdade de ingressar posteriormente na demanda já ajuizada.

Na sequência, os parágrafos 1º, 2º, 3º e 5º do art. 5º em comento, dispõem: § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990) (...) § 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

Tendo em vista os parágrafos acima transcritos, o Agravante sustenta que o Ministério Público, se não ajuíza a ação coletiva, somente pode atuar na condição de fiscal da lei e que não pode integrar o pólo ativo da demanda, ressalvadas as hipóteses de abandono ou de desistência pelo autor originário. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP. Segunda Turma. Relator Min. Ricardo Lewandovsky. Julgado em 20 fev. 2018, publicado no DJ nº 39 de 01 mar. 2018).

Nesse sentido, tem-se claramente que a opção do legislador foi pela pluralidade de legitimados para a propositura da ação coletiva, e como isso a possibilidade de atuação

conjunta dos colegitimado. Se assim não o fosse, o legislador não teria incluído na lei, e de forma expressa, tal possibilidade. Neste particular, entendemos que, dentro do estudo proposto, *habeas corpus* coletivo, a categoria que mais se assemelha à condição das mulheres presas preventivamente, gestantes ou mães de filhos de até 12 anos, é a de direitos difusos, na medida em que entre elas não há relação jurídica base, no entanto, todas estão unidas por uma mesma situação fática, a saber, a condição da maternidade e a restrição provisória da liberdade.

Pode-se dizer que o instituto do *habeas corpus* coletivo consiste numa ação coletiva, com viés de garantia constitucional fundamental, com aplicabilidade imediata e interpretação ampla. Visa tutelar o direito de liberdade de locomoção em todas as suas acepções, sejam difusas, coletivas ou envolvendo situações individuais em que haja homogeneidade de questões de fato ou de direito, levando-se em consideração o disposto no art. 5º, inciso LXVIII, da CF, e os ditames constantes dos art.647 e seguintes do CPP.

2. Habeas corpus

2.1. Histórico

O instituto do *habeas corpus* remonta ao absolutismo dos reis na Idade Média, período em que os indivíduos eram alvo de toda a sorte de abusos e ilegalidades por parte do poder constituído. De modo a fazer valer os seus interesses, o déspota não tinha limites para cobrar impostos, não raro de caráter confiscatório, além de restringir a liberdade do cidadão sem que houvesse a observância de um processo legal. Esse viés totalitário e desmedido passou a desagradar inclusive a elite de vários lugares. Pois bem, os autores apontam, aqui, a gênese do *habeas corpus*.

Na Inglaterra, em 1215, foi então editada a Magna Carta, imposta aos barões ao Rei João Sem Terra, de modo a que respeitasse as liberdades mínimas do cidadão. Os estudiosos apontam aqui, também, a origem do Tribunal do Júri, com a instituição de julgamentos imparciais, em que as pessoas do povo eram julgadas por seus pares, sem a intervenção do poder real, daí advindo os princípios da legalidade, ninguém poderá ser processado ou preso, senão pela lei da terra, e que posteriormente evoluiu para o que hodiernamente chamamos de devido processo legal.

No entanto, direitos fundamentais como a legalidade e a imparcialidade do juiz de nada valem sem a existência de instrumentos capazes de fazer valer os seus postulados.

Surge, então, o *habeas corpus*, como escopo de levar ao Poder Judiciário as demandas que implicavam em ilegalidades e/ou constrangimentos capazes de tolher a liberdade do indivíduo. A propósito, dispunha o art. 29 da Magna Carta:

No free man shall be taken, or imprisoned, or disseized, or outlawed, or exiled, or any wise destroyed; nor will we go upon him, nor send upon him, but by the lawful judgement of his peers or by the law of the land. To none will we deny or delay, right or justice³³.(INGLATERRA, MAGNA CHARTA LIBERTATUM,1215)

70

Diante da necessidade de afirmação do instituto, a aristocracia inglesa veio a regulamentar o instituto mais de quatrocentos anos depois, por meio do *Habeas Corpus Act*, no ano de 1679. A partir daí o cidadão passou a ter a sua disposição um remédio jurídico dotado de celeridade, com previsão de multas e outras penalidades àqueles que não observassem os seus ditames, prazo para a apresentação do preso perante a Corte, proibição da transferência do preso de uma prisão para outra sem a autorização da autoridade competente, além da proibição de que uma pessoa colocada em liberdade por força de um *habeas corpus* fosse posteriormente presa pelo mesmo motivo.

Conquanto nascido na Inglaterra, guarda o instituto do *habeas corpus* nítida inspiração no Direito Romano. A propósito, Antônio Macedo Campos (1982, p. 60) leciona que "no Direito Romano havia um instituto que talvez tenha sido o precursor do *habeas corpus*. Destinava-se a garantir a pessoa livre que por qualquer circunstância tivesse sido reclamada como escravo. Se tal ocorresse havia o recurso ao *interdito de homene libero*, mas daí não se passou".

Segundo o magistério de Pinto Ferreira (1985, p. 3 e 23), depois ele se estendeu por toda a parte, em constituições ou leis ordinárias. Nessa seara, nos Estados Unidos, editou-se, em 1868, a XIV Emenda, estabelecendo que "nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis."

³³ "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país" (tradução livre)

2.2. O Instituto do *habeas corpus* no Brasil

Interessante notar que a nossa Constituição do Império silenciou quanto ao instituto, sendo certo que um primeiro esboço acerca do remédio de salvaguarda das liberdades constou da Carta de 1824. A propósito, dispunha o ser art. 179, inciso VIII:

Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes dentro de 24 horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta a extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL – 1824)

71

Já no Código Criminal de 1830 foram previstos seis tipos penais incriminadores relacionados ao *habeas corpus*, mesmo antes de o instituto ser consagrado no direito pátrio.

Apenas no ano de 1832 o *habeas corpus* teve previsão no Código de Processo Criminal. Pela Lei nº 2.033, de 1871 foi estendido aos estrangeiros e ganhou o caráter preventivo. Na sequência, constou na Constituição da República de 1891 e, a partir de então, em todas as Cartas que lhe sucederam. Na Lei Maior de 1988, encontra-se consagrada no art. 5º, inciso LXVIII, nos seguintes termos: Conceder-se á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Da mesma forma, o remédio heroico está previsto, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no art. 8º; na Convenção Europeia de 1950, no art. 5º, inciso 4; e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 7º.

2.3. *Habeas Corpus* na Justiça do Trabalho

Importante contextualizar o instituto também na Justiça do Trabalho, como registro histórico, sendo certo que também ali encontrou guarida. De fato, a Justiça do Trabalho auferiu competência expressa para julgar *habeas corpus* a partir da Emenda Constitucional de nº 45/04 que, entre outras providências, alterou o art. 114, inciso IV da CF. vale lembrar que até a promulgação dessa emenda, o STF sustentava que a Justiça do Trabalho não poderia apreciar *habeas corpus*, porque não teria competência criminal.

Para ilustrar o tema, o ministro do TST, Caputo Bastos, concedeu em sede de Habeas Corpus para um jogador de futebol poder jogar em um novo clube, no caso, ressaltou que "a liberdade, em suas várias dimensões, é elemento indispensável ao Direito do Trabalho, bem como a 'a existência do trabalho livre (isto é, juridicamente livre) é pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado (e via de consequência, da relação empregatícia)' ", em referência ao colega de TST, ministro Maurício Godinho Delgado. Abaixo, a íntegra da decisão:

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado por Victor Russomano Junior, Fábio Tomas de Souza e Mozart Victor Russomano Neto em favor de Oscar dos Santos Emboaba Junior, apontando como autoridade coatora a egrégia 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que, nos autos da reclamação trabalhista nº 02770200904002001, deu provimento ao recurso ordinário para afastar a rescisão indireta do contrato de trabalho reconhecida em sentença e, em sede de embargos de declaração, restabeleceu o vínculo desportivo com o São Paulo Futebol Clube. Alegam os impetrantes que o v. acórdão regional teria retirado, "conforme a manifestação da CBF, a 'condição de jogo' do atleta e o impossibilita até de trabalhar onde quiser, não podendo participar de quaisquer competições oficiais em que esteja engajado - Campeonatos Gaúcho e Brasileiro, Copas Libertadores e Sulamericana e quaisquer competições internacionais oficiais, INCLUSIVE AS OLIMPÍADAS- e, ainda, especialmente, faz o jogador se ver privado do direito à livre escolha de onde e para quem trabalhar no melhor momento técnico de toda a sua fulgurante e iniciante carreira desportiva, bem como impedindo sua convocação para prestar serviços à Seleção Brasileira de Futebol, pois dela somente podem participar atletas com condição de jogo vigente" (fl. 15 - numeração eletrônica). Desse modo, requerem a concessão de liminar para autorizar o paciente a exercer livremente a sua profissão, participando de jogos e treinamentos em qualquer localidade e para qualquer empregador, conforme sua livre escolha. É o relatório. Passo à análise. Historicamente, pode-se afirmar que a garantia do habeas corpus ingressou no ordenamento brasileiro em 1824, quando a então Constituição, denominada Imperial, passou a contemplar o direito subjetivo à liberdade. A partir de então, tal garantia passou a constar de todas as Constituições do Brasil, sendo que, na vigente, encontra-se prevista no artigo 5º, LXVIII, que assegura a concessão de "habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". Cumpre registrar que, no âmbito trabalhista, o estudo do cabimento do habeas corpus na Justiça do Trabalho encontra-se inevitavelmente atrelado à alteração da competência material implementada no artigo 114 da Constituição Federal, que foi ampliada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Até a edição da referida emenda constitucional, é certo que existia, no âmbito jurisprudencial, forte divergência acerca da competência, ou não, da Justiça do Trabalho para processar e julgar habeas corpus, ainda que a autoridade coatora fosse um juiz ou um Tribunal do Trabalho. À época, o debate girava em torno do cabimento do habeas corpus para as hipóteses de depositário infiel, já que era pacífica a incompetência do ramo trabalhista para a análise de questões criminais. Registre-se que o STF e o STJ eram uníssomos pelo reconhecimento dessa incompetência. Essa controvérsia, todavia, restou superada pela referida ampliação que atribuiu a esta Justiça Especializada expressa competência para a apreciação de habeas corpus em matéria trabalhista. Assim, após a modificação implementada na atual Constituição Federal, verifico na jurisprudência desta Colenda Corte que essa

espécie de ação constitucional tem sido predominantemente utilizada para impugnar decisão que determina a prisão civil de depositário infiel. Entendo, contudo, que o cabimento de habeas corpus na Justiça do Trabalho não pode estar restrito às hipóteses em que haja cerceio da liberdade de locomoção do depositário infiel, pois, deste modo, estar-se-ia promovendo o esvaziamento da norma constitucional, face ao reconhecimento da inconstitucionalidade em relação a essa modalidade de prisão civil. Dessarte, implica reconhecer que o alcance atual do habeas corpus há de ser estendido para abarcar a ilegalidade ou abuso de poder praticado em face de uma relação de trabalho. Vale dizer : pode ser impetrado contra atos e decisões de juízes, atos de empregadores, de auditores fiscais do trabalho, ou mesmo de terceiros. Assim, a interpretação a ser conferida à Constituição Federal não pode ser literal ou gramatical, no sentido de se entender cabível o habeas corpus apenas quando violado o direito à locomoção em seu sentido físico de ir, vir ou ficar. Ao contrário, deve-se ampliar tal entendimento para assegurar a utilização de tal ação constitucional com vistas à proteção da autonomia da vontade contra ilegalidade ou abuso de poder perpetrado, seja pela autoridade judiciária, seja pelas partes da relação de trabalho. Há que se assegurar o livre exercício do trabalho, direito fundamental resguardado pelos artigos 1º, IV, 5º, XIII, 6º e 7º da Constituição Federal, bem como a dignidade da pessoa humana. Nessa linha, destaco o entendimento do Exmo. Ministro César Peluso , no julgamento da ADI nº 3.684/DF, que, ao discorrer sobre o cabimento de habeas corpus, destacou que "esse remédio constitucional pode, como sabe toda a gente, voltar-se contra atos e omissões praticados no curso de processos e até procedimentos de qual quer natureza, e não apenas no bojo de investigações, inquéritos e ações penais". Colho do Supremo Tribunal Federal o seguinte precedente que, nos idos de 1968, já admitia o cabimento de habeas corpus para abarcar outras hipóteses que não apenas o direito de locomoção do paciente: "INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 48, DO DL 314, DE 1967 (LEI DE SEGURANÇA). O HABEAS CORPUS E MEIO IDONEO PARA ANULAR DESPACHO DO JUIZ QUE APLICA NO CURSO DO PROCESSO, MEDIDA ADMINISTRATIVA QUE CORRESPONDE A SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITOS DA PROFISSAO E DO EMPREGO EM EMPRESA PRIVADA. A MEDIDA PREVENTIVA CORRESPONDE A UMA PENA ACESSORIA. A SUA APLICAÇÃO DEPENDE DE CONDENAÇÃO EM PRECEITO QUE INCLUA TAMBÉM A APLICAÇÃO DE PENA ACESSORIA. A INCONSTITUCIONALIDADE E DECRETADA POR FERIR OS ARTS. 150 CAPUT E 150 PAR. 35, DA CONSTITUIÇÃO PORQUE AS MEDIDAS PREVENTIVAS QUE IMPORTAM NA SUSPENSÃO DE DIREITOS, AO EXERCICIOS DAS PROFISSÕES E O EMPREGO EM EMPRESAS PRIVADAS, TIRA AO INDIVIDUO AS CONDIÇÕES PARA PROVER A VIDA E SUBSISTENCIA. O PAR. 35, DO ART. 150, DA CONSTITUIÇÃO DE 1967, COMPREENDE TODOS OS DIREITOS NÃO ENUMERADOS, MAS QUE ESTAO VINCULADOS AS LIBERDADES, AO REGIME DE DIREITO E AS INSTITUIÇÕES POLITICAS CRIADAS PELA CONSTITUIÇÃO. A INCONSTITUCIONALIDADE NÃO ATINGE AS RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA PORQUE A LEGISLAÇÃO VIGENTE SOBRE FUNCIONÁRIOS PUBLICOS, APLICAVEL A ESPÉCIE, ASSEGURA UMA PARTE DOS VENCIMENTOS DOS FUNCIONÁRIOS ATINGIDOS PELO ART. 48, DO REFERIDO DECRETO LEI. A INCONSTITUCIONALIDADE SE ESTENDE AOS PARAGRAFOS DO ART. 48, PORQUE ESTES SE REFEREM A EXECUÇÃO DAS NORMAS PREVISTAS NO ARTIGO E CONSIDERADAS INCONSTITUCIONAIS" (HC 45232, Relator: Min. THEMISTOCLES CAVALCANTI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 21/02/1968, DJ 17-06-1968 PP-02228 EMENT VOL-00721-02 PP-00792 RTJ VOL-00044-03 PP-00322). Por sua vez , Rui Barbosa já defendia a extensão do cabimento do presente writ em hipóteses que envolvessem a restrição de direitos fundamentais. Confira-se o seguinte trecho extraído da obra *Ações Constitucionais*, Fredie Didier Jr., 5ª Ed., Salvador: Juspodium, 2011: "A

amplitude do dispositivo deu azo à construção de doutrina, da qual Rui Barbosa foi o principal expoente, que conferia ao writ um espectro de abrangência que ultrapassava a tutela da liberdade de locomoção. Conquanto não se desconhecisse que o uso do habeas corpus, historicamente, sempre se destinara à salvaguarda da liberdade de ir, ficar e vir, a inexistência de remédio célere e eficiente apto a precator outros direitos (como os políticos, de expressão, de reunião, já consagrados constitucionalmente) impulsionou o manejo do habeas corpus em defesa destes. Para Rui Barbosa, ao texto constitucional abrangia as eventualidades de constrangimento arbitrário aos direitos individuais." Assim, em cognição sumária, admito o habeas corpus em questão, passando à análise do pedido liminar. Discute-se, no presente writ, a restrição indevida ao direito fundamental de locomoção do paciente - OSCAR DOS SANTOS EMBOABA JÚNIOR - em virtude de decisão judicial proferida pela 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de rescisão indireta e restabeleceu o vínculo desportivo com o SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE. Com efeito, a obrigatoriedade da prestação de serviços a determinado empregador nos remete aos tempos de escravidão e servidão, épocas incompatíveis com a existência do Direito do Trabalho, nas quais não havia a subordinação jurídica daquele que trabalhava, mas sim a sua sujeição pessoal. Ora, a liberdade, em suas variadas dimensões, é elemento indispensável ao Direito do Trabalho, bem como "a existência do trabalho livre (isto é, juridicamente livre), é pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado (e via de consequência, da relação empregatícia)" (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2003, p.84.) No presente caso, não há dúvidas que o paciente - OSCAR DOS SANTOS EMBOABA JÚNIOR - considerou insustentável, no momento em que se desligou do SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE, a manutenção da relação de emprego então existente, pelos diversos motivos que alegou na petição inicial de sua Reclamação Trabalhista nº 2770.2009.040.002.00.1, os quais, a seu ver, configurariam a rescisão indireta do seu contrato de trabalho. A existência ou não desses motivos, bem como a gravidade deles, a dar ensejo à rescisão indireta do contrato de trabalho, é matéria afeta ao processo ainda em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, sobre o qual não cabe manifestação judicial em sede do presente writ. É patente, todavia, que a decisão judicial transitada em julgado nessa reclamação trabalhista, quer procedente, quer improcedente, jamais poderá impor ao trabalhador o dever de empregar sua mão de obra a empregador ou em local que não deseje, sob pena de grave ofensa aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, em torno dos quais é construído todo o ordenamento jurídico pátrio. Ademais, o prévio afastamento do empregado em caso de alegação de rescisão indireta configura exercício regular de um direito a ele garantido pela norma jurídica, ao passo que, eventual improcedência do seu pleito não acarreta o seu retorno ao antigo trabalho, mas dá ensejo, apenas, às consequências previstas em lei, quais sejam, a absolvição do empregador da falta a ele imputada e a conversão da rescisão indireta em pedido de demissão, com as respectivas consequências pecuniárias. Logo, a determinação judicial de restabelecimento de vínculo desportivo - acessório ao vínculo de emprego - proferida em reclamação trabalhista ajuizada pelo trabalhador em face de suposta rescisão indireta, além de afrontar os princípios basilares do nosso Direito, mostra-se totalmente incongruente, na medida em que agrava a situação jurídica daquele que submeteu sua demanda ao Poder Judiciário e excede os limites da lide, impondo comando judicial incompatível com a pretensão inicial. Note-se, nesse sentido, que, de acordo com a sentença prolatada na reclamação trabalhista retromencionada, não houve reconvenção por parte do empregador SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE a justificar, em tese, esse tipo de determinação. Desse modo, a possibilidade do empregado rescindir unilateralmente o seu contrato de trabalho, independentemente da configuração de justa causa do empregador, decorre da autonomia da vontade e de sua liberdade fundamental de escolha, não podendo ser tolhida sequer por decisão judicial. Em contrapartida,

em virtude da natureza sinalagmática de qualquer relação de trabalho, submete-se o trabalhador que denuncia o contrato de trabalho à respectiva cominação prevista em lei, que, no caso específico do paciente, está disciplinada no artigo 28, § 3º, da Lei nº 9.615/98, o qual estipula o pagamento de cláusula penal livremente acordada pelas partes para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral do contrato de trabalho do atleta profissional. Noto, nesse ponto, que o próprio caput do artigo 28 da Lei nº 9.615/98, ao prever a pactuação de cláusula penal para hipóteses de rescisão unilateral do contrato de trabalho, autoriza ao atleta profissional se desligar da entidade desportiva a que vinculado mediante a contraprestação pecuniária previamente acordada. Acrescento que a cláusula penal é uma compensação pecuniária pela rescisão unilateral do contrato e não uma condição essencial para tanto, sob pena de inviabilizar o contrato nos casos em que fixada em valores elevados, tolhendo do empregado de suas liberdades fundamentais enquanto vigente o contrato de trabalho. Logo, rescindido unilateralmente pelo atleta profissional o contrato de trabalho, surge, para ele, a obrigação de pagar a respectiva cláusula penal, somente. O inadimplemento desta obrigação de pagar, por sua vez, não autoriza à entidade desportiva prejudicada cobrar do devedor a prestação pessoal de serviços. Dito isso, tenho, em primeira análise, que a decisão judicial que determina o restabelecimento obrigatório do vínculo desportivo com o SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE, em contrariedade à vontade do trabalhador, cerceia o seu direito fundamental de exercício da profissão, razão pela qual concedo a liminar em habeas corpus para autorizar o paciente a exercer livremente a sua profissão, participando de jogos e treinamentos em qualquer localidade e para qualquer empregador, conforme sua livre escolha. Extraia-se cópia ao paciente desta concessão liminar. Comunique-se à 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, com urgência, para que preste as informações devidas. Expeça-se, de imediato, ofício à Confederação Brasileira de Futebol e às Federações estaduais de futebol envolvidas para ciência do teor da decisão. Determino a retificação da autuação e demais registros processuais, a fim de que conste como autoridade coatora os Desembargadores da 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publique-se. Brasília, 26 de abril de 2012. CAPUTO BASTOS Ministro Relator. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº TST-AgR-HC-5451-88.2017.5.00.0000. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Rel Ministra Delaíde Miranda Arantes, julgado em 08 ago. 2017, publicado no DJ de 18 ago. 2017).

2.4. Conceito

Segundo a lição de Nucci (2017, p. 23), "trata-se de ação constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder voltado à constrição da liberdade de ir vir e ficar, seja na esfera penal, seja na cível". De acordo com o magistério de Paulo Rangel (2007, p. 797), "é um remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção, quando ameaçada ou coarctada por ilegalidade ou abuso de poder".

2.5. Legitimidade

No quesito legitimidade, o polo ativo possui formatação *sui generis*, na medida em

que contempla duas figuras, impetrante, aquele que deduz o pedido, e paciente, aquele em favor do qual se postula a providência. Nada impede que impetrante e paciente sejam a mesma pessoa. Dado o caráter libertário do remédio constitucional, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode impetrá-lo, nacional ou estrangeira, com ou sem o patrocínio de advogado. Lembra Nucci (2017, p. 52) que "pode tratar-se de pessoa menor de 18 anos, surdo-mudo, analfabeto, intertido, enfim, não se demanda capacidade para estar em juízo, pois o *habeas corpus* é ação-remédio de natureza constitucional. Logicamente, exige-se, ao menos, que o impetrante possa manifestar a sua vontade".

Já no polo passivo pode figurar qualquer pessoa física. Quanto à pessoa jurídica, embora possa, em tese, ser acusada em ação penal, não pode ter a sua liberdade restringida. Na medida em que as penas, em tese, que lhe são previstas, por óbvio não envolvem o cárcere, não vemos como possa constar como paciente de um *habeas corpus*.

2.6. Requisitos

O art. 648 do Código de Processo Penal elenca um rol meramente exemplificativo das situações que ensejam o *habeas corpus*.

De fato, ele pode ser manejado contra qualquer ilegalidade, desde o cerceamento da liberdade individual, com a prisão de alguém sem ordem judicial ou flagrante delito, ou abuso de poder, consubstanciado no uso excessivo da força, com desvio legal ou moral.

Reside, assim, na ilegalidade ou no abuso de poder a justa causa para a impetração.

3. Habeas corpus coletivo – instrumento de efetivação da garantia fundamental à liberdade e acesso a justiça

Em recente decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em que conheceu do Habeas Corpus Coletivo (143.641/SP), foi concedida a ordem para todas as mulheres presas submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, excetuando os crimes praticados com violência ou grave ameaça ou em casos excepcionalíssimos.

Tal medida se deu em razão da precariedade do sistema prisional vivenciado por essas mulheres, demonstrado por dados oficiais, e pela conclusão do julgamento da ADPF 347 MC/DF, retratando as gravíssimas falhas do sistema prisional perante essa categoria e no reconhecimento da “cultura do encarceramento”, conforme trecho que se segue:

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, veem se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo. É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada ‘cultura do encarceramento [...].

Com relação aos problemas causados pela chamada ‘cultura do encarceramento’, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário no 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que veem impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Segunda Turma. Relator Min. Ricardo Lewandovisky. Julgado em 20 fev. 2018, publicado no DJ nº 39 de 01 mar 2018, grifo nosso).

No que tange aos dados oficiais reportados no julgado, o INFOPEN Mulheres (BRASIL, DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL: 2014) informa crescimento carcerário de 567% entre os anos de 2000 a 2014; que nos estabelecimentos femininos apenas 34% dispõem de cela ou dormitório para gestantes, 32% de berçários e apenas 5% de creche.

Vale registrar que a Corte Suprema também utilizou como fundamento normas

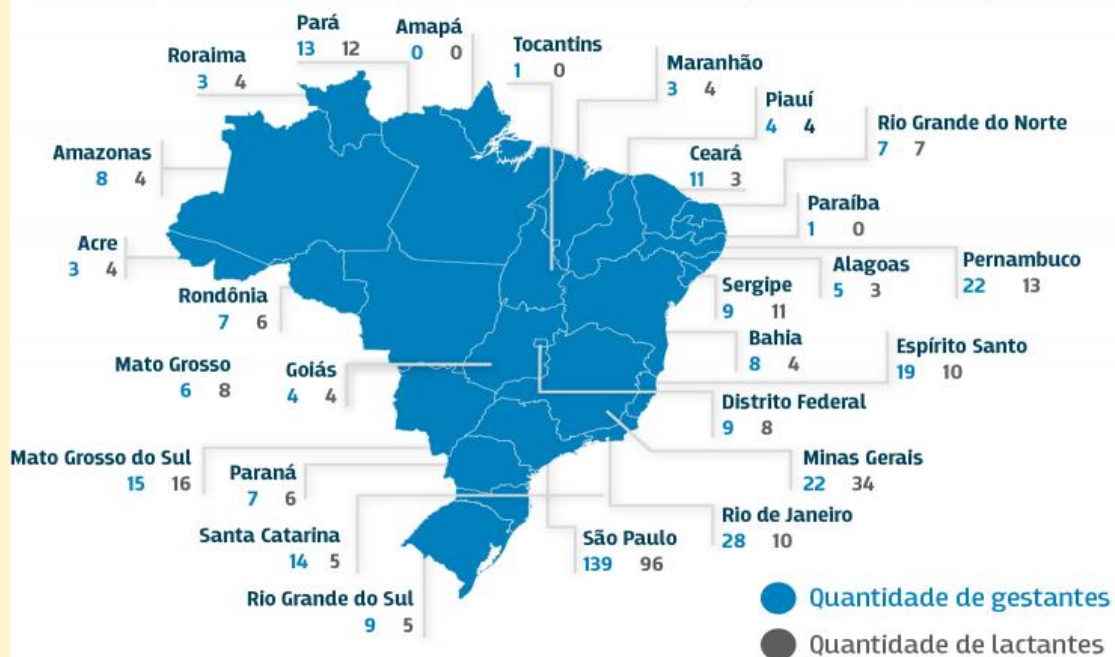
internacionais, tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Também fora inserido em destaque à Organização das Nações Unidas, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela) e em especial as regras de Bangkok que elenca normas específicas voltadas às mulheres encarceradas.

A despeito de todo esse arcabouço normativo internacional que dá guarida a um tratamento humano e satisfatório às mulheres encarceradas, em especial gestantes e mães de crianças, a realidade é que o Brasil segue descumprindo tais normas, como bem pontuou em seu voto o Ministro relator Ricardo Lewandowski:

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Segunda Turma. Relator Min. Ricardo Lewandovisky. Julgado em 20 fev. 2018, publicado no DJ nº 39 de 01 mar 2018.)

Todos esses dados conjuntamente com a responsabilidade do sistema judiciário, em atender os mais de 100 milhões de processo em tramitação no país em função de apenas 16 mil juízes e às dificuldades estruturais de acessos à Justiça, foram preponderantes para a decisão proferida. No gráfico abaixo, o mapeamento dessas mulheres em todo o País:

Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes



Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Matheus Durães / Arte CNJ

Assim, o direito de buscar a prestação jurisdicional do Estado deixou de ter uma índole puramente individualista para ganhar uma maior amplitude subjetiva, considerada a possibilidade de figurarem como beneficiários da prestação jurisdicional um conjunto de pessoas com interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, passando os ordenamentos modernos a admitir a tutela dos direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos

Ainda nesta linha, conforme ensinamento de Jorge Bheron Rocha, sobre o tema:

O atual fenômeno da coletivização do processo, resultado da necessidade de se conferir proteção coletiva aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tem relação com motivações de ordem histórica, social e econômica que se iniciaram impelidas pelas modificações sociais ocorridas com a Revolução Francesa e que terminaram por desencadear o fenômeno processual coletivo. (ROCHA: 2007, p. 36)

Desta feita, diante do cabimento deste *habeas corpus* coletivo, é possível que inovações no ramo da tutela coletiva de direitos individuais venham a promover economia e celeridade processual e notadamente a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados e garantindo o pleno acesso à justiça. Nesse contexto, o *habeas corpus* coletivo constitui instrumento necessário à tutela da liberdade de locomoção, que infelizmente, ainda marcada pela desigualdade em nossa sociedade.

Sem embargo, é inquestionável que o *writ* em comento será marcado como importante passo no caminho da efetivação da garantia constitucional do acesso à Justiça.

Considerações finais

De todo o estudo realizado, pôde-se perceber que a Corte Suprema, ao receber e conceder a ordem de *habeas corpus* coletivo no caso trazido à baila, o fez de forma inovadora, criando um inédito precedente jurisprudencial, voltado à concretização dos Direitos Humanos e dos ideais de justiça social, não sendo indiferente a realidade dessa categoria de beneficiárias.

Todo esse conjunto fez com que o acesso à justiça fosse massificado, demandando por parte do Poder Judiciário soluções que pudessem atender a necessidade de se dar vazão ao grande número de ações existentes no Brasil, envolvendo as gestantes e mães de crianças de até 12 aos, de modo a lhes entregar uma prestação jurisdicional efetiva.

Denota-se, assim, que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao conceder a ordem de *habeas corpus* a essa coletividade, o fez de modo a primar por suas garantias fundamentais, contribuindo assim para uma justiça mais rápida e eficaz.

Evidentemente, apenas com o a efetiva aplicação do julgado será possível identificar os fatores positivos da medida, bem como os aspectos a serem aperfeiçoados.

Seja como for, é forçoso concluir que o remédio constitucional aplicado efetivamente tutelou direitos violados de forma coletiva, contribuindo para efetivação dos direitos, celeridade e uniformização da jurisprudência nacional.

Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n.998736, 07020858720168070000**, Relator: Cesar Laboissiere Loyola. 2ª Turma Cível. Julgado em 23 fev. 2017, publicado no DJE: de 09 mar. 2017. Pág.: Sem Página Cadastrada. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.Visa>>

oBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=998736> Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição Política Do Império Do Brazil** (1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 27 fev. 2018.

_____. Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça e Segurança Pública). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN MULHERES** – junho 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. **Lei nº 8.078, de 11** de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 15 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP**. Segunda Turma. Relator Min. Ricardo Lewandovsky. Julgado em 20 fev. 2018, publicado no DJ nº 39 de 01 mar 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº TST-AgR-HC-5451-88.2017.5.00.0000**. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Ministra Delaíde Miranda Arantes, julgado em 08 ago. 2017, publicado no DJ de 18 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/marcelinho-paraiba-delaide.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2018.

CAMPOS. Antônio Macedo de. **Habeas corpus**. Doutrina. Prática. Legislação. Bauru: Jalovi, 1982.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: JusPodivim, 2015.

FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática do habeas corpus**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

INGLATERRA. **Magna Charta Libertatum, de 15 de junho de 1215**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2004.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. In: **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos tribunais, v. 37, n. 211, set. 2012. p. 191-207.

NERY JÚNIOR, Nelson. O processo civil no código de defesa do consumidor. In: **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 61, jan/mar. 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas Corpus**. 2.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação Civil Pública: enfoques trabalhistas**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROCHA, Jorge Bheron. **Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação Civil Pública tendo por Objeto Direitos Transindividuais**. 100f. 2007. Trabalho de Conclusão de Curso (especialização) – Centro de Estudos Sociais Aplicados. Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2007. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/3097/Monografia_Defensoria_Bheron.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2014.

VENTURINI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2007.

A ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVA À SOLUÇÃO DOS CONFLITOS LABORAIS

James Augusto Siqueira

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); bacharel em Direito pela Universidade de Alfenas.

83

Resumo

O presente artigo trata da possibilidade da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho à luz da reforma trabalhista. Consideram-se a legislação constitucional e infraconstitucional, doutrina e a jurisprudência trabalhista. Analisa-se o tema sobre o aspecto da disponibilidade dos direitos trabalhistas. A conclusão é que a arbitragem é viável também para solucionar os conflitos individuais no direito do trabalho e terá um futuro exitoso na Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Arbitragem trabalhista; direitos disponíveis; solução alternativa de conflitos individuais.

Abstract

This article deals with the possibility of arbitration in individual labor conflicts hereof the actual labor law. Constitutional and infraconstitutional legislation, doctrine and labor jurisprudence are considered. The topic on the availability of labor rights is analyzed. The bottom line is that arbitration is also feasible to solve individual conflicts and will have a successful future in Labor Justice.

Introdução

O presente artigo trata da possibilidade da arbitragem nos conflitos laborais individuais segundo a alteração legislativa ultimada pela reforma trabalhista e a Constituição Federal, respectivamente. A arbitragem como meio alternativo à solução dos conflitos laborais sempre foi um tema delicado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que rejeitava a sua incidência nos dissídios individuais de trabalho. Diversos são os fundamentos fixados pelo entendimento majoritário do TST para sustentar tal posição, mas sempre objetivando o mesmo fim, isto é, negar o acesso à justiça como meio alternativo de solução dos conflitos na Justiça do Trabalho.

O presente trabalho vai defender a licitude da arbitragem no direito do trabalho como eficaz meio de acesso à justiça e vai revisitar a jurisprudência trabalhista à luz da atual legislação ordinária e da jurisprudência dos tribunais superiores - STJ e STF, assim como o

direito comparado, demonstrando que a Lei 13.467/2017 trouxe importantes inovações legislativas, mas perdeu a oportunidade de assegurar a ampla solução alternativa ao acesso à justiça quando restringiu a faculdade de cláusula compromissória arbitral e sua incidência em contratos de trabalho com remuneração superior a duas vezes o limite máximo do Regime Geral de Previdência Social (art. 507-A/CLT).

1. O Acesso à justiça

O acesso à justiça pressupõe a capacidade e oportunidade que as pessoas possam reivindicar direitos e/ou solucionar conflitos, seja por meio da intervenção estatal ou não (CAPPETLETTI; GARTH, 1988, p. 8). A doutrina processual (ALVIM, 2016; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015) tradicionalmente indica três caminhos para a solução de conflitos: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição. Embora na seara trabalhista tenha-se mecanismos legais para garantir direitos (CAPPETLETTI; GARTH, 1988, p. 12) por vias extraestatais e consensuais, lamentavelmente a heterocomposição constituída pelo processo judicial (*Ibidem*, p. 8) tem sido o caminho mais utilizado como garantia fundamental dos direitos dos trabalhadores. Tal decorre, também, da resistência do Tribunal Superior do Trabalho a reconhecer a possibilidade arbitragem em conflitos individuais do trabalho.

Na hipótese dos conflitos coletivos de trabalho há disposição constitucional³⁴ que incentiva a solução extrajudicial das soluções dos litígios de ordem coletiva, mas tal instituto é timidamente utilizado pelos atores sociais. Houve na esfera da legislação infraconstitucional uma tentativa de incentivo à solução alternativa ao conflito laboral, quando foi disciplinada as Comissões de Conciliação Prévia³⁵ no âmbito das entidades sindicais patronais e laborais. Ocorre que tal instituto fora esvaziado pelo Supremo Tribunal Federal, quando o tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 625-D/CLT³⁶.

No âmbito dos conflitos individuais a jurisprudência e a doutrina repeliam o caminho alternativo à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho. Em sentido oposto, a reforma

³⁴ Cf. Art.114, §1º/CF – “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.”

³⁵ A Lei 9.958 de 2000 inseriu na CLT os artigos 625-A a 625-H, que disciplinam as Comissões de Conciliação Prévia.

³⁶ Cfr. O STF no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2139 e 2.160 declarou que a submissão do conflito à Comissão de Conciliação Prévia é uma faculdade e não uma obrigação.

trabalhista trouxe alteração legislativa relativamente à solução alternativa de conflitos, a qual incluiu a possibilidade de se pactuar cláusula compromissória de arbitragem em determinados contratos de trabalho³⁷. Diante de tal perspectiva o instituto da arbitragem será revisitado e analisado como meio alternativo à solução dos conflitos entre empregados e empregadores.

2. A arbitragem

A Arbitragem é o método voluntário e alternativo à jurisdição estatal, que visa resolução de conflito de interesses, seja individual ou coletivo (*Ibidem*, p. 81). Com esteio na conjugação dos arts. 1º, 3º, 13 e 18 da Lei 9.307/96 é possível definir a arbitragem como uma modalidade de solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, fixada através de cláusula compromissória e/ou compromisso arbitral, que submete a qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, a prerrogativa de proferir decisão não sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (YOSHIDA, MÁRCIO, 2006, p.18).

O instituto da arbitragem não é uma novidade no direito brasileiro, que desde a edição da Lei 9.307/96 já contempla tal modalidade de solução alternativa aos conflitos. Oportuno destacar de acordo com a legislação ordinária os aspectos relevantes da arbitragem, a saber:

- a) se destina a solucionar conflitos de interesses que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis³⁸;
- b) a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade;
- c) a convenção de arbitragem compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral;
- d) a cláusula compromissória é acordo escrito e autônoma ao contrato em que estiver vinculada;
- e) compromisso arbitral é a convenção que as partes submetem o conflito à arbitragem;
- f) o árbitro poderá ser qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes;
- g) a arbitragem é tida como instituída quando aceita a nomeação do(s) árbitro(s);
- h) o árbitro poderá tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias;
- i) a sentença arbitral será proferida no prazo fixado pelas partes e não o havendo pelo período de 6 meses;

³⁷ Cf. Art. 507-A/CLT.

³⁸ Cfr. Art. 1º, caput, da Lei 9.307/96: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

- j) a decisão do árbitro será expressa e em documento escrito;
- l) a sentença arbitral deverá conter: relatório, fundamentos, dispositivo, data e lugar em foi proferida;
- m) a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida nos órgãos do Poder Judiciário. Sendo condenatório constitui título executivo extrajudicial;
- n) a sentença arbitral será nula: 1) for nula a convenção de arbitragem, 2) for proferida por quem não podia ser árbitro, 3) quando não contiver os requisitos do art. 26, 4) quando for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, 5) ficar demonstrado que foi produto de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, 6) quando proferida além do prazo estabelecido no art. 12, III, houver contrariedade aos princípios citados no art. 21, parágrafo segundo, da Lei.

A Lei de Arbitragem por muito pouco não foi alterada em 2013 para possibilitar a sua adoção em solução de conflitos individuais de empregados que exerciam a função de diretor ou administrador. Isto por que o legislador por meio do PLS n. 406/2013 (art. 4, parágrafo quarto), destinado à alteração da Lei de Arbitragem, previa expressamente a possibilidade da adoção da arbitragem para solução de conflitos laborais, desde que o empregado exercesse função de diretor ou administrador. Ocorre que o dispositivo retro mencionado foi objeto de veto presidencial, sob o fundamento de que “seu texto acabaria por realizar a distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista”.

A reforma trabalhista alterou a CLT ao incluir o art. 507-A/CLT e assim autorizar a arbitragem nos contratos de trabalho individuais de trabalho, desde que o empregado tenha remuneração superior a duas vezes do teto do Regime Geral da Previdência Social e a cláusula compromissória seja pactuada por iniciativa do emprego ou com sua expressa concordância.

A arbitragem, em si, não é uma novidade no Direito do Trabalho, especialmente no Coletivo, visto que a Constituição Federal, a Lei de Greve, Lei dos Portos, a Lei de Participação dos Lucros, já contemplavam o instituto.³⁹

³⁹ Cfr. Art. 114, §1º/CF – “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.”

Lei 7.783/89 - Lei de Greve – “art. 3º - Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.”

Art. 83, XI/LC 75/93 - “Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...) XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho;”

Art. 4º Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio:

II - arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de

Não é demais lembrar que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho somente admitia a arbitragem em conflitos de Direito do Trabalho coletivo. Tanto o é, que a Res. CSJT nº 174/2016, dispõe no art.7º, §6º sobre a inaplicabilidade à justiça do trabalho as disposições acerca da Arbitragem, dentre outras. Abre-se um parêntese para a imperiosa revisão do retro citado artigo para o fim de excluir a restrição de inaplicabilidade da arbitragem na Justiça do Trabalho, visto que contrária a texto expresso na legislação ordinária⁴⁰.

E em recente alteração havida no Código de Processo Civil em 2015 houve expressa permissão da utilização da arbitragem como solução alternativa aos conflitos de interesses.⁴¹ Oportuno observar que no passado muito se discutiu acerca da inconstitucionalidade da Lei 9.3017/96, visto que a cláusula compromissória estaria a obstar o direito de ação assegurado no art. 5, XXXV, CF/88. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, asseverando que o direito de ação é uma faculdade e não uma obrigação (STF, 2004). Neste sentido leciona Fredie Didier Júnior:

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. Não se admite arbitragem em causas penais. Ademais a Emenda Constitucional 45/2004 consagra a arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/88) (DIDIER JR., 2008, p. 80).

O Supremo consagrou, ainda, que a arbitragem minimiza a demanda pelo Poder Judiciário e faculta a análise de conflitos intersubjetivos por especialistas sobre o tema controvertido (STF, 2017). A Lei 9.307/96, também, foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, que fixou premissa de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem

1996

Lei 12.815/13 – Lei dos Portos –

“Art. 37. Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão de obra, comissão paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação do disposto nos arts. 32, 33 e 35. § 1º Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais.

Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

⁴⁰ Cfr. Art. 507-A/CLT e art. 3º/CPC

⁴¹ Cfr. Art. 3º, §1º/CPC - “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.”

natureza jurisdicional (STF, 2016). Assim, a grande questão a ser discutida é a legalidade/ilegalidade da arbitragem em conflitos trabalhistas individuais, diante de todas as questões ora apresentadas, o que será abordado em tema específico.

3. A superação ao óbice da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

A consolidação das Leis do Trabalho tem na sua essência o princípio protetivo ao mais fraco, motivo pelo qual suas normas são imperativas mesmo quando o contrato de trabalho tenha previsão diversa ou nada disponha. Há respeitável parte da doutrina que entende que todos os direitos trabalhistas são indisponíveis, o que, *per se*, seria uma barreira intransponível a impedir utilização da arbitragem como meio alternativo à solução dos conflitos laborais (DELGADO, 2007, p. 166-167; BARROS, 2005, p. 120). No entanto, muito embora reconheça que alguns direitos mínimos sejam indisponíveis, à exemplo as normas ao meio ambiente, saúde e segurança do trabalhador é certo que após a rescisão contratual inclusive aqueles assumem feição puramente patrimonial.

A irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas significa que o trabalhador não pode previamente renunciar a direitos, isto é, na vigência contratual. É fato que se os direitos fossem indisponíveis não haveria o incentivo a conciliação na CLT⁴² ou pela própria Justiça do Trabalho que vem promovendo nacionalmente semanas de conciliação (são inúmeros os acordos firmados diariamente na justiça laboral). Há, ainda, conciliação inclusive firmada em fase de execução, o que inevitavelmente importa em renúncia de direitos trabalhistas pelo empregado/exequente. Este é, inclusive um dos princípios que norteiam a Justiça do Trabalho, que tem a conciliação como um mecanismo eficaz de solucionar os conflitos laborais.

A conciliação, seja judicial ou seja extrajudicial, traduz, em absoluto, em renúncia de direitos pelo trabalhador, o que evidencia a relativa indisponibilidade daqueles. A Lei de Arbitragem restringe a sua aplicação quando os direitos objeto de conflito forem disponíveis e a própria Constituição Federal estabelece a arbitragem como mecanismo obrigatório para solução dos conflitos coletivos. Tal silogismo confirma mais uma vez a relativa indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

⁴² Cf. Artigos 764, 831, 846, 852-E, 855-A, da CLT

Os institutos da prescrição e decadência demonstram também a disponibilidade condicionada dos direitos trabalhistas, visto que tais direitos podem ser renunciados pelo empregado a partir do momento em que aquele deixa de exercer o seu direito no transcurso de tempo (quinquenal e/ou bienal).

O Supremo Tribunal Federal (STF, 2015) estabeleceu que há a possibilidade de disponibilidade dos direitos trabalhistas por meio de negociação coletiva, a corroborar com o aqui sustentado. A disponibilidade dos direitos trabalhistas está associada à possibilidade de o empregado livremente manifestar a sua vontade, mas condicionada a igualdade negocial entre aquele e o empregador. É a hipótese que foi sustentada pelo Ministro Levenhagen no TST (2009), quando votou favoravelmente à arbitrabilidade de direitos trabalhistas em dissídios individuais, admitindo, assim, a indisponibilidade relativa dos direitos trabalhistas.

Sustentou o ministro relator, ainda, que a vulnerabilidade e a hipossuficiência do empregado na relação de trabalho deixam de existir após a rescisão contratual. Aqueles direitos que a princípio eram indisponíveis passam a ostentar expressão meramente patrimonial, o que implica na sua disponibilidade e subsunção ao juízo arbitral. Do mesmo modo que se sustenta a relativa indisponibilidade de alguns direitos trabalhistas se afirma que são realmente indisponíveis aqueles relativos a normas de saúde, segurança, higiene e segurança do trabalho. Tem-se que é possível a compatibilização do procedimento arbitral com os conflitos individuais no Direito do Trabalho desde que versem sobre direitos disponíveis nos parâmetros aqui sustentados.

Por fim, a reforma trabalhista expressamente autorizou a viabilidade da arbitragem (cláusula arbitral)⁴³ para solução dos conflitos individuais, assim como implicitamente dispôs sobre a disponibilidade de direitos trabalhistas quando estabeleceu a prevalência do negociado sobre o legislado⁴⁴

4. A arbitragem na perspectiva do Tribunal Superior do Trabalho

A arbitragem como meio alternativo à solução dos conflitos laborais individuais foi uma inovação que o legislador inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho. Em verdade, a arbitragem era antes mesmo da alteração legislativa por algumas empresas, embora não

⁴³ Cf. artigo 507-A/CLT

⁴⁴ Cf. artigo 611-A/CLT

houvesse legislação que autorizasse expressamente a aplicação de tal instituto nos conflitos individuais laborais. Entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho repeliu a aplicação da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho por múltiplos e distintos fundamentos que serão aqui abordados.

Isto por que após análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (2010, 2013, 2015) acerca da viabilidade da arbitragem em dissídios individuais do trabalho chegasse a inequívoca conclusão de que o instituto era peremptoriamente repellido por aquele tribunal. O Tribunal Superior do Trabalho inviabiliza a possibilidade de solução arbitral no direito individual do trabalho, a qual está calcada, em síntese, nas premissas:

- (i) O instituto da arbitragem não se aplica aos dissídios individuais, ante a disposição constitucional - art. 114, §1º/CF -, que o chancela somente no Direito Coletivo do Trabalho;
- (ii) O Princípio Protetivo que informa o Direito do Trabalho inviabiliza a promoção da arbitragem como meio alternativo de litígio no Direito Individual do Trabalho;
- (iii) A hipossuficiência econômica do empregado interfere no livre arbítrio individual, inclusive no momento do aceite da convecção de arbitragem e quando da rescisão contratual, o que evidencia o desequilíbrio entre as partes;
- (iv) O juízo arbitral não pode ser utilizado homologar rescisões contratuais e/ou acordos;
- (v) Os Direitos Trabalhistas são indisponíveis e irrenunciáveis;
- (vi) O acordo firmado em juízo arbitral não se reveste de coisa julgada e nem resulta em quitação total e irrestrita do contrato de trabalho.

O momento de alteração legislativa será uma oportunidade única, com todo respeito, para que o Tribunal Superior do Trabalho reexaminar sua jurisprudência sobre a viabilidade da arbitragem nos dissídios individuais, independentemente da remuneração do empregado.

O óbice fixado pelo TST acerca da aplicabilidade da arbitragem somente nos dissídios coletivos não traduz o que está disposto na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na Lei de Arbitragem e, agora, na Consolidação das Leis do Trabalho.

Tem-se, por certo, que a arbitragem é perfeitamente aplicável aos dissídios individuais do trabalho. O princípio protetivo que informa o Direito do Trabalho não inviabiliza, em absoluto, a arbitragem como meio alternativo do direito individual do trabalho. Isto por que a arbitragem tem reconhecida natureza jurisdicional, assim como tem aplicabilidade assegurada na Constituição Federal na solução dos dissídios coletivos e agora

na Consolidação das leis do Trabalho aos conflitos individuais.

O livre arbítrio individual do empregado não sofrerá interferência decorrente da hipossuficiência econômica, ante a ausência da vulnerabilidade após a rescisão contratual, além do que tal fundamento seria óbice para inviabilizar toda e qualquer conciliação no âmbito da justiça do trabalho e ainda mais agora autorizada a homologação de acordo extrajudicial⁴⁵.

O óbice de que o juízo arbitral não pode ser utilizado para homologar rescisões contratuais está suplantado com a alteração legislativa que estabeleceu a desnecessidade das homologações das rescisões contratuais nas entidades sindicais e/ou no Ministério do Trabalho⁴⁶ e a possibilidade de acordo extrajudicial.⁴⁷ Claro que nesta última hipótese há que se repelir toda e qualquer forma de abuso e/ou fraudes por parte dos empregadores, o que caberá ao empregado comprovar vício de consentimento. O óbice a indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas está amplamente suplantando, conforme já se demonstrou acima no presente estudo.

Finalmente, a Lei de Arbitragem é clara ao dispor que o acordo firmado em juízo arbitral se reveste de coisa julgada e resulta na quitação total e irrestrita quitação do contrato de trabalho desde que o empregado não faça ressalvas. A conclusão que se chega é que o Tribunal Superior do Trabalho está, absolutamente, impedindo o acesso das partes a outro meio de solução de conflitos, mas diante dos fundamentos apresentados no presente artigo tem-se a expectativa que o entendimento do tribunal valide a arbitragem ampla e irrestritamente nos dissídios individuais.

Considerações finais

O legislador quando introduziu o art. 507-A/CLT seguramente rompeu uma barreira estabelecida pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho quanto a viabilidade de fórmulas alternativas de composição de conflitos individuais. O dispositivo retro citado é apenas um ponto de partida para a viabilidade de soluções alternativas de conflitos individuais no direito do trabalho, notadamente a arbitragem. Caberá ao Tribunal Superior do Trabalho adequar a sua jurisprudência à luz da reforma trabalhista para ao final tornar

⁴⁵ Cf. artigo 855-A/CLT

⁴⁶ Cf. artigo 477, §1º/CLT

⁴⁷ Cf. artigo 855-A/CLT

válidas as sentenças e/ou acordos oriundos de Juízo Arbitral.

A experiência exitosa da arbitragem na Justiça do Trabalho será, em absoluto, um paradigma de suma importância para que aquela justiça especializada absorva a cultura do Acesso à Justiça por meios alternativos de solução de conflitos. Consequência disso será uma racionalização de processos judiciais que serão ajuizados na Justiça do Trabalho, o que resultará na entrega de prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável, o que lamentavelmente não tem acontecido nos atualmente.

Assim, a arbitragem seguirá o seu caminho vitorioso, agora também na Justiça do Trabalho, até que consiga impor-se como substituta do tribunal, que ficará a cargo de causas individuais mais complexas e de ações coletivas.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.062/DF. Relator: Ministro Luiz Fux, Plenário, Brasília, DF, DATA DE JULGAMENTO. **Diário Judicial Eletrônico**. Brasília, 21 jun. 2017.

_____. STF, **SEC 5.206 AgR / EP** - Espanha, Rel. Ministro SEPULVEDA PERTENCE, PLENÁRIO, Diário de Justiça de 30/04/2004

_____. Supremo Tribunal Federal. **CC nº 146939/PA**. Relator: ministro Marco Aurélio Bellize, Segunda Seção, Brasília, DF, 23 de novembro de 2016. **Diário de Justiça**. Brasília, 30 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 590415/SC. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 30 de abril de 2015. **Diário de Justiça Brasília**.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão RR nº 179900-66.2004.5.05.0024. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Brasília, DF, 03 de junho de 2009. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 19 de junho de 2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão E-ED-RR nº 79500-61.2006.5.05.0028. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Brasília, DF, 18 de março de 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 30 de março de 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão E-ED-RR nº 25900-67.2008.5.03.0075. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Brasília, DF, 16 de abril de 2015. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 25 maio 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

O ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

José Antônio de Freitas

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho; analista do Superior Tribunal de Justiça (TST).

94

Resumo

Neste artigo é exposta a evolução da legislação brasileira sobre o acesso à justiça a partir das sucessivas constituições, das normas infraconstitucionais e dos principais tratados internacionais pertinentes ao tema. Também é exposto o resultado de pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF); o objetivo proposto foi demonstrar a progressiva concretização do direito fundamental ao acesso à justiça no Brasil. Conclui-se que houve progresso das medidas constitucionais e legais que visam assegurar o pleno acesso à justiça

Palavras-chave: Acesso à justiça no Brasil. Legislação. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Introdução

O presente trabalho é composto por dois tópicos. No primeiro é exposta a evolução da legislação brasileira sobre o acesso à justiça, a partir das sucessivas constituições, normas infraconstitucionais e dos principais tratados internacionais pertinentes ao tema, sem discussão acerca da validade e eficácia das normas citadas, com destaques, ainda, para os pactos republicanos firmados com o propósito de aprovar medidas legislativas que tornem mais amplo o acesso à justiça e mais célere a prestação jurisdicional. No segundo tópico aborda o resultado de pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema, com especial destaque para alguns enunciados sumulares e para os julgamentos divulgados no *Informativo de Jurisprudência* daquele tribunal proferidos em controle concentrado de constitucionalidade ou sob o regime da repercussão geral. Na conclusão, confirma-se o progresso das medidas constitucionais e legais que visam assegurar o pleno acesso à justiça, bem como a sua concretização, na jurisprudência do STF.

1. Evolução da legislação brasileira sobre o acesso à justiça

A justiça é considerada um dos valores supremos da sociedade, e o acesso a ela, por sua vez, é reconhecido como direito fundamental, conforme consta da Constituição Federal de 1988, que foi promulgada para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (preâmbulo da Constituição).

De acordo com a Constituição Federal em vigor, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) cujos objetivos fundamentais são: sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º), além da igualdade perante a lei, pois, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, CF/88, art. 5º, *caput*). O compromisso pela equidade no plano federativo encontra-se no art. 23, X, a saber: “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o da redução das desigualdades regionais e sociais e o da busca do pleno emprego (art. 170, VII e VIII). A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

Ao discorrer filosoficamente sobre a noção de justiça, o ministro Eros Roberto Grau (2014, p. 81) louva-se em Jean-Paul Sartre, que observa que a noção de justiça, em sua origem, não se encontra no Estado, mas no povo. Para o povo, isto é, para a maioria dos franceses – reproduzindo o que diz Sartre – há, originariamente, situações justas e situações injustas. Não se trata, aqui, de ideologia, mas de um sentimento muito mais profundo, que

exprime a realidade fundamental da consciência popular. Nenhuma atividade social ou política poderia ser popularmente exercida se não fosse concebida como justa. O povo – diz Eros Grau – produz o *direito pressuposto*; o Estado produz o *direito posto*, que conhecemos como *direito moderno* ou *direito formal*; apenas o *direito produzido pelo povo é comprometido com a justiça*. O ministro Eros Grau (2014, p. 103-104) também se louva em Epicuro para, seguindo as indicações de Paul Nizan, afirmar ser incabível discutirmos a *justiça* ou *injustiça* da *norma* produzida ou da *decisão* tomada pelo juiz, visto que nem uma nem outra (*justiça* ou *injustiça*) existem em si; os sentidos, de uma e outra, são assumidos exclusivamente quando se as relacione à *segurança* (*segurança social*), tal como concebida em determinado momento histórico vivido por determinada sociedade.

Aproximando-se, ainda que de modo não expresso, do tema acesso à justiça, ao escrever sobre realismo e utopia constitucional, o ministro Eros Grau (2014, p. 335-336) afirma que é com os olhos atentos à realidade social que devemos nos empenhar no sentido de lutar para que os direitos econômicos e sociais sejam entendidos como direitos subjetivos públicos, direitos originários a prestações; lutar pelo reconhecimento do dever do Poder Público de criar os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício imediato dos direitos econômicos e sociais, além da faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos; lutar pela imposição ao Poder Público de condutas suficientes à criação de condições de efetivação dos direitos, dentro da “reserva do possível”, no quadro dos recursos econômicos disponíveis. No mínimo, que se os tome como direitos derivados a prestações. Direitos, de todos, a uma participação igual nas prestações estatais, segundo a medida das capacidades existentes. Direitos que se justificam na medida em que permitam aos seus titulares o recurso aos tribunais a fim de reclamar a manutenção do nível de realização que os direitos econômicos e sociais tenham adquirido.

Outra importante aproximação com o tema acesso à justiça está no pensamento do filósofo alemão Jürgen Habermas (1997, p. 162), para quem a institucionalização jurídica do código de direitos exige a garantia dos caminhos jurídicos, pelos quais a pessoa que se sentir prejudicada em seus direitos possa fazer valer suas pretensões. Do caráter obrigatório do direito resulta a exigência de que o direito vigente, em casos de conflito, seja interpretado e aplicado obrigatoriamente num procedimento especial. Pessoas de direito só podem mobilizar as autorizações ao uso da força, acopladas aos seus direitos, se tiverem livre acesso a tribunais independentes e efetivos, que decidem autoritariamente e imparcialmente os casos de

disputa no quadro das leis. À luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares da justiça, que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade da aplicação do direito, portanto o direito a serem tratadas como iguais perante a lei.

Acerca da justiça social, o filósofo colombiano Francisco Cortés Rodas (2007, p. 13-14) observa que a questão da justiça social – que na realidade latino-americana deve significar a garantia de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais como direitos humanos fundamentais – implica encontrar solução para nossos maiores problemas: a pobreza, o desemprego, a falta de educação para a maioria, a exploração, a marginalização, a negação do reconhecimento da identidade cultural das minorias culturais e a violência. A possibilidade de superar esses graves problemas depende da capacidade de se criar modelos alternativos de associação política que possam articular: 1) os imperativos de igualdade que exigem a criação de condições para garantir um padrão mínimo de vida adequado para cada indivíduo; 2) os imperativos de liberdade que exigem a garantia de condições para que todos os indivíduos possam gozar de seus direitos individuais fundamentais; 3) as condições que possibilitam o reconhecimento de identidades culturais; e 4) as condições operacionais do sistema econômico, já que sem recursos não é possível garantir os direitos ou criar os requisitos mínimos para uma vida humana digna. Nesse contexto, o ponto de partida de uma reflexão ética sobre a justiça em nossa realidade social tem que resultar da compreensão da verdadeira injustiça experimentada pelos milhões de seres humanos excluídos da possibilidade de desfrutar das condições sociais, econômicas e políticas que teoricamente a eles pertencem como membros de uma comunidade política.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 73) a conceitua como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Partindo dessas perspectivas doutrinárias sobre a justiça e sua relação com a

dignidade da pessoa humana, na análise da evolução histórica do acesso à justiça, no Brasil, cumpre começar pela Constituição de 1824, que, em seu Título 6º (arts. 151 a 164), tratava do então denominado Poder Judicial, composto, à época, pelos jurados, juízes de direito, juízes de paz, Tribunais de Justiça (as Relações Provinciais), juízes árbitros e o então denominado Supremo Tribunal de Justiça. A propósito, este Tribunal, nas constituições posteriores, passou a contar com seu nome atual – Supremo Tribunal Federal –, salvo a Constituição de 1934, que o denominava Corte Suprema.

A aludida constituição imperial, no citado Título 6º, dentre outras disposições, previa a ação popular, mas apenas contra os juízes e oficiais de justiça: (“art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei”), bem como condicionava o acesso ao Poder Judiciário à prévia tentativa de conciliação (“art. 161 Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”). Já em seu Título 8º, particularmente no art. 179, relacionava as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, dentre as quais, por exemplo, pode ser citada a garantia do direito de representação e de petição aos Poderes Públicos (inciso XXX), importante instrumento de acesso à justiça numa concepção mais abrangente do que acesso simplesmente ao Poder Judiciário.

Sobre a ação de *habeas corpus* – relevantíssimo instrumento de acesso à justiça para a tutela do direito fundamental à liberdade –, cumpre destacar as primeiras referências a tal ação – inicialmente a nível infraconstitucional –, nos seguintes textos normativos do período imperial: Lei de 16 de dezembro de 1830, referente ao Código Criminal do Império; Lei de 29 de novembro de 1832, referente ao Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil; Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, e Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, referentes a alterações de diferentes disposições da Legislação Judiciária; Decreto 5.618, de 2 de maio de 1874, referente ao Regulamento das Relações do Império.

A Constituição de 1891 – que previu a Justiça Federal, a par das justiças locais –, na Seção II (“Declaração de Direitos”) do seu Título IV (“Dos Cidadãos Brasileiros”), precisamente em seu art. 72, além do direito de petição aos poderes públicos (§ 9º), elevou a *status* constitucional, pela primeira vez, a ação de *habeas corpus* (§ 22). Em tal Seção, também pela primeira vez, a nível constitucional, houve menção ao mais antigo Tribunal do

País, o então denominado Supremo Tribunal Militar, que veio a integrar os órgãos do Poder Judiciário, a partir de 1934, passando a ter seu nome atual – Superior Tribunal Militar – a partir de 1946. No § 5º do art. 60 da primeira Constituição republicana brasileira – incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 – havia as seguintes restrições quanto ao acesso ao Poder Judiciário:

Art. 60.....

§ 5º. Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo (BRASIL, EC, 1926).

A Constituição Federal de 1934, a par das Justiças locais, previu, em seu art. 63, como órgãos do Poder Judiciário, “a) a Corte Suprema; b) os juízes e tribunais federais; c) os juízes e tribunais militares; d) os juízes e tribunais eleitorais”, e instituiu, em seu art. 122, a Justiça do Trabalho, a qual, a partir da Constituição de 1946, passou a integrar o Poder Judiciário.

Também a Constituição de 1934 elevou, a nível constitucional, a assistência *judiciária*, com o objetivo de permitir o acesso dos necessitados ao Poder Judiciário, direito que, a partir da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, ampliou-se para assistência *jurídica* aos necessitados, e, na vigência da Constituição de 1988, ampliou-se, mais enfaticamente, para assistência *jurídica integral e gratuita* aos que comprovarem insuficiência de recursos. A Constituição de 1988, paralelamente, previu a Defensoria Pública, instituição incumbida de prestar assistência jurídica, *judicial e extrajudicial*, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei.

A Constituição de 1934 ampliou o escopo da ação popular, para considerar qualquer cidadão parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Ainda na Carta de 1934 foi prevista, pela primeira vez, a ação de mandado de segurança, importante instrumento de acesso à justiça para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* (ou por *habeas data*, como previsto, posteriormente, pela Constituição de 1988), quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no

exercício de atribuições do Poder Público. O processo do mandado de segurança veio a ser regulado, sucessivamente, pela Lei 191, de 1936, pelo Decreto-lei 1.608, de 1939 (art. 319 e ss.), pela Lei 1.533, de 1951, e pela Lei 12.016, de 2009.

Embora a citada Constituição de 1934, de um lado, em seu art. 113, além do direito de petição (item 10) e da ação de *habeas corpus* (item 23), previsse a assistência judiciária (item 32), o mandado de segurança (item 33) e a ação popular contra atos lesivos do patrimônio público (item 38), de outro lado, em seu art. 68, vedava ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, e, no art. 18 das respectivas Disposições Transitórias, assim restringia o acesso ao Poder Judiciário:

Art. 18. Ficam aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos.

Parágrafo único - O Presidente da República organizará, oportunamente, uma ou várias Comissões presididas por magistrados federais vitalícios que, apreciando de plano as reclamações dos interessados, emitirão parecer sobre a conveniência do aproveitamento destes nos cargos ou funções públicas que exerciam e de que tenham sido afastados pelo Governo Provisório, os seus Delegados, ou em outros correspondentes, logo que possível, excluído sempre o pagamento de vencimentos atrasados ou de quaisquer indenizações.

A Constituição Federal de 1937, quanto ao acesso à justiça, implicou retrocesso, na medida em que extinguiu as Justiças Eleitoral e Federal. Com efeito, em relação à Justiça Eleitoral, que havia sido instituída pelo Decreto 21.076/32, foi ela extinta pela Constituição de 1937 e veio a ser restabelecida pelo Decreto-lei 7.586/45. A Justiça Federal, por sua vez, foi organizada, a princípio, pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890. Com a Constituição de 1937, foi extinta a Justiça Federal de primeiro grau. Posteriormente, pelo Ato Institucional 2, de 27 de outubro de 1965, foi restabelecida a Justiça Federal de primeiro grau. Pela Lei 5.010, de 30 de maio de 1966, foi regulamentada a organização da recriada Justiça Federal, cuja reinstalação efetiva das Seções Judiciárias se deu a partir de 1967.

A aludida Constituição de 1937, em seu art. 122, ao dispor sobre direitos e garantias individuais, era silente sobre a assistência judiciária, o mandado de segurança e a ação popular, embora ainda enumerasse o *habeas corpus*, dentre as garantias ali previstas (algumas dessas garantias, no entanto, restaram suspensas pelo Decreto 10.358/42, no qual foi declarado estado de guerra em todo o território nacional). Em seu art. 94, a mencionada

Carta vedava ao Poder Judiciário a apreciação de questões exclusivamente políticas, e, em seu art. 170, dispunha que, durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderiam conhecer os juízes e tribunais.

A Constituição Federal de 1946, no Título IV (“Da Declaração de Direitos”), Capítulo II (“Dos Direitos e das Garantias Individuais”), especificamente em seu art. 141, pela primeira vez, assim dispôs sobre a garantia da inafastabilidade da jurisdição: “§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Nesse mesmo artigo, dentre outras garantias de acesso à justiça, destacam-se o *habeas corpus* (§ 23), o mandado de segurança (§ 24), a assistência judiciária (§ 35) e a ação popular (§ 38). Porém, no respectivo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foram feitas as seguintes restrições ao acesso ao Poder Judiciário:

Art. 30 - Fica assegurada, aos que se valeram do direito de reclamação instituído pelo parágrafo único do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 16 de julho de 1934, a faculdade de pleitear perante o Poder Judiciário o reconhecimento de seus direitos, salvo quanto aos vencimentos atrasados, relevadas, destarte, quaisquer prescrições, desde que sejam preenchidos os seguintes requisitos:

I - terem obtido, nos respectivos processos, parecer favorável, e definitivo, da Comissão Revisora, a que se refere o Decreto 254, de 1º de agosto de 1935;

II - não ter o Poder Executivo providenciado na conformidade do parecer da Comissão Revisora, a fim de reparar os direitos dos reclamantes.

Art. 31 - É insuscetível de apreciação judicial a incorporação ao patrimônio da União dos bens dados em penhor pelos beneficiados do financiamento das safras algodoeiras, desde a de 1942 até as de 1945 e 1946.

A Constituição Federal de 1967, no Título II (“Da Declaração de Direitos”), Capítulo IV “Dos Direitos e Garantias Individuais”, especificamente em seu art. 150, reiterou a cláusula “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (§ 4º), também fazendo constar, desse mesmo artigo, o *habeas corpus* (§ 20), o mandado de segurança (§ 21), a ação popular (§ 31) e a assistência judiciária (§ 32). Todavia, no art. 173 das suas Disposições Gerais e Transitórias, assim restringiu o acesso ao Poder Judiciário:

Art 173 - Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - pelo Governo federal, com base nos Atos Institucionais nº 1, de 9 de abril de 1964, nº 2, de 27 de outubro de 1965, nº 3, de 5 de fevereiro de 1966, e nº 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais;

II - as resoluções das Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos institucionais;

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I;

IV - as correções que, até 27 de outubro de 1965, hajam incidido, em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida, sobre vencimentos, ajuda de custo e subsídios de componentes de qualquer dos Poderes da República.

Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, transpôs-se, para o art. 153 da Constituição Federal de 1967, a cláusula “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (§ 4º), além das cláusulas sobre o *habeas corpus* (§ 20), o mandado de segurança (§ 21), a ação popular (§ 31) e a assistência jurídica aos necessitados (§ 32). O art. 111 da aludida Constituição passou a dispor que “a lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior (artigo 153, § 4º)”, ao passo que as hipóteses excluídas da apreciação judicial foram transpostas para o art. 181 das respectivas Disposições Gerais e Transitórias, abaixo reproduzido:

Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969;

II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.

Dentre as alterações da Constituição de 1967, promovidas pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, que incorporou ao texto da Constituição Federal pretérita

disposições relativas ao Poder Judiciário, destacam-se as seguintes:

Art. 111. A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior (Artigo 153, § 4º).

Art. 122. Compete ao Tribunal Federal de Recursos:

.....

II - julgar, originariamente, nos termos da lei, o pedido de revisão das decisões proferidas pelos contenciosos administrativos (Artigo 204);

Art. 153.....

§ 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.”

Art. 203. Poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho (art. 153, § 4º).

Art. 204. A lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (artigos 111 e 203) requeira diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida.”

Pela leitura do art. 181 da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, constata-se que, durante o regime militar estabelecido com a Revolução de 31 de março de 1964, ficaram excluídos da apreciação judicial os atos praticados com fundamento nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos, consoante consta das seguintes disposições normativas: art. 10 do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964; art. 19 do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965; art. 6º do Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966; arts. 5º, § 2º, e 11 do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968; art. 4º do Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969; art. 9º do Ato Institucional nº 7, de 26 de fevereiro de 1969; art. 7º do Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969; art. 5º do Ato Institucional nº 12, de 1º de setembro de 1969; art. 2º do Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969; art. 3º do Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969; art. 4º do Ato Institucional nº 15, de 11 de setembro de 1969; art. 8º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969; e art. 4º do Ato Institucional nº 17, de 14 de outubro de 1969.

Sobre os aludidos Atos institucionais e complementares, a Emenda Constitucional nº 11, de 1978, em seu art. 3º, dispôs o seguinte: “art. 3º São revogados os Atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial.”

Nas Constituições anteriores, não havia menção a “direitos coletivos”, mas apenas a “direitos individuais”, embora houvesse alusão a “convenções coletivas de trabalho” – nos arts. 121, § 1º, “j”, da Constituição de 1934, 157, XIII, e 159, da Constituição de 1946, 158, XIV, e 159, da Constituição de 1967, e 165, XIV, e 166, da aludida Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 –, assim como referência a “contratos coletivos de trabalho” – nos arts. 61, 137, “a” e “b”, e 138, da Constituição de 1937 –, e também a “dissídios coletivos” – nos arts. 123, *caput* e § 2º, da Constituição de 1946, 134, *caput* e 1º, da Constituição de 1967, e 142, *caput* e § 1º, da aludida Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Nesse contexto, inovou a Constituição Federal de 1988, no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), porquanto conferiu *status* constitucional aos direitos coletivos (em sentido lato). De modo igualmente inovador, notadamente no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do mesmo Título II, a Constituição de 1988 enumerou os direitos sociais básicos assegurados aos cidadãos e estrangeiros residentes no País (art. 6º), juntamente com os direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores (art. 7º). A atual Constituição ainda ampliou as garantias constitucionais de acesso à justiça e os meios de tutela dos direitos individuais, coletivos e sociais. A título ilustrativo, basta observar os atuais contornos do controle de constitucionalidade, a instituição da defensoria pública, a criação do sistema dos juizados especiais, bem como a inserção, no texto constitucional, do mandado de injunção, do *habeas data* e da ação civil pública, dentre outras ações e recursos constitucionais, a par da assistência judiciária, do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular.

Se comparado ao § 4º do art. 153 da Constituição Federal de 1967, na redação da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) suprimiu a possibilidade de condicionamento do ingresso em juízo ao prévio exaurimento das vias administrativas e ampliou a garantia da inafastabilidade da jurisdição, quer seja em face da lesão a direitos (não mais apenas direitos individuais, mas também direitos sociais, difusos ou coletivos), quer seja em face da ameaça de lesão (tutela preventiva).

Na Constituição Federal de 1988, há apenas duas limitações à garantia da inafastabilidade da jurisdição.

A primeira delas está no § 1º de seu art. 217: “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. A segunda limitação à garantia da inafastabilidade da jurisdição foi incluída pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que, ao alterar o § 2º do art. 114 da Constituição Federal, passou a exigir o “comum acordo” das partes, como pressuposto para o ajuizamento da ação de dissídio coletivo de natureza econômica.

A supracitada Emenda Constitucional 45, de 2004, com o objetivo de assegurar o acesso universal e pleno à justiça, em todas as fases do processo, acabou por promover outras importantes alterações na Constituição Federal de 1988, dentre as quais destacam-se as seguintes:

- Art. 5º.....
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
- Art. 107.
§ 1º (antigo parágrafo único)
§ 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.
§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. (NR)
- Art. 115.
§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.
§ 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. (NR)
- Art. 125.
§ 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.
§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários (NR).

No plano das normas infraconstitucionais – sob a vigência da Constituição de 1891 –, o Decreto 19.398, de 1930, que instituiu o Governo Provisório da República, no *caput* de seu art. 5º, assim restringia o acesso ao Judiciário: “ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores”.

No mesmo sentido eram as disposições do § 2º do art. 30 e do art. 31 do Decreto 20.348, de 1931 – que instituiu conselhos consultivos nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios e estabeleceu normas sobre a administração local –, abaixo reproduzidas e destacadas em negrito:

Art. 30. É assegurada a proteção judiciária de todos os direitos, perante os juízes e tribunais competentes, e na forma das leis processuais respectivas, contra qualquer ato do governo ou autoridade, estadual ou municipal, contrário ao presente decreto.

§ 1º Haverá agravo de petição para o tribunal superior, do despacho ou sentença que conceder ou negar inicialmente, ou confirmar ou revogar afinal, qualquer interdito, ou medida preventiva, ou assecuratória, contra ato de autoridade estadual ou municipal.

§ 2º Cessarão logo os efeitos de qualquer medida judicial decretada contra ato de interventor, ou prefeito, desde que o representante da Fazenda Nacional, em nome do Governo Provisório, o requeira, declarando que o mesmo Governo, considerando o caso de natureza política, ou por interesse público relevante, o vai resolver por seus poderes discricionários.

Art. 31. Os atos dos interventores ou prefeitos são insusceptíveis de apreciação judicial, quando deles não tenha havido recurso administrativo nos prazos deste decreto, ou se ele não tiver provimento - salvo, porém, se se não tratar de exercício de cargo, ou função pública, dos proventos decorrentes de um, ou de outra, de concessão outorgada pelo poder público, ou em geral de decisão fundada nos poderes discricionários do Governo Provisório, sempre sem prejuízo do disposto no art. 30, § 2º.

Sob a égide da Constituição de 1934, no mesmo sentido de seu art. 68, pode ser citada a Lei 191, de 1936, primeira lei reguladora do processo do mandado de segurança, que restringia o acesso à justiça, ao prever, em seu art. 4º, III, que não se daria mandado de segurança quando se tratasse de questão puramente política. Em contrapartida, sob a vigência daquela mesma Constituição, sucederam-se o Decreto-lei 1.237, de 1939, e o Decreto-lei 5.452, de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), contendo disciplina a respeito de algumas ações que podem ser consideradas os primeiros instrumentos, no âmbito da Justiça do Trabalho, para a tutela de direitos coletivos, a saber: os dissídios

coletivos e as ações de cumprimento.

Ainda sob a vigência da Constituição de 1934 foi editado o Decreto-lei 3.689, de 1941, atual Código de Processo Penal, regulando a forma de acesso à justiça criminal, tanto pelas vítimas de infrações penais, quanto pelos acusados, estes, obviamente, para fins de exercício do contraditório e da ampla defesa.

No período de vigência da Constituição de 1946, sobrevieram as Leis 1.060, de 1950, e 4.215, de 1963 (art. 90 e ss.), que, ao disciplinarem a concessão de assistência judiciária aos necessitados, viabilizaram o acesso ao Poder Judiciário a todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Nesse mesmo período a ação popular – importante instrumento de acesso à justiça para a tutela do patrimônio público – veio a ser regulada pela Lei 4.717, de 1965, segundo a qual qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. Com a Constituição de 1988, o escopo da ação popular foi ampliado para anular atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Ainda sob a vigência da Constituição de 1946, a Lei 4.737, de 1965, atual Código Eleitoral, disciplinou o acesso à Justiça Eleitoral para a tutela de direitos políticos (alistamento eleitoral, votação, apuração dos votos, diplomação dos eleitos, etc) e a apuração de crimes eleitorais, observadas as alterações posteriores da legislação eleitoral.

Também na vigência da Carta de 1946, a Lei 5.172, de 1966, denominada Código Tributário Nacional, trouxe diversas disposições sobre o processo tributário, nas esferas administrativa e judicial, visando assegurar o acesso à justiça fiscal aos sujeitos passivos de obrigações tributárias.

No período de vigência da Constituição de 1967, destaca-se a Lei 5.478, de 1968,

que, ao dispor sobre a ação de alimentos, disciplinou a forma de acesso à justiça para o credor de obrigação alimentar, através de procedimento de rito especial e célere, considerada a necessidade premente de alimentos por quem normalmente encontra-se em situação de vulnerabilidade social.

Já na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a Lei 5.584, de 1970, em seu art. 14 e ss., dispôs sobre a concessão e prestação de assistência judiciária, no âmbito da Justiça do Trabalho, ao trabalhador considerado juridicamente necessitado, permitindo-lhe, assim, o acesso à Justiça do Trabalho.

O Decreto-lei 1.002, de 1969, denominado Código de Processo Penal Militar, dispôs sobre o acesso à Justiça Militar pelas vítimas, ou ofendidos, e pelos acusados dos crimes processados e julgados por esse ramo do Poder Judiciário.

A Lei 5.869, de 1973 – ressalvado o disposto em seus arts. 1.217 e 1.218 – a par de revogar o Decreto-lei 1.608, de 1939, instituiu o Código de Processo Civil de 1973, que veio a ser revogado pela Lei 13.105, de 2015, atual Código de Processo Civil. Esses diplomas legais federais sucederam-se para disciplinar o acesso à jurisdição civil em geral.

A Lei 6.001, de 1973, denominada Estatuto do Índio, trouxe algumas disposições sobre a forma de acesso à justiça para a tutela dos interesses dos índios e das comunidades indígenas.

A Lei 6.830, de 1980, ao dispor sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, instrumentalizou o acesso à justiça pelo sujeito passivo de obrigação fiscal, quer seja tributária ou não, para a discussão judicial da Dívida Ativa.

Na vigência do art. 153, § 4º, da Constituição de 1967 – com as alterações das Emendas Constitucionais nº 1, de 1969, e 7, de 1977 –, como exemplos de dispositivos legais condicionantes do acesso à justiça ao prévio exaurimento das vias administrativas, podem ser citados o § 3º do art. 51 da Lei 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares das Forças Armadas), o § 3º do art. 51 da Lei 7.289, de 1984 (Estatuto dos Policiais-Militares da Polícia Militar do Distrito Federal), e o § 3º do art. 52 da Lei 7.479, de 1986 (Estatuto dos Bombeiros-Militares do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal), segundo os quais o militar “só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado”.

Ainda sob a égide da pretérita Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, destaca-se a Lei 7.347, de 1985, que disciplinou a

ação civil pública – um dos mais importantes instrumentos de acesso à justiça para a tutela de interesses difusos ou coletivos. A propósito da ação civil pública, a Lei 6.938, de 1981, na parte final do § 1º de seu art. 14, assim já dispunha: “O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”. A Lei Complementar 40, de 1981, no inciso III de seu art. 3º, também já fazia simples referência à ação civil pública. A aludida Lei 7.347, de 1985, com suas alterações posteriores, de forma abrangente, contemplou a propositura de ações tanto para evitar danos como para apurar responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Após a Constituição de 1988, num ritmo sensivelmente crescente, sucederam-se várias leis com o objetivo de ampliar o acesso à justiça para a tutela de interesses individuais, difusos ou coletivos, sendo que adiante serão mencionadas apenas algumas dessas leis, a título ilustrativo.

A Lei 7.853, de 1989, ao dispor sobre a tutela jurisdicional de interesses coletivos das pessoas portadoras de deficiência e dá outras providências, em seu art. 3º, previu que as medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelo Distrito Federal, por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, por autarquia, por empresa pública e por fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência.

A Lei 7.913, de 1989, ao dispor sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, garantiu o acesso à justiça, por intermédio do Ministério Público, para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado.

A Lei 8.069, de 1990, no seu Título VI, denominado “Do Acesso à Justiça”, a par de disposições gerais garantidoras do acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria

Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, trouxe disposições especiais sobre a Justiça da Infância e da Juventude e seus procedimentos.

A Lei 8.078, de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor, além de garantir o direito básico do consumidor ao acesso à justiça (art. 6º, VII), ampliou a finalidade da ação civil pública, para incluir a proteção a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, na esteira do art. 129, III, da Constituição de 1988, bem como disciplinou a denominada ação civil coletiva, e consolidou, ainda, um verdadeiro microsistema processual coletivo.

A Lei 8.429, de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, viabilizou o acesso de toda a coletividade à justiça, mediante ações propostas pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, para a tutela da probidade administrativa.

A Lei 8.884, de 1994, e posteriormente, a Lei 12.529, de 2011 – ao alterarem a Lei 7.347, de 1985 –, ampliaram a finalidade da ação civil pública, para incluir a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Convém ressaltar que, nos termos daquelas leis, a coletividade é a titular dos bens jurídicos por elas protegidos.

A Lei 9.099, de 1995, ao dispor sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, ampliou consideravelmente o acesso à justiça, notadamente porque permitiu o comparecimento pessoal das partes em juízo, sem assistência de advogado, até a prolação da sentença, e conferiu isenção do pagamento de custas, taxas ou despesas, em primeiro grau de jurisdição, na mesma linha do que dispunha a Lei 7.244, de 1984, em relação aos Juizados de Pequenas Causas.

Ainda a respeito do acesso à justiça pelo microsistema dos Juizados Especiais, à citada Lei 9.099, de 1995, somaram-se a Lei 10.259, de 2001, relativa aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, e a Lei 12.153, de 2009, referente aos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

A Lei 9.507, de 1997, que regulou o direito de acesso a informações e disciplinou o rito processual do *habeas data*, viabilizou o acesso à justiça para assegurar o conhecimento

de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo, e também para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

A Lei 9.868, de 1999 – que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, e a Lei 9.882, de 1999 – que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental –, igualmente ampliaram o acesso à jurisdição constitucional, para o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade, e possibilitaram, com isso, o acesso a uma ordem jurídica justa.

O Decreto 3.637, de 2000, instituiu a Rede Nacional de Direitos Humanos, que tem como objetivo, dentre outros, possibilitar assistência e orientação a grupos sociais vulneráveis no que se refere aos mecanismos de acesso à justiça e defesa de direitos (art. 2º, VII).

A Lei 10.257, de 2001, denominada Estatuto da Cidade, e a Medida Provisória 2.180-35, de 2001, ampliaram a finalidade da ação civil pública, para explicitar a ordem urbanística como interesse difuso ou coletivo tutelável, ficando assegurado, assim, o acesso à justiça para exigir a observância da política de desenvolvimento urbano, que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A Lei 10.671, de 2003, ao dispor sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor, em seu art. 40, previu que a defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei 8.078, de 1990, ficando assegurando, assim, o acesso à justiça para a tutela coletiva dos interesses e direitos dos torcedores, dada a relevância dos direitos sociais básicos ao lazer e ao desporto.

A Lei 10.741, de 2003, ao dispor sobre o Estatuto do Idoso, no Título V, denominado “Do Acesso à Justiça”, trouxe regras sobre a proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos próprios da pessoa idosa, visando assegurar sua participação na comunidade, sua dignidade e seu bem-estar.

A Lei 11.340, de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, e o Decreto 8.086, de

2013, asseguraram o acesso à justiça para as mulheres em situação de violência doméstica e familiar, considerada a vulnerabilidade biológica das mulheres, nas relações de gênero.

A Lei 11.530, de 2007, referente ao Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – Pronasci, relacionou, dentre as diretrizes do aludido Programa, a garantia de acesso dos seus participantes à justiça, especialmente nos territórios considerados vulneráveis (art. 3º, X).

A Lei 12.288, de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, no Título III (“Do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial”), Capítulo IV (“Das Ouvidorias Permanentes e Do Acesso à Justiça e à Segurança”, a par de assegurar o acesso das vítimas de discriminação étnica aos órgãos de Ouvidoria Permanente, à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, estabeleceu que, para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública.

A Lei 12.846, de 2013, apelidada Lei Anticorrupção, em seu art. 21, previu a adoção do rito da ação civil pública, nas ações de responsabilização judicial de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, ampliando, assim, o acesso à justiça no combate à corrupção.

A Lei 12.852, de 2013, em seus arts. 3º, X, 18, I, 37 e 38, e o Decreto 9.306, de 2018, em seus arts. 5º, V, e 8º, XI, relativamente ao Sistema Nacional de Juventude, indicaram o acesso à justiça, dentre os eixos prioritários a partir dos quais serão adotados os planos, programas, ações e recursos das políticas públicas de juventude.

A Lei 12.966, de 2014, alterou a Lei 7.347, de 1985, para incluir, entre as finalidades da ação civil pública, a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, visando assegurar o acesso à justiça aos mencionados grupos e sua defesa coletiva.

A Lei 13.004, de 2014, também alterou a Lei 7.347, de 1985, para incluir, entre as finalidades da ação civil pública, a proteção ao patrimônio público e social, na esteira do art. 129, III, da Constituição Federal de 1988, que já atribuía ao Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Assim, com a citada Lei 13.004, de 2014, estendeu-se inequivocamente a possibilidade de proteção ao patrimônio

público e social para os demais entes com legitimidade concorrente disjuntiva para a propositura de ação civil pública.

A Lei 13.146, de 2015, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu Livro II, no Título I, denominado “Do Acesso à Justiça”, trouxe disposições gerais sobre o acesso à justiça para a pessoa com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, bem como sobre o reconhecimento igual perante a lei.

A Lei 13.300, de 2016, viabilizou o acesso à justiça através dos mandados de injunção individual e coletivo, sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A Lei 13.445, de 2017, denominada Lei de Migração, assegurou o amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral e gratuita aos migrantes e aos apátridas residentes no País, que comprovarem insuficiência de recursos (arts. 4º, IX, e 26, §§ 2º e 3º). Em conformidade com os arts. 2º, 121 e 122 da citada Lei, na sua aplicação aos refugiados devem ser observadas a Convenção Internacional relativa ao Estatuto dos Refugiados, promulgada pelo Decreto 50.215, de 1961, bem como as Leis 9.474, de 1997, e 13.684, de 2018, de modo que se tem assegurado o amplo acesso à justiça aos refugiados, de que são exemplo próximo e atual os inúmeros venezuelanos em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária.

Mas, enfim, na evolução da legislação brasileira sobre o acesso à justiça, merece especial atenção a Lei 13.105, de 2015 – atual Código de Processo Civil (CPC/2015) –, notadamente quanto aos seus arts. 1º, 3º, 4º, 26, II, 139, 165 a 175, 190, 319, § 3º, 334, 359, 381, II, 694 e 696, e quanto aos dispositivos pertinentes ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, ao Incidente de Assunção de Competência – IAC e aos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (cujas normas aplicam-se, no que couber, ao Recurso de Revista).

Em seu art. 1º, o aludido Código dispôs que *“o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição”*, e em seus arts. 3º e 4º, abaixo reproduzidos, ficou explícita a compreensão do acesso à justiça de forma mais ampla do que o simples acesso ao Poder Judiciário:

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

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

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

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

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

No plano das normas internacionais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, trouxe solenes disposições pertinentes ao acesso à justiça:

Artigo 8. Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”; “Artigo 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678, de 1992, a par de dispor sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, também tratou do acesso à justiça, especialmente nos arts. 8º e 25 da Parte I, que cuidam, respectivamente, das garantias judiciais e da proteção judicial.

Além das supracitadas normas internas e internacionais, convém anotar que, em dezembro de 2004, foi celebrado o Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano, e posteriormente, em abril de 2009, foi firmado o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, quando foram reafirmados e ampliados compromissos para fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça, com o estabelecimento dos seguintes objetivos: I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos; III - aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança

pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana.

No próximo tópico deste trabalho, serão citados alguns importantes precedentes do STF sobre o acesso à justiça.

2. O acesso à justiça segundo a jurisprudência do STF

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), após reiteradas decisões em ações diretas de inconstitucionalidade, algumas dessas decisões, inclusive, fundadas no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, foi editada a Súmula 667/STF, do seguinte teor: “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.”

Após o julgamento da ADI 1074/DF (STF, Rel. Ministro EROS GRAU, PLENÁRIO, DJU de 25/05/2007) – em que o STF havia declarado a inconstitucionalidade do *caput* do art. 19 da Lei 8.870/94, por contrariedade aos incisos XXXV e LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao entendimento de que o dispositivo legal impugnado consubstanciava barreira de acesso ao Poder Judiciário –, sobreveio a edição da Súmula Vinculante 28/STF, do seguinte teor: “é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”. Sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional de políticas públicas, destacam-se os seguintes julgados do STF, sob o regime da repercussão geral (RE 592581/RS, rel. ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 01/02/2016; REsp 627189/SP, rel. ministro Dias Toffoli, DJe de 03/04/2017).

Compreendendo a garantia do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal num sentido amplo de acesso à justiça, o Plenário do STF, ao julgar o Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206/EP, proclamou a constitucionalidade da Lei 9.307, de 1996, que dispõe sobre a arbitragem, consoante consta do seguinte trecho da ementa do respectivo acórdão:

[...] Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade

declarada pelo Plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF. [...]” (STF, AgR na SE 5206/EP, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, DJe de 30/04/2004).

Analisando controvérsia em torno de sanções políticas que impedem o acesso à justiça, no julgamento conjunto das ADIs 173/DF e 394/DF (Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 20/03/2009), ao declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, incisos I, III e IV, e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 7.711, de 1988, cujas disposições normativas condicionavam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários, o STF decidiu pela violação do direito fundamental de livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição), na medida em que tais disposições impediam o contribuinte de ir a juízo discutir a validade do crédito tributário, ou seja, ignoravam sumariamente o direito do contribuinte de rever, em âmbito administrativo ou judicial, a validade de créditos tributários.

Ao enfrentar a garantia do acesso à justiça e sua relação com os Juizados Especiais, no julgamento da ADI 1539/DF (Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJU de 05/12/2003), o STF declarou a constitucionalidade da Lei 9.099/95, no tocante à faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. No mesmo sentido: ADI 3168/DF, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJU de 03/08/2007.

Quanto ao acesso à justiça e sua relação com a Defensoria Pública, o Plenário do STF, ao julgar a ADI 3700/RN (Rel. Ministro CARLOS AYRES BRITTO, DJe de 05/03/2009), proclamou que “a Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88)”. Ao julgar a ADI 4246/PA (Rel. Ministro CARLOS AYRES BRITTO, DJe de 30/08/2011), reafirmou que “a Defensoria Pública é instituição concretizadora do mais democrático acesso às instâncias decisórias do País, tanto na esfera administrativa quanto judicial, na medida em que dá assistência jurídica integral e gratuita a pessoas naturais economicamente débeis (inciso XXXV do art. 5º da CF/88)”. Mais recentemente, ao julgar a ADI 3943/DF (Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe de 05/08/2015), confirmou a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, a fim de assegurar o pleno acesso à justiça.

No tocante à garantia de acesso à Justiça do Trabalho e sua relação com as Comissões de Conciliação Prévia, no julgamento conjunto das ADIs 2139/DF, 2160/DF e 2237/DF, em 01/08/2018, o STF deu interpretação conforme a Constituição ao art. 625-D, §§ 1º a 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, assentando que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório, de solução de conflitos, permanecendo o acesso à Justiça do Trabalho resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente.

Sobre o acesso à justiça e sua relação com a tutela coletiva do direito fundamental à liberdade, destaca-se o recente julgamento do *Habeas Corpus* 143641/SP (Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/10/2018), em que o STF considerou cabível a impetração coletiva. No aludido julgamento, a ação coletiva foi considerada como um dos instrumentos capazes de garantir o acesso à justiça para os grupos mais vulneráveis socioeconomicamente. Nesse sentido, o STF tem admitido com maior amplitude a utilização da ADPF e do mandado de injunção coletivo. O *habeas corpus*, por sua vez, presta-se a salvaguardar a liberdade. Assim, se o bem jurídico ofendido é o direito de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo determinado de pessoas, o instrumento processual para resgatá-lo é o *habeas corpus*, individual ou coletivo. Esse remédio constitucional é notadamente maleável diante de lesões a direitos fundamentais, e existem dispositivos legais que encorajam o cabimento do *writ* na forma coletiva, como o art. 654, § 2º, do CPP, que preconiza a competência de juízes e tribunais para expedir ordem de *habeas corpus* de ofício. O art. 580 do mesmo diploma, por sua vez, permite que a ordem concedida em determinado *writ* seja estendida para todos que se encontram na mesma situação. Além disso, a existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos não deve obstar o conhecimento dessa ação, pois o rol de legitimados não é o mesmo, mas consideravelmente mais restrito na ADPF, por exemplo. Além disso, o acesso à justiça, sobretudo de mulheres presas e pobres, diante de sua notória deficiência, não pode prescindir da atuação dos diversos segmentos da sociedade civil em sua defesa.

Considerações finais

A leitura das normas constitucionais e infraconstitucionais e dos tratados internacionais, bem como dos *Pactos Republicanos*, citados na primeira parte deste artigo,

confirma o movimento evolutivo da legislação brasileira no sentido de assegurar o pleno acesso à justiça.

Outrossim, a análise da jurisprudência do STF, colacionada na segunda parte do presente estudo, demonstra que a Corte Constitucional tem procurado dar concretude aos instrumentos constitucionais e legais garantidores do acesso à justiça, os quais, outrora, eram mais voltados para os interesses individuais, mas, depois, foram sendo paulatinamente estendidos aos interesses difusos e coletivos.

Nesse mesmo caminhar estão os Programas Nacionais de Direitos Humanos, de que tratam os Decretos 1.904/96, 4.229/2002 e 7.037/2009, os quais têm reafirmado a centralidade do direito universal de acesso à justiça, com a possibilidade de acesso aos tribunais por toda a população, com o fortalecimento das defensorias públicas e a modernização da gestão judicial, de modo a garantir respostas judiciais mais céleres e eficazes.

Referências

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, Tradução: Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

RODAS, Francisco Cortés. **Justicia y exclusión**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto de Filosofia de la Universidad de Antioquia, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1824]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Brasília, DF: Presidência da República, [1830]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832**. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [1832]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871**. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Brasília, DF: Presidência da República, [1871]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871**. Regula a execução da Lei 2.033 de 24 de setembro de 1871, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. Brasília, DF: Presidência da República, [1871]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM4824.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASL. **Decreto 5.618, de 2 de maio de 1874**. Dá novo Regulamento às Relações do Império. Brasília, DF: Presidência da República, [1874]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM5618.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASL. **Decreto 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1874]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impresao.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1891]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926**. Substituição de artigos e parágrafos da Constituição Federal de 1891. Brasília, DF: Presidência da República, [1926]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930**. Institui o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1930]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 20.348, de 29 de agosto de 1931**. Institui conselhos consultivos nos Estados, no Distrito Federal e nos municípios e estabelece normas sobre a administração local. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1931]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20348-29-agosto-1931-517916-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Decreta o Código Eleitoral de 1932 e institui a Justiça Eleitoral. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1932]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1934]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936**. Regula o processo do mandado de segurança. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1936]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-191-16-janeiro-1936-543259-publicacaooriginal-53414-pl.html>. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939**. Organiza a Justiça do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1939]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1237.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [1939]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942**. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [1942]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945**. Regula o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1945]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7586-28-maio-1945-417387-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1946]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Brasília, DF: Presidência da República, [1950]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Brasília, DF: Presidência da República, [1951]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L1533.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961**. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Brasília, DF: Presidência da República, [1961]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963**. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [1963]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4215.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Modifica a Constituição do Brasil de 1946 quanto à eleição, ao mandato e aos poderes do Presidente da República; confere aos Comandantes-em-chefe das Forças Armadas o poder de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, excluía a apreciação judicial desses atos; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm. Acesso em 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L4717.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Modifica a Constituição do Brasil de 1946 quanto ao processo legislativo, às eleições, aos poderes do Presidente da República, à organização dos três Poderes; suspende garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, estabilidade e a de exercício em funções por tempo certo; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

fev.2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966.** Dispõe sobre eleições indiretas nacionais, estaduais e municipais; permite que Senadores e Deputados Federais ou Estaduais, com prévia licença, exerçam o cargo de Prefeito de capital de Estado; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966.** Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5010.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.** Suspende a garantia do *habeas corpus* para determinados crimes; dispõe sobre os poderes do Presidente da República de decretar: estado de sítio, nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; intervenção federal, sem os limites constitucionais; suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos; recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1968]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969.** Dá nova redação aos artigos 113, 114 e 122 da Constituição Federal de 1967, concernentes à composição e competência do Supremo Tribunal Federal e à competência da Justiça Militar; ratifica as Emendas Constitucionais feitas por Atos Complementares subsequentes ao Ato Institucional nº 5; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 7, de 26 de fevereiro de 1969.** Estabelece normas sobre remuneração de Deputados Estaduais e Vereadores; dispõe sobre casos de vacância de cargos de Prefeito e Vice-Prefeito; suspende quaisquer eleições parciais para cargos executivos ou legislativos da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios; exclui

da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-07-69.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969. Dispõe sobre o tempo de mandato dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores e sobre as eleições para esses cargos no dia 30 de novembro de 1969; extingue a Justiça da Paz eletiva; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-11-69.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. Ato Institucional nº 12, de 1º de setembro de 1969. Confere aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar as funções exercidas pelo Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva, durante seu impedimento, por motivo de saúde; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-12-69.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969. Dispõe sobre o banimento do território nacional de brasileiro considerado inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-13-69.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969. Dá nova redação ao § 11 do art. 150 da Constituição Federal de 1967; garante a vigência de Atos Institucionais, Atos Complementares, leis, decretos-leis, decretos e regulamentos que dispõem sobre o confisco de bens em casos de enriquecimento ilícito; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-14-69.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. Ato Institucional nº 15, de 11 de setembro de 1969. Altera o artigo 1º do Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969, que dispõe sobre as eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores dos Municípios; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-15-69.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969. Declara vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República; dispõe sobre eleições e período de mandato para esses cargos; confere a Chefia do Poder Executivo aos Ministros militares enquanto durar a vacância; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. Brasília, DF:

Presidência da República, [1969]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-16-69.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 17, de 14 de outubro de 1969**. Autoriza o Presidente da República a transferir para reserva, por período determinado, os militares que hajam atentado ou venham a atentar contra a coesão das Forças Armadas; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-17-69.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1970]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5584.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977**. Incorpora ao texto da Constituição Federal de 1967 disposições relativas ao Poder Judiciário. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978**. Altera dispositivos da Constituição Federal de 1967 e revoga os Atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial. Brasília, DF: Presidência da República, [1978]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980.** Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Brasília, DF: Presidência da República, [1980]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L6880.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1981]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981.** Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Brasília, DF: Presidência da República, [1981]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984.** Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7244.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 7.289, de 18 de dezembro de 1984.** Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares da Polícia Militar do Distrito Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7289.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 7.479, de 2 de junho de 1986.** Aprova o Estatuto dos Bombeiros Militares do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1986]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7479.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7913.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996.** Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1904.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997.** Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Brasília, DF: Presidência da

República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.637, de 20 de outubro de 2000**. Institui a Rede Nacional de Direitos Humanos. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3637.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 4.229, de 13 de maio de 2002**. Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, instituído pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4229.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.671.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil: seção 1, p. 8, Brasília, DF, n. 241, p. 8, 16 dez.2004. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/12/2004&jornal=1&pagina=8&totalArquivos=288>. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal de 1988, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências,

concernentes ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007.** Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo.** Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/Ipacto.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm#art29. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009.** Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de

Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 8.086, de 30 de agosto de 2013.** Institui o Programa Mulher: Viver sem Violência e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8086.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013.** Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.966, de 24 de abril de 2014.** Altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12966.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 13.004, de 24 de junho de 2014.** Altera os arts. 1º, 4º e 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, para incluir, entre as finalidades da ação civil pública, a proteção do patrimônio público e social. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13004.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei 13.300, de 23 de junho de 2016.** Disciplina o processo e o julgamento dos

mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.306, de 15 de março de 2018**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Juventude, instituído pela Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9306.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. **Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018**. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm. Acesso em: 17 fev.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206/Espanha**. Lei federal 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem. Constitucionalidade. Agravante: M B V Comercial And Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio Ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 667**. Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa. Brasília, DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, [2003], Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28667%2E%2E%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/yxs9ws8o>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1539/DF**. Acesso à justiça. Juizado Especial. Presença do Advogado. Imprescindibilidade relativa. Precedentes. Lei 9.099/95. Observância dos preceitos constitucionais. Razoabilidade da norma. Ausência de advogado. Faculdade da parte. Causa de pequeno valor. Dispensa do advogado. Possibilidade. Ação julgada improcedente. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Corrêa, 24 de abril de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385535>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3168/DF**. Juizados Especiais Federais. Lei 10.259/2001, art. 10. Dispensabilidade de advogado nas causas cíveis. Imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais. Aplicação subsidiária da Lei 9.099/95. Interpretação conforme a Constituição. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 8 de junho de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474620>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1074/DF**. Artigo 19, *caput*, da Lei federal 8.870/94. Discussão judicial de débito para com o INSS. Depósito prévio do valor monetariamente corrigido e acrescido de multa e juros. Violação do disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição do Brasil. Ação julgada procedente. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau, 28 de março de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 173/DF e 394/DF**. Julgamento conjunto das duas aludidas ações diretas de inconstitucionalidade. Direito fundamental de acesso ao Judiciário. Direito de petição. Tributário e política fiscal. Regularidade fiscal. Normas que condicionam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários. Caracterização específica como sanção política. Ações diretas de inconstitucionalidade parcialmente conhecidas, e, na parte conhecida, julgadas procedentes, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, I, III e IV, e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 7.711/88, e do art. 2º do mesmo texto legal, explicitando-se a revogação do inciso II do art. 1º da referida lei pela Lei 8.666/93, no que concerne à regularidade fiscal. Requerentes: Confederação Nacional da Indústria, na ADI 173/DF, e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na ADI 394/DF. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582642>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 28**. É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário. Brasília, DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, [2010], Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2828%2ENU%2E%29%29+E+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulasVinculantes&url=http://tinyurl.com/y2rexdt>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3700/RN**. Lei nº 8.742, de 30 de novembro de 2005, do Estado do Rio Grande do Norte, que “dispõe sobre a contratação temporária de advogados para o exercício da função de Defensor Público, no âmbito da Defensoria Pública do Estado”. Inconstitucionalidade.

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Governadora do Estado do Rio Grande do Norte e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de outubro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579490>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4246/PA**. Art. 84 da Lei Complementar nº 54/2006, do Estado do Pará, que determina a permanência de Defensores Públicos precariamente contratados até o provimento dos cargos por concurso público de provas e títulos. Inconstitucionalidade. Requerente: Governadora do Estado do Pará. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Relator: Ministro Ayres Britto, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626845>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3943/DF**. Legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, II, da Lei 7.347/85, alterado pelo art. 2º da Lei 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *strito sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria Pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, XXXV, LXXIV e LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública. Ação julgada improcedente. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 7 de maio de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 592581/RS**. Repercussão Geral. Tema 220: Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos. Tese firmada: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 627189/SP**. Repercussão Geral. Tema 479: Imposição de obrigação de fazer à concessionária de

serviço público para que observe padrão internacional de segurança. Tese firmada: No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009. Recorrente: Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A. Recorrido: Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e outro. Relator: Ministro Dias Toffoli, 8 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas Corpus 143641/SP**. *Habeas corpus* coletivo. Admissibilidade. Doutrina brasileira do *habeas corpus*. Máxima efetividade do *writ*. Mães e gestantes presas. Relações sociais massificadas e burocratizadas. Grupos sociais vulneráveis. Acesso à justiça. [...] Ordem concedida. Extensão de ofício. Impetrante: Defensoria Pública da União. Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2139/DF, 2160/DF e 2237/DF**. O Tribunal julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nas três aludidas ações diretas de inconstitucionalidade, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 625-D, §§ 1º a 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para reconhecer que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório, de solução de conflitos, resguardado o acesso à Justiça para os que venham a ajuizar demandas diretamente no órgão judiciário competente. Requerentes: Partido Comunista do Brasil e Partido Socialista Brasileiro, na ADI 2139/DF; Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, na ADI 2160/DF; e Confederação Nacional das Profissões Liberais, na ADI 2237/DF. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional, nas três ações diretas de inconstitucionalidade julgadas conjuntamente. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 1º de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo909.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia das Nações Unidas, [1948]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 17 fev. 2019.

O IDEÁRIO DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA BREVE ABORDAGEM ACERCA DA IMPORTÂNCIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E DA UNIFORMIZAÇÃO DE PRECEDENTES NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Leonardo Weber R. Araújo

Mestrando em Direitos Sociais pelo IESB, especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Santa Catarina; bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); assessor-chefe na Procuradoria-Geral da República e professor de Direito no Centro Universitário IESB.

134

Resumo

O presente artigo busca analisar a evolução dos escopos do direito processual, bem como, nesse contexto evolutivo, o surgimento e o desenvolvimento do conceito de acesso à justiça. Tendo por base o trabalho desenvolvido por Mauro Cappelletti quanto à denominada “terceira onda renovatória de acesso à justiça”, são verificadas as inovações introduzidas em nosso direito pelo Código de Processo Civil de 2015, refletindo-se acerca da correlação entre a duração razoável dos processos e os instrumentos de uniformização de precedentes judiciais. Finaliza-se o trabalho analisando o fortalecimento do sistema de precedentes implementado pela nova legislação processual sob a perspectiva da análise econômica do direito.

Palavras-chave: Acesso à justiça; análise econômica do direito; código de Processo Civil de 2015; duração razoável do processo; uniformização de precedentes.

Abstract

The present article intends to analyze the evolution of the procedure law’s scopes, as well as, in this context, the start and development of the concept of law access. Taking the work developed by Mauro Cappelletti about the “third renewed wave of law access” as a basis, it’s possible to verify the innovations introduced in our law system by the 2015 Code of Civil Procedure, analyzing the relationship between a reasonable length to procedures and instruments to standardize judicial precedents. The work is concluded with an analysis of the strengthening of the precedent’s system implemented by the new procedure’s legislation under the perspective of “law and economics.”

Keywords: Law access. 2015 Code of Civil Procedure. Reasonable length of procedures. Standardization of judicial precedents. “Law and economics.”

Introdução

A motivação primária para a escolha do tema ora apresentado foi a constatação empírica, baseada na faina diária como assessor jurídico da Procuradoria-Geral da República, da ineficácia e da morosidade no trâmite dos processos judiciais no Brasil. Não raramente verifica-se o decurso de mais de uma década para o encerramento de uma demanda, ao final da qual muitos dos fins inicialmente buscados já perderam objeto jurídico

ou, no plano fático, não mais interessam às partes.

Nesse contexto, as alterações processuais levadas a efeito pelo Código de Processo Civil de 2015, que teve sua vigência iniciada em 18/03/2016, buscaram amenizar tal estado de quase letargia, inserindo em nossa realidade jurídica, dentre outros instrumentos, o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas (Art. 976, CPC), bem como sistemáticas mais específicas para decisões proferidas em Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos.

Pretende-se verificar no presente trabalho se a adoção dos aludidos mecanismos tem o condão de impactar indicadores de congestionamento na tramitação de feitos, contribuindo para a celeridade na resolução de demandas, aspecto diretamente relacionado à ideia de pleno acesso à justiça.

Conclui-se o artigo com análise acerca de outro aspecto, considerado de extrema relevância para a prestação jurisdicional adequada, qual seja a efetiva necessidade de adoção de instrumentos eficazes de uniformização de entendimentos jurisprudenciais, de forma a tornar o sistema processual brasileiro mais racional e eficiente, evitando, por conseguinte, que o chamado voluntarismo ganhe espaço, o que, simultaneamente, torna a prestação jurisdicional mais equânime e menos discricionária⁴⁸.

1. Breve resgate histórico da ideia de acesso à justiça e seu significado atual

Nos últimos dois séculos, os estudos do direito processual desenvolveram-se de maneira paulatina e constante, adquirindo, aos poucos, independência científica. De um momento primeiro, no qual simplesmente fazia parte do Direito Privado, limitando-se a mero repositório de formas e praxes do foro, evoluiu a ciência processual quanto a seus princípios, teorias e estruturas, sobretudo no que concerne aos conceitos de ação e de processo.

Sintetizando essa inicial evolução, Didier esclarece as principais fases pelas quais passaram o direito processual:

- a) praxismo ou sincretismo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas;
- b) processualismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e

⁴⁸ Quanto ao tema, pertinentes são as preocupações em relação ao chamado “decisionismo” e, claro, com o autoritarismo que inevitavelmente o acompanha, apontadas por SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. **Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2014.

o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) instrumentalismo, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido. Na fase instrumentalista, o processo passa ser objeto de estudo de outras ciências jurídicas, como a sociologia do processo - que se concentrou nos estudos sobre o acesso à justiça. Além disso, há grande preocupação com a efetividade do processo, tema que não existia até então, e a tutela de novos direitos, como os coletivos (DIDIER, 2017, p.52).

Assim, superado o período do sincretismo e transcorrida uma longa fase na qual se priorizava, quase que de forma exclusiva, o desenvolvimento das perspectivas técnicas do direito processual (processualismo científico), passaram alguns juristas a verificar, estimulados, sobretudo, pelas reflexões propostas por Mauro Cappelletti e por Vittorio Denti, que toda a inegável evolução do processo sob a perspectiva dogmática acabava por não se converter em resultados concretos, no sentido de viabilizar aos destinatários da norma jurídica um acesso efetivo à justiça, elemento crucial e comum a qualquer ramo do direito, em sua constante busca por um ambiente de maior pacificação social.

Aliás, acerca de tal mentalidade, que passou a ser explorada por relevante parcela dos operadores do direito processual (processualismo teleológico ou instrumental), esclarece o professor Humberto Theodoro (2004) que na segunda metade do século XX, o direito processual civil enfrentou a maior evolução doutrinária desde sua emancipação do direito material e depuração de seus conceitos fundamentais. Superada a fase científico-dogmática, passou-se à determinação e à valorização de seus verdadeiros e definitivos objetivos, para com estes proceder à adequação dos conceitos e princípios até então fixados e analisados estaticamente.

Segue o processualista mineiro seu raciocínio, expondo que tal mudança não foi gratuita. Ao contrário, “a sociedade como um todo continuava ansiosa por (...) uma tutela que fosse mais pronta e mais consentânea com uma justa e célere realização ou preservação dos direitos subjetivos” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p.63). Constatava-se, portanto, enorme pressão para que o Judiciário, enfim, “assumisse, de maneira concreta e satisfatória, a função de realmente implementar a vontade da lei material, *com o menor custo e a maior brevidade possíveis (...)*” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p.64).

O papel do direito processual deveria se direcionar, portanto, para desígnios bem mais abrangentes do que aquele de servir, tão-somente, como instrumento de alcance do direito material (aspecto meramente jurídico), não se podendo olvidar, na linha do que

ênfatiza Cândido Rangel Dinamarco, que o processo não é tutela voltada pura e simplesmente para o universo do direito, mas veículo destinado à democratização das vias de acesso à justiça, à minimização dos efeitos das desigualdades socioeconômicas das partes, bem como à necessidade de maior eficácia⁴⁹ do direito, melhorando, de forma objetiva, a qualidade de vida das pessoas em geral. Eis o que se colhe, nesse ponto, das lições de Dinamarco:

O que importa acima de tudo (...) é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado processualismo (tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental) - e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa (DINAMARCO, 2013. pp. 378/379).

137

Abordando a instrumentalidade em seus aspectos negativo e positivo, continua sua lição o consagrado jurista:

O negativo corresponde à negação do processo com valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir. (...) O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da ‘efetividade do processo’ e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais (DINAMARCO, 2013. p.390).

Além de se voltar especialmente para o processo, analisando-o como instituto de direito processual, dentro de uma visão clássica, a aludida instrumentalidade tem em vista o sistema processual como um todo, já que busca limitar as distorções provocadas pela “sacralização das formas” e pela “burocratização dos ritos”, focando-se na racionalização do processo, a fim de satisfazer suas destinações políticas e sociais, como a busca da pacificação e a formação de uma consciência cidadã.

Os processualistas contemporâneos passaram a entender, destarte, que somente a referida ampliação de perspectiva, que supera a tradicional concepção metafísica do

⁴⁹ J.J. Calmon de Passos, em suas célebres lições, distinguia eficácia e efetividade processuais. Para ele, eficácia é a aptidão para produzir determinado efeito, sendo a efetividade, por outro lado, a produção concreta de tais efeitos. CALMON DE PASSOS, J.J. Cidadania e efetividade do Processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, ano I, n 1, p.30-35.set-out/ 99.

processo, legitimaria, hodiernamente, o direito processual, representando, de fato, um alargamento das vias de acesso à justiça⁵⁰.

Um dos baluartes dessa corrente de processualistas foi Mauro Cappelletti, que, em inúmeras conferências e obras sobre o tema⁵¹, ressaltava ser muito mais fácil alardear os direitos sociais do que retirá-los do campo da mera declaração solene. Na busca, porém, de alcançar a desejada concretude, refletiu o professor italiano, em parceria com Bryant Garth, acerca de três aspectos principais, aos quais denominou ondas renovatórias no grande movimento de acesso à justiça.

A primeira delas, preocupada em superar o obstáculo econômico para o acesso à justiça, refere-se à garantia de assistência judiciária aos pobres. Obedecendo a tal premissa, não parece mais razoável, ao menos nos sistemas jurídicos ocidentais, a designação honorífica de advogados. Ventila-se, então, a possibilidade de permitir a escolha de profissionais particulares pagos pelo Estado (“Sistema *Judicare*”), a instituição de órgãos de defensoria pública (advogados servidores públicos) ou a adoção de um sistema misto. Mais importante, porém, do que escolher qual modelo de instrumentalização viabilizaria tal ideal, parece ser assegurar aos que a ela se socorrem, concreta, integral, gratuita e eficiente assistência jurídica.⁵²

Em nossa realidade jurídica, destacamos, neste ponto, a introdução da Lei n.º 1.060, que garante, ao menos em tese, desde 1950, a concessão de assistência jurídica aos necessitados. Não obstante admitamos a evolução dessa norma face ao nosso ordenamento então vigente, devemos nos acautelar em mencionar o que, em pouco tempo, tornou-se notório, a patente falta de estrutura quanto às instituições que deveriam buscar, na linha do

⁵⁰ Para o prof. Horácio Wanderlei Rodrigues, o termo acesso à justiça, sendo consideravelmente volúveis os significados que a ele podem ser atribuídos, merece ser diferenciado em dois sentidos fundamentais. O primeiro equipara o acesso à justiça ao acesso ao Poder Judiciário, sendo que o segundo, de conteúdo mais axiológico, mais abrangente, compreende a expressão como sintetizadora da garantia a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos. **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005, p. 283-292).

⁵¹ A exemplo delas, ver CAPPELLETTI, Mauro. *A Ideologia no Processo Civil*. Tradução de Athos Gusmão Carneiro. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça R.G.S., Porto Alegre, ano IV, n. 13, 1969 e CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense. n. 318, abr./jun. 1992. Impõe-se a citação, igualmente, de GARTH, Bryant. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁵² Apesar da promulgação da Emenda Constitucional 80/2014, que fixa o prazo de oito anos para que a União, os estados e o Distrito Federal dotem todas as comarcas de defensores públicos, tal meta, segundo IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, ainda se encontra longe de ser alcançado.

que está previsto pela atual Carta da República, no art. 5º, LXXIV, a garantia de adequada representação dos pobres. Verificamos, ao revés, não obstante honrosa atribuição, ausência de medidas que valorizem os defensores públicos, apoiando-os, no âmbito financeiro e estrutural, para o apropriado desempenho de sua relevante função.⁵³

Direcionou-se, por sua vez, a segunda onda renovatória, na linha do que já sustentava Chiovenda (2009, p.7) desde o início do século passado, à proteção dos interesses difusos ou coletivos, como, *verbi gratia*, a tutela dos interesses consumeristas, ambientais e sociais, de maneira geral. Resulta tal onda da patente constatação de que o tradicional processo civil, de conotação individualista, mostrou-se incapaz de solucionar boa parte das demandas por efetivação de direitos. Decorre, portanto, da premissa de que a inferioridade e o desequilíbrio processual não se restringem à tutela dos pobres (desprovidos de recursos financeiros), abrangendo grupos e categorias ('carentes organizacionais'), que, de forma conjunta, merecem especial guarida. A legislação pátria, neste ponto, apresenta significativos marcos, tais como as previsões da Carta Magna, em seu art. 5º, incisos XXI, LXX, "a" e "b", 129, III, também se destacando, dentre outras, as Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90.⁵⁴

Por fim, no que se refere à terceira onda renovatória, verifica-se uma preocupação voltada à estrutura do próprio Poder Judiciário, abrindo espaço para a reflexão sobre uma série de reformas procedimentais, sobretudo na busca de simplificar o Direito Processual, tornando-o, igualmente, mais eficiente. O tema envolve estudos, *verbi gratia*, sobre o princípio da oralidade e da imediatidade, sobre o sistema recursal e os instrumentos de uniformização jurisprudencial, bem como sobre os poderes decisórios do juiz e os mecanismos privados de solução de conflitos⁵⁵.

Deve-se reconhecer, porém, a partir da análise das ondas cappellettianas/garthianas, que talvez o mais abrangente aspecto inibidor da efetivação do acesso à justiça, pois que extrapola qualquer restrição concernente ao indivíduo carente de recursos financeiros ou culturais, atingindo todos os grupamentos sociais, seja o da

⁵³ Ainda quanto ao tema, vide "Acesso à Justiça como direito fundamental & Defensoria Pública", de autoria de Ana Mônica Anselmo de Amorim, Juruá, 2017.

⁵⁴ Acerca da matéria, sempre se impõe a referência ao clássico: MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵⁵ Sobre a questão, conferir GUERREIRO, Luis Fernando. Os métodos de solução de conflitos e o processo civil - de acordo com o novo CPC. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord). **Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

morosidade no curso dos processos.

Imperioso destacar, nesse sentido, que as mazelas decorrentes de mecanismos procedimentais complexos, meramente protelatórios ou excessivamente formalistas acabam por apartar o direito, de forma genérica, e o direito processual, de forma específica, de seu mister social, resultando verdadeiro desestímulo à busca da solução judicial dos conflitos intersubjetivos, além de comprometer a reputação do Poder Judiciário, tornando-o, em determinadas situações, por absoluto desacreditado.

Sem dúvida, além do inegável custo econômico decorrente do excesso de tempo nos trâmites judiciais⁵⁶, a morosidade da prestação jurisdicional acaba por provocar no cidadão perigoso estado de intolerância e de descrença em relação ao Poder Judiciário. De se entender, portanto, que, mais do que disposição e coragem para enfrentar as incertezas de um processo judicial, o jurisdicionado precisa de uma boa dose de perseverança, qualidade que, muitas vezes, com o longo decurso de uma ação, converte-se em significativo desgaste psicológico, podendo minar a própria pretensão das partes, provocando intensa insatisfação, seja qual for o desfecho final da demanda, que, muitas vezes, configura-se, conforme expressão consagrada, em verdadeira “Vitória de Pirro”.

Em consonância com tal abordagem, afirmam Rodrigues e Teresa Wambier que:

(...) o direito de acesso à justiça, erigido à dignidade de garantia constitucional, quer dizer bem mais do que a possibilidade de se obterem provimentos "formais", isto é, decisões judiciais dotadas apenas potencialmente da aptidão de operar transformações no mundo real. Quando se fala em direito de acesso à justiça, o que se quer dizer é direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional (WAMBIER; WAMBIER, 2003, p.63).

De se enfatizar, assim, que a compreensão do que representa o acesso à justiça tem cada vez mais extrapolado “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, afiançado constitucionalmente no artigo 5º, XXXV, bem como o mero “direito de demandar” ou o “direito de petição”, previsto no inciso XXXIV, “a” do referido art. 5º. Muito mais do que tais prerrogativas, deve ele compreender, além de independência, imparcialidade, publicidade e motivação quanto às decisões judiciais, observados os princípios delineados

⁵⁶ Para maior aprofundamento, recomenda-se: MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte, v. 13, n. 50, p. 241, abr./jun. 2015.

pela própria Carta Magna (arts. 5º, XXXV, LIV, LV e 93, IX, dentre outros), pronta resposta aos litígios submetidos à apreciação do Judiciário, tornando efetivo o direito subjetivo das partes litigantes.

2. A busca por celeridade na prestação jurisdicional - da Emenda Constitucional n.º 45/04 ao Código de Processo Civil de 2015.

Parafraseando Rui Barbosa, em manifestação tão antiga quanto consensual, “justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta” (BARBOSA, 1999, p.40). De fato, de nada adiantariam todos os cuidados com as duas primeiras ondas renovatórias cappellettianas, caso não se fizessem acompanhar pela necessária implementação de celeridade processual.

Não há dúvidas de que a lentidão na entrega da prestação jurisdicional pode representar, em grande parte dos casos, a inutilidade do próprio provimento, ou seja, autêntica denegação de justiça.

Nesse diapasão, merecem destaque as reflexões do jurista espanhol Plácido Fernández-Fiagas Bartolome:

De que sirve configurar un instrumento para la defensa de los derechos ciudadanos si el transcurso del tiempo puede hacerlo ineficaz? (...) Una justicia tardia puede equivaler, al menos desde el punto de vista sociologico como há señalado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, a la denegación de la misma. (...) La eficacia de un sistema judicial dependerá estrictamente de su capacidad de satisfacer las pretensiones que le fueren sometidas, lo que sólo tendrá lugar si funciona en tiempo adecuado (BARTOLOME, 1994, p.32-33).

Constata-se, destarte, que a Emenda Constitucional n.º 45/04, ao inserir no elenco pétreo de garantias fundamentais a prerrogativa da razoável duração dos processos, sejam eles judiciais ou administrativos, ratificou consagrado posicionamento de que o processo, de forma preponderante, representa o instrumento que busca viabilizar a concretização dos demais direitos. Com tal previsão, torna-se intocável, na dicção do art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição da República de 1988, a aludida cláusula constitucional voltada à garantia de brevidade processual.

Na verdade, o que parecia óbvio ao citado senador e jurista brasileiro há mais de
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.4, n.4, jan./jun., 2018.

um século, teve de esperar, no caso do Brasil, alguns anos para receber seu adequado *status*.

Malgrado ter sido essa nossa primeira referência constitucional expressa a estabelecer a necessidade de celeridade processual, o ordenamento jurídico estrangeiro há muito considera o trâmite dos processos em menor lapso possível como fator de absoluta relevância para o direito.

Além da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (art. 6º, 1), a Constituição Espanhola de 1978 (art. 24), a Constituição do Canadá de 1982 (art. 11, “b”), bem como a Constituição Italiana, a partir da Lei Constitucional n.º 2, de 23.02.1999, dentre várias outras, também prescreveram o transcurso do processo sem dilações indevidas.

De se mencionar, ainda, a Convenção Interamericana de Direitos e dos Deveres do Homem, firmada em 1969, em San José da Costa Rica, do qual o Brasil foi signatário, e que trouxe, em seu artigo 8º, 1, a previsão quanto ao prazo razoável na tramitação dos processos.

Não obstante certa subjetividade inerente à abordagem do tema, pode-se dizer, em primeiro exame, que prazo razoável é aquele lapso temporal que não apresenta dilações indevidas, harmonizando celeridade e segurança jurídica, garantida a prestação expedita, mas acautelada, a fim de que se afastem condutas levadas a efeitos de forma precipitada.

Como toda norma de conotação aberta ou conteúdo principiológico, como o inciso LXXVIII que institui a proteção da celeridade processual no Brasil, restam incertezas quanto ao modo de sua aplicação. Há, sobretudo entre os que duvidam do caráter deontológico dos princípios jurídicos, a desconfiança de que o conteúdo principiológico enunciado pelo inciso LXXVIII, em decorrência da falta de critérios objetivos para sua delimitação, possa acabar em letra morta, sem o condão de realmente interferir em nossa difícil realidade processual.

Acompanhando a previsão do prazo razoável, a Emenda Constitucional n.º 45/04 trouxe, a seu reboque, mudanças e acréscimos nos arts. 93, 102, 103 e 126, dentre outros, o que teve por propósito interferir, de forma mais ou menos significativa, na busca do objetivo traçado pelo inciso LXXVIII.

Sublinhe-se, dentre elas, a título meramente exemplificativo, a previsão de que será ininterrupta a atividade jurisdicional de 1ª e 2ª instâncias (art. 93, XII, CF/88). A

vedação de férias coletivas, medida que, juntamente com a previsão de plantões permanentes nos dias em que o expediente forense não for normal (art. 93, XII, CF/88), buscou atender às demandas de urgência, dando maior vazão ao volume processual.

Estabeleceu-se, ademais, a expressa autorização constitucional para a organização de uma justiça móvel ou itinerante (arts. 107, §2º; 115, §1º e 125, §7º, CF/88), experiência que já se pode dizer bem sucedida no âmbito dos Juizados Especiais⁵⁷, bem como a possibilidade de atuação descentralizada dos Tribunais, medida que busca aproximar a estrutura do Poder Judiciário do jurisdicionado, mormente em locais de difícil acesso, como comunidades distantes da periferia ou do interior do país.

Não se pode esquecer, ainda, a previsão de correlação entre o número de juízes, as demandas (número de feitos) e a população local (art. 93, XIII, CF/88), circunstância que, juntamente com a tendência de criação de varas especializadas⁵⁸, traz perspectiva de agilidade e especialidade a magistrados, que, menos assoberbados, poderiam se dedicar com maior afinco a cada um dos processos sob suas competências. Nesta linha de medidas, vale também lembrar que atos de cunho administrativo ou de mero expediente poderão ser realizados diretamente pelos servidores do Judiciário (art. 93, XIV, CF/88), direcionando-se as incumbências do juiz às atividades jurisdicionais propriamente ditas.

Portanto, no caso do legislador constitucional pátrio, restou claro que tal alteração, à época denominada “Reforma do Judiciário”, pretendeu guardar um sentido muito íntimo com as pretensões da já referida terceira onda do processualismo capellettiano.

Por outro lado, bom que se pondere que a prévia e genérica fixação legislativa de prazos finais correspondentes a cada rito processual não parece de todo viável. É claro que, desde o primeiro ato judicial, o processo caminha em direção a um fim, a uma decisão, sendo inerente à dinâmica dos eventos que dele fazem parte, portanto, a ideia de tempo. Entretanto, mesmo considerando que boa parte dos atos processuais isolados apresenta prazo determinado, desarrazoada a utilização de mera operação matemática de soma de tais lapsos a fim de que seja assim verificado um parâmetro objetivo, mas artificial, para o percurso processual que possa ser definido como razoável. Afinal, o processo jamais pode ser tomado

⁵⁷ Conferir, a título de exemplo, a experiência bem implementada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios noticiada no link: <http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/juizados-especiais/saiba-sobre/juizado-itinerante/juizados-itinerante>

⁵⁸ No art. 126, a emenda traz a possibilidade de criação de varas especializadas para as questões fundiárias, sendo, porém, tendência moderna tal especialização em outras matérias, a fim de garantir prestação mais direcionada e, por consequência, espera-se, mais rápida.

como mera sequência quantitativa de procedimentos enfileirados.⁵⁹

A fim de não descaracterizar o princípio da celeridade, nem empurrá-lo aos anais da inefetividade e do temerário esquecimento, a doutrina acaba por sugerir alguns critérios passíveis de utilização para a qualificação dos prazos como razoáveis. Dentre eles, podemos citar, inicialmente, a complexidade da causa e dos fundamentos jurídicos discutidos, o comportamento das partes e de seu procuradores, levando sempre em conta a urgência da medida e a conduta das autoridades competentes, administrativas ou judiciais.

Justamente acerca de tal ponderação, Daniel Amorim Assumpção Neves alerta:

É natural que a excessiva demora gere um sentimento de frustração em todos os que trabalham com o processo civil, fazendo com que o valor da celeridade processual tenha atualmente posição de destaque. Essa preocupação com a demora excessiva do processo é excelente, desde que note que, a depender do caso concreto, a celeridade prejudicará direitos fundamentais das partes, bem como poderá sacrificar a qualidade do resultado da prestação jurisdicional. Demandas mais complexas exigem mais atividades dos advogados, mais estudo dos juízes e, bem por isso, tende naturalmente a ser mais demorada, sem que com isso se possa imaginar ofensa ao princípio constitucional ora analisado (NEVES, 2017. p.230).

Com efeito, considerando-se a infinita gama de singularidades advindas de cada lide, destaca-se o princípio da razoabilidade como instrumento mais apropriado a essa tarefa, uma vez que sua aplicação requer bom senso, ou seja, justo equilíbrio dos valores peculiares às demandas judiciais. A partir da adequada utilização desse poderoso mecanismo, verificar-se-á a constante possibilidade de estabelecimento um lapso temporal sensato a ser observado, requerendo-se, a partir da extrapolação de tal limite, explicações concretas e, se for o caso, responsabilização por conta da demora.

Aliás, tanto na Europa como nos Estados Unidos da América, tem sido conferida ao juiz margem de discricionariedade no estabelecimento dos limites em que há de ser aplicado este ou aquele prazo. Quanto à nossa legislação processual, vale lembrar, a propósito, a previsão do art. 227 do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece que, "Em qualquer grau de jurisdição, *havendo motivo justificado*, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos a que está submetido" (destaque não original). Ressalta-se, assim, como o

⁵⁹ Confira-se, acerca do assunto, DIAS, Norma Chrissanto. **Os Prazos Processuais e seus reflexos na Efetividade do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

referido comando evidencia, que tal discricionariedade não deve se traduzir em conduta arbitrária.

Essa linha de pensamento, deflagrada com a incorporação constitucional do inciso LXXVIII no art. 5º da Carta Magna, estabelecendo-se, doravante, a celeridade processual como garantia fundamental, necessitava de ser acompanhada de alterações no âmbito infraconstitucional, o que, sem dúvida, revelou-se como uma das diretrizes do Código de Processo Civil de 2015, que, logo em seu art. 4º, estabelece que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Buscando aplicabilidade concreta para tal pensamento, o art. 277 do Código de Processo Civil de 2015 preceitua que, “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.” Impõe-se enfatizar que tal dispositivo, claro, não está a pregar a desconsideração das normas processuais, ponderando-se, ao contrário, acerca de sua utilidade. O que se combate, porém, é o apego demasiado a elas, olvidando que o meio não pode se sobrepujar ao fim, ou seja, que os formalismos rituais não podem resultar atraso demasiado na resolução dos processos (OLIVEIRA, 2009, p.135-140). Em síntese, “o processo há de ser, pois, compreendido inteligentemente e com uma dose inevitável de fluidez. A inflexibilidade e a rigidez são próprias do formalismo ultrapassado e não coexistem com o moderno processo de resultados” (THEODORO JÚNIOR, 2004).

Aliado ao abandono do exacerbado conservadorismo processual, verifica-se a necessidade, na linha do que sustenta o processualista alemão Fritz Baur, de que o juiz, afastando-se de seu papel normalmente distante, impulse, de forma ativa, o processo para um deslinde (BAUR, 1982, p.187).

Aliás, há muito já existe em nosso Estatuto Processual Civil previsão no sentido de que compete ao magistrado, nas palavras do legislador, “velar pela duração razoável do processo” (art. 139, II, CPC/2015 / art. 125, II, CPC/73), denegando, “em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 370, par. único, CPC/2015 / art. 130, CPC/73).

Daniel Amorim Assumpção Neves, comentando o citado art. 139, II, do Código de Processo Civil de 2015, a par de elogiar a alteração do termo 'rápida solução do processo', previsto no referido art. 125, II, do CPC/73, chama a atenção para o fato de que “a expressa

previsão constitucional, que trata do tema como o direito à 'razoável duração do processo', deve ser saudada, ainda que com reservas, porque atualmente não resta dúvida quanto à condição de garantia fundamental do direito a um processo sem dilações indevidas” (NEVES, 2017. p.230).

Outrossim, da mesma forma que em qualquer relação contratual, na qual se exige boa-fé, lisura, urbanidade, correção e transparência, deve-se exigir de cada um dos agentes do processo, sob pena de responsabilização, uma atividade que auxilie na sã administração da justiça (GOUVEIA, 2009. p.32).

Por sinal, nos termos em que expressamente previsto nos arts. 81 e 1.026, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015, deve o magistrado agir com maior rigor nas hipóteses em que se atribui à parte a responsabilidade pela delonga, quando ela e/ou seu advogado tenha(m) atuado de forma notoriamente procrastinatória, manipulando indevidamente os instrumentos processuais, vale dizer, obstruindo o natural curso do processo, conduzindo-o de forma a configurar nítida litigância de má-fé. Em tais circunstâncias, além da imposição das multas judiciais cabíveis, deverá rigidamente se efetivar a possibilidade de reparação de prejuízos morais e materiais porventura sofridos pelo outro litigante.

Tal tendência foi ainda reafirmada com a previsão do inciso IV do art. 77 do CPC/2015, o qual estabelece peremptoriamente que são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final⁶⁰. Além disso, permite-se ao Julgador, conforme os dois primeiros parágrafos do citado comando, arbitrar uma multa a ato que contrarie o mencionado dever, considerando-o atentatório à dignidade da justiça.

Destarte, não obstante previsões do texto constitucional, no art. 133, bem como do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), em seus arts. 2º e 31, garantindo ao advogado imunidade ao pleno exercício de seu mister, tal atividade deve se desenvolver com o máximo de responsabilidade e ética, coibindo-se os abusos cometidos, tanto no processo civil quanto no penal, o que também se aplica aos magistrados, membros do Ministério Público e funcionários, nos termos dos arts. 233 e 235 do CPC/2015 e dos arts. 799, 801 e 802 do

⁶⁰ Em relação ao, não se pode deixar de mencionar a ainda excessiva litigiosidade envolvendo os próprios entes da administração pública.

Código de Processo Penal.

Ao abordar mecanismos de concretização da citada conduta presta e ética, Didier lista as seguintes medidas:

Há alguns instrumentos que podem servir para concretizar esse direito fundamental: a) representação por excesso de prazo, com a possível perda da competência do juízo em razão da demora (art. 235, CPC); b) mandado de segurança contra a omissão judicial, caracterizada pela não prolação da decisão por tempo não razoável, cujo pedido será a cominação de ordem para que se profira a decisão; c) se a demora injusta causar prejuízo, ação de responsabilidade civil contra o Estado, com possibilidade de ação regressiva contra o juiz; d) a EC n. 45/2004 também acrescentou a alínea "e" ao inciso II do art. 93 da CF /88, estabelecendo que "não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão".

O par. ún. do art. 7º da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) também possui regra que serve a esse direito fundamental: "O proferimento da sentença além do prazo estabelecido privará o juiz da inclusão em lista de merecimento para promoção, durante 2 (dois) anos, e acarretará a perda, para efeito de promoção por antiguidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento, salvo motivo justo, declinado nos autos e comprovado perante o órgão disciplinar competente (DIDIER JUNIOR, 2017, p.110).

Não se pode negar, assim, ao menos no campo propriamente dogmático, que, por nítida inspiração da terceira onda renovatória cappellettiana, foram agraciados pelo novo Código de Processo Civil uma série de aspectos direcionados à busca de simplificação de procedimentos e de efetividade e celeridade da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, bem fez o legislador processual ao se direcionar no sentido do fortalecimento dos mecanismos de solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º, 3º e 4º, bem como art. 139, V, ambos do CPC/2015), inclusive quanto às pessoas jurídicas de direito público e a algumas limitações de natureza recursal, como, *verbi gratia*, em relação aos agravos, já que há muito encontrava-se superada a tese de que um número maior de possibilidades recursais aumenta, necessariamente, a segurança de um adequado julgamento.

Bem andou o legislador, demais disso, ao priorizar os princípios da oralidade (arts. 166, CPC/2015), informalidade, imediatidade, simplicidade, economia processual e concentração (arts. 336 e 337, CPC/2015), limitando as distorções provocadas pela "burocratização das formas e dos ritos". Impossível não se fazer menção, por fim, aos avanços quanto ao processo de execução, que agravava a endêmica morosidade judicial,

comprometendo a efetividade na prestação e na confiança no Judiciário⁶¹.

Deve-se considerar, por fim, que a ideia de celeridade não se confunde com a de efetividade, já que se apresenta a primeira apenas como um dos itens formadores da segunda. Para que tenhamos uma lide efetiva e, por consequência, segura, mais do que um deslinde presto, presentes devem se fazer as demais garantias processuais constitucionalmente prescritas.

3. Um olhar acerca dos instrumentos de uniformização jurisprudencial no novo Código de Processo Civil e a análise econômica do direito processual.

Dúvidas não pairam, como exposto, acerca da relevância de que a resposta do Judiciário revele-se tempestiva. Tal celeridade, contudo, deve se harmonizar com uma prestação adequada, o que remete a outras garantias processuais fundamentais.

Exatamente nessa linha, Theodoro Júnior, analisando o então projeto de novo Código de Processo Civil, bem pontuou que “duração razoável do processo e efetividade da tutela jurisdicional são dois requisitos do processo justo que se entrelaçam e se completam na melhor maneira de proporcionar o acesso pleno à justiça” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p.248).

Nesse sentido, fator que não deixa de causar preocupação na incessante busca por celeridade processual é o da compatibilização de presteza, coerência e qualidade da prestação jurisdicional, aspectos que fazem parte da noção geral de segurança jurídica.

Há muito salta aos olhos, a propósito, a preocupação do legislador com o fortalecimento do princípio da segurança jurídica, cada vez mais vinculado a direitos fundamentais agasalhados constitucionalmente, merecendo citação, dentre eles, a título meramente exemplificativo, a irretroatividade das leis, o devido processo legal, o direito adquirido, a imparcialidade e a independência do judiciário.

A procura por um cenário de maior segurança jurídica tem recebido, assim, talvez também em decorrência do ambiente de instabilidade geral pelo qual passa o país, especial atenção, sendo considerada por muitos como um dos primordiais fundamentos garantidores do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao tema, Arguelhes, Falcão e Schuartz, abordando as inequívocas

⁶¹ Sobre o tema, cfr. ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.4, n.4, jan./jun., 2018.

incertezas (de meio e de fim) que emergem do direito e os impactos que tal insegurança provocam na seara social e econômica, salientam que seria uma função fundamental do sistema jurídico a estabilização de expectativas normativas, o que, em certa proporção, aliviaria, ao menos no campo jurídico, uma desnecessária e angustiante sensação de incerteza (FALCÃO *et al*, 2006).

Acrescente-se, ainda, que, sob o ponto de vista processual, tal *ratio iures* apresenta importante desdobramento no sentido de que os litígios que abordam questões idênticas devem dar ensejo a decisões judiciais análogas (ATIENZA, 2000, p. 268). Esse argumento, um dos principais invocados pelos defensores da adoção de instrumentos processuais de uniformização jurisprudencial, encontra-se ligado ao compreensível desejo de certeza ou, ao menos, de previsibilidade quanto ao manejo e à aplicação da norma jurídica, o que também se encontra, não obstante nítidas diferenças conceituais e históricas, na origem estrutural da adoção da doutrina do *stare decisis* pelos países de *common law*.

Merecem destaque, quanto ao assunto, os seguintes apontamentos de Dantas: Por óbvio, a aplicação do princípio da igualdade perante a lei ao processo de realização do direito no caso concreto importa ter como verdadeiro que a mesma regra jurídica, incidente sobre suportes fáticos suficientemente idênticos, no mesmo momento histórico, deve ensejar a produção dos mesmos efeitos jurídicos. Da mesma forma, suportes fáticos idênticos, levados ao Judiciário no mesmo momento histórico, devem ensejar a aplicação da mesma norma jurídica e, conseqüentemente, produzir os mesmos efeitos jurídicos (DANTAS, 2011, p.70).

Medidas com tal desígnio mostram-se apropriadas, configurando elemento adicional de “descongestionamento” do Poder Judiciário, o que tende a contribuir para atenuar suas inúmeras outras carências. Inquestionável, como já abordado, que a lentidão no trâmite dos processos judiciais apresenta-se como fator extremamente grave e comprometedor da credibilidade do Poder Judiciário e, por conseguinte, do próprio Estado Democrático de Direito. Facilmente se constata, nesse contexto, a brutal irracionalidade quanto à existência de milhares de processos repetitivos, mormente quando já se tem, em relação ao respectivo mérito, posicionamento consolidado dos Tribunais Superiores ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal.

Aliás, acerca da uniformização jurisprudencial, a Ministra Cármen Lúcia

Antunes Rocha, por ocasião de publicação de artigo que abordava as súmulas vinculantes, rememorou a sugestão realizada, ainda no ano de 1964, pelo então ministro Victor Nunes Leal de criação de “súmulas da jurisprudência consolidada”, o que, partindo da Suprema Corte, passou a ser adotado pelo então Tribunal Federal de Recursos e pelos Tribunais de Justiça de todo o país (ROCHA, 1997, p.131).

A par de outros aprimoramentos da legislação processual então vigente, especialmente perceptíveis pela simples leitura dos arts. 476 a 479 do CPC/73, a já mencionada “Reforma do Judiciário” promoveu melhorias nesse campo, sobretudo ao prever os efeitos *erga omnes* das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, §2º, CF/88), além de adotar a já mencionada súmula vinculante (art. 103-A, CF/88⁶²), prevista no art. 8º da EC/45.

Ao abordar a chamada teoria dos precedentes, bem como as peculiaridades que devem acompanhar decisões com conotação obrigatória, especialmente em relação à qualificação da *ratio decidendi*, Tucci, ainda na vigência do Código Processual anterior, assim esclareceu:

É certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos precedentes, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado. [...] Denominada de *holding* na linguagem dos operadores americanos, a *ratio decidendi*, para potencial força obrigatória pamprocessual, deve, pois, possuir um grau de generalização em relação ao próprio caso julgado (TUCCI, 2004. p.247).

Tais alterações constitucionais, contudo, ainda se revelavam insuficientes, motivo pelo qual a nova legislação processual aprofunda os instrumentos de uniformização de jurisprudência, tendo como norte a racionalização de julgamentos, a coerência e hierarquia do sistema processual, almejando a estabilização, em medida equilibrada, de entendimentos judiciais.

⁶² Lembre-se, quanto à adequabilidade ou não da aplicação de uma determinada súmula ao caso concreto, que o parágrafo 3º do próprio art. 103-A traz a previsão desse tipo de impugnação, que será dirigido diretamente ao STF por meio da denominada Reclamação. A partir do manejo desse instrumento, na hipótese de a Suprema Corte compreender que determinado ato se apresentava sujeito ao que previsto no enunciado sumular vinculante, não tendo sido ele, porém, aplicado, ou tendo sido aplicado de forma inadequada, ordenar-se-á a cassação da respectiva decisão judicial, bem assim a elaboração de outra que o aplique corretamente ou mesmo a anulação do ato administrativo que não o observou.

Exatamente em razão de tal aspecto, o art. 926 do atual Código de Processo Civil estabeleceu que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Com tal propósito, foram incluídos em nosso arcabouço processual o Incidente de Assunção de Competência - IAC (art. 947⁶³) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR (arts. 976 a 987), para que, respectivamente, casos proeminentes de grande repercussão social e de múltipla repetição pudessem ganhar julgamentos mais céleres, em homenagem à estabilidade e à previsibilidade já alardeadas.

Além disso, destaca-se a previsão do art. 927, que expressamente determina a magistrados de primeiro grau e tribunais a observância de significativo elenco de hipóteses, dentre elas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I), os enunciados de súmulas vinculantes (inciso II), os acórdãos proferidos nos citados IAC e IRDR e os julgados prolatados em recursos especiais e extraordinários repetitivos (inciso III).

3.1 - A análise econômica do direito processual e a busca por uma maior uniformização jurisprudencial.

Muito embora há muito já se discuta, em âmbito mundial, a interface entre direito e economia, o diálogo entre esses dois grandes ramos das chamadas Ciências Sociais aplicadas, como não raro ocorre, demorou a florescer no Brasil, exceção talvez feita ao direito concorrencial e antitruste.

Já no século XVIII, Adam Smith e Jeremy Bentham estudaram os desdobramentos econômicos da elaboração de normas jurídicas, associando, portanto, legislação e utilitarismo.

Já na segunda metade do século passado, Posner assim se referiu ao universo racional da economia:

[...] la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo – nuestro mundo - donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. La tarea de la economía, así definida, consiste en la

⁶³ Menciona-se como origem de tal dispositivo o art. 555, §1º, do CPC/73, que, outrora denominado deslocamento de competência ou afetação, trazia a seguinte redação: “Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.”

exploración de las implicaciones de suponer que el hombre procura en forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su 'interés próprio' (POSNER, 2007, p.2).

Equidade e desenvolvimento econômico parecem ser as palavras-chave na equação investigada pela chamada Análise Econômica do Direito, sendo também bastante encontradas referências ao binômio justiça-eficiência.

Para tanto, uma das tarefas necessária é justamente a de adequação da doutrina estrangeira, com destaque para a estadunidense, a nossas realidades econômica, social, política e jurídica, especialmente nossa cultura romano-germânica-canônica. Interessante, de fato, a conjugação do modelo dogmático abstrato do nosso direito e das construções empíricas das escolas de economia.

No campo internacional, sempre são citados, dentre outros nomes, Ronald H. Coase (*The problem of social cost* - 1960), Guido Calabresi (*The Cost of Accidents: Alegal and Economic Analysis* - 1970) e Richard Posner (*Economic Analysis of Law* - 1973).

A partir de tais autores, foram desenvolvidas várias correntes para a explicação desse nexos entre direito e economia, como, por exemplo, as representadas pelas Escolas de Chicago (Posner) e de Yale (Normativista - Calabresi), pela *New Institucional Law and Economics* (Nova Economia Institucional - estudo do Direito, Economia e Organizações – empresas, mercados - North, Williamson e Medema) e pela Teoria da Escolha Pública (mais voltada à Ciência Política).

Extrapolando a abordagem inicial e investigando uma mais específica correlação entre a análise econômica do direito e a seara processual, Flávio Galdino assim explana:

A análise econômica do direito, malgrado as inúmeras críticas dirigidas, assume como premissa elementar e fundamental a ideia de que as pessoas são maximizadoras racionais de seus próprios interesses. Neste sentido, os atos das pessoas são dirigidos teleologicamente à maximização dos seus interesses (egoisticamente considerados).

Parece evidente que essa premissa não é verdadeira para toda e qualquer situação. Todavia, em inúmeras situações, essa premissa permite a construção de um modelo de análise dos comportamentos suficientemente próximo da realidade.

Na verdade, a economia opera com modelos através dos quais pretende descrever os comportamentos reais das pessoas. E, no caso dos conflitos intersubjetivos, especialmente dos conflitos que chegam ao clímax de um processo judicial, aquela premissa parece

descrever de modo satisfatório o comportamento real das pessoas. Com efeito, no processo judicial, respeitados limites éticos e procedimentais, as pessoas atuam como maximizadoras dos seus interesses pessoais. A premissa, então, é a de que as pessoas efetuam cálculos de custo e benefício para decidirem se farão acordos, se distribuirão ações em busca dos direitos que pensam ou afirmam possuir, se recorrerão em face de decisões que lhes sejam desfavoráveis (GALDINO, 2005, p.176).

A partir de tal premissa maximizadora e da compreensão de que os litigantes comportam-se como típicos agentes econômicos racionais, afirma Rodrigues Neto que:

o legislador deve estar atento não só à racionalização das regras processuais, mas também à inclusão de técnicas que minorem os custos sociais da ação, os custos de transação, diminuam a assimetria de informação, ou seja, aumentem a eficiência econômica do processo (RODRIGUES NETO, 2015. p.214).

Pode-se inferir, então, que o conhecimento prévio de que certos entendimentos jurisprudenciais encontram-se firmados poderia conduzir os eventuais atores de uma demanda a, em alguma medida, evitarem ajuizamentos, por considerá-los precários, ou, na hipótese de feitos em andamento, sentirem-se pragmaticamente incentivados a composições.

Nesse ponto, reafirma Posner, ao abordar o conceito de homem como ser racional, que “aumentar al máximo su interés propio implica que la gente responde a los incentivos; que si cambian las circunstancias de una persona en forma tal que podría aumentar sus satisfacciones alterando su comportamiento, lo hará así” (POSNER, 2007, p.26).

Não há dúvidas, nessa perspectiva, que o aprofundamento de um sistema que valorize a força dos precedentes judiciais tende a gerar, além de maior segurança jurídica e celeridade, economia de custos para o Estado e para as partes, já que a equação custo-benefício de um embate judicial seria melhor compreendida.

Sobre tal perspectiva, Cooter e Ulen indicam, com clareza ainda maior, a lógica que norteia tal raciocínio:

Da mesma maneira, uma medida simples dos custos sociais do processo jurídico ajuda a orientar a análise das regras e práticas processuais. Para desenvolver uma medida simples, considere as regras processuais como instrumentos para a aplicação do direito substantivo. O uso dos instrumentos tem seu custo, chamado “custo administrativo” (...) Além

disso, a utilização desses instrumentos pode causar erros na aplicação do direito substantivo. Por exemplo, a parte errada pode ser responsabilizada, ou a parte certa pode ser responsabilizada pela quantia errada. Os erros distorcem os incentivos e impõem diversos custos à sociedade (COOTER; ULEN, 2010. p.405).

Nesse sentido, pode-se inferir que o conhecimento acerca da existência de entendimentos sumulados (vinculantes ou não), assim como de jurisprudência predominante incentivam uma melhor análise dos riscos de se movimentar a estrutura do Poder Judiciário, com potencial para evitar/encerrar litígios, contribuindo, por conseguinte, para a celeridade, a qualidade e a segurança das decisões judiciais.

Considerações finais

Verifica-se, por tudo o que até aqui exposto, ser consensual a constatação de que o processo judicial brasileiro carece de maior efetividade. Justamente esse se mostrou um dos propósitos para a elaboração do novo Código de Processo Civil, não sendo possível apurar, ainda, os impactos que tal inovação provocou quanto à adequada prestação jurisdicional.

Em outras palavras, as possíveis soluções para uma justiça mais segura (célere e eficiente) passam, necessariamente, pela adoção de múltiplos fatores, inclusive de natureza extrajudicial, como, por exemplo, históricos, culturais e econômicos, que se mostram empecilho para que o ideal de efetividade seja aperfeiçoado.

Impõe-se reconhecer, assim, que, não obstante pareçam claros os avanços decorrentes da recente reforma processual na busca da ampliação do acesso à justiça e agilização da prestação jurisdicional, modificações procedimentais não terão o condão de solucionar, *de per se*, tal situação.

Feito tal registro, a ser abordado em outra ocasião específica, dúvidas não pairam de que várias medidas voltadas ao aprimoramento de uma prestação mais racional e célere foram adotadas.

Nessa linha, os abordados institutos de uniformização, com destaque para o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas, vão ao encontro da necessidade de um Poder Judiciário que precisa enfrentar, com frequência cada vez maior, demandas de massa. Os resultados daí advindos tendem a contribuir para um ambiente de maior segurança jurídica e celeridade na resolução de parcela

dos processos judiciais.

Demais disso, o fortalecimento dos precedentes tem forte potencial de minimizar os gastos administrativos do processo (basicamente custas judiciais e honorários), assim como os denominados custos decorrentes de erros judiciais (sempre possíveis), desestimulando litigâncias com conteúdos frágeis.

De se ressaltar, por fim, que o crescimento da tendência de um exame mais atento e profundo dos fundamentos jurídico-constitucionais do processo, em harmonia com o que o professor Cândido Rangel Dinamarco chama de publicização do direito processual, acabou por abrir caminho para uma avaliação social, política, axiológica e ética da estrutura processual, circunstância que amplia consideravelmente os horizontes de reflexão sobre o tema.

Referências

- AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Acesso à Justiça como direito fundamental & Defensoria Pública**. Curitiba: Juruá, 2017.
- ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- ATIENZA, Manuel. **Razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2000.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BARTOLOME, Placido Fernández-Fiagas. **El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. Madri: Civitas, 1994.
- BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo**, vol.. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania e efetividade do Processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, ano I, n 1, p.30-35.set-out/99.
- _____. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo, São Paulo**, v. 26, nº 102, abr/jun. 2001, p.55-67.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. A Ideologia no Processo Civil. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça R.G.S.**, Porto Alegre, ano IV, n. 13, 1969

_____. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense. n. 318, abr./jun. 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos Tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, n. 190, p. 61-73, abr./jun., 2011.

DIAS, Norma Chrissanto. **Os Prazos Processuais e seus reflexos na Efetividade do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís F.; ARGUELHES, Diego. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, nº 243, set-dez, 2006. São Paulo: Atlas, 2006.

GALDINO, Flavio. Introdução à análise econômica do processo civil (I) – Os métodos alternativos de solução de controvérsias. **Revista Quaestio Juris**. UERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 171- 203, 2005.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 172, jun/2009.

GUERREIRO, Luis Fernando. Os métodos de solução de conflitos e o processo civil - de acordo com o novo CPC. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord). **Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte, v. 13, n. 50, p. 241, abr./jun. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado artigo por artigo**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de**

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.4, n.4, jan./jun., 2018.

um formalismo-valorativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho.* 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Sobre a Súmula Vinculante.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 210, p. 129-146, Out./Dez. 1997.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei . **EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional.** In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos. **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004.** São Paulo: RT, 2005, p. 283-292.

RODRIGUES NETO, João Máximo. **A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância - um estudo de law and finance.** Revista de Política e Gestão Educacional. Porto Alegre, 2015. Vol. 36. n.º 76. p. 193-215.

SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. **Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial.** Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil.** Lisboa, Ed. Lex, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais.** Revista de Processo, v.30, n.125, p.61-78, jul.2005. Disponível: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89060>>. Acesso: 15 dez. 2018.

_____. **A irregularidade da petição recursal não assinada.** Academia Brasileira de Direito Processual Civil, Belo Horizonte, mar. 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo50.htm>> Acesso em 10 dez. 2018.

_____. **O compromisso do projeto de novo Código de Processo Civil com o processo justo.** Revista de Informação Legislativa, Brasília , v. 48, n. 190, p. 237-263, t. I, abr. /jun. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre a efetividade do processo.** Revista dos Tribunais ano 92, n. 814, p.63-70, ago. 2003.

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Maria Carolina Lopes Teles

Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA); advogada.

Augusto César Leite de Carvalho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha, professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); professor colaborador da Universidade de Brasília (UnB); professor do Curso de Mestrado da Universidade Autônoma de Lisboa; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

158

Resumo

A inovação do contrato de trabalho por tempo determinado, denominada contrato intermitente, tem sido objeto de análise em virtude de todos os impactos que poderá produzir nas relações de trabalho, seja sob o prisma material, seja sob o prisma processual. Dentre as inovações, destaca-se a regulamentação do trabalho intermitente previsto no artigo 452-A, onde foi inserido, com todas as suas peculiaridades, na condição de trabalho sob vínculo de emprego, trazendo uma ampliação desse conceito e quebrando o exercício dos poderes disciplinar e diretivo do empregador. No contrato intermitente, as empresas terão maior facilidade e flexibilidade na contratação de trabalhadores sob tal modalidade. Gera-se, com tal contrato, uma expectativa de ocorrência frequente, mas não rotineira, muito embora ocorra nas atividades habituais do empregador. O presente artigo tem por fim tratar do novel instituto trabalhista e, sem descurar da classificação dos contratos de trabalho, demonstrar a qual delas o trabalho intermitente pertence. Destaque-se que tal classificação, inobstante necessária, é feita de *en passant*, tendo em vista ser outro o foco do trabalho.

Palavras-chave: Contratos de Trabalho; trabalho por tempo determinado; trabalho intermitente; reforma trabalhista.

Abstract

The innovation of the fixed-term employment contract, called the intermittent contract, has been analyzed, due to all the impacts that it may produce in labor relations, whether from a material perspective or under a prism of process. Among the innovations, the regulation of the intermittent work set forth in article 452-A, where it was inserted, with all its peculiarities, in the condition of work under employment bond, is highlighted, bringing an extension of this concept and breaking the exercise of disciplinary powers and employer's directive. In the intermittent contract, companies will have greater ease and flexibility in the hiring of workers under this modality. It generates, with such a contract, an expectation of frequent but not routine occurrence, even though it occurs in the habitual activities of the employer. The purpose of this article is to deal with the novel labor institute and, without neglecting the classification of labor contracts, to demonstrate which of them intermittent labor belongs. It should be noted that such classification, necessary, is done *en passant*, in view of being another focus of work.

Keywords: Work Contracts; Work for a fixed time; Intermittent work; Labor Reform

Introdução

O presente artigo almeja analisar as perspectivas do Direito do Trabalho frente ao contrato de trabalho intermitente, instituído no ordenamento jurídico pela Lei 13.467/2017, denominado Lei da Reforma Trabalhista. Tendo em vista que se trata de espécie contratual inédita, o objeto desta pesquisa se perfaz no delineamento, na apresentação do novel instituto, lançando luzes aos direitos trabalhistas que dele decorrem. Com igual atenção, analisam-se as condições em que o mesmo se realiza.

Destaque-se que, não obstante o problema central da pesquisa, seja – como se disse – “desvelar” a estrutura estruturante do trabalho intermitente, no mesmo diapasão, ocupa-se em investigar em que medida a positivação do citado instituto torna vulneráveis os trabalhadores que a ele corresponderem. Pela oportunidade, fez-se importante deflagrar este estudo pela análise do contrato de trabalho, sob o enfoque dos seus aspectos gerais e da sua classificação. Dessa forma, tornou-se pertinente e claro o enquadramento do contrato de trabalho intermitente como nova espécie do contrato de trabalho por tempo determinado.

Como se trata de um estudo jurídico-dogmático sobre o trabalho intermitente, instituído pela Lei da Reforma Trabalhista (reitere-se), não poderia ser outro o ponto de partida, senão a própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – que, a partir do seu art. 442, dispõe sobre os contratos de trabalho. *A posteriori*, explora-se a Lei 13.467/2017, especificamente no que diz respeito ao estudo em questão, e a inserção do §3º ao art. 443, da CLT.

Ancorando-se nos estudos já realizados sobre o tema, precipuamente em respeitáveis doutrinas especializadas no direito juslaboral, é que se desenvolveu a presente investigação. Outrossim, na medida daquilo que se julgou ser importante trazer à baila, mencionou-se *de en passant* como o trabalho intermitente se perfaz no direito comparado. Nesse diapasão, como corolário do incipiente surgimento do tema no mundo jurídico, há, ainda, ausência de enfrentamentos do mesmo no âmbito dos tribunais regionais e Tribunal Superior do Trabalho. Razão pela qual se justifica o absentismo de jurisprudências neste estudo.

O presente trabalho, não se olvida de ventilar os direitos trabalhistas que da relação de trabalho intermitente decorrem e, em que medida, gera-se (in)segurança jurídica aos trabalhadores.

Ao expor a divisão do aludido tipo de trabalho que se patenteia em trabalho alternado e trabalho por chamada, sublinhou-se este último que, a contrario sensu, parece atender a uma expectativa de mercado que pode existir. Como exemplo, tem-se as atividades movimentadas pelas empresas de eventos, cuja atividade oscila quanto à ocorrência e quanto à extensão, o que justifica a utilização episódica de trabalhadores, e em maiores ou menores quantidade. Por outro lado, não se deixa de perceber que, no contexto jurídico do trabalho intermitente, o risco empresarial, em muitas circunstâncias, acaba sendo transferido para o trabalhador, o que vai de encontro ao dever do Estado brasileiro de proporcionar aos trabalhadores e suas famílias existência digna.

Dessa forma, dedicou-se com afinco ao Direito do Trabalho. Área muito especial do Direito brasileiro, uma vez que trata de relações privadas de âmbito social, e se destaca pela singular característica de normatizar relações humanas extremamente próximas.

Inobstante o Direito do Trabalho pertença ao ramo do Direito privado e, portanto, regule relações entre particulares, sabe-se que o mesmo se diferencia pela relação desproporcional entre as partes envolvidas. Num contexto onde o empregador, embora esteja em posição mais vantajosa pelo poder de comando da relação, tal não se dá de maneira absoluta. Sendo limitado pelos direitos fundamentais de personalidade e sociais, inerentes ao trabalhador. Passados 30 anos da promulgação da Carta Política, o advento da lei reformadora das normas trabalhistas, suscita-nos atenção deveras relevante acerca de perdas de direitos sociais, outrora arduamente conquistados.

1. Contratos de Trabalho

1.1 Aspectos Gerais

É cediço que a classificação dos contratos de trabalho, sob o prisma temporal, cinge-se a pactos por tempo indeterminado ou por tempo determinado (estes últimos identificados também como contrato a termo). Aqueles, perfazem-se em contratos cujo termo final não é prefixado pelas partes, perpetuando-se no tempo; estes, em regra, prefixam o seu tempo de vigência desde o seu nascedouro, estipulando como certa e previsível a data de extinção da avença.

Merece destaque questão relacionada ao termo, enquanto elemento contratual. Uma

vez que, não obstante seja conceituado como o dia no qual tem de começar ou extinguir-se a eficácia de um negócio jurídico (BEVILACQUA, 1949, p. 399), a doutrina o classifica em termo certo e incerto. Entende-se por termo certo aquele indicado através de uma data especificada; termo incerto, aquele que, embora haja certeza quanto a sua ocorrência, o mesmo não se dá quanto à efetiva data da sua verificação. Sérgio Pinto Martins elucida, afirmando que

o término do contrato por prazo determinado pode ser medido em razão do número de dias, meses ou anos, ou em relação a um serviço específico, como o término de uma obra, ou, se for possível fixar aproximadamente, quando houver o término de um acontecimento, como o término de uma colheita, que se realiza periodicamente em certas épocas do ano (MARTINS, 2011, p.113).

Por outro lado, cumpre ressaltar que, dentre os contratos por tempo determinado, há também os contratos sob condição resolutiva. Este, condiciona o seu fim a evento futuro e incerto. Diferentemente dos contratos determinados a termo incerto, que o fazem a evento futuro e suscetível de previsão. Perfazendo-se, portanto, em modalidades contratuais distintas.

A guisa de exemplo, a normatividade justralhista apresenta o art. 475, § 2º, da CLT, como contrato de trabalho sob condição resolutiva. Neste, permite-se ao empregador rescindir o contrato que firmou com eventual substituto de empregado afastado por invalidez, quando a aposentadoria deste for cancelada em razão de ter recuperado a sua capacidade laborativa. Todavia, segundo a norma estabelecida no citado artigo consolidado, o empregado substituto precisa ter inequívoco conhecimento da interinidade do seu vínculo.

A indeterminação da duração dos contratos constitui regra geral incidente aos pactos empregatícios, *id est*, tal modalidade contratual é usualmente utilizada nas relações empregatícias, restando ao contrato de trabalho por tempo determinado apenas as hipóteses predefinidas em lei, tal como se verá adiante.

1.2 Contrato de Trabalho por tempo determinado

O art. 443, §1º, da CLT, bem define o que vem a ser contrato de trabalho por prazo determinado, *verbis gratia*, pois, “considera-se como de prazo determinado o contrato de

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.4, n.4, jan./jun., 2018.

trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”. Percebe-se, dessa forma, que, *prima facie*, a contratação só poderá ser por tempo determinado quando o instrumento contratual contiver, em uma de suas cláusulas, a justificativa para a fixação de um termo final. Ressalte-se, por oportuno, que o conceito de “tempo determinado”, agasalha os contratos determinados a termo certo, contratos determinados a termo incerto, e os contratos determinados sob condição resolutiva. Nesse sentido, corrobora Orlando Gomes (2012, p. 183) afirmando que os “contratos por tempo determinado são subordinados a uma condição resolutiva ou a um termo final”.

A superveniência do termo faz cessar de forma automática os efeitos do contrato, extinguindo, de imediato, os direitos e as obrigações recíprocas, o que também ocorre no caso de implemento da condição resolutiva, a menos que se trate de acontecimento de previsão aproximada, como por exemplo, no contrato de safra, em que não se pode prever exatamente o termo final, porquanto isso depende de uma série de fatores, inclusive climáticos, que impedem se preveja com exatidão o termo final do contrato.

Na verdade, como acertadamente lembra Maurício Godinho Delgado (2018, p. 500) “a condição resolutiva tácita comparece com maior frequência do que a expressa no cotidiano laboral, especialmente porque a regra é que o contrato vige por prazo indeterminado”. De outro lado, presume-se a existência de cláusula resolutiva implícita no contrato de trabalho permitindo às partes o exercício a qualquer momento, do direito a resolução unilateral por descumprimento de deveres ou obrigações por uma delas, ou mesmo de forma bilateral pela vontade de ambas.

Como se falou alhures, no âmbito do Direito do Trabalho a presença do contato determinado é francamente episódica e circunstancial. Constitui situação de exceção, admissível apenas se e quando presentes determinadas hipóteses legais, como, por exemplo, aquelas previstas no art. 443 da CLT e na Lei 9.601/98. Ocorre que, com o advento da Reforma Trabalhista, um novo parágrafo foi inserido ao artigo 443, da CLT, inovando as condições anteriormente estabelecidas para esse tipo de contrato. Senão vejamos:

art.443, §3º - Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviço, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias+ ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os

aeronautas, regidos por legislação própria (BRASIL, Lei 9.601/98).

Está-se, portanto, diante de novo instituto contratual de trabalho por tempo determinado, chamado Contrato de Trabalho Intermitente.

2. O novo contrato de trabalho por tempo determinado – trabalho intermitente

163

Conceitua-se como trabalho intermitente, aquele que atende a oscilação casual da demanda de serviços. Ante a imprevisibilidade das ocasiões em que o empregador chamará o empregado para trabalhar, caracteriza-se pela incerteza quanto ao tempo de trabalho e correspondente remuneração. Sob outro prisma, em análise à maneira como se desenvolverá o trabalho intermitente, percebe-se que o mesmo poderá ocorrer em duas modalidades, quais sejam: trabalho alternado ou trabalho a chamada. A esse respeito, leciona com maestria Augusto César Leite de Carvalho, *verbis gratia*:

Na tradição do direito do trabalho brasileiro, os contratos de safra sempre foram admitidos como vários contratos de safra intermitentes intercalados, com regulação específica na Lei nº 5.889/1973 (Lei do Trabalho Rural). Concebidos assim como um modelo embrionário de contrato intermitente, os contratos de safra (agrícola ou pastoril) não se revestiam, contudo, da característica que, a partir de agora terão, qual seja, a da unicidade contratual (todos os períodos de safra em um só contrato) (CARVALHO, 2018, p. 425).

Um passo antes, o autor explica:

Se a atividade econômica ou a intensidade dos serviços é sazonal (como o labor em safras agrícolas, hotéis de estação etc.), ou de algum modo previsível, a alternância regular de períodos de atividade e de inatividade permite ao empregado organizar a sua vida, negócios e renda (CARVALHO, 2018, p. 425).

Outrossim, e já então acerca do novo contrato intermitente “por chamada”, vaticina com propriedade o mencionado autor:

O que se percebe, em princípio, é a possibilidade de também o contrato intermitente a chamada atender, em algumas hipóteses, a uma expectativa de mercado que parece justa e realmente pode existir, a exemplo do que sucede a empresas promotoras de eventos, cuja atividade oscila (se oscilar)

quanto à ocorrência e quanto à extensão, ou seja, varia no tempo em razão da demanda dos clientes e a depender da singeleza ou magnitude do evento a elas contratado, de modo a justificar a utilização episódica de mais, menos ou nenhum empregado.

Também os serviços casuais de manutenção ou mesmo de ofícios especializados, como médicos e advogados, quando são solicitados apenas casuisticamente, podem ajustar-se bem aos contratos intermitentes, à conveniência de ambos os lados.

O contrato de trabalho intermitente que corresponde ao trabalho alternado, ao exemplo do contrato de safra, não importa, portanto, uma mudança significativa no cenário jurídico brasileiro, senão pela novidade – que a todos favorece – de permitir-se que um só contrato possa contemplar os vários períodos de trabalho e também períodos de inatividade. A previsibilidade de um outro período não parece comprometer a dignidade do trabalhador que ajusta esse tipo contratual.

A incerteza quanto ao tempo de trabalho e a expectativa de remuneração torna-se vexatória apenas no contrato de trabalho a chamada, naquilo que poderá provocar, não a adoção da nova modalidade para atender a atividades econômicas naturalmente intermitentes (retomamos aqui o exemplo alusivo a empresas de eventos), mas sim a conversão de contratos estandartizados (com jornada integral ou em regime de tempo parcial) em contratos artificialmente intermitentes – que o seriam em vista do interesse de apropriar-se o empregador do tempo de atividade latente, durante o qual o empregado permaneceria vinculado psicologicamente à empresa porquanto a interrupção dos serviços não estaria relacionada à ruptura do processo produtivo (CARVALHO, 2018, p. 426).

A inovação do contrato de trabalho por tempo determinado, denominada contrato intermitente, tem sido objeto de análise, em virtude de todos os impactos que poderá produzir nas relações de trabalho, seja sob o prisma material, seja sob o prisma processual. Dentre as inovações, destaca-se a regulamentação do trabalho intermitente previsto no artigo 452-A, onde foi inserido, com todas as suas peculiaridades, na condição de trabalho sob vínculo de emprego, trazendo uma ampliação desse conceito e quebrando o exercício dos poderes disciplinar e diretivo do empregador.

No contrato intermitente, as empresas terão maior facilidade e flexibilidade na contratação de trabalhadores sob tal modalidade. Gera-se, com tal contrato, uma expectativa de ocorrência frequente, mas não rotineira ou contínua, muito embora ocorra nas atividades habituais do empregador.

Desse modo, configurar-se-á, no modelo da lei, o trabalho que puder se submeter aos seus aspectos formais: natureza de trabalho a ser prestado e convocação pelo empregador. O art. 452-A, § 1º da Lei nº 13.467/2017, afirma que “o empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual

será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência”

A contratação de empregado para prestação de serviços de conteúdo intermitente também rompe com o paradigma de obrigações contratuais no âmbito do Direito do Trabalho. Em se tratando de contrato de trabalho, por exemplo, é usual que gere entre as partes obrigações e deveres recíprocos. Portanto, o contrato de trabalho tem, dentre suas características, a obrigatoriedade de o empregador prover trabalho ao empregado contratado durante o período em que permanece à sua disposição.

Salienta-se que o conceito de tempo à disposição, nesse tipo de contratação, desaparece como condição contratual obrigatória. A manifestação da vontade do empregado de que atenderá à convocação do empregador é que faz do compromisso contratual seu caráter obrigatório, conforme se verifica no artigo 452-A § 2º do Diploma Legal, *in verbis*: “recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa”.

O contrato em comento é condicionado ao interesse do empregado, exclusivamente, e não do empregador. O empregado, no plano abstrato, é dono do seu tempo e pode recusar a convocação deste. O período de inatividade não poderá ser considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes, caso seja do seu interesse. Frisa-se que o empregado poderá recusar o trabalho oferecido e tal fato não caracteriza ato de insubordinação ou ato de indisciplina, conforme expressamente disposto no § 3º, do artigo 452-A da Lei nº 13.467/2017. Vale ressaltar, por oportuno, que a subordinação neste tipo de contrato somente ocorrerá se o empregado aceitar a convocação. A recusa é ato de exercício de liberdade do empregado, não podendo este sofrer qualquer tipo de ameaça ou intimidação.

A subordinação jurídica sempre foi o aspecto mais relevante de sobrevivência do Direito do Trabalho na afirmação da proteção na relação de emprego. A subordinação permite ao empregador o exercício dos poderes disciplinar e diretivo, comandos típicos e decorrentes do próprio contrato de trabalho e valerá na relação de trabalho intermitente de forma condicionada à aceitação da convocatória do empregador. Ademais, é importante ressaltar que foram restabelecidas regras sobre contratação de autônomo e trabalho intermitente que estavam previstas na Medida Provisória 808, que perdeu a validade sem que fosse analisada pelo Congresso Nacional, por intermédio da Portaria 349 do Ministério do Trabalho.

Nesse sentido, vejamos o que diz o artigo 3º, inciso III, da Portaria 349 do Ministério do Trabalho, transcrito abaixo:

É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente:

I - locais de prestação de serviços;

II - turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços; e

III - formas e instrumentos de convocação e de resposta para a prestação de serviços (MINISTÉRIO DO TRABALHO, Portaria 349/2002).

É cediço que a MP 808 modificou vários pontos da Lei 13.467/2017, ao passo em que inovou ao flexibilizar o contrato de trabalho intermitente, oportunizando que as partes pudessem convencionar, dentre outras questões, o formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados. Situações em que, claramente, poderiam incorrer responsabilidades tanto para o empregador quanto para o empregado, acerca de potenciais prestações de serviços eventualmente frustradas que, no entanto, poderiam ter correspondentes reparações convencionadas pelas partes.

Nesse teor, prescrevia o art. 452-B, inciso IV, da CLT. *Verbis*:

É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente:

I – III: (*omissis*)

IV: formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados nos termos dos § 1º e § 2º do art. 452-A (BRASIL, MP 808, 2017).

Ocorre que com a queda da MP 808, a Lei 13.467/2017 voltou a vigorar com a sua redação original. Segundo a qual, se o empregado intermitente aceitar a convocação do empregador e, posteriormente, qualquer dos dois desistir, sem justo motivo, aquele que der causa à frustração da prestação do serviço aventado, deverá pagar à outra parte multa no valor referencial de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida.

Nesse diapasão, prediz o art. 452-A, § 4º, da CLT, *verbis gratia*:

Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a

compensação em igual prazo (BRASIL, Lei 13.467, 2017);

Id est, após a MP 808 ter caducado e a Lei 13.467/2017 passado a vigorar com a sua redação original, tal como se mencionou alhures, o empregador convocará o trabalhador por qualquer meio de comunicação eficaz - telefone, WhatsApp, etc. -, com três dias corridos de antecedência. O trabalhador terá um dia útil para responder, cujo silêncio reputa recusa da oferta. No entanto, hodiernamente, uma vez aceita a convocação, o empregado que não comparecer para o trabalho ou o empregador que frustrar a prestação do mesmo, terá de pagar à outra parte multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, em um prazo de 30 dias, permitida a compensação em igual prazo.

A nova lei também prever que o contrato de trabalho intermitente deverá ser celebrado por escrito, com indicação do salário a ser pago por dia ou por hora, que não poderá ser inferior ao pago aos empregados que prestam serviço contínuo e exercem a mesma função (art. 452-A, § 12); o contrato também deverá indicar o local e o prazo para o pagamento dessa remuneração (art. 452-A). Até dezembro de 2020, nenhum empregado com contrato por tempo indeterminado poderá ser despedido para ser contratado como trabalhador intermitente em meio aos dezoito meses seguintes (art. 452-G).

Oportuno mencionar a diferença entre o trabalhador intermitente e os demais empregados, uma vez que quando estes adoecem e não possuem condições de trabalhar, o empregador lhe deve o pagamento dos 15 primeiros dias de afastamento, ao passo em que, os dias que excederem a estes, é encargo da Previdência Social. O trabalhador intermitente, ao revés, em situações como essa, receberá auxílio-doença desde o início da sua incapacidade laboral, o que isenta o empregador de pagar-lhe salário na primeira quinzena de afastamento, tal como preleciona o art. 452-A, §13, da CLT.

Nesse diapasão, destaque-se a regra estabelecida no art. 911-A e §§, da CLT, em que se determina a necessidade do trabalhador intermitente completar o valor da contribuição previdenciária incidente sobre o salário mínimo mensal, quando o que este receber for inferior ao mínimo legal. Assim se deve proceder, caso pretenda que o mês correspondente seja computado para fins previdenciários, uma vez que, caso não o faça, a contribuição previdenciária recolhida pelo empregador não reverterá em seu favor.

Ao fim do contrato de trabalho intermitente, as verbas devidas pela sua dissolução observarão a média dos valores recebidos nos últimos doze meses do período anterior. Destaque-se a necessidade de se indenizar o aviso prévio e a peculiaridade do valor

da multa do FGTS ao valor de 20% (vinte por cento).

3. Direito comparado

Em sucinta análise sobre o trabalho intermitente no direito comparado, depara-se com curiosas singularidades acerca da maneira como nasceu e se mantém em cada país.

Na Alemanha esse tipo de contrato adveio da lei de promoção ao emprego de 1985, com estipulação de jornada mínima e de um salário mínimo que garantisse o mínimo para sobrevivência. Pugna-se, segundo a lei germânica, pelo dever do empregador de comunicar ao empregado, a necessidade do serviço com quatro dias de antecedência.

Na Itália, o trabalho intermitente está previsto na Lei Biagi/2003, em que perfaz uma espécie de trabalho inclusivo, direcionado aos jovens no primeiro emprego e aos aposentados. A forma de trabalho é descontínua e, segundo a norma italiana, só há possibilidade de se realizar trabalho intermitente por meio de normas coletivas ou regulamentação do Ministério do Trabalho. Uma vez realizado contrato de trabalho intermitente, o mesmo será convertido em contrato de trabalho por tempo indeterminado se, em três anos, o empregado tiver trabalhado menos de 400 dias. Nesse ordenamento, o empregador deve avisar o empregado com antecedência mínima de um dia.

Em Portugal o trabalho intermitente é subdividido em trabalho alternado e trabalho a chamada. Ambos advieram do acordo tripartido em 2008 e incorporaram-se ao Código do Trabalho de 2009. Em tal ordenamento, trabalho alternado é a prestação de serviço intercalado, porém prestado com exclusividade a um mesmo empregador; trabalho a chamada, aquele em que o empregado deve ser avisado do serviço com antecedência. Neste, há possibilidade de prestar serviços a diversos empregadores.

O Código Trabalhista Lusitano, por sua vez, determina que o trabalho intermitente não possua duração inferior a seis meses, a cada ano. Desses seis meses, pelo menos quatro meses devem ser consecutivos, sob pena de esse tempo ser computado. Outrossim, em Portugal, os períodos de inatividade devem ser remunerados à razão de 20% do salário normal.

No modelo adotado no Reino Unido, os empregados prestam o chamado Contrato Zero Hora, em que ficam, na prática, de plantão. O empregador não é obrigado a conceder

trabalho, no entanto o trabalhador não é obrigado a trabalhar quando for solicitado. Normalmente, esse trabalho é prestado por trabalhadores menores de 25 e maiores de 65 anos de idade, com uma carga horária de 26 horas semanais. Ocorre que esse modelo tem gerado problemas ante a instabilidade financeira que ocasiona, uma vez que não assegura os direitos mínimos aos trabalhadores.

O trabalho intermitente na Espanha é chamado de Contrato de *trabajo fijo discontinuo* que possui dois vieses. Em um, os trabalhos se repetem em datas certas; noutro, os trabalhos se repetem em datas não previamente determinadas. O trabalhador não tem direito a receber a contraprestação se está inativo; as convenções coletivas devem estabelecer um mínimo de dias de trabalho e acesso ao seguro desemprego.

4. Visão Crítica do Instituto

Entende-se que “a lógica de transferir o risco empresarial para o trabalhador intermitente, a apropriação pela empresa da disponibilidade permanente de seu tempo e seu empobrecimento, revelando pela experiência de países que já adotaram o contrato de trabalho intermitente (como contrato *zero hour*), além da exclusão da proteção previdenciária – constitucionalmente universal – e da expectativa de redução de direitos resilitórios, conspiram, em conjunto insidiosamente harmonioso, contra o compromisso de o Estado brasileiro proporcionar aos trabalhadores e suas famílias a existência decente exigida, categoricamente, pelo artigo 7º, II, b, do PIDESC. Com a palavra de Roberto de Figueiredo Caldas, juiz presidente da corte interamericana de Direitos Humanos, extraída da obra de Augusto César Leite de Carvalho:

As pessoas trabalhadoras estão sujeitas às mais variadas formas de violações de Direitos Humanos: jornadas exaustivas em condições precárias e inseguras, tratamento degradante, salários injustos, carência de seguridade social, discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual são alguns exemplos. Por isso, a ideia do trabalho como direito humano implica, necessariamente, a garantia de uma série de direitos humanos no trabalho: não basta apenas garantir acesso ao trabalho, é necessário que se tenha acesso ao trabalho com direitos. Essa ideia é sintetizada na noção de trabalho decente [...] (CARVALHO, 2018, p. 426).

É de todo oportuno ressaltar o princípio da dignidade da pessoa humana,
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.4, n.4, jan./jun., 2018.

previsto no art. 1º, III, da CF/88 como fundamento da República Federativa do Brasil, cujos objetivos, dentre outros, é o de constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Ao passo em que o art. 170 da Constituição apenas consente a ordem econômica que, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Considerações finais

O novo contrato de trabalho intermitente, conforme se pode perceber, inscreve-se entre as mais disruptivas inovações da denominada reforma trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas das proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo direito do trabalho.

Pacto formalístico, necessariamente celebrado por escrito, afasta ou restringe as garantias que a ordem jurídica confere à jornada de trabalho e, do mesmo modo, ao salário, colocando o trabalhador em situação de profunda insegurança quer quanto a efetiva duração do trabalho, quer quanto a sua efetiva remuneração.

Ademais, por meio de rigorosa correlação que fixa entre estrito trabalho prestado e o estrito salário devido, não só viabiliza eliminar (ou restringir) diversas parcelas e garantias inerentes à contratação empregatícia padrão, tais como, por exemplo, tempo a disposição, intervalos intra e inter jornada, descansos semanais remunerados, descansos em feriados. A par disso, instiga o empregador a não preencher com o seu empregado intermitente, a duração padrão diária, semanal e mensal do contrato (oito horas ao dia, quarenta e quatro horas na semana, 220 horas no mês – neste caso já considerados os descansos semanais remunerados), tornando, com essa estratégia, sobremodo desvalorizado o trabalho humano.

Referências

BEVILACQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estado Unidos do Brasil Comentado**. V. I, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949, p. 399.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho – CLT -, **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm . Acesso em 9 de fevereiro de 2019

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

_____. **Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm . Acesso em 9 de fevereiro de 2019.

_____. **Portaria 349 do Ministério do Trabalho.** Disponível em:

<http://www.trabalho.gov.br/> . Acesso em 9 de fevereiro de 2019.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho – Curso e Discurso.** São Paulo: LTr, 2018.

DIEESI. **A reforma trabalhista e os impactos para relações de trabalho no Brasil.** São Paulo, maio de 2017. Disponível em:

<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec178reformaTrabalhista.html>. Acesso em 9 de fevereiro de 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2018.

GOMES, Orlando *et al.* **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 183-184.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.113.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA LEI DAS ESTATAIS (LEI 13.303/2016).

Welder Rodrigues Lima

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios no Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); especialista em Gestão Orçamentária e Financeira no Setor Público pelo Centro Universitário UDF; especialista em Direito Processual pela Faculdade Unyleya; graduado em Economia e Direito pelo Centro Universitário UDF.

172

Resumo

Trata-se o presente de um estudo acerca do princípio do contraditório e ampla defesa no âmbito das sanções administrativas a que alude a Lei 13.303/16, conhecida como Lei das Estatais (LE). Inicialmente aponta-se que a LE inaugurou novo regime de contratação às empresas estatais, passando a adotar preponderantemente o regime do direito privado, diferentemente do que ocorria sob a égide da Lei 8.666/93, na qual preponderava o regime do direito público. Estabeleceu-se, assim, condição de igualdade na relação contratual entre administração e fornecedor, eliminando prerrogativas da administração pública que vigiam sob a Lei 8.666/93, a exemplo da rescisão unilateral que não foi recepcionada pela Lei 13.303/16. Após a exposição dos conceitos, passa-se a discutir o princípio do contraditório e ampla defesa, destacando-se que as empresas estatais não se desincumbiram totalmente da observância do regime do direito público mesmo com o advento da LE, vez que permanecem na lei figuras típicas do direito administrativo, tal qual a licitação e a sanção administrativa. Nesse passo, conclui-se que o princípio do contraditório e ampla defesa deve ser observado quando da pretensão punitiva, de modo que a LE pecou em não prever a possibilidade de interposição recursal, que é parte indissociável do direito constitucional à ampla defesa, devendo desse modo, os regulamentos internos das estatais subsidiariamente valerem-se da legislação correlata ao tema, como a Lei 9.784/99, inclusive em se tratando de empresa estadual ou municipal, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Palavras-chave: direito público; direito privado; contraditório; ampla defesa; lei das estatais.

Abstract

It is the present of a study about the principle of contradictory and ample defense in the scope of the administrative sanctions referred to in Law 13303/16, known as the Law of State (LE). Initially, it is pointed out that the LE inaugurated a new contracting regime for state-owned companies, adopting predominantly the private law regime, differently from what happened under the aegis of Law 8666/93, which prevailed under the public law regime. This established a condition of equality in the contractual relationship between management and supplier, eliminating the prerogatives of the public administration that are supervised under the aegis of Law 8666/93, like the unilateral termination that was not approved by Law 13303/16. After exposing the initial concepts important for a better understanding of the subject, the principle of contradictory and ample defense is discussed, noting that state-owned companies did not fully disregard the observance of the public law regime even with the advent of LE, instead of the typical law of administrative law, such as the bidding and

administrative sanction. In this step, it is concluded that the principle of adversary and ample defense must be observed when punitive pretension, so that the LE has not provided for the possibility of appeal, which is an inseparable part of the constitutional right to the broad defense. In this way, the internal regulations of the state-owned companies subsidiarily rely on legislation related to the subject, such as Law 9.784 / 99, including in the case of a state or municipal company, as decided by the Superior Court of Justice (STJ).

Key-words: public law; private law; contradictory; ample defense; state law.

Introdução

A Lei 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais (LE), veio a atender ao disposto no Parágrafo 1º do Artigo 173 da Constituição Federal (CF), estabelecendo o estatuto jurídico da empresa pública e sociedades de economia mista. Dentre outros aspectos, a Lei das Estatais dispõe sobre licitações e contratos, inclusive sanções administrativas a fornecedores. Anteriormente à vigência da Lei 13.303/16 as empresas públicas e sociedades de economia mista se submetiam as normas entabuladas na Lei 8.666/93, que igualmente dispunha sobre licitações, contratos e inclusive sanções administrativas aos fornecedores faltosos.

No tocante às sanções administrativas, a Lei 8.666/93 prevê um rito que abarca o princípio do contraditório e ampla defesa, ao passo que a Lei 13.303/2016 traz um texto bastante limitado quanto ao rito atribuído às sanções administrativas, deixando a cargo dos respectivos regulamentos internos das empresas públicas e sociedades de economia mista instituir regramento específico respeitando-se, contudo, os princípios observáveis à administração pública, conforme dicção do inciso II, Artigo 173 da Constituição Federal (CF), vejamos:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Nesse passo, o presente trabalho propõe-se a investigar se a Lei das Estatais previu em seu bojo rito suficientemente capaz de preservar o princípio do contraditório e ampla defesa, no tocante à aplicação de penalidade administrativa em face de irregularidades praticadas por fornecedores contratados no âmbito da aludida lei.

2 Conceitos iniciais

Para o desenvolvimento do tema proposto faz-se necessário a explicitação de alguns conceitos iniciais, a saber: “direito público”, “direito privado” e “direito administrativo”. Em seguida, discorre-se acerca do regime de contratos na Lei das Estatais e após, se adentrará no tema sanções à fornecedores e a possibilidade de interposição recursal no rito da LE.

2.1 Direito público

Conforme leciona Marcelo Alexandrino (2010), o direito público disciplina as relações entre a sociedade e o Estado, e as relações das entidades estatais entre si. No âmbito do direito público os interesses coletivos (interesse público) prevalecem sobre os interesses individuais (privados). Nas palavras do supracitado autor:

Assim, quando o Estado atua na defesa do interesse público, goza de certas prerrogativas que o situam em posição jurídica de superioridade ante o particular, evidentemente, em conformidade com a lei, e respeitadas as garantias individuais consagradas pelo ordenamento jurídico (ALEXANDRINO, 2010, p. 1).

Desse modo, no âmbito do direito público, o Estado estará em posição diferenciada em relação ao particular, gozando de certas prerrogativas que se justificam pelo fato de os interesses sob os quais o Estado milita, o interesse público, restarem em primazia sob os interesses privados (princípio da supremacia do interesse público).

2.2 Direito privado

Já o direito privado tem por objeto regular as relações jurídicas entre particulares, sendo o direito civil (código civil) exemplo de integrante do direito privado. Nas relações

abarcadas pelo direito privado há igualdade de prerrogativas e tratamento entre as partes, ainda que o Estado seja uma das partes. Por outro lado, em quaisquer situações onde se observe a possibilidade de reflexos nos interesses coletivos, as normas de direito público deverão ser aplicadas. Desse modo, ainda que predominantemente exista relação de direito privado, sempre que interesses coletivos estiverem em voga, serão empregadas as normas de direito público subsidiariamente.

2.3 Direito Administrativo

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o direito administrativo pode ser compreendido como:

O ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública (DI PIETRO *apud* ALEXANDRINO, 2010, p. 3).

O direito administrativo é considerado um ramo do direito público, contudo, não se restringe às relações jurídicas regidas pelo direito público, pois mesmo nos casos em que a administração participa de relação jurídica no âmbito do direito privado, deverá ser obediente aos princípios observáveis a toda Administração Pública, princípios estes concernentes ao ramo do direito administrativo, tais quais, probidade, publicidade, interesse público, etc.

3 Regime de contratos na Lei 13.303/2016

A Lei das Estatais inaugura um novo regime de contratação, distinto do adotado na Lei 8.666, este adota preceitos de direito público e supletivamente as disposições de direito privado, enquanto que a Lei 13.303/2016 adota os preceitos do direito privado como regra, vejamos:

Lei 8.666/93: Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos

contratos e as disposições de direito privado.

Lei 13.303/16: Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.

Desse modo, a nova legislação proporciona a bilateralidade nas relações contratuais, tipicamente o que ocorre nas relações privadas, em detrimento da sistemática verificada no âmbito da Lei 8.666/93, na qual a administração gozava de prerrogativas que a colocava em condição de vantagem em relação ao contratado. Como exemplo, temos a não mais possibilidade de modificações contratuais unilaterais, como os acréscimos e supressões os quais obrigava o contratado a aceitar, caso fosse essa a vontade da administração, desde que respeitados os percentuais estipulados na Lei 8.666/93. Também não é mais possível a rescisão unilateral do contrato, que figurava como uma das formas de rescisão contratual na Lei 8.666/93, prerrogativa conferida pelo regime jurídico de direito público adotado pela legislação de 1993, vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei (BRASIL, Lei 8.666/1993).

Assim, formas de rescisão contratual e as hipóteses sancionatórias deverão estar expressamente consignadas no contrato, assim como quaisquer modificações contratual deverão passar pelo crivo do consenso entre ambas as partes da relação contratual.

Em que pese a prevalência das normas de direito privado, ainda assim há incidência do direito público nas relações contratuais entre as empresas públicas, sociedades de economia mista e contratados.

Isso porque a própria Lei 13.303/2016 dispõe de normas de direito administrativo (ramo do direito público), tais como procedimentos licitatórios e sanções administrativas. Nesses, casos, evidentemente, deverão incidir as normas de direito público relativas a tais matérias, extraídas da própria Lei 13.303/2016 e dos regulamentos internos a que alude o artigo 40 da Lei das Estatais, vejamos:

Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

- I - glossário de expressões técnicas;
- II - cadastro de fornecedores;
- III - minutas-padrão de editais e contratos;
- IV - procedimentos de licitação e contratação direta;
- V - tramitação de recursos;
- VI - formalização de contratos;
- VII - gestão e fiscalização de contratos;
- VIII - aplicação de penalidades;
- IX - recebimento do objeto do contrato. (BRASIL, Lei 8.666/1993).

Observe-se que a LE remete ao regulamento interno das estatais as regras de licitações, contratos e sanções, que deverão se compatibilizar com as disposições da LE.

Apesar de não expresso na LE, é importante ressaltar que os regulamentos internos não se desincumbem de também se compatibilizar com as normas de direito público nas matérias em que a LE não for suficiente para regular as hipóteses que envolvam o direito público, valendo-se da legislação esparsa e dos princípios tangíveis a Administração Pública.

4. Sanções e fornecedores

A possibilidade de cominação de penalidades em decorrência de irregularidades na execução do contato constitui-se ato administrativo vinculado, não gozando a administração de discricionariedade diante da materialidade de um ilícito administrativo objetivamente mensurável, ou seja, na ocorrência de uma situação prevista no contrato como passível de sanção, deverá a administração iniciar o processo administrativo para apurar a ocorrência e, se for o caso, aplicar a penalidade administrativa cabível.

Do ponto de vista das sanções administrativas, a Lei das Estatais revela algumas alterações em relação ao normativo legal vigente anteriormente (Lei 8.666/93).

A primeira delas é a retirada do rol de sanções a declaração de inidoneidade, permanecendo as sanções de advertência, multa e suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, senão vejamos o seguinte trecho da Lei 13.303/16:

Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

- I - advertência;
- II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos. (BRASIL, Lei 8.666/1993).

Além disso, o prazo para a apresentação de defesa prévia foi dilatado para 10 (dez) dias úteis, ante 05 (cinco) dias úteis previstos na Lei 8.666/93.

Entretanto, deixou a Lei 13.303/2016 de prever a possibilidade de interposição de recurso. Diante da omissão da Lei das Estatais (LE) quanto a possibilidade de apresentação de recurso administrativo, compreende-se que os respectivos regulamentos internos das empresas estatais deverão prever tal possibilidade, vez que o direito ao contraditório e a ampla defesa, que compreende a possibilidade de recurso é preceito constitucional, conforme será objeto de análise no próximo tópico.

5 Contraditório e ampla defesa – possibilidade de recurso

Pelo princípio do contraditório compreende-se a possibilidade de o administrado contradizer o que lhe está sendo atribuído, dando-lhe ciência, pela administração, do que está sendo acusado, bem como a oportunidade de manifestação. O princípio da ampla defesa visa assegurar todas as formas de manifestação do interessado, possibilitando juntar provas, fazer requerimentos, bem como apresentar recurso contra as decisões da administração. É, portanto, uma consequência do princípio do contraditório. Os princípios do contraditório e ampla defesa tem previsão constitucional, figurando no rol dos direitos e garantias fundamentais. Assim exarou a Constituição Federal de 1988:

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

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, CF/1988).

Nesse passo, temos que a possibilidade de recurso decorre da expressa previsão constitucional como parte integrante do princípio do contraditório e ampla defesa. Nas lições de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari:

Somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando e onde possa o administrado participar do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva. Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão o postular junto à Administração, com as mesmas garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional – particularmente, as certezas do contraditório, da prova, do recurso e da publicidade (FERRAZ; DALLARI, 2010, p.21).

Segundo pensamento de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 602) sob a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos, tanto em tema de punições disciplinares como de restrição de direitos em geral. José dos Santos Carvalho Filho ao reportar-se ao inciso LV, artigo 5º da Constituição Federal (CF), reproduzido anteriormente, assim se manifesta sobre o recurso administrativo:

O texto deixa claro que o princípio da ampla defesa não estará completo se não se garantir ao interessado o direito de interposição de recursos. Com efeito, hipóteses de arbitrariedades e condutas abusivas por parte de maus administradores devem ser corrigidas pelos agentes superiores, e para que o interessado leve sua pretensão a estes certamente se socorrerá do instituto recursal. Cercear o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao próprio direito de defesa. (CARVALHO FILHO, 2009, p.905).

Destarte, a possibilidade de interposição de recurso é parte integrante do direito à ampla defesa, sem o qual não restará completo caso cerceada a oportunidade da interposição recursal, seja em âmbito judicial ou administrativo.

Em face disso, verifica-se que pecou a Lei 13.303/2016 em deixar de prever a possibilidade recursal, ao passo que os regulamentos internos das empresas estatais deverão preencher tal lacuna, observando a legislação subsidiária, uma vez que, conforme o exposto, a vedação do direito à interposição de recurso poderá ensejar a judicialização do processo e a conseqüente anulação dos atos administrativos pela inobservância ao princípio da ampla defesa.

6 Aplicabilidade da Lei 9.784/99 às empresas estatais

Considerando que resta pacífico a inaplicabilidade da Lei 8.666/93 às empresas estatais, após o advento da Lei 13.303 (à exceção das cláusulas penais, conforme prescreveu

o artigo 41 da LE, bem como critério de desempate em licitações, artigo 55, inciso III também da LE), temos que a Lei 9.784 parece ser a mais adequada para suprir as lacunas deixadas pela *novel* legislação no tocante ao direito do contraditório e ampla defesa, prerrogativas constitucionais a serem resguardadas.

A Lei 9.784/99 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, conforme dicção do artigo 1º: Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Entretantes, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caso de ausência de legislação específica no âmbito dos estados membros, a Lei 9.784/99 também poderá ser empregada, nesse sentido, pertinente citar o seguinte jugado do STJ:

(...)

10. A Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, se ausente lei própria regulando o processo administrativo no âmbito local. Precedentes do STJ. 11. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 1.148.460/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 28.10.2010)

Registre-se que mesmo com o advento da Lei 13.303/2016, o processo administrativo sancionatório a fornecedores não teve o seu regramento completamente elucidado, cabendo aos regulamentos internos das empresas estatais. Para tanto, devem adotar como parâmetro os aspectos mínimos presentes nas legislações que regem a matéria, no caso dos estados e municípios as leis estaduais, na ausência desta, a Lei 9.784/99, a qual, sem a menor dúvida, também deve ser observada pelas empresas estatais federais, por disposição legal expressa.

Conclusão

O Estatuto da Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista, conhecido como Lei das Estatais (Lei 13.303/2016), modificou o regime de contratações que vigorava até seu advento, qual seja, o regime de direito público que imperava sob a égide da Lei 8.666/93, passando a prevalecer o regime do direito privado. Em fase disso, administração e fornecedor passam a estar em condição de igualdade na relação contratual, não gozando mais a administração de prerrogativas que lhe asseguravam a Lei 8.666/93, tal qual a imposição de

expansão ou redução contratual de até 25%, ou ainda a possibilidade de rescisão unilateral. Assim, toda e qualquer alteração contratual passa a exigir o consenso de ambas as partes, ao passo que a rescisão unilateral deixa de existir sob a égide da Lei 13.303/2016.

Ainda sob o regime do direito privado, a administração não se desincumbiu de observar o regime do direito público, eis que a própria Lei 13.303/2016 traz em seu bojo institutos do direito administrativo, tais como licitações e sanções administrativas a fornecedores. Sob tais aspectos, deverá a administração guiar-se pelas normas do direito público e, naturalmente, os princípios basilares que regem a administração pública.

No tocante às sanções a fornecedores, a Lei 13.303/2016 pecou ao deixar de prever a possibilidade de interposição de recurso, o que fere o princípio do contraditório e ampla defesa. Nesse passo, os regulamentos internos das estatais deverão socorrer-se das legislações correlatas ao tema para que seus regulamentos prevejam os ritos e prazos mínimos para a interposição recursal.

No caso das empresas estatais federais, a Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo da administração direta e indireta federal, deverá ser observada. Já em âmbitos dos estados e municípios, suas respectivas legislações pertinentes ao tema deverão ser parâmetro para os regulamentos internos das estatais estaduais e municipais. Na ausência de uma legislação própria, estados e municípios poderão valer-se da Lei 9.784/99, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 17 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em 17 de junho de 2018.

_____. **Lei 13.303 de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em 17 de junho de 2018.

_____. **Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19784.htm. Acesso em 17 de junho de 2018.

_____. STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO: **Ag. 1.384.939 - SP (2011/0009128-9)**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ 25/03/2011. Jusbrasil, 2011. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18498626/ag-1384939>. Acesso em: 15 jun. 2018.

182

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 905.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros.

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