

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 354.

(ano VII)

(27/05 /2015)

ISSN - 1984-0454



Conteúdo
Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



27/05/2015 KİYOSHI HARADA » [Desoneração da folha. Alternativas para aliviar o impacto da elevação de alíquotas](#)

ARTIGOS

27/05/2015 **Douglas Pereira da Silva** » [CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA ESCOLAR: REPRODUÇÃO DA REALIDADE TERRITORIAL](#)

27/05/2015 **Aldem Johnston Barbosa Araújo** » [DA IMPOSSIBILIDADE DO CANCELAMENTO DE PRECATÓRIOS APÓS O QUINQUÍDIO DECADENCIAL DE 5 ANOS À LUZ DAS NORMAS GERAIS SOBRE INVALIDAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS](#)

27/05/2015 **Tauã Lima Verdan Rangel** » [BREVES PONDERAÇÕES À RESOLUÇÃO DE SÃO DOMINGOS DE 1974](#)

27/05/2015 **Valquiria Rocha Batista** » [SEGURO DESEMPREGO - MUDANÇAS NA LEI](#)

27/05/2015 **Allan de Alcântara** » [NULIDADE DOS VOTOS: A QUESTÃO DA NULIDADE, ANULABILIDADE E O APROVEITAMENTO](#)

27/05/2015 **Enzo de Miranda Ramos** » [Fatos jurídicos e sua eficácia](#)

MONOGRAFIAS

27/05/2015 **Magda Nascimento de Alcântara Benites** » [A responsabilidade penal do tomador de serviços na terceirização \(i\)lícita de trabalho em condição análoga à de escravo](#)

DESONERAÇÃO DA FOLHA. ALTERNATIVAS PARA ALIVIAR O IMPACTO DA ELEVAÇÃO DE ALÍQUOTAS

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site: www.haradaadvogados.com.br

Com a devolução da MP nº 669/15 que versava sobre a substituição da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de remuneração pela contribuição incidente sobre a receita bruta, o Planalto que havia anunciado que iria enviar imediatamente um projeto de lei no mesmo sentido em regime de urgência, resolveu adotar uma medida mais cautelosa. Está aguardando o término da discussão da matéria no âmbito da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara Federal.

Estivemos na audiência pública na referida Comissão no dia 18 de março passado e notamos que a maior resistência do setor empresarial reside no aumento de alíquotas de 1% para 2,5% e de 2% para 4,5% que representa, de fato, uma elevação de mais de 10%.

No texto anterior manifestei meu ponto de vista de que esse aumento tem por objetivo atender a necessidade de não provocar o desequilíbrio das contas públicas adotando-se uma das medidas previstas no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (compensação com aumento de outro tributo). E mais, considerando que agora a opção pelo novo regime substitutivo ficou expressa o contribuinte poderia fazer um planejamento tributário legítimo e lícito permanecendo, se for o caso, no regime original.

Mas, durante os debates ficou claro que muitas empresas haviam aumentado o quadro de empregados e expandido a infraestrutura material com vistas ao aumento de produtividade e que, agora, sentiam-se inconformados com a brusca alteração pretendida: quanto mais produzir, maior será a carga tributária; se optar pela permanência no regime antigo, a situação se agravará em relação ao que vinha contribuindo antes do aumento de empregados.

A exemplo do que ocorre no setor da construção civil, onde se respeitou o término das obras contratadas e em execução deveria postergar por um período a vigência das alíquotas majoradas para as empresas que planejaram o aumento de produtividade mediante expansão do seu quadro de empregados, ou, promover uma elevação gradual das alíquotas ao longo do tempo, permitindo que o empresariado compense os investimentos realizados em função do regime substitutivo que nos termos originais era bastante compensador.

Outra alteração que se deve fazer no novo texto legislativo é a de alterar o regime de substituição por setores da atividade econômica, como manda o texto constitucional e nunca por produtos e serviços identificados pelos códigos de atividades, como vem ocorrendo, conferindo caráter regulatório a um tributo de natureza estritamente arrecadatário. A ordenação das atividades econômicas deve ser buscada por instrumentos creditícios e por medidas administrativas e não por instrumentos tributários, pois tributos devem manter a neutralidade fiscal, sob pena de transformar a legislação tributária complexa, dúbia e de difícil operacionalização.

Se não houver essa mudança de critério, obedecendo ao princípio da hierarquia vertical das leis, os artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/11 continuarão sendo periodicamente alterados por MPs ao sabor dos interesses do momento. Só para exemplificar, alguém poderá inventar um produto sofisticado, inédito e personalizado para ser incluído no regime da substituição tributária, como aquele previsto no código da TIPI nº 41.6 pertinente a “Couros e peles, depilados, de outros animais e *pelos de animais desprovidos de pelos*, curtidos ou *crust*, mesmo divididos, mas não preparados de outro modo”. Fico a imaginar um animal sem pelos, além do conhecido jacaré.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA ESCOLAR: REPRODUÇÃO DA REALIDADE TERRITORIAL

DOUGLAS PEREIRA DA SILVA: Graduação em Curso de Formação de Oficiais pela Academia Policial Militar do Guatupê (1994), graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2009), com aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, possui também graduação em Administração pela Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana (1998) e mestrando em políticas públicas pela Universidade Estadual de Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase no Direito Administrativo Militar e Polícia Judiciária Militar. Tem experiência no setor público, principalmente em gestão de pessoas e projetos.

“A violência, seja qual for a maneira como ela se manifesta, é sempre uma derrota”

Jean-Paul Sartre

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A violência não possui única causa. Suas origens são complexas e, por isso, vários fatores podem interferir no surgimento/aumento dela, como a desagregação familiar, o processo educacional e de aprendizagem, a personalidade da pessoa, a exclusão social, a exclusão territorial, a ineficiência do aparato estatal em seu combate, sistema penal inadequado, que não cumpre sua função, entre tantas outras causas.

A violência escolar é um subproduto da violência ocorrida no território, com as características próprias do ambiente escolar. A

violência é um fenômeno mundial e seu crescimento tem preocupado estudiosos de diversas áreas do conhecimento, em várias partes do mundo.

No Brasil não é diferente. Principalmente nos últimos trinta anos muito tem discutido sobre o assunto. De fato o fim do regime militar (1964-1985) e a promulgação de nova carta Constitucional em 1988 indicaram a necessidade de mudanças no combate à violência.

O velho modelo tradicional de polícia fundada nas operações policiais a fim de combater as classes “perigosas” mostrou ineficaz frente aos novos ares democráticos. Depois do desfecho lamentável do massacre do Carandiru (1992) ou do massacre de Eldorado dos Carajás (1996), a própria atuação do Estado no combate à violência começou a ser intensamente questionada.

A violência muito cresceu no Brasil no período. Uma análise do sistema penitenciário brasileiro e da evolução de sua população carcerária no período de 1990-2010 comprova o cenário caótico.

A população carcerária cresceu 450% entre (1990 - 2010), enquanto a população nacional cresceu apenas 26,7% no mesmo período (Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes - IPC-LFG, 2011, p. 6). Apenas no período de 2002-2003 ocorreu notável explosão carcerária de 239.345, em 2002 para 308.304, em 2003.

A violência escolar reflete a realidade da violência urbana, pois também é um espaço social sujeito a interação de diversos atores que atuam nesse “território”, assim, “Por se caracterizar como um fenômeno social, parece inevitável que a violência atinja o espaço escolar e se

expresse no cotidiano por meio de atitudes de intolerância e individualismo, entre as mais diversas formas” (IBGE, 2009, p. 40). O medo da violência no ambiente escolar ou no trajeto casa para escola e vice versa é uma realidade no Brasil.

Em pesquisa realizada tendo como público alvo os alunos do 9º ano do ensino fundamental (antiga 8ª série) de escolas públicas e privadas das capitais dos estados brasileiros e Distrito Federal (780 escola) mostrou a realidade brasileira: “Os resultados mostraram que a proporção de escolares que deixaram de ir à escola, nos últimos 30 dias anteriores à pesquisa por não se sentirem seguros no caminho de casa para a escola ou da escola para casa foi de 6,4%, no total das capitais e no Distrito Federal” (IBGE, 2009, p. 40).

Na mesma pesquisa “A proporção de escolares que deixaram de ir à escola porque não se sentiam seguros na escola, para o total da pesquisa, alcançou 5,5%, tendo variado de 3,4%, em Porto Velho, a 7,3%, em Macapá (IBGE, 2009, p. 40). Os dados da Pesquisa revelaram também que 12,9% dos escolares informaram ter tido envolvimento em alguma briga, nos últimos 30 dias, na qual alguém foi agredido fisicamente (IBGE, 2009, p. 41).

O Objetivo desse trabalho é relacionar conceitos atinentes à violência e território: primeiro, num enfoque mais amplo (cidade); depois num enfoque mais restrito (escolas). Acredita-se que a violência ocorrida no “território” escolar é um subconjunto da violência ocorrida no “território” urbano (método dedutivo). O estudo abordará conceitos como segregação social, violência, exclusão territorial, entre outros.

2. NOÇÕES ELEMENTARES DE VIOLÊNCIA, VIOLÊNCIA ESCOLAR E CONTROLE SOCIAL

“Uma das coisas importantes da não violência é que não busca destruir a pessoa, mas transformá-la”.

Martin Luther King

2.1 VIOLÊNCIA

Diversas são as definições para o conceito de violência. Isso porque seu estudo está presente em diversas áreas do conhecimento humano. Por isso é certo que ainda não há um consenso entre as várias áreas das ciências que estudam o conceito, por se tratar de um conceito subjetivo e por estar relacionado à história e cultura das mais diversas nações.

Intuitivamente quando se utiliza a palavra violência, a primeira noção que surge é o da violência física, que é a forma mais comum. No entanto a violência se manifesta de outras formas, como a violência não-física, conforme se destacará nesse tópico.

Importante destacar que não é tarefa simples conceituar violência devido às múltiplas faces que assumem o conceito, conforme esclarece Abramovay et. al. (2002, p. 12):

Conceitos de violências têm sido propostos para falar de muitas práticas, hábitos e disciplinas, de tal modo que todo comportamento social poderia ser

visto como violento, inclusive o baseado nas práticas educativas, tais como na idéia de violência simbólica proposta por Pierre Bourdieu (2001). Para esse autor, a violência simbólica se realiza sem que seja percebida como violência, inclusive por quem é por ela vitimizada, pois se insere em tramas de relações de poder naturalizadas.

Paiva e Ramos (2007, p. 153-154) embora compreendam que a violência possa resultar de atos diferentes da agressão física (se apóiam nesse aspecto no conceito dado pela Organização Mundial de Saúde – OMS), ponderam que para fins de delimitação analítica, o termo violência está vinculado às ofensas físicas, de forma real ou potencial, conforme destacado:

Violência: o uso ou ameaça de uso da força física; atitudes (mesmo não-intencionais) do indivíduo que causem ou ameacem causar danos físicos a si próprio ou a terceiros. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define violência como “uso de força física ou poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande probabilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação”.

Segundo essa definição, muitos atos podem ser considerados “violentos”, mesmo que não envolvam força física – por exemplo: descaso, abandono, discriminação, ofensa moral ou tortura psicológica. Mas, para fins de delimitação analítica, quase sempre se restringe o termo “violência” a situações em que a coação física está presente de forma real ou potencial.

Nota-se, portanto, que as autoras dão grande destaque às violências físicas. O destaque dado à agressão física é questionado por inúmeros autores, que defendem que devem ser consideradas outras formas de relações violentas.

Por isso, Minayo e Souza (1998) defendem que a “violência consiste em ações humanas de indivíduos, grupos, classes, nações que ocasionam a morte de outros seres humanos ou que afetam sua integridade física, moral, mental ou espiritual”.

A violência, também é entendida como ameaça à nossa integridade física e moral, quer por outros homens, quer pela sociedade, e a perda de direitos sob todas as formas (BUORO; et. al.1999).

Embora Buoro, conforme destacado acima compreenda violência como a perda de direitos sob todas as formas, apresentando um conceito amplo de violência, já se pode delinear os contornos do conceito de violência de interesse ao presente estudo. Ou seja, pode-se caracterizar violência como ação humana isolada, ou em grupo, que

afeta à integridade física ou moral de outras pessoas. Dessa forma Abramovay (2002, p. 22) esclarece que a violência:

[...] tem sido concebida como um fenômeno multifacetado, que não somente atinge a integridade física, mas também as integridades psíquicas, emocionais e simbólicas de indivíduos ou grupos nas diversas esferas sociais, seja no espaço público, seja no espaço privado.

Em sintonia com os conceitos de Buoro et. al. (1999); Minayo e Souza (1998); e abramovay (2002) já expostos, Michaud (1989, p. 10-11) caracteriza a existência da violência quando: “numa situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, acusando danos a uma ou várias pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, seja em sua integridade moral, em suas posses, ou em suas participações simbólicas e culturais”.

O próprio Michaud (1989, p. 14) complementa que:

É preciso estar pronto para admitir que não há discurso nem saber universal sobre violência: cada sociedade está às voltas com sua própria violência segundo seus próprios critérios e trata seus próprios problemas com maior ou menor êxito. Às grandes questões filosóficas e às grandes respostas se substituíram e se substituem, cada vez mais, pelas ações através das quais as sociedades se administram.

Já para Zaluar (1999, p. 8) é fundamental na caracterização do ato como violento a percepção do limite cultural e histórico imposto pela própria sociedade, detalhando que:

[...] violência vem do latim *violentia* que remete a *vis* (força, vigor, emprego de força física ou os recursos do corpo para exercer sua força vital). Essa força torna-se violenta quando ultrapassa o limite ou perturba acordos tácitos e regras que ordenam relações, adquirindo carga negativa ou maléfica. É, portanto, a percepção do limite e da perturbação (e do sofrimento que provoca) que vai caracterizar o ato como violento, percepção essa que varia cultural e historicamente.

Logo, observe-se que a autora introduz um novo elemento no conceito de violência: o grau de percepção e do limite da perturbação, de acordo com os padrões sociais exigidos. Isso por certo varia de acordo com a cultura e o momento histórico.

Nesse sentido Abramovay (2005, p. 54) complementa que o conceito de violência é relativo, histórico e mutável, pois “enquanto categoria nomeia práticas que se inscrevem entre as diferentes formas de sociabilidade em um dado contexto sócio-cultural e, por isso, está sujeita a deslocamentos de sentidos”.

Tavares dos Santos (2001, p. 107) acrescenta que: “A violência seria a relação social de excesso de poder que impede o reconhecimento

do outro - pessoa, classe, gênero ou raça - mediante o uso da força ou da coerção, provocando algum tipo de dano [....]”.

Tavares dos Santos (2001), assim como Abramovay (2005) e Michaud (1989) conclui que a violência, portanto, é definida como um fenômeno histórico e cultural. Observa-se, portanto, a complexidade do termo violência. Em síntese, abrange o termo as agressões físicas e não-físicas, que causam qualquer dano a pessoa.

2.2. VIOLÊNCIA ESCOLAR

A violência escolar assim como a violência ocorrida em outros ambientes é multifacetária e difícil análise e investigação. O Conceito de violência conforme discorrido abrange tanto as agressões físicas, como as não-físicas, que causam qualquer dano a pessoa.

A violência ocorrida no âmbito escolar é estudada sobre o mesmo enfoque da violência em geral (método dedutivo), mas, levando em consideração as nuances do ambiente escolar.

Um importante aspecto jamais deve ser desprezado no ambiente escolar, no combate a todas as formas de violência: o diálogo. Charlot (2002, p.12) esclarece que: “o problema não é fazer desaparecer da escola a agressividade e o conflito, mas regulá-los pela palavra e não pela violência - ficando bem entendido que a violência será bem mais provável, na medida em que a palavra se tornar impossível”.

Nesse sentido também Sposito (1998, p. 60) indica à existência da quebra do diálogo pelo uso da força e conclui que: “violência é todo ato que implica ruptura de um nexos social pelo uso da força. Nega-se, assim, a possibilidade da relação social que se

instala pela comunicação, pelo uso da palavra, pelo diálogo e pelo conflito”.

Essas considerações iniciais são necessárias, a fim de aprofundar na literatura existente sobre o assunto. Quanto às formas de violência escolar Charlot (1997) apud Abramovay e Rua (2002, p. 66), classifica a violência escolar em três níveis:

a. Violência: golpes, ferimentos, violência sexual, roubos, crimes, vandalismos;

b. Incivildades: humilhações, palavras grosseiras, falta de respeito;

c. Violência simbólica ou institucional: compreendida como a falta de sentido de permanecer na escola por tantos anos; o ensino como um desprazer, que obriga o jovem a aprender matérias e conteúdos alheios aos seus interesses; as imposições de uma sociedade que não sabe acolher os seus jovens no mercado de trabalho; a violência das relações de poder entre professores e alunos. Também o é a negação da identidade e da satisfação profissional aos professores, a obrigação de suportar o absenteísmo e a indiferença dos alunos.

Abramovay (2009, p. 23) aponta que as violências se entrelaçam e mudam de significado de acordo com o processo social. Ela também classifica a violência em três espécies: a violência “dura” que se refere a

atos e episódios que podem resultar em danos irreparáveis nas pessoas e por isso exige a intervenção estatal (ABRAMOVAY et. al., 2009, p.23); num segundo plano ocorrem as incivildades que não aparecem como problema de polícia, que são as pequenas desordens poucos graves, como ameaças leves, algazarras e barulhos (ABRAMOVAY et. al., 2009, p.24) e por fim a violência simbólica, que é uma forma de dominação que se apóiam em experiências coletivas que produzem a necessidade de obedecer às normas, regras e hierarquias sociais sem contestação (ABRAMOVAY et. al., 2009, p.25). As violências simbólicas operam-se por símbolos de poder legitimados, sem necessariamente utilizar a força para conseguir a dominação.

No Brasil sempre que se fala em violência grave no âmbito escolar ou violência “dura” lembra-se no massacre de realengo ocorrido em 7 de abril de 2011, na Escola Municipal Tasso da Silveira, localizada no bairro de Realengo, na cidade do Rio de Janeiro, quando uma pessoa invadiu a escola armado e atirou e matou vários adolescentes. Outras formas de violência “dura” podem ser especificadas como crime pela legislação penal com lesões corporais, ameaças graves, injúrias, racismo, tráfico de drogas etc.

Já as incivildades podem ser classificadas como os atos de insultos menos graves como desrespeito com professores e educadores, badernas, sujeiras em espaços públicos.

Por fim as violências simbólicas seriam mais uma violência da instituição escola contra os alunos, através de seus sistemas de controle legitimados. O conceito de violência simbólica é inserido na escola a fim

de desvendar os mecanismos que se apóiam na autoridade “legitimada” e “naturalizada” da cultura escolar, caracterizados como métodos, programas e ações pedagógicas que não contemplam os alunos, apenas o sistema econômico, político e social (BORDIER, 2002). Já Charlot (2002, p. 434-435) classifica a violência ocorrida no ambiente escolar em três grupos: violência **na** escola, violência **da** escola e a violência **à** escola. Assim define o autor:

A violência **na** escola é aquela que se produz dentro do espaço escolar, sem estar ligado à natureza e às atividades da instituição escolar: quando um bando entra na escola para acertar contas das disputas que são do bairro, a escola é apenas o lugar da violência que teria podido ocorrer em qualquer outro local [...]. A violência **à** escola está ligada à natureza e às atividades da instituição escolar: quando os alunos provocam incêndios, batem nos professores ou os insultam, eles se entregam a violências que visam diretamente à instituição e aqueles que a representam. Essa violência contra à escola deve ser analisada junto com a violência **da** escola: uma violência institucional, simbólica, que os próprios jovens suportam através da maneira como a instituição e seus agentes os tratam [...]. Esta distinção é necessária: se a escola é largamente (mas não

totalmente) impotente à violência **na** escola, ela dispõe (ainda) de margens de ação face à violência **à** escola e **da** escola.

Charlot (2002, p. 437) apoiado em estudo dos pesquisadores franceses relata a importância da divisão das condutas irregulares existentes no ambiente escolar, em violência, transgressão e incivilidade. Para Charlot (2002, p. 437) o termo violência é empregado para ofensas à lei, como a extorsão, tráfico de drogas e insultos graves.

A transgressão seria uma violação às normas internas da escola, como o absenteísmo, não realização de trabalhos, falta de respeito etc. (CHARLOT, 2002, p. 437). Por último a incivilidade não contradiz a lei nem o regimento interno do estabelecimento, mas a regras de boa conveniência: desordens, empurrões, grosserias etc. (CHARLOT, 2002, p. 437).

Conforme esclarece o autor essa classificação permite bem delimitar as medidas corretivas, pois a violência seria caso de polícia, a transgressão seria tratada nas vias administrativas e por fim a incivilidade seria tratada no campo educativo (ob. cit., p. 437).

Observe que o papel do Estado e da polícia seria o controle da violência na sua acepção mais grave. No entanto, Peralva (2000) insiste na importância de reformas na polícia e na justiça – "ter uma polícia respeitada e respeitável" (PERALVA, 2000, p. 187). O autor defende a importância do Estado e seu poder de controle, que, no entanto, deve coexistir com as liberdades públicas:

Só o Estado é capaz de encarnar a vontade de que a lei comum seja respeitada, o que supõe que ele exerça funções de controle da transgressão e de exercício da punição. Construir um Estado que, em nome da sociedade civil, seja capaz de controlar eficazmente o funcionamento do conjunto das instituições, sem, no entanto contradizer o princípio das liberdades individuais é provavelmente um dos problemas mais importantes com que a democracia brasileira se defrontará em futuro próximo (PERALVA, 2000, p. 22)

Em linhas gerais a violência que ocorre no ambiente escolar é a mesma que ocorre fora do ambiente escolar, porque a violência é um fenômeno gerado através de processos sociais, históricos e culturais, sendo absolutamente inadequado estudá-la de forma independente da sociedade em que estiver inserida.

Na escola há diversas espécies de violência, desde aquelas que constituem infrações penais a outras, que embora não constituam infrações penais causa algum dano ao ofendido. Isso também ocorre no ambiente fora dos muros da escola.

3. TERRITÓRIO, SEGREGAÇÃO SOCIAL, EXCLUSÃO TERRITORIAL E VIOLÊNCIA

“A violência é sempre terrível, mesmo quando a causa é justa”

Friedrich Schiller

3.1. TERRITÓRIO

O termo território contempla vários enfoques e sentidos principalmente caso considere a área de estudo, como o Direito, a Geografia, a História, a Sociologia etc. Hoje, num mundo globalizado e complexo surge novos enfoques para o conceito de Território.

No campo jurídico Território é um elemento constitutivo do Estado. Conforme explica Moraes (2010, p. 3), o Estado é forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotada de soberania, que em termos gerais configura-se em um poder supremo, no plano interno e num poder independente, no plano internacional.

Os elementos constitutivos do Estado também podem ser apontados da seguinte maneira: o território como a dimensão geográfica, o povo como dimensão humana e o governo como dimensão política. O território é a base geográfica do poder do Estado e inclui, não somente a terra firme, com as águas aí compreendidas, mas também, o mar territorial, o subsolo, a plataforma continental e o espaço aéreo.

Território é caracterizado por ideia de posse, domínio e poder, correspondendo ao espaço geográfico. Território é elemento essencial à existência do Estado, pois é ele quem traça os limites em que o poder soberano do Estado é exercido. O território, no aspecto jurídico, abrange todo o espaço em que o Estado exerce sua soberania:

Tendo em vista o seu exato conceito de espaço de validade da ordem jurídica, podemos destrinchá-lo

nos elementos que o integram: a) o solo contínuo e delimitado, ocupado pela corporação política; b) o solo insular e demais regiões separadas do solo principal; c) os rios, lagos e mares interiores; d) os golfos, baías, portos e ancoradouros; e) a parte que o direito internacional atribui a cada Estado nos rios e lagos divisórios; f) o mar territorial e respectiva plataforma marítima; g) o subsolo; h) o espaço aéreo (suprassolo); i) os navios mercantes em alto mar; j) os navios de guerra onde quer que se encontrem; l) os edifícios das embaixadas e legações em países estrangeiros (MALUF, 2014, p. 33).

A concepção de Território conforme destacado acima está associado à ideia de Estado-Nação e da formação dos chamados Estados Nacionais europeus do século XIX, sendo considerado um dos elementos de constituição do Estado.

Importante destacar que outras ciências sociais como a Geografia distingue o conceito de Espaço do conceito de Território. A sociedade evolui no tempo e no espaço, que é constantemente reorganizado pelo homem; o Espaço é um conjunto de relações sociais:

O espaço deve ser considerado como uma totalidade,
a exemplo da própria sociedade que lhe dá vida
(...) o
espaço deve ser considerado como um conju

nto de funções e formas que se apresentam por processos do passado e do presente (...) o espaço se define como um conjunto de formas representativas de relações sociais do passado e do presente e por uma estrutura representada por relações sociais que se manifestam através de processos e funções (SANTOS, 1978, p. 122).

Alguns autores frisam que o Espaço surge antes do Território:

É essencial compreender bem que o espaço é anterior ao território. O território se forma a partir do espaço, é o resultado de uma ação conduzida por um ator sintagmático (ator que realiza um programa) em qualquer nível. Ao se apropriar de um espaço, concreta ou abstratamente (por exemplo, pela representação), o ator “territorializa” o espaço” [...]

O território (...) é um espaço onde se projetou um trabalho, seja energia e informação, e que, por consequência, revela relações marcadas pelo poder. O espaço é a “prisão original”, o território é a prisão que os homens constroem para si (RAFFESTIN, 1993, p. 50).

Observe que para ele (RAFESTIN, 1993) espaço (propriamente dito) é o local em que ainda não se deram relações de poder, ou seja, ainda não ocorreu a manifestação de um ator em apoderar-se deste espaço, a fim de organizá-lo de acordo com seus objetivos e interesses. O território é um enquadramento do poder, num determinado recorte espacial.

Território é o espaço definido e delimitado por e a partir de relações de poder entre os atores sociais. No território atuam diversos atores, com suas respectivas manifestações de poder; poder econômico, poder político, poder social. Território pode ser compreendido sob diferentes percepções teóricas, uma político-econômica, outra simbólico-afetiva:

Território: Espaço definido e delimitado por e a partir de relações de poder entre os atores sociais. É o espaço apropriado, transformado, construído e organizado de acordo com os interesses dos atores dominantes. Pode ser entendido, sob diferentes percepções teóricas: uma **política-econômica**, por meio das relações sociais produtivas [Território é a base espacial onde estão dispostos objetos, formas e ações construídas pelos atores sociais e historicamente determinadas segundo as regras do modo de produção vigente em cada época, ou seja, pelas relações sociais de produção]; outra **simbólico-afetiva** [território é o espaço das

experiências vividas, onde as relações entre os atores e destes com a natureza, são relações permeadas pelos sentimentos e pelos simbolismos atribuídos aos lugares. São espaços apropriados por meio de práticas que lhes garantem uma certa identidade social/cultural]. Na análise do conceito de território, pode haver, ou não, uma imbricação entre essas duas perspectivas teóricas (BOLIGIAN; ALMEIDA, 2003. p. 241).

Relacionado com o conceito de território (“espaço apropriado, transformado, construído e organizado de acordo com os interesses dos atores dominantes”) está o conceito de rede urbana, local de onde se controla tudo o que é produzido no território:

Rede Urbana. Localidades urbanas (povoados, cidades, capitais, metrópoles) distribuídas pelo território constituindo um conjunto de pontos organizados ou nodosidades organizadas hierarquicamente – são lugares de poder de onde se controla tudo o que é distribuído, alocado e/ou possuído no território nacional (BOLIGIAN; ALMEIDA, 2003, p. 243).

3.2. SEGREGAÇÃO SOCIAL

Nossas cidades apresentam um modelo discriminatório de ocupação do espaço urbano e muitas pessoas não consegue entrar na cidade para nela exercer atividades. Elas ficam na periferia exercendo

subempregos, e sem os serviços sociais básicos (saneamento, iluminação pública, habitação digna, saúde básica e educação de qualidade) e muito menos os serviços mais bem qualificados (como acesso a especialistas médicos, acesso a universidades, a museus, a teatros etc.).

Enfim elas não têm direito a cidade urbanizada e qualificada. Restam-lhes as “sobras” da população “civilizada” e privilegiada. O fenômeno da distribuição humana nas cidades não deve causar espanto; nada de estranho, nada de diferente. As cidades apenas reproduzem as características da nossa sociedade, pois **“É impossível esperar que uma sociedade como a nossa, radicalmente desigual e autoritária, baseada em relações de privilégio e arbitrariedade, possa produzir cidades que não tenham essas características”** (MARICATO, 2001, p. 51, g. n.).

Segregação Social é um processo de discriminação, de ocupação diferenciada do espaço urbano; noutros dizeres é um processo: “[...] segundo o qual diferentes classes ou camadas sociais tendem a se concentrar cada vez mais em diferentes **regiões gerais** ou **conjuntos de bairros** da metrópole.” (VILLAÇA, 2001, p. 142, os grifos constam no documento original).

De acordo com D’INCAO (1992), morando em bairros segregados os indivíduos passam a se relacionar somente com pessoas da mesma classe social, cada vez mais com seus pares, pois frequentam as mesmas escolas e locais de classe, os conjuntos habitacionais de casas ou apartamentos. São soluções sociais onde o playground ou a escolinha são as únicas formas de socialização para as crianças na metrópole capitalista.

Os problemas da origem da violência são complexos e envolve estudos sobre a personalidade humana, processo de aprendizagem, meio social, problemas familiares, o processo discriminatório, inclusive em relação à ocupação dos espaços urbanos.

O que interessa aqui não é fazer questionamentos aprofundados sobre a origem da violência urbana, mas somente relacionar como a ocupação do espaço urbano e como seu caráter excludente interfere nela (violência urbana), ou seja, a relação existente no binômio: violência e espaço urbano segregado. Nesse aspecto aponta as principais conclusões trazidas no livro “Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo” de Teresa Pires do Rio Caldeira.

Um termo destacado pela autora são os chamados “**enclaves fortificados**”, que são espaços privatizados, fechados e monitorados, em virtude do medo do crime e da violência e, por isso, as pessoas que optam por esse tipo de vida abandonam os espaços públicos. A autora esclarece que os “enclaves fortificados”:

[...] são propriedade privada para uso coletivo e enfatizam o valor do que é privado e restrito ao mesmo tempo que desvalorizam o que é público e aberto na cidade. **São fisicamente demarcados e isolados por muros, grades, espaços vazios e detalhes arquitetônicos.** São voltados para o interior e não em direção à rua, cuja vida pública rejeitam explicitamente. **São controlados por guardas armados e sistemas de segurança, que**

impõem regras de inclusão e exclusão (CALDEIRA, 2000, p. 258, g. n.).

Os **condomínios fechados**, geralmente horizontais e **shoppings centers** são exemplos típicos dos “**enclaves fortificados**”. As pessoas que buscam esses “enclaves” vivem num mundo à parte, pois se julgam possíveis alvos de criminosos, que vivem no espaço público, assim procuram minimizar a possibilidade de encontro com eles. Assim:

Ideais como liberdade, igualdade, tolerância e respeito à diferença, traços distintivos da perspectiva democrática que emergiu com a cidade, são progressivamente substituídos pela fragmentação pela separação rígida de espaços (também sociais), garantidas por uma segurança sofisticada e estruturada sobre a valorização da desigualdade (AUGUSTO, 2002, p. 216-217).

A autora (CALDEIRA, 2000) reconhece os problemas decorrentes da urbanização, da industrialização, da pobreza e do analfabetismo como causas do aumento da criminalidade, mas aponta também outro complexo de fatores, como **a desigualdade social e a forma ineficaz com que o Poder público combate o problema da violência através de seus órgãos** (polícia, tribunais e presídios):

Para a elevação das taxas de criminalidade, Teresa Caldeira reconhece a influência de processos, em curso na metrópole, ligados à urbanização, à migração, à industrialização, à pobreza e ao

analfabetismo. Por reproduzirem a criminalização dos pobres, o desrespeito aos seus direitos e sua dificuldade de acesso à justiça, a desigualdade social e a pobreza são também consideradas elementos explicativos (p. 134). Finalmente, a forma como o poder público lida com o crime, muitas vezes adotando medidas privadas e ilegais para combatê-lo, o que acentua a violência ao invés de atenuá-la, de um lado, além do pouco reconhecimento e legitimação dos direitos individuais e a resistência à democratização, de outro, são todos fatores que condicionam a elevação dessas taxas. Juntamente com esses aspectos, um outro complexo conjunto de fatores pode ser responsabilizado pela mudança: concepção sobre o papel da autoridade e o modo como o mal se dissemina (a idéia de contágio e difusão); características e desempenho das instituições encarregadas de manter a ordem – sobretudo a polícia, mas também os tribunais, as prisões e a própria legislação; apoio popular ao uso da força como instrumento de controle, contenção e punição dos desvios, sugerindo a existência de um modelo cultural, muito difundido e não contestado, que identifica ordem e autoridade com utilização da violência; descrença disseminada em relação ao

sistema judiciário como mediador legítimo de conflitos e provedor de justa reparação [...] (AUGUSTO, p. 218).

3.3 EXCLUSÃO TERRITORIAL

As desigualdades sociais interferem num complexo de outros fatores que favorecem o aumento da violência social. Ademais, a deficiência estatal, incluindo órgãos com a polícia, o aparato judicial e a própria legislação também contribuem nesse aumento da violência e criminalidade. A desigualdade social tem ampla interligação com a exclusão territorial. Sobre a ocupação desordenada e a exclusão territorial verifica-se o surgimento de áreas de integração e abundância (parte rica) e áreas de concentração da população em situação de exclusão social (parte pobre):

Essas considerações levam-nos a constatar a existência de um paradoxo da sociedade brasileira: os problemas acumulados nas metrópoles ganham crescente relevância social e econômica, mas elas permanecem órfãs de interesse político. Com efeito, a despeito da mencionada multiplicação de instituições metropolitanas, observamos a inexistência de efetivas políticas voltadas especificamente ao desenvolvimento dessas áreas. As políticas urbanas são hoje fortemente intra-

urbanas, setoriais e localistas. Os organismos metropolitanos, onde existem, têm à sua disposição frágeis mecanismos para empreender ações cooperativas de planejamento e gestão (RIBEIRO, 2004, p. 11).

O urbanismo de risco é aquele marcado pela insegurança, quer do terreno, quer da construção, ou ainda da condição jurídica da posse daquele território. Esse urbanismo de risco atinge diretamente à população excluída, mas, indiretamente suas conseqüências atingem toda a cidade:

[...] o urbanismo é de risco para a cidade inteira: por concentrar qualidades num espaço exíguo e impedir que elas sejam partilhadas por todos, os espaços mais bem equipados da cidade sentem-se constantemente ameaçados por cobiças imobiliárias, por congestionamentos, por assaltos. Quando a erosão causada pelos desmatamentos e ocupações das encostas se acumula nas baixadas, rios e córregos, toda a cidade sofre com as enchentes. E quando o excesso de veículos e viagens provoca o colapso da circulação, é toda a cidade que pára. Portanto, a exclusão territorial na cidade brasileira é mais do que a imagem da desigualdade, é a condenação de toda a cidade a um urbanismo de risco. (ROLNIK, 1999, p. 100).

A inclusão territorial através de políticas públicas eficientes por parte do Estado pode contribuir decisivamente no combate a discriminações sociais e conseqüentemente na diminuição das taxas de violência:

A exclusão territorial, portanto, não é uma fatalidade ou um tema que deva ser tratado apenas em termos econômicos. O caso de Diadema, assim como outros exemplos de sucesso no Brasil, demonstra que a existência de capital social e a disposição do poder público em dividir poder com as comunidades de baixa renda são essenciais para transformar a urbanização de risco rumo a um modelo mais igualitário e sustentável, **com menos perigo de gerar violência** (ROLNIK , 1999, p. 110, g. n.).

A exclusão territorial, com espaços demarcados para a classe rica e outra para classe pobre geram sérios problemas sociais, sendo a violência um dos seus aspectos:

Assim, no espaço urbano estão, de um lado, os espaços elitizados das classes dominantes; de outro, os espaços periféricos das classes populares e as hiperperiferias dos excluídos. [...]. Os espaços elitizados das classes dominantes caracterizam-se pelo consumo de bens e de infra-estruturas com alto padrão de qualidade e de técnica, financiados

pelos governos. Nos espaços periféricos predomina a cultura da pobreza e sua dinâmica para reduzir os efeitos devastadores do desemprego (principalmente por intermédio do comércio informal) e das necessidades habitacionais imediatas. Sem opção no mercado imobiliário, com pouco ou nenhum financiamento público ou privado, predomina a informalidade e a autoconstrução, que não atende às exigências mínimas de uma habitação normal. [...]. O pobre é extremamente violentado com a vida nas favelas e periferias. A desigualdade social é a raiz disso. São esses locais abandonados pela lei e à margem dos requisitos da urbanização moderna que abrigam a população excluída socialmente e espacialmente periferizada. Essa população adere ao crime organizado como resposta radical à violência que lhe foi imposta pelo sistema legal, e cai em outra: a ilegal (FERREIRA; PENNA, 2005, p. 158-159)

3.3. VIOLÊNCIA ESCOLAR: AS FORÇAS DE FORA

Os estudos sobre violência, principalmente nas últimas décadas do século XX, embora fragmentários os estudos por focarem, em grande maioria, situações regionais ou localizadas, os resultados obtidos apontam os principais tipos de violência: ações contra o patrimônio (depredações, pichações etc.), na década de 1980, bem como as formas

de agressão interpessoal, principalmente entre os próprios alunos, na década de 1990 (ABROMAVANY, 2003, p. 26).

Recentemente os estudos sobre a violência têm centrado em dois focos: os fatores internos e fatores externos. A violência produzida no âmbito escolar é causada por fatores internos da escola ou em decorrência do ambiente externo (forças de fora). No aspecto externo “influem as questões de gênero, as relações raciais, os meios de comunicação e o espaço social no qual a escola está inserida”:

Segundo alguns autores, como Debarbieux, a escola está mais vulnerável a fatores e problemas externos (como o desemprego e a precariedade da vida das famílias nos bairros pobres). Ele menciona, também, o impacto da massificação do acesso à escola, a qual passa a receber jovens negativamente afetados por experiências de exclusão e pertencimento a gangues, o que implica conseqüências para todos os membros da comunidade escolar: alunos, pais e professores (Debarbieux, 1998: 39). Esses fatores externos de vulnerabilidade se somam àqueles decorrentes do aumento das condutas delinqüentes e de incivildades na escola (ABROMAVANY, 2003, p. 25).

Como se viu anteriormente a exclusão territorial está intimamente ligado com a exclusão social. Exclusão social é entendida mais que desigualdade econômica. Engloba dimensões e processos culturais e

institucionais, por meio dos quais numerosas parcelas da sociedade brasileira tornam-se e permanecem alheias ao contrato social, privados do exercício da cidadania, desassistidas pelas instituições públicas, desamparadas pelo Estado (ABRAMOVANY, 2003, p. 42).

A exclusão social abrange uma enorme variedade de características e valores culturais, resultando em abandono, condições de cidadania e estreitamento de relações com os demais membros da sociedade, que não se caracteriza unicamente pela pobreza.

Classes menos favorecidas economicamente vivenciam a exclusão como fenômeno cultural, social e institucional. Nem sempre tem o acesso às melhores escolas; o mercado de trabalho capitalista é também muito seletivo (somente emprega os mais bem preparados, que contará com os melhores salários). Com isso, grande parte dos alunos, ainda cedo vislumbra seu fracasso no sistema, devido ao seu caráter excludente e discriminatório:

E justamente aqui que entra a relação educação/exclusão. Não como querem os neoliberais, que atribuem responsabilidades pessoais para justificar as desigualdades e apregoam um peso fundamental, ainda que no discurso, ao processo educativo. No darwinismo social do neoliberalismo, a vida é um processo seletivo que distingue e premia os mais fortes por sua exemplaridade. Nesse sentido, é um processo homogêneo e elitista, já que não parte da

qualificação humana perante várias situações, inclusive as das desvantagens sociais geradas pela idade, etnia, sexo, dentre outras. Em uma perspectiva reducionista, o pensamento neoliberal afirma a educação como fundamental, mas a considera responsabilidade do indivíduo e de sua família, descartando as condições objetivas de acesso a esse processo. A qualificação individual, o aprendizado e a educação aparecem nesse pensamento como a "tábua de salvação" de todos os problemas. É como se um sujeito com formação e anos de estudo estivesse livre, por exemplo, do processo de reestruturação e de redução dos postos de trabalho. Dessa forma, a responsabilidade sai do Estado, do modelo econômico adotado, e passa a ser do indivíduo (Spozati, 2000, p. 31).

Embora haja fatores internos que potencializa a ocorrência da violência nas escolas, a literatura sobre o assunto reconhece uma violência que se origina de fora para dentro das escolas, que as torna sitiadas e que se manifesta por meio das gangues, do tráfico de drogas e da exclusão social de parcela da própria comunidade escolar, que, em linhas gerais reproduz o que ocorre no território das cidades. Enfim, as escolas estão inseridas no território e as forças externas exercem forças sobre elas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

*“Vitória atingida
por violência é
equivalente a uma
derrota, e se torna
momentânea”*

Mahatma Gandhi

A violência escolar, como uma das vertentes da violência urbana possui múltiplos fatores, por isso, os especialistas da área reconhecem que a violência escolar é originada por causas internas e externas. Quanto aos fatores externos, a ocupação territorial excludente e a exclusão social são fatores determinantes do aumento da violência escolar.

O território escolar, assim como o território externo à escola, é um espaço em que atuam diversos atores, como, no caso da escola, professores, funcionários e alunos (estes últimos com as mais diversas características culturais, econômicas e sociais). A escola é um microsistema social em que também reproduz a realidade social, em que está inserida.

Na maioria das cidades brasileiras, a distribuição espacial das pessoas é diferenciada: geralmente pessoas com baixa inclusão social ocupam as regiões mais degradadas, geralmente as periferias da cidade. As escolas nessas áreas também apresentam recursos precários. Assim não é difícil concluir que essas escolas têm maior probabilidade de ocorrência de violência do que as aquelas escolas particulares, bem localizadas e com estrutura adequada.

Mesmo quando as pessoas de realidade cultural, econômica e social diferentes estudam no mesmo ambiente escolar pode ocorrer à discriminação, decorrente dessa desigualdade social discrepante, que influi na auto-estima do aluno, por exemplo.

As pesquisas realizadas na área, embora parciais e localizadas, comprovam a sistemática de que a ocupação territorial e a exclusão social atuam como fatores, que potencializam a violência escolar.

Em pesquisa realizada com 1.686 estudantes de 11 a 19 anos de 7ª e 8ª séries do ensino fundamental e 1ª e 2ª séries do ensino médio, em 19 escolas públicas (municipais e estaduais) e 19 particulares de São Gonçalo, Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2002 concluiu-se que alunos de baixa auto-estima têm relacionamentos mais difíceis na escola, colocando-se mais freqüentemente na posição de vítimas de violência. (MARRIEL, 2006, p. 35-50).

Em outro estudo, cujo objeto estudado foi à violência urbana e sua (inter) relação com a escola, em que os sujeitos do estudo foram os professores, de uma escola pública de Ananindeua (Pará), cidade essa que apresenta elevada taxa de violência urbana envolvendo o público juvenil. Essa pesquisa foi pautada por diversos critérios, sendo os dois primeiros direcionados pelos objetivos da pesquisa: (1) possuir localização de "fronteira" (entre áreas urbanas que apresentam perfis de urbanização peculiares); (2) possuir entorno (social) com elevados índices de violência urbana. As conclusões da pesquisa foi no sentido de que os dilemas sociais vivenciados nas grandes cidades, como é o caso do aumento da criminalidade (uma das facetas da violência urbana), são,

muitas vezes, reflexos da insuficiência de políticas públicas, estas que deveriam visar a maior igualdade social. (SOUZA, 2011, p. 116-137).

Embora o assunto mereça ser mais bem estudado pode-se concluir que a exclusão territorial, a segregação social e a violência (inclusive a violência escolar) são problemas interligados e devem ser objeto de políticas públicas integradas.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam. **Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas** / Miriam Abramovay et. al. – Brasília: UNESCO, BID, 2002, 192 p.

ABRAMOVAY, Miriam (Coord.). **Escolas inovadoras: um retrato de alternativas. In: Desafios e alternativas: violência nas escolas.** Brasília: UNESCO; UNDP, 2003.

ABRAMOVAY, Miriam. **Violências nas escolas et ali Brasília** : UNESCO Brasil, REDE PITÁGORAS, Coordenação DST/AIDS do Ministério da Saúde, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, CNPq, Instituto Ayrton Senna, UNAIDS, Banco Mundial, USAID, Fundação Ford, CONSED, UNDIME, 2002. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133967por.pdf>, acesso em 16-5-2015.

ABRAMOVAY, Miriam e cols. **Escolas inovadoras: experiências bem-sucedidas em escolas públicas.** Brasília: UNESCO, Ministério da Educação, 2004.

ABRAMOVAY, Miriam, coord. **Revelando tramas, descobrindo segredos: violência e convivência nas escolas** / Miriam Abramovay, Anna Lúcia Cunha, Priscila Pinto Calaf. Brasília: Rede de Informação Tecnológica Latino-americana - RITLA, Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal - SEEDF, 2009. 496 p.

AUGUSTO, Maria Helena Oliva. **Segregação social e violência urbana** in revista brasileira de ciências sociais - vol. 17 n. 48, São Paulo, fevereiro-2002, p. 216-217. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v17n48/13961.pdf>, acesso em 13-5-2015.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE: **Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar**, Rio de Janeiro: 2009, disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pense/pense.pdf>, acesso em 16-5-2015.

BOLIGIAN, Levon; ALMEIDA, Rosângela Doin de. **A transposição didática do conceito de território no ensino de geografia**. In: Ambientes: estudos de geografia. (org) Lúcia Helena de Oliveira Gerardi, 2003. p. 235-248 disponível em: http://www.rc.unesp.br/igce/geografia/pos/downloads/2003/a_transposicao.pdf, acesso em 16-5-2015

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 5ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BUORO, A. B.; et al. **Violência urbana: dilemas e desafios**. São Paulo: Atual, 1999, 64 p.

CHARLOT, Bernard. **A violência na escola: como os sociólogos franceses abordam essa questão**. Sociologias, Dez 2002, n. 8, p.432-443.

CALDEIRA, Teresa P. do Rio. 2000. **Cidade de Muros: Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo**. São Paulo: Editora 34/Edusp. 399 pp.

D'INCAO, Maria Angela. **Modos de ser e de viver: A Sociabilidade Urbana**. Rev. Social, 1992.

FERREIRA, Ignez Costa Barbosa e PENNA, Nelba Azevedo. **Território da violência: um olhar geográfico sobre a violência urbana** in GEOUSP - Espaço e Tempo, São Paulo, Nº 18, pp. 155 - 168, 2005, disponível em: <http://citrus.uspnet.usp.br/geousp/ojs-2.2.4/index.php/geousp/article/view/371/201>, acesso em 15-5-2015

Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. **Sistema penitenciário brasileiro: evolução da população carcerária (1990 - Outubro/2010)**, 2011. Disponível em: http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceosp/pesquisa/PESQUISA_LFG_SISTEMA_PENITENCIARIO.pdf, acesso em 10-5-2015.

MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARRIEL, Lucimar Câmara; ASSIS, Simone G.; AVANCI, Joviana Q. e OLIVEIRA, Raquel V. C.. **Violência escolar e auto-estima de adolescentes**. Cad. Pesqui. [online]. 2006, vol.36, n.127, pp. 35-50. ISSN 0100-1574.

Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v36n127/a0336127.pdf>, acesso em 17-5-2015.

MICHAUD, Yves. **A Violência**. São Paulo, Ática, 1989, 119 p.

MINAYO, M. C. de S. e SOUZA, E. R. de. **Violência e saúde como um campo interdisciplinar e de ação coletiva**. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, IV(3): 513-531, nov. 1997-fev. 1998, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v4n3/v4n3a06.pdf>, acesso em 28-04-2015.

MORAES. Alexandre de, **Direito Constitucional**. 25. Ed., São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**; (atualizador: prof. Miguel Alfredo Malufe Neto). São Paulo, Saraiva, 2014.

PERALVA, A. **Violência e democracia: paradoxo brasileiro**. Paz e Terra, São Paulo, 2000.

RAMOS, Sílvia; PAIVA, Anabela. **Mídia e Violência: tendência na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007, 191p.

RAFFESTIN, Claude. **Por uma Geografia do Poder**. São Paulo: Ática, 1993.

RIBEIRO, L. C. de Queiroz. **Reforma urbana na crise: balanço teórico e desafios**. In: Globalização, , Fragmentação e Reforma Urbana: o futuro das cidades brasileiras na crise. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

ROLNIK, Raquel. **Exclusão territorial e violência** in São Paulo Perspec. vol.13 no.4 São Paulo Oct./Dec. 1999, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000400011&script=sci_arttext, acesso em 15-5-15.

SANTOS, Milton. **Por uma Geografia Nova**. São Paulo: Hucitec, Edusp, 1978.

SPOSITO, Marília Pontes. **A instituição escolar e a violência** in Cadernos de Pesquisa: Fundação Carlos Chagas, n. 104, PP. 58-75, jul. 1998.

SOUZA, Elisa Claudete Serrão de. **Violência urbana e cultura escolar: estudos das percepções dos atores sociais em uma escola pública em Ananideua – PA** in. Rev. NUFEN [online]. 2011, vol.3, n.2, pp. 116-137. ISSN 2175-2591.

Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S2175-25912011000200007&script=sci_arttext, acesso em 17-5-2015).

SPOZATI, Aldaíza. **Exclusão social e fracasso escolar** in Em Aberto, v.. 17, n. 71, disponível em: http://moodle.fgv.br/Uploads/PIAPEAD_T0009_0312/36F_Exclusao_Social_e_Fracasso_Escolar1.pdf, acesso em 16-5-2015.

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. **A violência na escola: conflitualidade social e ações civilizatórias**. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 105-122, jan./jun. 2001.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. São Paulo: Studio Nobel: FAPESP: Lincoln Institute, 2001.

ZALUAR, Alba. **Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização**. Revista São Paulo em Perspectivas, São Paulo:, v. 13, n. 3, p. 3-17, 1999.

DA IMPOSSIBILIDADE DO CANCELAMENTO DE PRECATÓRIOS APÓS O QUINQUÍDIO DECADENCIAL DE 5 ANOS À LUZ DAS NORMAS GERAIS SOBRE INVALIDAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

ALDEM JOHNSTON BARBOSA ARAÚJO:
Advogado da UEN de Direito Administrativo e Regulatório de Lima e Falcão Advogados, Assessor Jurídico da Diretoria de Vigilância em Saúde da Secretaria de Saúde do Recife e Consultor Jurídico do Departamento de Vigilância Sanitária de Olinda.

Resumo: Reflexão acerca da necessária sujeição das atividades administrativas praticadas pelos tribunais quando da inscrição, do processamento e do cancelamento de precatórios às normas que regulam a invalidação de atos administrativos, em especial a que disciplina a decadência do direito da Administração Pública de exercer autotutela.

Sumário: 1 – introdução, 2 – o enquadramento dos precatórios dentro da teoria da classificação dos atos administrativos, 3 – o contexto dos precatórios na extinção dos atos administrativos, 4 – a disciplina da invalidação dos atos administrativos nas leis gerais de processo administrativo e sua aplicação ao regime de precatórios e 5 – considerações finais

Palavras-chave: cancelamento – precatórios – invalidação – atos administrativos – processo administrativo – decadência.

1) Introdução

Nos termos do art. 100 da Constituição Federal “*Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e*

Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

Segundo Uadi Lammêgo Bulos[1] chama-se precatório “o instrumento que consubstancia uma requisição judicial. Trata-se de uma carta expedida pelos juízes da execução de sentença ao presidente do tribunal, em virtude de a Fazenda Pública ter sido condenada ao pagamento de quantia certa”.

Pois bem, a inscrição, o processamento e o cancelamento de precatórios, conforme reiteradamente decidido pela jurisprudência (vide Súmulas STF nº 733[2] e STJ nº 311[3]) consistem-se em atividades administrativas, e não jurisdicionais, promovidas pelo Poder Judiciário, de forma que, no exercício de uma função atípica[4] (no caso, função administrativa[5]), a inscrição, o processamento e o cancelamento de precatórios são, em última análise, atos administrativos[6] praticados pelos tribunais.

Por óbvio, há de se concluir que, sendo a inscrição, o processamento e o cancelamento de precatórios atos administrativos, encontram-se sujeitos ao regime próprio de regulamentação dos mesmos previstos nas leis gerais de processo administrativo.

Desta sujeição às normas contidas nas leis gerais de processo administrativo exsurge a necessidade de, quando da prática dos atos administrativos relacionados à inscrição, ao processamento e ao cancelamento de precatórios, observarem-se os princípios da Administração Pública (legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,

proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência) e as regras referentes à competência, forma, motivação, anulação, revogação e convalidação, etc.

Dentre estas regras previstas nas leis gerais de processo administrativo que incidem sobre os atos administrativos praticados pelos tribunais quando do processamento de precatórios, destaca-se a que limita a autotutela da Administração Pública e que, especificamente no caso de precatórios, impedirá que o tribunal venha a cancelá-los a qualquer tempo.

Conforme se procurará defender a seguir, o cancelamento de precatórios – que, como dito anteriormente é um ato administrativo – deverá obedecer aos ditames que limitam, por meio da imposição de lapso temporal para o exercício, o direito da Administração Pública anular seus próprios atos.

2) O enquadramento dos precatórios dentro da teoria da classificação dos atos administrativos

Conjugando-se as várias formas de classificar os atos administrativos, pode-se enquadrar o precatório com um ato de império[7], individual[8], interno[9], vinculado[10], constitutivo[11], composto[12][13] (já que se origina do juiz da execução de sentença, quando da condenação da Fazenda Pública ao pagamento de quantia certa, para processamento junto ao presidente do tribunal, que atuará de forma meramente instrumental, como condição de eficácia[14] do ato primitivo) irrevogável[15].

De toda a sorte, em que pese quaisquer das classificações doutrinárias que sejam utilizadas para caracterizar o precatório, é certo que o mesmo é um ato administrativo praticado apenas e tão somente

dentro da esfera competencial do tribunal que o expedirá. Pois, embora seja comum a oitiva e a participação da Fazenda Pública no processamento do precatório na condição de interessada (já que é ela quem suportará o ônus do cumprimento da ordem de pagamento), ela figura apenas como destinatária do ato e não como sujeito competente para praticá-lo ou, muito menos, desfazê-lo.

3) O contexto dos precatórios na extinção dos atos administrativos

A forma de extinção esperada dos atos administrativos (ou seja, a extinção natural) é aquela que decorre tão somente do cumprimento dos seus efeitos[16], entretanto, há fatos ou atos jurídicos[17] que podem ensejar a ocorrência de uma forma de extinção anômala[18], como por exemplo, o desaparecimento do sujeito ou do objeto[19], a retirada (que abrange a revogação, a invalidação, a cassação, a caducidade e a contraposição[20]) e a renúncia[21].

No caso específico dos precatórios, entendemos cabíveis tão somente a extinção natural[22] (quando do pagamento da quantia certa determinada por ordem judicial) e a extinção por invalidação/anulação (que se dá no seu eventual cancelamento por parte do tribunal).

A anulação (ou invalidação, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho[23]) “*é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade[24]*” e resulta da desconformidade do ato administrativo com regras de observância obrigatória.

Um ato administrativo em desconformidade com as normas que o regulam é um ato viciado e, diante da gravidade deste vício, do grau de

agressão do mesmo ao ordenamento jurídico, a sua presença tornará o auto nulo (impassível de convalidação^[25]) ou anulável (passível de convalidação).

Tal afirmativa, porém não encontra unanimidade na doutrina (que, dentre outras divergências, discute sobre a aplicabilidade da teoria da nulidade dos atos jurídicos, egressa do direito privado, à invalidação dos atos administrativos), conforme bem demonstra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (que, ao final, posiciona-se sobre o tema):

“Nesta matéria são grandes as divergências doutrinárias, que dizem respeito às consequências dos vícios dos atos administrativos. No Direito Civil, os vícios podem gerar nulidade absoluta ou nulidade relativa, conforme artigos 166 e 171 do Código Civil (artigos 145 e 147 do Código anterior). No Direito Administrativo, encontram-se diferentes formas de classificar os atos ilegais. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007: 655) considera que o ato administrativo pode ser nulo ou anulável. Será nulo ‘quanto à capacidade da pessoa se praticado o ato por pessoa jurídica sem atribuição, por órgão absolutamente incompetente ou por agente usurpador da função pública. Será nulo quanto ao objeto, se ilícito ou impossível por ofensa frontal à lei, ou nele se verifique o exercício de direito de modo abusivo. Será nulo, ainda, se deixar de respeitar forma externa prevista em lei ou preterir solenidade essencial para a

sua validade. Ao contrário, será simplesmente anulável, quanto à capacidade da pessoa, se praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão especializado, uma vez o ato caiba, na hierarquia, ao superior. Outrossim, será tão somente anulável o que padeça de vício de vontade decorrente de erro, dolo, coação moral ou simulação'. Seabra Fagundes (1984:42-51), refutando a possibilidade de aplicar-se ao direito administrativo a teoria das nulidades do Direito Civil, entende que os atos administrativos viciosos podem agrupar-se em três categorias: atos absolutamente inválidos ou atos nulos, atos relativamente inválidos ou anuláveis e atos irregulares. Atos nulos são os que violam regras fundamentais atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, à finalidade ou à forma, havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa da lei. Atos anuláveis são os que infringem regras atinentes aos cinco elementos do ato administrativo, mas, em face de razões concretamente consideradas, se tem como melhor atendido o interesse público pela sua parcial validade; para o autor, tratando-se de ato relativamente inválido, se estabelece uma hierarquia entre dois interesses públicos : o abstratamente considerado, em virtude do qual certas normas devem ser obedecidas, e

o ocorrente na espécie, que se apresenta, eventualmente, por motivos de ordem prática, de justiça e de equidade em condições de superar aquele. Atos irregulares são os que apresentam defeitos irrelevantes, quase sempre de forma, não afetando ponderavelmente o interesse público, dada a natureza leve da infringência das normas legais; os seus efeitos perduram e continuam, posto que constatado o vício; é o caso em que a lei exige portaria e se expede outro tipo de ato. Celso Antonio Bandeira de Mello (2008:461), adotando a posição de Antonio Carlos Cintra do Amaral, entende que ‘o critério importantíssimo para distinguir os tipos de invalidade reside na possibilidade ou impossibilidade de convalidar-se o vício do ato’. Os atos nulos são os que não podem ser convalidados; entram nessa categoria: a) os atos que a lei assim declare; b) os atos em que é materialmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior; é o que ocorre com os vícios relativos ao objeto, à finalidade, ao motivo, à causa. São anuláveis: a) os que a lei assim declare; b) os que podem ser praticados sem vício; é o caso dos atos praticados por sujeito incompetente, com vício de vontade, com defeito de formalidade. O autor ainda acrescenta a categoria dos atos inexistentes, que

‘correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados’ (2008: 459). Para Hely Lopes Meirelles (2003: 169- 170), não existem atos administrativos anuláveis, ‘pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência de legalidade administrativa. Daí a impossibilidade jurídica de convalidar-se o ato considerado anulável que não passa de um ato originariamente nulo’. Embora mencionando o ato inexistente (que tem apenas a aparência de manifestação regular da Administração, mas não chega a se aperfeiçoar como ato administrativo), nega, como a maioria dos autores, a importância dessa distinção, porque os atos inexistentes se equiparam aos atos nulos. Cretella Júnior (1977: 138) admite os atos nulos, anuláveis e inexistentes; os dois primeiros distinguem-se conforme possam ou não ser convalidados; o ato inexistente é o que não chega a entrar no mundo jurídico, por falta de um elemento essencial, como ocorre com o ato praticado por um demente ou com o que é praticado por uma particular, quando deveria

emanar de um funcionário, o que é praticado por um usurpador de função etc. (...) Quando se compara o tema das nulidades no Direito Civil e no Direito Administrativo, verifica-se que em ambos os ramos do direito, os vícios podem gerar nulidades absolutas (atos nulos) ou nulidades relativas (atos anuláveis); porém, o que não pode ser transposto para o Direito Administrativo, sem atentar para as suas peculiaridades, são as hipóteses de nulidade e de anulabilidade previstas nos artigos 166 e 171 do Código Civil. No Direito Civil, são as seguintes as diferenças entre a nulidade absoluta e a relativa, no que diz respeito a suas consequências: 1. na nulidade absoluta, o vício não pode ser sanado; na nulidade relativa, pode; 2. a nulidade absoluta pode ser decretada pelo juiz, de ofício ou mediante provocação do interessado ou do Ministério Público (art. 168 do novo Código Civil) ; a nulidade relativa só pode ser decretada se provocada pela parte interessada. No Direito Administrativo, essa segunda distinção não existe, porque, dispondo a Administração do poder de autotutela, não pode ficar dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade, seja absoluta seja relativa. Isto porque não pode o interesse individual do administrado prevalecer sobre o interesse público na preservação da legalidade

administrativa. Mas a primeira distinção existe, pois também em relação ao ato administrativo, alguns vícios podem e outros não podem ser sanados. Quando o vício seja sanável ou convalidável, caracteriza-se hipótese de nulidade relativa; caso contrário, a nulidade é absoluta. Cumpre, pois, examinar quando é possível o saneamento ou convalidação.” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 27ª. ed., São Paulo: Atlas, 2014, págs. 255/257)

Entretanto, em que pese a ocorrência de vícios que maculem a higidez de um ato administrativo (tornando-o anulável ou nulo), a possibilidade (ou o dever[26]) de a própria Administração Pública promover sua retirada (ou seja, vir a extingui-lo por meio da sua invalidação) exercendo autotutela[27][28] não se dá de forma absoluta[29], estando sujeita, conforme se detalhará adiante, ao enquadramento num determinado lapso temporal[30].

4) A disciplina da invalidação dos atos administrativos nas leis gerais de processo administrativo e sua aplicação ao regime de precatórios

Na esfera federal, as normas gerais sobre processo administrativo, previstas na Lei nº 9.784/99, dispõem o seguinte acerca da revogação e anulação de atos administrativos por parte da própria Administração:

“Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

Em sede estadual e municipal, diversas leis seguiram a direção apontada pela Lei Federal nº 9.784/99 e dispuseram similarmente sobre o tema. Abaixo, veja-se, v.g., as leis dos estados de Pernambuco, Bahia, Amazonas, Goiás e Rio de Janeiro e as leis municipais de Olinda(PE) e Natal (RN):

“Lei nº 11.781, de 06 de junho de 2000 - Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Art. 53 - A Administração deve anular seus próprios atos, quando enviado de vício de legalidade,

e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54 - O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários e danosos para o Estado, decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé, e observada a legislação civil brasileira quanto à prescrição de dívida para o erário.

§ 1º - No caso do efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º - Considera-se exercício do direito de anular, qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

“Lei nº 12.209 de 20 de Abril de 2011 - Dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia, e dá outras providências.

Art. 39 - A Administração tem o dever de invalidar seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

§ 1º - Os atos administrativos ilegais de que decorram efeitos favoráveis ao administrado deverão ser invalidados no prazo de 05 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados.

§ 2º - Na hipótese de comprovada má-fé do administrado, a qualquer tempo, a Administração invalidará o ato ilegal e adotará medidas para o ressarcimento ao erário, se for o caso.

“Lei nº 2.794, de 6 de Maio de 2003 – Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Art. 54. A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação, salvo quando:

I – forem passíveis de convalidação;

II – ultrapassado o prazo de cinco (5) anos contados de sua produção, quando se tratar de ato de que decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários, exceto comprovada má-fé.”

“Lei 13.800, de 18 de Janeiro de 2001 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Goiás.

Art. 53 – A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54 – O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Parágrafo único – No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.”

“Lei nº 5.427, de 01 de Abril de 2009 - Estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências.

Art. 51. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode, respeitados os direitos adquiridos, revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade.

Parágrafo único. Ao beneficiário do ato deverá ser assegurada a oportunidade para se manifestar previamente à anulação ou revogação do ato.

(...)

Art. 53. A Administração tem o prazo de cinco anos, a contar da data da publicação da decisão final proferida no processo administrativo, para anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados, ressalvado o caso de comprovada má-fé.

§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§2º Sem prejuízo da ponderação de outros fatores, considera-se de má-fé o indivíduo que, analisadas as circunstâncias do caso, tinha ou devia ter consciência da ilegalidade do ato praticado.

§3º Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado.”

“Lei nº 5.578/2007 - Dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito do Município de Olinda, e dá outras providências

Art. 14. Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, podendo revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos

Parágrafo único. É de 05 (cinco) anos, o prazo para a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os

destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

“Lei nº 5.872, de 04 de julho de 2008 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Municipal

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

Como se percebe, as leis gerais de processo administrativo fixaram um prazo (decadencial[31][32]) de 5 anos[33] para que a Administração Pública anule seus próprios atos quando deles decorram benefícios para o administrado imbuído de boa-fé (que, diga-se é presumida[34][35], devendo apenas a má-fé ser devidamente comprovada).

Percebe-se claramente que os dispositivos contidos nas leis gerais processo administrativo restam informados pela segurança jurídica, pela pacificação e estabilidade das relações jurídicas, pela teoria do fato consumado e pela vedação à eternização dos conflitos. Ou seja, as normas sobre a invalidação de atos administrativos são informadas por preceitos norteadores que limitam o poder de autotutela da Administração Pública. Neste sentido, vejamos as lições da doutrina:

“A LPA federal estabeleceu o prazo quinquenal para que a Administração anule atos que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. O princípio da segurança jurídica, enfatiza Gilmar Mendes, impõe limites à possibilidade de a Administração anular os atos administrativos não apenas em face de direitos subjetivos (efeitos favoráveis) regularmente gerados, mas também no interesse de proteger a boa fé e a confiança (*Treue und Glauben*) dos administrados.” (Nohara, Irene Patrícia e Marrara, Thiago, Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada, São Paulo: Atlas, 2009, pág. 347)

“(…) o exercício da faculdade revisional de atos administrativos sofreu limitações e restrições em favor da estabilidade das relações jurídicas, em benefício dos administrados de boa-fé, afetados pela regra da atividade revisional antes ilimitada em favor do poder

público. Nesse caso, entende a lei que a permanência do ato, mesmo contaminado de irregularidade original, quando não atacado pela Administração Pública, o vício que o macula, no quinquídio, atende mais ao interesse público que seu desfazimento. (...) a Administração Pública não pode mais anular atos administrativos que geram efeitos em favor de interesses individuais, em razão da decadência quinquenal instituída em lei, isto é, da causa extintiva de direito pelo seu exercício no prazo da lei. Se o ato produziu efeito favorável ao administrado, o decurso do prazo cria situação jurídica imutável a seu favor. O prazo decadencial, por sua natureza jurídica de ordem pública, é peremptório, contínuo e não admite suspensão ou interrupção e se refere à causa extintiva do direito pelo não exercício no período estabelecido pela lei.” (Guimarães, Francisco Xavier da Silva, Direito processual administrativo: comentários à Lei nº 9.784/99 com as alterações da Lei nº 11.417/06, Belo Horizonte: Fórum, 2008, pág. 156)

“Pouco a pouco, contudo, foi ganhando espaço a tese de que a Administração sujeita-se a prazo para exercer a pretensão invalidatória, isto é, de que existe limite temporal para a Administração invalidar atos viciados. Para os adeptos desse ponto de vista tal limite constitui, como já dito, imposição do princípio

da segurança jurídica, sendo salutar, a propósito, a lição de Clarissa Sampaio Silva: ‘E, atuando a Administração Pública sob a égide de um ordenamento jurídico que não tolera a eternização dos conflitos, absurdo seria supor que ela não esteja sujeita a prazos, quer para tutelar judicialmente seus direitos, quer para desfazer seus próprios atos’. (...) o legislador federal, acolhendo inegável tendência doutrinária, reconheceu a existência de limitação temporal para o exercício da invalidação administrativa. Com isso, visou essencialmente a proteger o administrado, promovendo a estabilização dos atos viciados que tenham ampliado sua esfera jurídica uma vez ultrapassados cinco anos, contados da sua produção. Caso o ‘direito’ de anular não seja exercitado no referido prazo, restará afastada a possibilidade de a Administração invalidar o ato viciado. (...) Luís Roberto Barroso sublinha, com inegável acerto, que: ‘Em qualquer dos campos do Direito, a prescrição tem como fundamento lógico o princípio geral de segurança das relações jurídicas e, como tal, é a regra, sendo a imprescritibilidade situação excepcional. A própria Constituição Federal de 1988 tratou o tema para prever as únicas hipóteses em que se admite a imprescritibilidade, garantindo, em sua sistemática, o princípio geral da perda pretensão pelo decurso do

tempo’. E mais: ‘Uma primeira conclusão se pode extrair desde logo: se o princípio é a prescritibilidade, é a imprescritibilidade que depende de norma expressa, e não o inverso’.” (Simões, Mônica Martins Toscano, O processo administrativo e a invalidação de atos viciados, São Paulo: Malheiros, 2004, págs. 164/165 e 170/171)

“O dispositivo é imbuído do espírito de que, embora seja dever da Administração Pública rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade (autotutela) – conforme classicamente se reconhece -, não raras vezes esta revisão, sobre não ser realizada a tempo e modo – seja porque se desconhece a ilegalidade cometida, seja porque se julga legítima a interpretação do direito perpetrada na ocasião -, permite que situações fáticas irreversíveis ou reversíveis, porém a custos juridicamente intoleráveis, se constituam, tornando-se, pois, merecedoras da salvaguarda do ordenamento jurídico. (...) Estando, contudo, o processo findo, o dever (e não mero direito – como quis a Lei 9.784 em seu art. 54 - , muito menos simples faculdade) de anular passa a ser metrificado à luz do princípio da segurança jurídica, com as conotações mais de uma vez anteriormente expostas a seu propósito. Aqui, o interesse público e a paz social determinam que, transcorrido certo tempo,

ditado em obediência ao princípio da razoabilidade, se tenha por imutável o ato. E a lei federal do processo administrativo fixou esse prazo em cinco anos, contados da data da prática do ato (ou, no caso do ato que produza efeitos patrimoniais de trato sucessivo, a partir da percepção do primeiro pagamento). É dizer, o fluxo de tempo, com as ressalvas a serem lançadas mais adiante, tem um efeito saneador, só por si, sem a necessidade de declaração expressa, do ato originariamente ilegal.” (Ferraz, Sérgio e Dallari, Adilson Abreu, Processo administrativo, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 128/129 e 194)

“A propósito do fato consumado (como tive ocasião de sustentar in O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, São Paulo, Malheiros Editores, 2ª ed., 1999, p. 32-33), há resquícios inafastáveis para o acolhimento jurídico do fenômeno. Ei-los, em linhas bem sintéticas: 1º) o citado e incontornável respeito ao princípio da boa-fé do administrado (descendente do princípio jurídico da moralidade) que confia no ato estatal, sem, de modo algum, ter dado sinais de conspirar contra o interesse geral; 2º) a saudável exigência pretoriana da inexistência de danos ou prejuízos a terceiros; 3º) a passagem de largo lapso temporal, quando se tratar de atos constitutivos de direitos; 4º) a não-configuração

de qualquer tipo de fraude, pois esta tornaria irremediavelmente írrito o ato e afastaria os propósitos subjacentes à incidência mesma do princípio da boa-fé e 5º) a não-violação de outros requisitos substanciais quanto à licitude. Tais requisitos, gize-se, devem ser aplicados em consórcio indissolúvel, sob pena de se debilitar a juridicidade dos princípios constitucionais, quando do excepcional reconhecimento do fato consumado.” (Freitas, Juarez, As leis de processo administrativo, coord. Carlos Ari Sunfeld e Guillermo Andrés Muñoz, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 99)

Esclareça-se ainda que, nos termos das leis gerais sobre processo administrativo, a decadência do “direito” da Administração Pública invalidar seus próprios atos refere-se tanto aos vícios sanáveis por convalidação (atos anuláveis) como os insanáveis (atos nulos). Neste sentido, veja-se a lição de Luciano Ferraz:

“(…) ao se referir à anulação dos atos administrativos, a regra não faz distinção relativa à natureza dos vícios que podem atingi-los: tanto os atos que a doutrina costuma classificar como anuláveis, quanto os classificáveis como atos nulos, são tocados pela decadência do art. 54 da Lei nº 9.784/99.” (Ferraz, Luciano, Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99, org. Irene Patrícia

Nohara e Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho,
São Paulo: Atlas, 2011, págs. 132/133)

Tal posição doutrinária, diga-se, é a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que delimita o alcance da decadência prevista no artigo 54 da Lei Geral do Processo Administrativo Federal tanto para abranger os atos administrativos nulos como os atos administrativos anuláveis:

“O prazo decadencial para que a Administração Pública promova a autotutela, previsto no art. 54 da Lei n.º 9.784/99, é aplicável tanto aos atos nulos quanto aos anuláveis.” (STJ - AgRg no REsp: 1147446 RS 2009/0127512-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/09/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2012)

“A decadência prevista na lei 9.784/99 opera-se sobre o direito ao exercício de qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato, seja ele nulo ou anulável.” (STJ - AgRg no MS: 13407 DF 2008/0055867-3, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 28/05/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/02/2009)

“O prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 impõe-se como óbice à autotutela administrativa tanto nos atos nulos quanto nos anuláveis.” (STJ - AgRg no Ag: 1127574 RS

2008/0268367-1, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 18/08/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2009)

“O art. 54 da Lei 9.784/99, aplicável analogicamente ao presente caso, funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos (sejam eles nulos ou anuláveis) e permitindo, a *contrario sensu*, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno mínimo quinquenal, mediante a convalidação *ex ope temporis*, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.” (STJ - RMS: 24430 AC 2007/0142581-3, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 03/03/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/03/2009)

Destarte, nos termos da teoria geral das invalidades dos atos administrativos disciplinada pelas leis gerais de processo administrativo, independentemente do tipo de eiva que macula o ato, que o torne nulo ou anulável, passados cinco anos sem que o mesmo tenha sido convalidado

ou invalidado pela Administração Pública, repousará sobre ele o manto da imutabilidade em virtude da decadência do “exercício do direito de anular”.

Trazendo-se os precatórios para esta realidade dos atos administrativos, fica claro que, após o tribunal promover a inscrição da requisição judicial de pagamento contida na carta expedida pelos juízes da execução de sentença e assim constituir o precatório, terá o Estado-Juiz no exercício desta função administrativa (atípica) o prazo de cinco anos para sanar eventuais vícios que tornem o ato administrativo nulo ou anulável, sob pena de não mais poder invalidá-lo ou convalidá-lo.

Ultrapassado o prazo de cinco anos, opera-se a decadência do direito do tribunal de sanar os vícios do precatório por ele inscrito, passando tal ato administrativo, por força da segurança jurídica e da pacificação e estabilidade das relações jurídicas a ser considerado como fato consumado, enaltecendo-se assim a não eternização dos conflitos.

Tornar-se-á, portanto o precatório impassível de invalidação ou convalidação por meio do exercício da autotutela pelo tribunal após o decurso do prazo de cinco anos iniciados quando da sua inscrição.

Diga-se ainda que, nos termos das normas gerais de processo administrativo, para que os tribunais não percam seu exercício do “direito” de anular os precatórios por eles emitidos, deverão adotar, antes do esgotamento do prazo decadencial que se inicia quando da inscrição do precatório, qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação do aludido ato administrativo:

“Para que a Administração Pública evite a decadência do direito de rever seus próprios atos é

necessário que as providências revisionais, para as quais se há de abrir prazo ao contraditório e à ampla defesa em processo regularmente instaurado, sejam adotadas antes do término dos cinco anos contados da vigência do ato impugnado. Trata-se, pois, de decadência de direito da Administração e não prescrição das parcelas individualizadas pagas mensalmente em caráter de continuidade, em favor do interessado.” (Guimarães, Francisco Xavier da Silva, Direito processual administrativo: comentários à Lei nº 9.784/99 com as alterações da Lei nº 11.417/06, Belo Horizonte: Fórum, 2008, pág. 157)

E lembre-se aqui que, sendo a inscrição do precatório um ato administrativo composto praticado apenas e tão somente dentro da seara do Poder Judiciário (primeiramente pelo juiz da execução quando da expedição da carta e depois pelo presidente do tribunal para promover o devido processamento), de nada adiantarão intervenções da Fazenda Pública visando anular o precatório, já que, deduz-se dos termos da Lei do Processo Administrativo que o “exercício do direito de anular” tem por óbvio titular exclusivo aquele que praticou o ato administrativo.

Para elidir a decadência do “exercício do direito de anular” deve partir do tribunal, e não da Fazenda Pública, a iniciativa para invalidar o precatório sob processamento e, caso tal anulação do ato administrativo não se dê dentro do quinquídio decadencial iniciado após a inscrição do precatório, o mesmo não poderá ser mais cancelado.

Desta forma, em razão da inércia do tribunal não só em detectar e apurar a ocorrência de vício no precatório por ele inscrito como também de convalidar ou anular o ato administrativo em questão, a requisição judicial que dirige a ordem de pagamento de quantia certa para a Fazenda Pública tornar-se-á impassível de invalidação devendo surtir efeitos independentemente dos eventuais vícios que a maculem.

Ou seja, mesmo sendo o seu erário a ser o afetado pela ordem de pagamento contida no precatório, a Fazenda Pública não poderá invalidar tal ato administrativo, já que o mesmo é praticado pelo Poder Judiciário, cabendo tão somente a este último o cancelamento de precatórios em decorrência de sua invalidação.

5) Considerações finais

Por tudo o que foi exposto, crê-se possível concluir resumidamente que, uma vez inscrito o precatório, o tribunal, e apenas e tão somente tal órgão público, tem cinco anos para cancelá-lo ou convalidá-lo em decorrência de vícios presentes no ato administrativo.

Passados cinco anos da inscrição sem que o tribunal tenha cancelado o precatório, o mesmo não poderá mais anulado, devendo a ordem de pagamento nele contida ser devidamente cumprida pela Fazenda Pública independentemente dos vícios que outrora acometeram o ato administrativo em questão.

Mesmo que a Fazenda Pública aduza a ocorrência de vícios no precatório dentro do prazo decadencial de cinco anos (iniciado a partir da inscrição), se o tribunal só vier cancelá-lo a destempo só restará ao destinatário da ordem de pagamento cumprir a ordem judicial e, posteriormente, buscar o devido ressarcimento contra quem deu azo a

eventuais prejuízos que entenda ter sofrido (responsabilidade esta que, por óbvio, não é imputável ao beneficiário do precatório).

Agora, para finalizar, bom é que se diga que, caso seja verificada má-fé[36] por parte do beneficiário do precatório, não haverá de falar em fluência do prazo decadencial de cinco anos. Por outro lado, não havendo comprovação de má-fé do beneficiário (a boa-fé, como visto, é presumida) ou tendo ela ficado circunscrita à própria Administração Pública[37], o único empecilho para a fluência do quinquídio decadencial que permite a invalidação/cancelamento do precatório por parte do tribunal é a adoção de alguma medida que importe na impugnação do ato administrativo, sob pena do comprometimento do “exercício do direito de anular” e consequente estabilização da relação jurídica e imutabilidade do crédito constituído no precatório, restando tão somente a possibilidade do seu cumprimento.

NOTAS:

[1] Bulos, Uadi Lammêgo, Constituição Federal anotada, 5ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 39/2002, São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 949.

[2] “Não cabe Recurso Extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”.

[3] “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.”

[4] “Os Poderes de Estado figuram de forma expressa em nossa Constituição: são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o judiciário (art. 2º). A cada um dos Poderes de Estado foi atribuída determinada função. Assim, ao Poder Legislativo

foi cometida a função normativa (ou legislativa); ao Executivo, a função administrativa; e, ao Judiciário, a função jurisdicional. Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há, sim, preponderância. As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Aliás, é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição. Por essa razão é que os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (funções típicas), desempenham também funções que materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (funções atípicas), sempre, é óbvio, que a Constituição o autorize. O Legislativo, por exemplo, além da função normativa, exerce a função jurisdicional quando o Senado processa e julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal pelos mesmos crimes (art. 52, 11, CF). Exerce também a função administrativa quando organiza seus serviços internos (arts. 51, IV, e 52, XIII, CF). O Judiciário, afóra sua função típica (função jurisdicional), pratica atos no exercício de função normativa, como na elaboração dos regimentos internos dos Tribunais (art. 96, I, "a", CF), e de função administrativa, quando organiza os seus serviços (art. 96, I, 'a', 'b', 'c'; art. 96, 11, 'a', 'b' etc.). Por fim, o Poder Executivo, ao qual incumbe precipuamente a função administrativa, desempenha também função atípica normativa, quando produz, por exemplo, normas gerais e abstratas através de seu poder regulamentar (art. 84, IV, CF), ou, ainda, quando edita medidas provisórias (art. 62, CF) ou leis delegadas (art. 68, CF).

Quanto à função jurisdicional, o sistema constitucional pátrio vigente não deu margem a que pudesse ser exercida pelo Executivo. A função jurisdicional típica, assim considerada aquela por intermédio da qual conflitos de interesses são resolvidos com o cunho de definitividade (*res iudicata*), é praticamente monopolizada pelo Judiciário, e só em casos excepcionais, como visto, e expressamente mencionados na Constituição, é ela desempenhada pelo Legislativo.” (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 03)

[5] “Na prática, a função administrativa tem sido considerada de caráter residual, sendo, pois, aquela que não representa a formulação da regra legal nem a composição de lides in concreto. Mais tecnicamente pode dizer-se que função administrativa é aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica.” (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, págs. 04/05)

[6] Sobre o conceito de ato administrativo, pode se dizer que é a noção “de que entre a lei e a operação material da Administração deve existir uma declaração prévia de vontade, submetida a uma forma determinada, afirmando que um caso individual encontra-se subsumido a uma regra de direito e que a Administração fará valer a norma sobre ele.” (Soares, Lucécia Martins, As leis de processo administrativo, coord. Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 126)

[7] “Atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (*ius imperii*), não intervindo a vontade dos administrados para sua prática.” (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27^a. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 130)

[8] “Atos individuais (também denominados concretos) são os que se preordenam a regular situações jurídicas concretas, vale dizer, têm destinatários individualizados, definidos, mesmo coletivamente”. (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27^a. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 130)

[9] “Atos internos são aqueles que se dispõem a produzir efeitos no âmbito interno das repartições públicas. Dirigem-se aos agentes, órgãos ou entidades da Administração Pública, não incidindo diretamente sobre os particulares.” (Miranda, Henrique Savonitti, Curso de direito administrativo, 3^a. ed., rev. Brasília: Senado Federal, 2005, pág. 205)

[10] “O ato vinculado é aquele em que o agente público fica com sua possibilidade de atuação restrita à única hipótese veiculada pelo mandamento normativo. Não há margem para escolhas. São exemplos desses atos a concessão de aposentadoria e a expedição de licença para dirigir veículos automotores”. (Miranda, Henrique Savonitti, Curso de direito administrativo, 3^a. ed., rev. Brasília: Senado Federal, 2005, pág. 206)

[11] “Ato constitutivo é aquele pelo qual a Administração cria, modifica ou extingue um direito ou uma situação do administrado. É o caso da permissão, autorização, dispensa, aplicação de penalidade,

revogação”. (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 27^a. ed., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 236)

[12] “Ato composto é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele.” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 27^a. ed., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 234)

[13] “Já os atos compostos não se compõem de vontades autônomas, embora múltiplas. Há, na verdade, uma só vontade autônoma, ou seja, de conteúdo próprio. As demais são meramente instrumentais, porque se limitam à verificação de legitimidade do ato de conteúdo próprio.” (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27^a. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 132)

[14] “Embora, nos atos compostos, uma das vontades já tenha conteúdo autônomo, indicando logo o objetivo da Administração, a outra vai configurar-se, apesar de meramente instrumental, como verdadeira condição de eficácia.” (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27^a. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 132)

[15] “São irrevogáveis os atos que a Administração não mais pode retirar do mundo jurídico por razões administrativas ligadas a sua conveniência e oportunidade. Como exemplo, uma licença para exercer profissão.” (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito

administrativo, 27^a. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 133)

[16] “que pode suceder pelas seguintes razões: a) esgotamento do conteúdo jurídico; por exemplo, o gozo de férias de um funcionário; b) execução material; por exemplo, a ordem, executada, de demolição de uma casa; c) implemento de condição resolutiva ou termo final;” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 27^a. ed., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 247)

[17] “A extinção dos atos administrativos pode acontecer em virtude da ocorrência de fatos jurídicos, que se apresentam como acontecimentos naturais ou involuntários capazes de trazer consequências para o Direito, ou em razão de atos jurídicos, que consistem em manifestações da vontade humana, aptas a desencadear relações intersubjetivas que interfiram na esfera jurídica de alguém.” (Miranda, Henrique Savonitti, Curso de direito administrativo, 3^a. ed., rev. Brasília: Senado Federal, 2005, pág. 218)

[18] “Como bem assinala DORIS PICCININI GARCIA, a extinção do ato administrativo deveria ser aquela que resultasse do cumprimento de seus efeitos. Aduz, entretanto, que não se pode deixar de reconhecer que há outras formas anômalas pelas quais ocorre a extinção”. (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27^a. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 153)

[19] “Toda relação jurídica – e não seria diferente com a relação jurídico-administrativa – pressupõe a existência de, ao menos, dois sujeitos e de um objeto; daí porque se dizer que ao Direito não interessam os problemas intra-subjetivos. Os sujeitos da relação jurídico-

administrativa são a Administração Pública e o destinatário do ato, ao passo que o objeto consiste no liame que une os dois sujeitos. Com a desaparecimento de um desses elementos indispensáveis, extingue-se o ato administrativo. O desaparecimento do elemento subjetivo Administração ocorre, v.g., com a extinção de uma autarquia ou de uma fundação pública. O destinatário do ato, por sua vez, desaparece com a morte de um servidor, extinguindo os efeitos da nomeação, ou com a dissolução de uma empresa, pondo fim a um ato de autorização ou permissão. Como exemplos de desaparecimento do objeto, lembramos as hipóteses de tomada pelo mar de um terreno de marinha dado como enfiteuse, ou a destruição do *World Trade Center*, pelos atos dos terroristas, ou de imóveis da orla da Indonésia, provocada pelo *tsunami*, que extinguem, v.g., as licenças de uso comercial desses imóveis. (Miranda, Henrique Savonitti, Curso de direito administrativo, 3^a. ed., rev. Brasília: Senado Federal, 2005, págs. 219/220)

[20] Citando Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que a retirada do ato administrativo subdivide-se em: a) revogação, em que a retirada se dá por razões de oportunidade e conveniência; b) invalidação, por razões de ilegalidade; c) cassação, em que a retirada se dá ‘porque o destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica’; o autor cita o exemplo de cassação de licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância; d) caducidade, em que a retirada se deu ‘porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação antes permitida pelo direito e outorgada pelo ato precedente’; o exemplo dado é a caducidade de

permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso; e) contraposição, em que a retirada se dá ‘porque foi emitido ato com fundamento em competência diversa que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daqueles’; é o caso da exoneração de funcionário, que tem efeitos contrapostos ao da nomeação.” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 27^a. ed., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 247)

[21] Citando Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, define renúncia como a forma de extinção do ato administrativo “pela qual se extinguem os efeitos do ato porque o próprio beneficiário abriu mão de uma vantagem de que desfrutava.” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 27^a. ed., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 247)

[22] “É aquela que decorre do cumprimento normal dos efeitos do ato. Se nenhum outro efeito vai resultar do ato, este se extingue naturalmente. Exemplo: a destruição de mercadoria nociva ao consumo público; o ato cumpriu seu objetivo, extinguindo-se naturalmente.” (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27^a. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 153)

[23] “Embora muitos dos autores se refiram à ‘anulação’ dos atos administrativos, decidimos adotar o termo ‘invalidação’, seguindo, aliás, a posição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para significar qualquer desconformidade do ato com as normas reguladoras, evitando-se, desse modo, que a referência à ‘anulação’ cause a insinuação de que trata de processo de desfecho apenas da anulabilidade, e não da nulidade.”

(Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27^a. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 156)

[24] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 27^a. ed., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 248

[25] “A convalidação (também denominada por alguns autores de aperfeiçoamento ou sanatória) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte. Só é admissível o instituto da convalidação para a doutrina dualista, que aceita possam os atos administrativos ser nulos ou anuláveis.” (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27^a. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 165)

[26] “O aspecto que se discute é quanto ao caráter vinculado ou discricionário da anulação. Indaga-se: diante de uma ilegalidade, a Administração está obrigada a anular o ato ou tem apenas a faculdade de fazê-lo? Há opiniões nos dois sentidos. Os que defendem o dever de anular apegam-se ao princípio da legalidade; os que defendem a faculdade de anular invocam o princípio da predominância do interesse público sobre o particular. Para nós, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão. Também têm aplicação os princípios da segurança jurídica nos aspectos objetivo (estabilidade das relações jurídicas) e subjetivo (proteção à confiança) e da boa-fé.” (Di Pietro, Maria Sylvia

Zanella, Direito administrativo, 27^a. ed., São Paulo: Atlas, 2014, págs. 248/249)

[27] “O fundamento dessa iniciativa reside no princípio da legalidade (art. 37, caput, CF). De fato, o administrador não estaria observando o princípio se, diante de um ato administrativo viciado, não declarasse a anomalia através de sua invalidação. (...) A autotutela se caracteriza pela iniciativa de ação atribuída aos próprios órgãos administrativos. Em outras palavras, significa que, se for necessário rever determinado ato ou conduta, a Administração poderá fazê-lo *ex officio*, usando sua autoexecutoriedade, sem que dependa necessariamente de que alguém o solicite. Tratando-se de ato com vício de legalidade, o administrador toma a iniciativa de anulá-lo; caso seja necessário rever ato ou conduta válidos, porém não mais convenientes ou oportunos quanto a sua subsistência, a Administração providencia a revogação.” (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27^a. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 159 e 161)

[28] “(...) a Administração tem o dever de restaurar a legalidade; e, nesse intuito, acaso verificada a impossibilidade de convalidar o ato viciado, restar-lhe-á analisar, no bojo de processo administrativo específico, a viabilidade de invalidá-lo.” (Simões, Mônica Martins Toscano, O processo administrativo e a invalidação de atos viciados, São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 158)

[29] “Se é verdade que a Administração tem o dever de autotutela, não menos verdadeiro é o fato de que o exercício de tal dever esbarra em limites.” (Simões, Mônica Martins Toscano, O processo administrativo e a invalidação de atos viciados, São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 160)

[30] “O decurso do tempo, como é sabido, estabiliza certas situações fáticas, transformando-as em situações jurídicas. Aparecem aqui as hipóteses da prescrição e da decadência para resguardar o princípio da estabilidade das relações jurídicas. Desse modo, se o ato é inválido e se torna ultrapassado o prazo adequado para invalidá-lo, ocorre a decadência, como adiante veremos, e o ato deve permanecer como estava.” (Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo, 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 160)

[31] “O prazo quinquenal aludido no art. 54 é decadencial e não prescricional: o que se extingue, pelo decurso dele, ausente má-fé do interessado, é o próprio direito da Administração Pública Federal de anular o ato administrativo. Esse direito à invalidação não possui pretensão (jurídica) que lhe corresponda, tal como se dá no caso da prescrição, pois ‘nada há exigir no comportamento da outra parte (administrado), como também nenhum dever jurídico corresponde ao direito de invalidar’”. (Ferraz, Luciano, Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99, org. Irene Patrícia Nohara e Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, São Paulo: Atlas, 2011, págs. 131/132)

[32] “A natureza decadencial do prazo previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 afasta conceitualmente a tese que pretende limitar sua incidência à esfera administrativa. A possibilidade de se buscar a invalidação do ato pela via judicial também é fulminada pela decadência, deve pronunciá-la de ofício, nos termos do art. 210 do Código Civil, extinguindo o processo com resolução do mérito, na forma do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.” (Ferraz, Luciano, Processo administrativo: temas polêmicos da Lei

nº 9.784/99, org. Irene Patrícia Nohara e Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, São Paulo: Atlas, 2011, pág. 132)

[33] “(...) vale observar que o art. 54 da lei federal expressamente mencionou que ‘decai em cinco anos’ o direito da Administração de anular os atos administrativos viciados. Está a se dizer que a Administração recebeu um limite temporal para o exercício de sua competência de invalidar o ato vicioso.” (Soares, Lucécia Martins, As leis de processo administrativo, coord. Carlos Ari Sunfeld e Guilherme Andrés Muñoz, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 161)

[34] “(...) a Administração Pública não pode pressupor má-fé do administrado, sem que haja comprovação de sua efetiva ocorrência, para se amparar na possibilidade de anular ato após o prazo legal. (...) não é correta, portanto, conduta de agente público que invalida benefício após o lapso legal, a partir de alegação de má-fé do administrado, quando em realidade ocorreu erro da própria Administração em conceder benefício a maior.” (Nohara, Irene Patrícia e Marrara, Thiago, Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada, São Paulo: Atlas, 2009, pág. 348)

[35] “Note-se que para o reconhecimento da decadência, o legislador não exige boa-fé do agente. O dispositivo alude a ‘ausência de má-fé’ (do agente) e essa menção, sobre ser mera discussão semântica, traz repercussões importantes no que toca ao ônus de prova do elemento anímico, para divisar a incidência ou não da decadência. Com efeito, se a lei tivesse referido à expressão salvo comprovada boa-fé, o ônus de demonstrá-la – a boa-fé – seria do destinatário do ato. Mas, ao optar pela expressão salvo comprovada má-fé, deixou ver o que esta (boa-fé) é

sempre presumida e que a má-fé somente deve ser proclamada *beyond all reasonable doubt* (além de qualquer dúvida razoável).” (Ferraz, Luciano, Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99, org. Irene Patrícia Nohara e Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, São Paulo: Atlas, 2011, pág. 137)

[36] “(...) havendo má-fé (v.g., fraude ou participação em fraude por parte do beneficiário dos efeitos do ato viciado) inexistente, pela simples e boa leitura da lei, prazo algum decadencial para o direito/dever de anulação. Em outras palavras, a má-fé do beneficiário torna o ato incorrigivelmente nulo e não simplesmente anulável. Para a decretação de nulidade absoluta, continua a inexistir, neste caso, qualquer prazo legal. Convenhamos: nem poderia ser diferente, pois seria escárnio, além de violação grave ao sistema, se a imoralidade tivesse o condão de provocar fato consumado em prol do desonesto beneficiário. (...) o dispositivo alude, pois, à má-fé em geral, seja a do administrado, seja a do administrador, isoladamente consideradas ou em conjunto, porquanto o viés da restrição debilitaria e macularia, entre outros, o princípio da moralidade jurídica. Dito clara e objetivamente: havendo má-fé do administrado ou do agente público (nesta caso, configurando improbidade administrativa), não se aplica o prazo decadencial do art. 54, sob pena de periclitarem o sistema, opondo a segurança das relações jurídicas às exigências mínimas da moralidade. Ora, os princípios constitucionais devem ser mutuamente relativizados, não se admitindo a eliminação de qualquer um deles. Logo indubitável que a ilicitude, sendo de natureza significativa e grave, tal como sucede, v.g., quando da prática de ato de improbidade de qualquer uma das espécies (enriquecimento ilícito, dano

ao erário ou mera violação aos princípios), deverá acarretar, sem a menor condescendência, a nulidade absoluta e consectários, sendo inaplicável o referido prazo decadencial, devendo a Administração Pública, a qualquer tempo, decretar tal nulidade ou deverá o Poder Judiciário fazê-lo, devidamente provocado.” (Freitas, Juarez, As leis de processo administrativo, coord. Carlos Ari Sunfeld e Guillermo Andrés Muñoz, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 99/100)

[37] “Essa má-fé deve ser do destinatário do ato, não podendo este ser prejudicado por conduta imoral alheia.” (Nassar, Elody, Prescrição na administração pública, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 245)

BREVES PONDERAÇÕES À RESOLUÇÃO DE SÃO DOMINGOS DE 1974

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise da Resolução de São Domingos de 1974 como proeminente diploma de proteção do patrimônio cultural. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e

imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Tutela Jurídica. Documentos Internacionais.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Breves Ponderações à Resolução de São Domingos de 1974.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que

outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um*

organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”[3].* Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de

boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º** - *Constituem objetivos fundamentais da*

República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da

espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de*

elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que

concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda

a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas

instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os

preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações*

tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluido, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “*o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental*”[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em

comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N°

2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de

valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Breves Ponderações à Resolução de São Domingos de 1974

Em um primeiro momento, cuida anotar que a Resolução de São Domingos, promulgada em dezembro de 1974[23], estabelece que a salvação dos centros históricos é um compromisso social além de cultural e deve fazer parte da política de habilitação, para que nela se levem em conta os recursos potenciais que tais centros possam oferecer. Todos os programas de intervenção e resgate dos centros históricos devem, portanto, trazer soluções de saneamento integral que permitam a permanência e melhoramento da estrutura social existente. A iniciativa privada e o seu apoio financeiro constituem uma contribuição fundamental para a conservação e valorização dos centros históricos, sendo recomendado a todos os governos estimular essa contribuição mediante disposições legais, incentivos e facilidades de caráter econômico. Os problemas da preservação monumental obrigam a um trabalho prévio de investigação documental e arqueológico, devendo levar-se a cabo estudos integrais para resgatar a maior quantidade de dados relacionados com a história do sítio. Igualmente, a resolução em comento estabeleceu que, respaldados na noção do centro monumental, tais estudos deverão ser estendidos à proteção dos valores e costumes tradicionais e naturais da área em questão.

Em apoio ao estabelecido nas Normas de Quito, o Centro Interamericano do Inventário do Patrimônio Histórico e Artístico,

recentemente criado em Bogotá, deve resgatar, de acordo com os governos de Espanha e Portugal, a documentação de interesse monumental existente em seus arquivos; cabe-lhe, ainda, realizar, com atividade prioritária, um inventário dos monumentos que, em território americano, tenham um significado transcendental para o patrimônio da humanidade. Criar uma Associação Interamericana de Arquitetos e Especialistas na Proteção do Patrimônio Monumental, que divulgue o trabalho dos seus membros mediante uma publicação a cargo de um centro ou instituto especializado. Essa associação se formou em São Domingos e serão seus membros fundadores os delegados ao Seminário Interamericano sobre Experiências na Conservação do Patrimônio Monumental dos Períodos Colonial e Republicano. Também serão membros os especialistas participantes que formalizarem sua inscrição de acordo com os regulamentos estabelecidos.

Reconhecendo o trabalho positivo realizado pela Unidade Técnica de Patrimônio Cultural do Departamento de Assuntos Culturais a cargo do Projeto de Proteção do Patrimônio Cultural Histórico e Artístico instituído pela OEA e constatando que, no campo da preservação do patrimônio monumental da América, existem necessidades que não puderam ser satisfeitas pelo mencionado projeto devido à falta de recursos adequados, solicitamos que na próxima Assembleia Geral da OEA se destinem maiores fundos, que permitam ao mencionado projeto cumprir cabalmente objetivos para os quais foi criado. Ao lado disso, os Estados Membros da OEA deveriam criar um fundo de emergência que permita a rápida disponibilidade de recursos para a salvação de bens monumentais americanos nos países de menor desenvolvimento relativo, que

constituem monumentos inalienáveis para ao patrimônio da humanidade e estão em iminente perigo de desaparecimento.

Os projetos de preservação monumental devem fazer parte de um programa integral de valorização, que defina não apenas a sua função monumental, como também o seu destino e manutenção, e leve prioritariamente em conta a melhoria socioeconômica de seus habitantes. Sendo o turismo um meio de preservação dos monumentos, os planos de desenvolvimento turístico devem constituir uma via mediante a qual, com a utilização de alto nível técnico, se logrem objetivos importantes na proteção e preservação do patrimônio cultural americano. O Centro Interamericano de Restauração de Bens Culturais, que atualmente funciona no México, deveria atuar como o organismo que recopile e difunda as atividades empreendidas pelos países que integram o sistema interamericano no campo da preservação monumental. Independentemente da fonte anterior de informação, torna-se indispensável o intercâmbio pessoal de experiências, devendo realizar-se seminários como este a cada dois anos, com o patrocínio da OEA, em um dos seus Estados Membros, o segundo dos quais se realizará na Colômbia, no ano de 1976.

Ao lado disso, a Resolução de São Domingos de 1974^[24] estabelecia que fossem criadas oficinas de ensino nível artesanal para formação de operários que sejam eficazes auxiliares na tarefa da restauração monumental, respaldando-se e ampliando-se em nível interamericano a atual escola-oficina de obras de pedra que funciona no Museu das Casas Reais, na República Dominicana. Tendo-se iniciado em São Domingos, antiga Espanhola, o processo cultural ibero-americano e

contando a República Dominicana com um centro como o Museu das Casas Reais, que se dedica ao estudo científico desse processo histórico, recomenda-se a ampliação de suas atividades em nível internacional, procurando que, tanto nos trabalhos de investigação como na formação acadêmica, orientem-se os seus trabalhos em todo o continente para a mais cabal compreensão da integração cultural americana.

O primeiro Seminário Interamericano sobre Experiência na Conservação e Restauração do Patrimônio Monumental dos Períodos Colonial e Republicano, do qual resultou a resolução em comento, quer fazer constar o seu reconhecimento pelo patrocínio assumido pelo Governo da República Dominicana e pela Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), para realização deste Primeiro Seminário Interamericano, cujo proveito se fará sentir no âmbito de todo o hemisfério. São Domingos é um ponto de partida para o fortalecimento e a integração profissional dos especialistas em conservação do patrimônio monumental da América. O Primeiro Seminário Interamericano sobre Experiências na Conservação do Patrimônio Monumental dos Períodos Colonial e Republicano quer igualmente fazer constar o trabalho exemplar que o Governo Dominicano empreende para a preservação e a valorização do patrimônio monumental da República Dominicana.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Lei N°. 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. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 21 mar. 2015.

_____. **Resolução de São Domingos.** Promulgada em dezembro de 1974. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: g.jus.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões**. 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de

exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] 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. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta

Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de

exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a

Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] BRASIL. **Resolução de São Domingos**. Promulgada em dezembro de 1974. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

[24] BRASIL. **Resolução de São Domingos**. Promulgada em dezembro de 1974. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2015.

SEGURO DESEMPREGO - MUDANÇAS NA LEI

VALQUIRIA ROCHA BATISTA:
Advogada e sócia do Rocha & Mouta Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade da Cidade de São Paulo (1999 - 2002); Pós-graduada em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (2003 - 2004); Especialista em Direito Trabalhista pela Escola Superior de Advocacia do Estado de São Paulo (2004 - 2005). Além de diversos cursos extensão, simpósio e seminários, especializada na área Trabalhista, elaboração das peças processuais, responsável pelo acompanhamento escritório e sócia.

O Seguro Desemprego é um dos mais importantes direitos dos trabalhadores que foram demitidos sem justa causa, sendo instituído pela Lei 7.998/90, alterado pela Lei 8.900/94.

Ressalta-se que o seguro desemprego tem como finalidade prover assistência financeira do trabalhador desempregado por alguns meses. O Seguro Desemprego auxilia na manutenção do trabalhador até que o mesmo consiga uma nova recolocação no mercado de trabalho.

Entretanto, recentemente ocorreram algumas mudanças no recebimento do Seguro Desemprego.

A Medida Provisória 655, publicada em Dezembro de 2014, alterou a Lei 7.998/90, dispondo sobre o direito ao recebimento do benefício “seguro desemprego” pela primeira e segunda vez.

A nova redação do artigo 3º da Medida Provisória prevê que o trabalhador somente fará jus ao recebimento do benefício no primeiro

pedido caso tenha trabalhado pelo menos dezoito meses nos últimos vinte e quatro meses que antecede a data da sua dispensa.

Já no caso do segundo pedido para recebimento do seguro o empregado deverá comprovar que trabalhou pelo menos doze meses nos últimos dezesseis meses e, por fim, no caso do terceiro requerimento deverá comprovar tão somente seis meses de trabalho imediatamente anterior a sua dispensa.

Observamos que com as novas mudanças na lei, o trabalhador somente terá direito a receber o seguro desemprego, desde que comprovar o recebimento de salários em 18 meses.

Comprovado o recebimento dos respectivos salários fará jus ao recebimento de 4 parcelas do seguro, porém caso comprove o recebimento de 24 salários fará jus ao recebimento de 5 parcelas.

Note-se que a mudança da nova lei do seguro desemprego altera tão somente o recebimento do benefício no primeiro e segundo requerimento, devendo o trabalhador comprovar, nestes casos, o recebimento de salários conforme mencionado acima.

Pela regra antiga, o trabalhador tinha direito ao seguro-desemprego depois de seis meses de trabalho com a carteira assinada.

Diante do exposto, fica evidente que para dar entrada, pela primeira vez no seguro desemprego, o trabalhador precisa ter trabalhado pelo menos 18 meses. Na segunda solicitação do seguro-desemprego, o prazo mínimo cai para 12 meses, e na terceira vez, cai para seis meses.

Importante ressaltar que a Medida Provisória 655/14 entrou em 28/02/2015, ou seja, os trabalhadores que forem demitidos após esta data deverão seguir a nova regra!!

NULIDADE DOS VOTOS: A QUESTÃO DA NULIDADE, ANULABILIDADE E O APROVEITAMENTO

ALLAN DE ALCÂNTARA: Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Mato Grosso. Procurador Federal.

Resumo: A nulidade dentro na seara eleitoral deve levar em consideração, antes de tudo, que as normas de direito eleitoral são de ordem pública, impostas pelo Estado e que não podem ser afastadas pela vontade das partes, ainda que todos estejam de acordo. Podemos dizer que as nulidades devem ser reconhecidas de ofício e com ampla margem de legitimados para alegá-las, já que diversas circunstâncias estão envolvidas em uma eleição. As hipóteses de nulidade estão regulamentadas pelo artigo 220 do Código Eleitoral. A diferença primordial entre a nulidade e anulabilidade não tem grande importância neste ramo do direito. Para que sejam buscadas as diferenças primordiais entre o que é anulável e o que é nulo para o direito eleitoral, é preciso averiguar a causa que o levou a ser imperfeito e a forma de declará-lo ou constituí-lo como tal. Os casos de anulabilidade estão inseridos nos artigos 221 e 222 do Código Eleitoral. O princípio do Aproveitamento dos Votos, por sua vez, tem fundamental importância para a preservação dos direitos constitucionais, em especial dos direitos políticos, notadamente no sistema proporcional.

Palavras-chaves: **Votos. Nulidade votação. Nulidade dos votos. Anulabilidade. Princípio do aproveitamento dos votos. Aproveitamento no sistema proporcional.**

Sumário: 1 Introdução; 2 Nulidade dos votos; 3 Anulabilidade dos votos; 4 Princípio do Aproveitamento dos votos; 5 Anulação dos votos no sistema proporcional; 6 Conclusão; 7 Referências.

1. Introdução

Para que um ato seja completo e considerado válido deve cumprir determinados requisitos básicos, que muitas vezes vem previstos na própria lei. Com isso, transcorrido todo o caminho regularmente, podemos dizer se determinado ato está ou não compatível com o direito. Qualquer incompatibilidade pode torná-lo nulo ou anulável, que nada mais é do que a invalidade do ato.

Os atos que tornam a votação nula ou anulável, apesar das diferenças entre si e dos modos de surgimento, em razão das questões de ordem pública que as permeia, têm, no mais das vezes, as mesmas consequências, mormente na seara eleitoral.

Conquanto isso, é preciso sempre analisar a anulabilidade sobre o prisma do princípio do Aproveitamento dos Votos, um dos mais importantes dentro do Direito Eleitoral. Regido pela preservação dos direitos constitucionais, notadamente dos direitos políticos. O objetivo primordial deve ser evitar com que os votos se percam.

Esse princípio tem grande aplicabilidade dentro do sistema proporcional adotado pelo constituinte originário de 1988, tendo o

Código Eleitoral previsto situações que, a par da aparente nulidade e inaproveitabilidade do voto dado, são superadas para dar ao voto um mínimo de validade.

2. Nulidade da votação

A nulidade dentro na seara eleitoral deve levar em consideração, antes de tudo, que as normas de direito eleitoral são de ordem pública, impostas pelo Estado e que não podem ser afastadas pela vontade das partes, ainda que todos estejam de acordo. Não obstante, conforme nos ensina Gomes (2011, p. 422), a nulidade somente será declarada quando houver prejuízo:

Em matéria de nulidade, acolheu o legislador eleitoral o critério do prejuízo, cuja síntese foi cristalizada no brocardo *pas de nullité sens grief*. Assim, não se pronuncia nulidade sem que haja efetivo prejuízo. Também não se desprezou o princípio que manda respeitar a ordem pública e os superiores interesses atinentes à higidez e legitimidade das eleições. Com efeito, dispõe o artigo 219 do Código Eleitoral que “na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo”. Prestigia-se, com isso, a interpretação teleológica, devendo

o intérprete atentar para os fins e resultados visados pela norma.

Podemos dizer que as nulidades devem ser reconhecidas de ofício e com ampla margem de legitimados para alegá-las, já que diversas circunstâncias estão envolvidas em uma eleição. Não é apenas a norma que a traz ou os interesses de quem as percebe. É a questão do voto e da soberania popular que ali está sendo maculada por um ato imperfeito que pode contaminar toda a legitimidade de um pleito.

Conquanto isso, as nulidades são muitas das vezes declaradas de ofício e não atingidas pela preclusão, ou seja, podem ser alegadas em qualquer grau de jurisdição e em qualquer momento, sem que seja tolhido o direito de vê-las expurgadas. Mas no direito eleitoral, como afirma Gomes (2011, p. 423), existe uma situação peculiar devido à temporariedade que são encontrados nos mandatos eletivos:

Debata a doutrina acerca da perpetuidade dos efeitos da nulidade, de modo que possa sempre ser arguida em juízo. Mas é certo que, por sua própria natureza, o Direito Eleitoral repete tal tese. De sorte que, nessa seara, sujeita-se a nulidade aos efeitos da preclusão. Por força do regime republicano, os mandatos são temporários, renovando-se as eleições periodicamente. Assim, os interesses ligados à estabilidade do sistema político, à governabilidade e à paz social recomendam

que questões desse jaez não fiquem abertas para a posteridade. Mesmo porque, com o fim do período do mandato deixa de subsistir interesse prático na discussão de eventual nulidade detectada no respectivo processo eleitoral.

As hipóteses de nulidade estão regulamentadas pelo artigo 220 do Código Eleitoral, entre as quais sedimenta que é nula a votação quando feita perante junta não nomeada pelo juiz eleitoral ou constituída com ofensa a lei; efetuada em folhas de votação falsa; realizada em horário ou dia diverso do designado; quando não observada alguma formalidade essencial para o sigilo do sufrágio; quando a seção eleitoral tiver sido localizada com infração ao artigo 135, §4º e 5º do Código Eleitoral – como ser fixada na propriedade de determinado candidato, entre outros.

Já no que tange as nulidades das cédulas e votos, estão descritas nos artigos 175, §3º e 4º, bem como no artigo 16-A, parágrafo único – que será objeto de mais profundo estudo adiante. Gomes (2011, p. 425) recorda, assim, que o artigo 220 não é taxativo quanto às nulidades, que também são trazidas por estes dois artigos citados, fazendo o seguinte e importante comentário sobre o artigo 175:

Conforme salientado, tendo em vista a consolidação do sistema de votação eletrônica e o avanço tecnológico que se experimenta nos dias atuais, torna-se cada vez mais raro o uso

de cédula para votar. Tal ocorre apenas em casos excepcionais, quando a urna apresentar feito insanável ou de difícil reparação no momento da votação e não puder ser substituída por outra, a chamada urna de contingência. Somente se não houver êxito com esta e com os respectivos procedimentos de contingência é que a votação passa a ser por cédula. Mas ainda aqui, no que concerne ao pleito majoritário, atualmente são empregadas 'cédulas genéricas' na votação manual, de sorte que se tornaram obsoletas e inaplicáveis as hipóteses descritas no aludido §1º, incisos I e II. Diante disso, pode-se afirmar a diminuta importância das situações prescritas no transcrito artigo 175, I, II, §§ 1º e 2º, que praticamente entraram em desuso. A mera leitura desses dispositivos revela que as hipóteses que veiculam chegam a ser de difícil ocorrência na prática. Permanecem, porém, as hipóteses descritas nos §§3º e 4º.

Logo, as nulidades no direito eleitoral são consideradas de aplicabilidade restrita, até porque o que está realmente em jogo é interesses de grande valia, como é a legitimidade de um mandato outorgado nos moldes de um sistema eleitoral constitucionalmente

previsto e que garante a soberania popular ao povo, que pode exercer os poderes diretamente ou por meio dos representantes eleitos.

3. Anulabilidade da votação

Aqui cabe enfatizar que a diferença primordial entre a nulidade e anulabilidade não tem grande importância neste ramo do direito. O fato de a anulabilidade ser, normalmente, considerada como de interesses privados e, por isso mesmo, suscetíveis de convalidação, não guardam grande relevância para o direito eleitoral, já que suas normas são sempre de ordem pública e não podem ser afastada pela vontade dos interessados.

Não é outro o entendimento de Gomes (2011, p. 426) para quem a diferenciação entre nulidade e anulabilidade nas normas de direito eleitoral devem ser buscadas em outras situações, já que todas elas resguardam um interesse público que lhes é inerente e de fundamental importância para garantir aos eleitores o voto que cada um deles deposita:

Não obstante, dada sua natureza e as peculiaridades que o revestem, no Direito Eleitoral o interesse público, só por si, não se afigura como critério seguro para diferenciar nulidade de anulabilidade. Em verdade, ambas visam resguardar relevantes interesses públicos-coletivos, de maneira que a diferença específica entre tais institutos devem ser buscada em outras fontes. Nesse sentido, as

causas e o regime a que se submetem oferecem bons critérios distintos.

Posto isto, para que sejam buscadas as diferenças primordiais entre o que é anulável e o que é nulo para o direito eleitoral, é preciso averiguar a causa que o levou a ser imperfeito e a forma de declará-lo ou constituí-lo como tal. Assim, Gomes (2011, p. 426) explica que:

É certo que o nulo jamais deve ser confundido com o anulável. O desvalor do ato nulo é congênito, e por isso ele é insuscetível de convalescimento. Embora se admita que possa gerar efeitos práticos, tais efeitos decorrem de sua existência (posto que nulo, o ato existe, e, por conseguinte, interage no mundo). Diferentemente, o ato anulável em princípio é válido, dependendo a anulabilidade de arguição é reconhecimento judicial. Por isso se diz que a nulidade deve ser apenas declarada, pois já existe intrinsecamente no ato, enquanto a anulabilidade deve ser constituída, pois para existir depende de formal reconhecimento.

Os casos de anulabilidade estão inseridos no artigo 221 do Código Eleitoral, entre eles, quando extraviado documento tido por essencial; negativa ou restrições no direito de fiscalizar, quando constar da ata ou de protesto interposto, no momento da ocorrência; ocorrendo

votação sem as cautelas do artigo 147, §2º, que dispõe sobre dúvidas em relação à identidade do eleitor.

De outro lado, o artigo 222 afirma ser anulável a votação quando estiver viciada por falsidade, fraude, coação, uso de meios configuradores de Abuso de Poder Econômico ou Político, emprego de meios de captação de sufrágio ou de propaganda vedadas por lei.

Percebe-se que o campo de distinção entre a nulidade e a anulabilidade não está restrito a doutrina. Tem ele embasamento na legislação vigente, que faz a diferenciação entre as situações que ensejam a nulidade, e as que acarretam apenas a anulação. Enquanto esta pode ser alegada em qualquer tempo, já que vem do nascimento a sua invalidade, a outra possui prazos que devem ser respeitados, sob pena de serem atingidas pelo fenômeno da preclusão.

4. Princípio do Aproveitamento dos votos

Um dos mais importantes e basilares princípios que regem o Direito Eleitoral, o princípio do Aproveitamento dos Votos tem fundamental importância para a preservação dos direitos constitucionais, em especial dos direitos políticos. Nada mais faz do que garantir que o voto do cidadão tenha utilidade para efetivar o status ativo que detém, na medida em que é o titular do direito constituinte e foco principal do Estado.

Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 além declarar que todo poder emana do povo, ressalta que este o exerce por meio dos representantes eleitos ou diretamente. Em ambas as formas de exercício do poder o voto é o principal meio para que seja alcançada a plenitude

da soberania popular, exaltando a possibilidade do cidadão obter um maior atendimento aos seus anseios, que são alcançados tanto de forma direta, como de forma indireta pelos representantes eleitos.

A atuação da Justiça Eleitoral tanto em suas decisões quanto na forma de regulamentar situações específicas com a edição de resoluções, utilizando-se do poder normativo que lhe é outorgado pelo Código Eleitoral, deve pautar-se pela garantia máxima do voto. Melhor dizendo, para que seja tolhido o voto dado pelo eleitor, a situação deve ser extremada, sem qualquer possibilidade de aproveitamento.

Casos em que o sufrágio foi contaminado por algum tipo de abuso eleitoral, como a Captação Ilícita de Sufrágio ou as várias espécies de Abuso de Poder, entre outros. Não existindo vício de vontade quando o eleitor dirige-se para as urnas exercer o direito político de votar, não cabe ao Judiciário retirar essa prerrogativa constitucional que o foi outorgada pela Constituição. Nesse sentido, Ramayana (2010, p. 36) explica a opção do legislador infraconstitucional:

Adotou o legislador eleitoral o sistema mitigado do formalismo das nulidades, pois se contenta em admitir a sanabilidade de nulidades classificadas como absolutas, quando as partes interessadas não impugnarem, no momento preciso, os vícios e fraudes eleitorais (...).

Quando por meios escusos é alcançada a preferência do eleitor, em especial pela corrupção eleitoral, não há motivo para preservar a confiança depositada no candidato, nem mesmo para o partido. Nesses

casos, o voto não se deu como situação legítima e pela preferência do eleitor, mas pela simples deturpação do íntimo convencimento de cada detentor do poder. Aliás, essa contaminação se estende para todos os votos que foram depositados naquele candidato, posto que o vício que o inquina retira a legitimidade dos demais que foram nele sufragados.

Podemos perceber, assim, que as hipóteses fáticas ensejadoras de uma nulidade dos votos atribuídos a determinado postulante ao pleito devem ser fortes o suficiente tal qual retirem a legitimação e, por consequência, proporcionem um conflito com a soberania popular no qual prevalecerá a preservação da lisura e hígidez do pleito.

Até porque, do contrário, os candidatos que promovessem qualquer atentado às eleições seriam beneficiados, vez que mesmo com a declaração de nulidade de um dos votos comprados, os demais seriam mantidos e talvez até mesmo, garantissem a eleição do corruptor.

Dessa forma, os postulantes poderiam promover condutas ilícitas e mesmo que fossem descobertos, não estariam prejudicados com isso, já que os votos extirpados seriam apenas os que foram efetivamente atingidos pela corrupção. Como não é esse o caso, sempre que ocorre a prática de infrações atentatórias à legitimidade das eleições, a contaminação de apenas um dos votos dá ensejo a nulidade de todos os demais, ainda que fossem totalmente alheios ao caso concreto enfrentado.

5. Anulação dos votos no sistema proporcional

A adoção do sistema proporcional para a eleição aos cargos do Poder Legislativo, excetuado o senador que é eleito pelo sistema

majoritário, fez com as regras para contagem dos votos, bem como da forma como seriam distribuídas as vagas, ficasse a cargo da legislação infraconstitucional, pois a Constituição Federal apenas determinou o sistema, sem maiores especificações.

Devido ao fato de que as Constituições anteriores também terem adotado o sistema proporcional, no advento da novel Constituição já existiam normas para estabelecer a formatação e apuração dos votos nas eleições. O Código Eleitoral de 1965 continha regramento específico para o caso do sistema proporcional e cujas normas foram recepcionadas pela Carta Política de 1988.

De fato algumas normas já tinham passado por alterações e outras também passaram em momento posterior, mas a estrutura e a maior parte da legislação sempre permaneceram intactas, sem qualquer tipo de objeção legislativa.

Dessa forma, o regramento contido na Lei nº 4737/65 (Código Eleitoral) estabeleceu não apenas como deveriam ser computados os votos quando as eleições fossem pelo sistema proporcional, como regulamentou os casos em que os votos, ainda que regularmente exercido o direito ao sufrágio, não teriam qualquer validade.

As normas quanto a este último quesito estão inseridas no artigo 175 do Código, que regulamentou não apenas as nulidades decorrentes de ambos os sistemas eleitorais adotados no Brasil, mas assim o fez para o caso de o exercício do voto não ter ocorrido de maneira regular.

Passado esse tempo, é possível extrair do artigo 175 a situação específica do sistema proporcional, quando a nulidade dos votos deve ou

não ser declarada e por quais motivos. O §2º da norma em comento elenca diversos casos em que os votos serão atingidos pela nulidade devido a erros no momento da votação, caso de não ser possível identificar o candidato votado ou mesmo votar em dois ou mais. Estes casos enumerados, hoje, são de difícil ocorrência, levando-se em consideração que as eleições no país são realizadas de modo digitalizado, o que garante a segurança do voto e, em especial, o seu caráter secreto.

Já o §3º traz outra situação. É o caso dos votos atribuídos a candidatos inelegíveis ou que não estavam registrados. Nesses casos, o mencionado dispositivo assevera que caso seja depositado voto em um candidato que ostente alguma dessas duas condições, ele será nulo.

De outro lado, o §4º completa o anterior, explorando hipótese em que os votos, mesmo que dados a candidatos com registro indeferido ou que não estavam registrados, ainda assim terão algum tipo de validade. Assegura que os votos não serão declarados nulos quando a decisão que decretar a inelegibilidade ou cancelamento do registro for posterior a data da eleição, o que, desta feita, garante que os votos sejam computados para partido político no qual estava registrado o candidato.

Importante lembrar que o mencionado §4º foi acrescido ao Código Eleitoral pela Lei nº 7.179/83, e teve por escopo permitir que o voto não seja simplesmente anulado e deixado sem qualquer utilidade.

6. Conclusão

A anulabilidade da votação possui diferenças entre as causas e forma de ocorrência entre a nulidade e a anulação, porém, as

consequências podem ser reputadas como iguais, ambas levando, a priori, à invalidação da eleição. Essa constatação é fortalecida pelo caráter de ordem pública das normas de direito eleitoral.

Enquanto as nulidades devem ser reconhecidas de ofício e com amplitude de legitimados e estão regulamentadas pelo artigo 220 do Código Eleitoral. No que tange as nulidades das cédulas e votos, estão descritas nos artigos 175, §3º e 4º, bem como no artigo 16-A, parágrafo único. Tem, todavia, aplicação restrita pela primazia do voto.

As causas de anulação, de outro modo, devem ser analisadas quanto às causas que levaram ao ato imperfeito e a quanto ao modo de declarar e constituir essa situação. Os casos de anulabilidade estão previstos nos artigos 221 e 222 do Código Eleitoral. Ao contrário da nulidade, que pode ser alegada a qualquer tempo, possui prazo a serem respeitados, de forma a não precluírem.

Nada obstante, ambas devem ter por observância o princípio do Aproveitamento dos Votos, garantindo que o voto do cidadão possui a efetiva utilidade que propugna a Constituição Federal. A declaração de anulação dos votos deve ocorrer somente em hipóteses de perda de legitimidade por conta de fatos graves em relação ao pleito eleitoral.

Esse princípio tem, assim, forte aplicabilidade na adoção do sistema proporcional pelo ordenamento jurídico, já que o Código Eleitoral possui previsões de aproveitamento dos votos quando, embora seja oriundos de situações capazes de ensejar sua nulidade, ainda é possível atribuir a eles um mínimo de validade, como no caso de não serem declarados nulos quando a decisão que decretar a inelegibilidade

ou cancelamento do registro do candidato for posterior a data da eleição.

7. Referências

Código Eleitoral. Lei nº 4.737, de 15 de jul. de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 11 novembro. 2014.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 7. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011.

RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FATOS JURÍDICOS E SUA EFICÁCIA

ENZO DE MIRANDA RAMOS:
Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade
AGES em Paripiranga-Ba.

RESUMO: Esse artigo estuda a obra, Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, demonstrando na esfera jurídica com seus fatos jurídicos e não jurídicos, decorre-te da existência de eficácia que é o plano principal de qualquer fato jurídico, A eficácia jurídica essencial para o convívio social na sociedade em que vivemos. São os fatos jurídicos que dão origem aos vínculos obrigacionais, em conformidade com as normas jurídicas, ou melhor, os fatos jurídicos que condicionam o aparecimento das obrigações, as condições determinantes do nascimento das obrigações, são aqueles fatos constitutivos das relações obrigacionais, isto é, os fatos que a lei considera suscetíveis de criar relação creditória.

PALAVRAS- CHAVES: Eficácia, fato jurídico, Direito e obrigações.

INTRODUÇÃO

O artigo foi desenvolvido, primeiramente, buscando um apanhado geral sobre fatos jurídicos e sua classificação, mostrando os métodos de eficácia que são bastante discutíveis e nem todos são a favor, e também mostrada à eficácia dos fatos jurídicos para a melhoria da sociedade atual. O trabalho pretende estudar dentro dos fatos jurídicos seu plano de eficácia nas obrigações, para nesse apanhado perceber se realmente existe eficácia nesse plano esperando aprofundar conhecimentos sobre o tema

proposto, pois segundo GONÇALVES (2008, p.1) “o direito das obrigações tem por objeto determinantes relações jurídicas que alguns denominam direitos de crédito e outros chamam de direitos de pessoas ou obrigacionais”, e essas relações jurídicas estudadas pelo direito das obrigações nada mais é que um tipo de fato jurídico, e por tanto será estudado no presente artigo.

1.0 Fatos Jurídicos

Ao falar de fato jurídico um dos melhores conceitos, sem dúvida alguma, é o que nos foi dado por MIRANDA (1970, P.20) “Fato jurídico é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico”. Esclarece ele “... que o fato jurídico é o que fica por suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica”, sendo assim o fato jurídico é caso concreto no qual se aplica a regra e pelo qual a regra foi criada. Que podem ser classificadas também como fato jurídico stricto sensu e fato jurídico lato sensu que será visto detalhado mais adiante, tendo como plano principal a eficácia jurídica. Levando em consideração que nem sempre os fatos são jurídicos e, portanto não podendo haver eficácia no âmbito jurídico.

O mundo é uma sucessão permanente de fatos. Sempre que fatos, sejam eventos, sejam condutas, interferem de modo relevante nas relações inter-humanas, gerando a possibilidade de entrelaçamentos de interesses, a comunidade jurídica, através de normas jurídicas, os erige á categoria de fatos jurídicos,

regulando-os e atribuindo-lhes conseqüências jurídicas que dizem respeito a essas relações. (MELLO, 2010, p.18)

Os fatos são jurídicos pelo fato da existência de normas de direito que disciplinam seu desenvolvimento e seus efeitos. Tais relações, para que se concretizem e possam constituir direitos e obrigações valendo-se das normas que a disciplinam, necessitam de um impulso ou de um fato que lhes dê origem.

Como podemos deixar claro, o mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, o mundo jurídico e estes, por sua vez, são resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte factico quando concretizado no mundo dos fatos. Disso se concluir que a norma jurídica é quem define o fato jurídico, e por força de sua incidência, gera o mundo jurídico, possibilitando o nascimento de relações jurídicas coma produção de toda sua eficácia, constituída por direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, e outras categorias eficacias. (MELLO, 2008, p.20)

A distinção entre o que pertence e o que não pertence ao mundo jurídico revestem-se de fundamental importância ao trato da Direito como ciência.

1.1 Fatos jurídicos em sentido amplo (lato sensu)

Em definição o Fato Jurídico em Sentido Amplo (lato sensu) é a base primordial para a formação dos direitos subjetivos de cada indivíduo e, por conseqüência, estimulando a formação da relação jurídica e a

concretização do Ordenamento Jurídico, necessitando da ação humana para sua formação como também em seu desenvolvimento. Conforme é apresentado por DINIZ (2004, pág. 341).

O fato jurídico necessita de dois (02) fatores que o constituem: o fato e uma declaração da norma jurídica. O primeiro consiste em qualquer casualidade ou evento que atue sobre o direito subjetivo, ao passo que o segundo é responsável por conferir as atribuições e efeitos jurídicos aquele fato.

No entanto o fato jurídico em sentido amplo se constitui de duas formas que é ação humana na sua criação e em seu desenvolvimento atuando sobre o direito subjetivo.

1.2 Fatos jurídicos em sentido estrito (strito sensu)

Os fatos jurídicos *stricto sensu* que não necessitam de uma ação humana, ou seja, sua realização não exige a manifestação da vontade do homem, como algo natural, como expressa GAMA (2006, pág. 185) apresenta o fato natural como um "Acontecimento independente da vontade humana". Esse acontecimento natural configura o Fato Jurídico em Sentido Estrito (*Stricto Sensu*), que pode se desdobrar em ordinário ou extraordinário. Contudo, apesar da vontade humana não ser exigida à sua formação, pode haver a participação do homem em seu desenvolvimento.

2 Plano da eficácia nas obrigações

Nas obrigações incide que aja eficácia jurídica, pois, o direito das obrigações com seu âmbito de cumprir ou abdicar de cumprir algo quando incidir na regra necessita de eficácia para se firmar contrato e acordos com segurança, tendo em vista a importância econômica do direito das

obrigações como aborda GONÇALVES (2008, P.3) “O direito das obrigações exerce grande influencia na vida econômica, em razão, principalmente, da notável das relações jurídicas obrigacionais no moderno mundo consumista”, no entanto a eficácia das obrigações pode se concretizar, por exemplo em uma ação por perdas e danos pelo inadimplemento de um contrato como demonstra o artigo: 389, Código civil, “ não cumprida a obrigação, responde por perdas e dano, mais juros e atualizações monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorário de advogado”

3 Eficácia dos fatos jurídicos para o convívio social

A eficácia jurídica é necessária para reger os fatos jurídicos, pois havendo essas relações sem haver uma eficácia tornaria difícil a vida em sociedade e não teria efetividades nas relações jurídicas. Essa eficácia muitas vezes é regida por sanções impostas pelas normas jurídicas para fazer valer sua eficácia, não só sanções como muitas outras formas como denota Mello quando diz o seguinte:

Denominam-se categorias eficacias todas as espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do direito; desde que as mais elementares situações jurídicas as mais complexas relações jurídicas, as sanções, as premiações e aos ônus, todos são categorias de eficácia jurídica. (MELLO, 2010, p.118)

No entanto pode perceber que a eficácia jurídica estar nas mais simples decisões jurídicas, ate na própria aplicabilidade da norma jurídica.

Se a norma existe com vigência e é válida, ou, sendo ou sendo inválida, ainda não teve sua nulidade decretada por quem, dentro do sistema jurídico, tenha poder para tanto, poderá ser eficaz desde que se concretizem no mundo os fatos que constituem seu suporte fático. (MELLO, 2010, p15)

CONCLUSÃO

O que foi estudado mostra de que se constitui os fatos jurídicos, a importância de se acreditar na eficácia dos fatos jurídicos mesmo que nem sempre se aplique no caso concreto, demonstrando a sua eficácia dentro das obrigações. Diante do que foi visto pode se concluir que os fatos jurídicos são bastante comuns, e é necessário se acreditar em sua aplicabilidade, pois aborda dentre outras coisas a vida no convívio social desenvolvendo fatos jurídicos com a ação ou não voluntária do ser humano, levando a percepção cada vez mais que a eficácia do fato jurídico e de extrema necessidade para o ser humano, que leva nas obrigações uma grande importância tanto no convívio quanto nas relações econômicas.

REFERÊNCIAS

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria Do Fato Jurídico: plano da eficácia**. 6º ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria Do Fato Jurídico: plano da existência**. 5º ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil (ed. 21ª rev., aum. e atual.). São Paulo: Saraiva 2004.

GAMA, R. R. Dicionário Básico Jurídico (ed. 1ª). Campinas: Russel, 2006.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo 1: Parte Geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 5º Ed. São Paulo: Saraiva. 2008

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 1999, tomo I.

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

MAGDA NASCIMENTO DE ALCÂNTARA BENITES

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO TOMADOR DE SERVIÇOS
NA TERCEIRIZAÇÃO (D)LÍCITA DE TRABALHO
EM CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2014**

MAGDA NASCIMENTO DE ALCÂNTARA BENITES

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO TOMADOR DE SERVIÇOS
NA TERCEIRIZAÇÃO (I)LÍCITA DE TRABALHO
EM CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor M.e Bruno Milenkovich Caixeiro.

CACOAL – RO

2014

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO TOMADOR DE SERVIÇOS
NA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA DE TRABALHO
EM CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO**

MAGDA NASCIMENTO DE ALCÂNTARA BENITES

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Bruno Milenkovich Caixeiro - UNIR - Presidente

Professora M.^a Sônia Mara Nita - UNIR - Membro

Professora M.^a Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli - UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal, de dezembro de 2014.

Dedico este trabalho a minha amável mãe Geni, por acreditar que sou capaz e me orientar em todos os momentos da vida. Ao meu irmão Gabriel, pela força que sempre me anima. E ao meu querido Leandro, pelo apoio que tem me dado.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelo amor concedido a mim, capaz de me fazer perseverante na realização dos meus objetivos existenciais.

À minha família, que sempre me proporcionou toda a positividade no cumprimento dessa etapa da vida, em especial a minha mãe Geni, meu irmão Gabriel e meu futuro esposo Leandro.

Ao meu orientador, professor M.e Bruno Milenkovich Caixeiro, pelo conhecimento repassado a mim, mostrando-se essencial não só à elaboração deste trabalho, mas em toda minha trajetória acadêmica.

À professora M.^a Sônia Mara Nita, pela presteza em seu ofício, a qual se revelou substancial a este trabalho.

A toda equipe da Fundação Universidade Federal de Rondônia, *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles, em particular às professoras e professores do Curso de Direito, que fizeram deste um caminho fundamental ao meu futuro profissional.

Agradeço, ainda, às servidoras e aos servidores da Vara do Trabalho de Cacoal, que se mostraram como uma família nos momentos que precisei, e me transmitiram o conhecimento necessário para me encantar com o Direito do Trabalho e abrigá-lo no coração junto ao Direito Penal.

Em especial, aos professores Luís e Grazi, os quais estimo pela amabilidade em educar. Não imaginam o quão foram fundamentais para que eu chegasse até aqui. Assim como agradeço imensamente aos professores Norma e Zezinho, que sempre me dedicaram toda a atenção essencial não só ao meu percurso escolar, mas que servirá para a vida inteira, lembrando que, independente da distância e do tempo, sempre me sentirei como “a filha que nunca tiveram”. E também ao professor Chico, o qual proporcionou a base para a formação dos meus ideais de vida, que me fizeram sentir na incumbência de realizar algo de bom enquanto neste mundo estiver.

Às minhas amigas Mirian, Natasha, Natália, Kerolen, Cássia e Bruna, por todos os momentos especiais e emoções vivenciadas nesse período de faculdade, e pelos que ainda iremos compartilhar. À preciosa amizade de Arthur e Rose, que sempre estiveram ao meu lado nos momentos que mais precisei de compreensão e com os quais coleciono confidências que me ensinam a cada dia ser mais feliz. Aos amigos Marcelo, Rafael e Renan, por aturarem minhas lamentações, mas também por serem tão queridos nessa caminhada acadêmica.

Quando alimentei os pobres chamaram-me santo, mas quando perguntei por que há gente pobre chamaram-me comunista.

Dom Hélder Pessoa Câmara

RESUMO

A partir de análise bibliográfica e da utilização do método dogmático de mensuração do direito penal, mas sem se dissociar de relativa zetética, realizou-se pesquisa acerca da responsabilidade penal do tomador de serviços na terceirização (i)lícita de trabalho em condição análoga à de escravo. Discutiu-se a possibilidade de atribuir ou não ao tomador de serviços responsabilidade penal pelo crime previsto no artigo 149 do Código Penal, verificando a delimitação de sua coautoria e, considerando ainda, a inexistência de regulação específica sobre o fenômeno da terceirização. Primeiramente buscou-se examinar a acepção evolutiva da dignidade da pessoa humana sob um prisma tanto internacional quanto nacional e respectiva proteção contra o trabalho escravo contemporâneo, bem como verificar os fatores da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho que refletem diretamente na análise da conduta delitiva de submeter a pessoa do trabalhador a situações degradantes na terceirização externa, com objetivos de lucratividade e não responsabilização penal direta do tomador de serviços. Ainda, delimitou-se o instituto da coautoria conforme situações hipotéticas, as quais indicaram que o ilícito penal pressupõe o ilícito trabalhista para restar configurada a conduta típica, mas que só se torna possível atribuir a responsabilidade penal aos sócios administradores da empresa tomadora de serviços quando observado o princípio da anterioridade da lei penal. Ao final, verificou-se necessária a positivação de legislação especial sobre a matéria terceirização quanto à previsão de ilícitos penais dela advindos e a emergência do reconhecimento do Direito Penal do Trabalho, a fim de possibilitar a erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

Palavras-chave: Direito penal do trabalho. Trabalho escravo contemporâneo. Terceirização. Dignidade.

ABSTRACTO

De revisión de la literatura y el uso del método dogmático de la medición del derecho penal, pero no disociar zetética relativa, la investigación se llevó a cabo sobre la responsabilidad penal de los socios administrativos de la empresa subcontratante en la externalización (i) legal el trabajo en condiciones similar a esclavo. Discutido la posibilidad de asignar o no el socios administrativos de la responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 149 del Código Penal, la comprobación de la delimitación de su coautoría, y también teniendo en cuenta la falta de regulación específica sobre el fenómeno de la subcontratación. Primero tratamos de examinar el significado evolutivo de la dignidad humana bajo un prisma tanto internacional como nacional, y su protección contra la esclavitud moderna, e identificar los factores de Precedentes 331 del Tribunal Superior del Trabajo que influyen directamente en el análisis de la conducta delictiva a someter a la persona del empleado para degradar las situaciones en la deslocalización, con los objetivos de rentabilidad y no directa la responsabilidad penal de los socios gestores. Aún así, delimitada la coautoría de acuerdo a las situaciones hipotéticas, el delito requiere la mano de obra ilegal a permanecer configurado la conducta típica, pero sólo es posible asignar la responsabilidad penal a los socios administradores cuando se observa el principio de la ley penal anterior. Al final, es necesario positivación legislación especial en la materia como la externalización de la predicción de las infracciones penales se originó de ella y la aparición de reconocimiento de la Derecho Penal del Trabajo, para permitir la eliminación de la esclavitud moderna.

Palabras clave: Derecho penal del trabajo. Trabajo esclavo contemporáneo. Externalización. Dignidad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ESTADO DE DIREITO	12
1.1 ACEPÇÃO EVOLUTIVA DA DIGNIDADE	16
1.1.1 A influência do pensamento kantiano.....	17
1.1.2 Outras acepções evolutivas	19
1.1.3 O caráter indisponível da dignidade.....	23
1.2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL CONTRA O TRABALHO ESCRAVO.....	24
1.2.1 A dignidade nas Constituições de outros países.....	25
1.2.2 Instrumentos normativos de âmbito internacional	27
1.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS BASILARES	30
1.3.1 Direitos fundamentais	35
1.3.2 Integração de princípios com a legalidade	36
1.3.3 Direitos sociais	41
2 O CRIME DE REDUÇÃO DA PESSOA HUMANA À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO NA TERCEIRIZAÇÃO.....	43
2.1 A TEORIA DO CRIME: ANÁLISE CLASSIFICATÓRIA.....	44
2.1.1 Tipicidade.....	46
2.1.2 Antijuricidade	49
2.1.3 Culpabilidade	49
2.2 A TERCEIRIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS	50
2.2.1 Flexibilização das normas trabalhistas.....	51
2.2.2 Situações hipotéticas à terceirização.....	53
2.2.3 Aspectos determinantes da terceirização	55
2.3 ANÁLISE DA CONDUTA DELITIVA: SITUAÇÕES HIPOTÉTICAS	59
2.3.1 O ilícito penal	61
2.3.2 Definição do fato típico e o bem jurídico tutelado.....	63
2.3.3 A culpabilidade, dentre outros aspectos.....	67
2.4 DELIMITAÇÃO DA COAUTORIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS	71
2.4.1 Coautoria do tomador de serviços por comissão	74
2.4.2 Coautoria do tomador de serviços por omissão imprópria em crime comissivo.....	75
2.4.3 Formação da coautoria	76
3 PELA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO.....	77
3.1 RESPONSABILIDADE PENAL DO TOMADOR DE SERVIÇOS	81
3.2 TERCEIRIZAÇÃO E ILÍCITO PENAL: NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA	82
3.2.1 Garantismo penal (integral)	83

3.2.2 Por uma legislação especial.....	85
3.2.3 O Projeto de Lei nº 4.330/2004	87
3.3 PELO RECONHECIMENTO DO DIREITO PENAL DO TRABALHO.....	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	94
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

Diante de insegurança jurídica devida à possibilidade de não se atribuir responsabilização penal aos sócios administradores de empresa tomadora de serviços, que se utiliza de terceirização (i)lícita para mascarar a verdade real dos fatos e submeter pessoa humana à condição análoga à de escravo, verifica-se a necessidade de buscar fundamentos à prestação de tutela jurisdicional efetiva no que se refere à dignidade da pessoa humana.

A partir do método dogmático de mensuração do Direito Penal, considerando tratar-se de casos concretos para os quais se deve aplicar a lei no limite da estrita legalidade, mas também se utilizando relativamente da zetética, pois o Direito é munido de incertezas frente à evolução social, busca-se academicamente amplificar a análise da efetividade de um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, constituída sob um Estado Democrático de Direito, frente a um fenômeno inovador de flexibilização das normas trabalhistas estranho à lei penal, em que aquele repercute juridicamente nesta.

Especificamente, tendo em vista a ausência de lei específica no ordenamento jurídico vigente, indaga-se como delimitar a coautoria do tomador de serviços na terceirização (i)lícita de trabalho que reduz pessoa humana à condição análoga à de escravo para verificar a possibilidade de respectiva responsabilidade penal.

Faz-se necessária a análise supramencionada devido estar-se diante de problemática que envolve garantia efetiva à dignidade da pessoa humana em contraponto a aplicação do princípio da legalidade, o qual desdobra-se na anterioridade da lei penal e na reserva legal. Ao mesmo tempo em que internacionalmente se preza pela erradicação do trabalho escravo contemporâneo também se insere socioeconomicamente no país o fenômeno da terceirização.

No primeiro capítulo examina-se sob um prisma evolutivo em nível internacional e nacional, a dignidade da pessoa humana e a proteção contra o trabalho escravo contemporâneo. Identifica-se a inter-relação do Estado de direito com o reconhecimento e proteção na ordem jurídico-constitucional de um atributo intrínseco ao ser humano, qual seja

a dignidade, além dos direitos fundamentais que dela advém, incluindo os direitos sociais conquistados historicamente pela luta da classe trabalhadora.

Já no segundo capítulo encontra-se o núcleo da pesquisa, em que se verifica a conduta delitiva na terceirização externa dissimulada pela forma lícita, mas que submete os trabalhadores a situações degradantes, vindo a configurar o crime previsto no artigo 149 do Código Penal, o qual passa a ser analiticamente estudado aplicando-lhe situações hipotéticas sob forma urbana de trabalho escravo contemporâneo. Delimita-se o instituto da coautoria previsto no artigo 29 do referido Código, a fim de que seja averiguada a possibilidade de responsabilização penal do tomador de serviços que visa à lucratividade ao custo de ofensa à dignidade da pessoa humana.

Enquanto no terceiro capítulo finalmente demonstra-se ser possível ou não atribuir responsabilidade penal dos sócios administradores da empresa tomadora de serviços, tendo em vista a ausência de lei específica sobre a matéria terceirização e o princípio da anterioridade da lei penal, para que se configure o ilícito penal, a fim de que a pena cumpra sua função preventiva para uma também possível erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

Ao final, revela-se necessária não só a regulação de legislação especial, mas também o reconhecimento de um Direito Penal do Trabalho para efetivar a tutela da dignidade da pessoa humana, princípio mandamental de toda a ordem jurídica, ao tempo de estar em acordo com o princípio da legalidade para prevenção e repressão do crime em tela, visando-se evitar a reincidência na conduta delitiva, e, por fim, erradicar o trabalho escravo contemporâneo, ao menos afastando a possibilidade de se escusar de responsabilidade penal.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ESTADO DE DIREITO

A realidade contemporânea na qual toda a sociedade brasileira vê-se envolvida por uma economia fundada na valorização da livre iniciativa e do labor¹, constantemente procura adaptar-se às condições de crescimento do mercado econômico e financeiro. Para tanto, em geral, os ordenamentos jurídicos de Estados de direito² vêm permitindo a flexibilização das normas trabalhistas. Frente ao parâmetro permitido há quem desenvolva meios de burlar essas normas flexibilizadoras, com o fim de se obter lucro fácil ao custo de ofensa à dignidade da pessoa humana. É assim a possibilidade de reduzir alguém à condição análoga à de escravo³ a partir de uma terceirização lícita de trabalho.

No que se refere à terceirização, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho apenas uniformiza a jurisprudência acerca do tema no Brasil⁴. Mas, com Martins (2011, p. 29) já se adianta o porquê de a terceirização se enquadrar dentre as normas flexibilizadoras no âmbito trabalhista:

[...] surge outra forma de flexibilização das relações laborais, por meio da terceirização, não exatamente com essa denominação, no seu início, mas o que importa é que outros países a têm utilizado e isso chegou a nosso país. A terceirização também surge como forma de compatibilizar a eficácia econômica com novos métodos de gestão de mão de obra e também com as inovações tecnológicas. Assim, verifica-se que a contratação de terceiro para prestar serviços à empresa também é uma forma de flexibilização dos direitos trabalhistas. É incentivado, portanto, o trabalho em tempo parcial, ocasional ou precário. Entretanto, na terceirização muitos dos direitos trabalhistas são perdidos, principalmente a carteira assinada e os benefícios decorrentes do contrato de trabalho, o que não deixa de ser uma forma de flexibilização desses direitos, mormente diante da diferenciação das situações [...].

Enfatiza-se que essa flexibilização ocorre para adaptação às exigências de desenvolvimento do mercado econômico a partir do prejuízo de alguns direitos trabalhistas. Em princípio, fundamenta-se na estrita legalidade, apesar de existirem meios facilitadores para fraudá-la, reduzindo pessoa humana à condição análoga à de escravo, mas evitando a responsabilidade penal devido à terceirização mostrar-se lícita.

¹ Assim é fundamentada a ordem econômica da República Federativa do Brasil, conforme *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

² A República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, nos ditames do artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Porém, preferiu-se adotar no decorrer do texto tão somente a nomenclatura “Estado de direito” utilizada por Norberto Bobbio (2004, p. 60), na obra *A era dos direitos*, ao abranger o âmbito internacional quando da análise dogmática dos direitos humanos.

³ Conduta tipificada no artigo 149 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940).

⁴ Para a problemática em questão, o item III da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho será analisado no segundo capítulo.

Com Oliveira (2010) tem-se que a neoescravidão ou trabalho em condições análogas às de escravo é proveniente da disputa pelo capital e das transformações advindas pelo processo de globalização, após a Segunda Guerra Mundial, também responsáveis pelos principais impactos nas relações trabalhistas. Esse trabalho escravo contemporâneo, no Brasil, pode-se dizer que envolve o crime organizado, o tráfico de pessoas, o aliciamento de trabalhadores imigrantes e o trabalho infantil, em contraposição à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e, portanto, à essência do Estado de direito.

Destaca-se na análise dos meios de fraudar as normas flexibilizadoras das relações de trabalho - a partir da terceirização realizada de forma lícita, mas que submete pessoa humana à condição análoga à de escravo -, as formas urbanas de escravidão, tendo em vista que:

[...] apesar de o meio rural ainda apresentar índices bem maiores de incidência desse crime, cada vez mais as cidades passam a flagrar esse tipo de delito, principalmente nas indústrias têxtil e da construção civil, cujas vítimas, em sua maioria, são migrantes advindos de regiões mais pobres do país ou oriundos de países que enfrentam crises econômicas e sociais (NELSON, 2014, p. 105).

No Brasil, as formas urbanas de escravidão utilizadas para minimizar custos e burlar a legislação trabalhista concentram-se no setor têxtil e na construção civil. No tocante à terceirização lícita de trabalho em condição análoga à de escravo, esta pode ser visualizada no modelo produtivo das marcas de grife. Nesse mercado, torna-se cada vez mais frequente a terceirização de oficinas de costura que exploram a mão de obra do trabalhador ao custo de ofensa à dignidade da pessoa humana. Sendo assim, tem-se instaurado certa insegurança no ordenamento jurídico brasileiro, considerando que a atividade-fim das marcas de grife é a compra e venda de roupas e acessórios no mercado de consumo.

No entanto, para a atual conjuntura normativa e doutrinária, a confecção dessas peças é tão somente atividade-meio⁵, demonstrando-se lícita a terceirização de oficinas de costura. Mesmo que o empregador prestador de serviços infrinja a dignidade da pessoa humana, reduzindo o trabalhador à condição análoga à de escravo, perante a Justiça Criminal, verificar-se-á que se a tomadora de serviços pode alegar que não é sua a responsabilidade e que desconhece as práticas de abuso de seu fornecedor para com os trabalhadores. Ocorre que essa terceirização lícita pode se revelar como meio de mascarar a verdade real dos fatos, já que não há legislação específica para a matéria. Surge, então, a indagação acerca do emprego

⁵ A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho reconhece a licitude da terceirização na atividade-meio (BRASIL, 2011).

da norma adequada ao caso concreto e a necessidade de resposta urgente à sociedade, considerando as normas de direito penal e direito do trabalho, a fim de proporcionar tutela jurisdicional efetiva ao bem jurídico, a partir da delimitação de uma possível coautoria do tomador de serviços no crime previsto no artigo 149 do Código Penal.

Por conseguinte, o Estado Democrático de Direito pelo qual é constituída a República Federativa do Brasil, visando manter seus fundamentos quanto à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa⁶, vê-se na premência de limitar o surgimento de fraudes fundadas em normas trabalhistas que flexibilizam as relações de trabalho. Fraudes essas que venham a surtir efeitos no âmbito penal, visto que veemente são utilizadas para ilícitos penais, que pressupõem consequente responsabilização.

Assim, apresenta-se um Direito Penal do Trabalho⁷, tratado como “[...] mais uma das especializações do Direito Penal, estimulada pela crise das codificações e pela expansão dos microsistemas” (DOTTI, 2014, p. 20). De antemão, na tentativa de um conceito, pode-se afirmar que Direito Penal do Trabalho é a reunião da atual conjuntura normativa e doutrinária dos âmbitos penal e trabalhista para a prestação de tutela jurisdicional efetiva quando do julgamento de condutas típicas provenientes de ilícitos trabalhistas.

Em tempo, para delimitar uma possível coautoria e verificar a aplicação de responsabilidade penal ao tomador de serviços na terceirização lícita de trabalho, que configure a conduta típica do artigo 149 do Código Penal, qual seja reduzir pessoa humana à condição análoga à de escravo (BRASIL, 1940), deve-se averiguar o tipo penal em conjunto com o item III da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Também analisar o instituto da coautoria e as teorias a ele relacionadas de acordo com o artigo 29 do referido Código, que trata do concurso de pessoas⁸.

Assentando-se na anterioridade da lei penal, procura-se demonstrar a responsabilidade penal do tomador de serviços na terceirização lícita de trabalho que reduz pessoa humana à condição análoga à de escravo, sendo o ponto de partida a atual conjuntura normativa e doutrinária dos âmbitos penal e trabalhista, ou seja, um Direito Penal do Trabalho.

Com o objetivo de mitigar novos meios de se obter lucro fácil ao custo de ofensa à dignidade da pessoa humana, além de estabilizar a segurança no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se a necessidade de regulação de lei específica da terceirização de serviços, mas sem deixar de analisar se os fundamentos jurídicos, as disposições legais até então

⁶ Respectivamente incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

⁷ Tema a ser aprofundado nos próximos capítulos.

⁸ Essa análise se dará no segundo capítulo.

vigentes e a teorização doutrinária podem indicar ou não a coautoria para provável responsabilização penal do tomador de serviços no crime em tela.

Sobretudo, qualquer ordenamento jurídico fiel ao Estado de direito procura prevenir e coibir essas práticas, pautando-se pela proteção aos direitos humanos e ao princípio da dignidade da pessoa humana. A respeito dessa proteção, Bobbio (2004, p. 56-57) afirma o seguinte: “[...] o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. [...] para protegê-los, não basta proclamá-los. [...] O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos”.

Dessa forma, examina-se essa proteção do ponto de vista internacional, para se constatar um processo de desenvolvimento e aceção do princípio da dignidade da pessoa humana partindo do critério jurídico e, ocasionalmente, englobando os critérios filosófico, cultural, social e político. Posteriormente, deve-se reafirmar essa necessidade de proteção destacada por Bobbio (2004), a qual abrange também o reconhecimento dos direitos humanos e efetiva aplicação quanto ao aspecto jurídico.

Outrossim, associa-se à internacionalização dos direitos humanos e à busca pela aplicação efetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado de direito instituído na ordem constitucional contemporânea. Assim ocorre com a Constituição da República Federativa do Brasil⁹, a qual tem dentre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do extenso rol de direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

É interesse comum ao Estado de direito a positivação dos direitos humanos, tendo em vista que são primordiais à dignidade da pessoa humana. Por isso, o artigo 4º da Constituição Federal, em seu inciso II, elenca como princípio que rege o Brasil em suas relações internacionais a “prevalência dos direitos humanos” (BRASIL, 1988). Sendo assim, incorporado ao exame internacional e nacional de proteção à dignidade da pessoa humana, concomitantemente, elenca-se também o desenvolvimento jurídico pela proteção contra o trabalho em condição análoga à de escravo.

Ainda, encontra-se na Constituição Federal, no artigo 170, *caput*, a afirmação de que “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 [...]” (BRASIL, 1988). Como resultado, corrobora-se assim para uma ordem econômica que produz

⁹ Silva (2007) explica que o regime democrático, sob o qual foi instituída a República Federativa do Brasil, fundamenta-se na soberania do povo, na representação e na participação popular direta, de acordo com a Constituição Federal de 1988.

efeitos diretos na dignidade da pessoa humana, tendo em vista o valor do trabalho humano e a liberdade individual, numa inter-relação imediata com os direitos fundamentais.

Proceda-se, então, ao exame no âmbito internacional do desenvolvimento jurídico da dignidade da pessoa humana, para que seus instrumentos de proteção contra o trabalho escravo sejam evidenciados, principalmente aqueles recepcionados pelo Brasil. E, posteriormente, vale-se da Constituição da República Federativa do Brasil para pormenorizar os dispositivos que possuem conexão imediata com os direitos fundamentais oriundos da dignidade da pessoa humana.

1.1 ACEPÇÃO EVOLUTIVA DA DIGNIDADE

O estudo da evolução e acepção da dignidade da pessoa humana é um processo complexo, mas, mormente, preza-se aqui por sua base jurídica, sem deixar de evidenciar alguns critérios a ela inerentes, como o filosófico, cultural, social e político. Primordialmente, pauta-se num primeiro conceito da dignidade da pessoa humana para depois avocar o seu desenvolvimento a partir de seus critérios básicos.

Sarlet (2007) afirma que há certo desconforto doutrinário para conceituar a dignidade da pessoa humana, pois alguns defendem que essa conceituação não é função do Direito, enquanto outros compreendem que é imprescindível, visto que é função do Direito protegê-la. Ainda assim, não hesita em sugerir uma conceituação jurídica do que vem a ser a dignidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana 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 (SARLET, 2007, p. 62, grifos do autor).

Logo, a dignidade da pessoa humana não é algo a ser conquistado pelo ser humano, pois é particularidade a ele inerente¹⁰, própria de sua essência. O Estado e a sociedade da qual é integrante o indivíduo tem como dever respeitá-la. O ser humano, por sua vez, tem o direito

¹⁰ Assim também é o entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha, conforme informado na obra de Sarlet (2007, p. 45).

de vê-la respeitada. Ainda, visualiza-se uma relação mútua quando são contrapostos ao contrato social, em que o indivíduo é sujeito de direitos e deveres fundamentais, ao ponto que a sociedade e o Estado sistematizam a liberdade e a igualdade, provenientes também da dignidade da pessoa humana.

1.1.1 A influência do pensamento kantiano

Ao construir o conceito de dignidade da pessoa humana, Sarlet (2007) apresenta os aspectos sob os quais se construiu uma concepção filosófica e secularizada desse princípio, sustentada no pensamento kantiano, apesar de este ser criticado quanto ao excessivo antropocentrismo, devido sua fundamentação na racionalidade humana; esse mesmo pensamento aproximou-se da fixação das bases dos ordenamentos jurídicos de cunho democrático, os quais acomodaram a dignidade sob a tutela de um direito positivado.

Sobretudo, tem-se a seguinte premissa com Kant (1980, p. 134-135 *apud* SARLET, 2007, p. 33):

[...] o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

A saber, o ser humano não é instrumento à disposição da vontade de outra pessoa. Ou seja, não é um meio, conforme o que predispõe o pensamento kantiano. O ser humano tem a liberdade como sua essência, direito inerente a ele próprio e indisponível¹¹. Isso explica a premissa kantiana de ser ele considerado como um fim em si mesmo.

¹¹ Nesse ponto, procura-se demonstrar que a liberdade é retratada em seu sentido amplo como qualidade inerente à dignidade da pessoa humana e, por isso, tida como indisponível. Difere-se, portanto, da privação de liberdade como sanção penal, visto que, de certa forma, o ser humano não perdeu seu livre arbítrio. Seu poder de escolha lhe trouxe essa consequência e, mesmo cumprindo uma pena privativa de liberdade, sua autonomia existencial não foi tolhida devido à dignidade que lhe é inerente. Ainda, pode-se dizer que, quando privado de sua liberdade, o ser humano tem o direito de ter preservada a sua dignidade independentemente das escolhas que fez ou da pessoa que é para a opinião pública, englobando também nesse aspecto os ditames dos direitos humanos.

Além do mais, ressalta-se aqui o fato de ser sujeito munido de direitos fundamentais frente à sociedade com a qual convive e o poder estatal sob o qual está submetido. Mas, também, como indivíduo integrante de um núcleo social, tem o poder de escolha para cumprir com seus deveres perante este ou não, visto que é dependente de um contrato social que rege todo o sistema que abarca essa relação. E assim, percebe-se um ciclo em que a reciprocidade predomina na relação do indivíduo com o todo. No entanto, jamais o indivíduo se distanciará de sua dignidade. Independente da escolha que fizer sua dignidade restará sempre indisponível¹².

Apesar da visão de Immanuel Kant ser um tanto antropocêntrica e, por conta disso, ser destituída de uma capacidade de compreensão sistemática do todo, que envolva o homem e a natureza, o universo e todas as coisas que nele há, pode-se afirmar que com ele a religião deixou de ditar os rumos do Direito, recorrendo-se à razão para guiar a ordem social e jurídica. Sarlet (2007) confirma essa influência ao explicar que o pensamento jusnaturalista percorreu os séculos XVII e XVIII, mas com Kant foi secularizado de forma completa, formando a ideia de dignidade a partir da autonomia da vontade e da natureza racional do ser humano, tendo em vista sua faculdade de agir conforme as leis, e reafirmando que o indivíduo não pode ser tratado como objeto nem por ele mesmo.

Logo se percebe que Kant foi o responsável por adentrar no tema da dignidade a partir de uma autonomia de vontade indisponível e própria da existência do ser humano, evidenciando o livre arbítrio do indivíduo enquanto ser social, ou seja, seu poder de escolha ao agir, baseando-se estritamente na razão para formar seu pensamento. Por isso, reafirma-se com Sarlet (2007) que suas premissas acabaram por posteriormente fixar a dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos de regime democrático, tornando-se a base filosófica para um direito positivado de tutela da liberdade inerente à própria existência do homem.

Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 88) afirma que:

A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas. Para a teoria de Kant – que podemos considerar como a conclusão dessa primeira fase da história dos direitos do homem,

¹² Sarlet (2007, p. 47) menciona o caráter irrenunciável da dignidade da pessoa humana compartilhado pelo entendimento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

que culmina nas primeiras Declarações dos Direitos não mais enunciadas por filósofos, [...], mas por detentores do poder de governo, [...] o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida a liberdade como “independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro”, já que todos os demais direitos, incluído o direito à igualdade, estão compreendidos nele.

Observa-se que todos os direitos humanos fundamentam-se no direito de liberdade, o qual provém da dignidade da pessoa humana. Num primeiro momento, diz-se de uma dignidade advinda do pensamento filosófico jusnaturalista, mas posteriormente repassada pelo pensamento kantiano ao Estado de direito, cujo ordenamento jurídico tem o dever de reconhecer e proteger o direito de liberdade do qual se originam todos os demais direitos fundamentais.

No que se refere à ligação entre liberdade e dignidade, Sarlet (2007, p. 47) afirma que “[...] a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (senão a principal) exigências da dignidade da pessoa humana”. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana é gênero enquanto a liberdade e a igualdade, os direitos humanos como um todo, englobando também os direitos sociais, todos dela são provenientes e passam a ser reconhecidos e protegidos constitucionalmente em países constituídos sob um regime democrático.

1.1.2 Outras acepções evolutivas

Não serão deixadas de lado as primeiras manifestações que ensejaram a concepção da dignidade da pessoa humana. Esta teve origem no pensamento clássico e cristão, em que foi formada a concepção de ser humano criado à imagem e semelhança de Deus, mas só posteriormente aplicada, por intermédio do pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, o qual agregou a dignidade da pessoa humana à posição social e ao grau de reconhecimento do indivíduo pela sociedade (SARLET, 2007).

Pode-se dizer que num primeiro momento a dignidade era também inerente ao ser humano, considerando sua semelhança com o criador, mas não passava de essência divina. Depois, o pensamento filosófico e político veio restringir a atribuição da dignidade da pessoa humana a indivíduos selecionados quanto ao privilégio social, sendo que ser¹³ humano ainda era questão controversa para alguns.

¹³ No sentido do próprio verbo.

O pensamento cristão foi se desenvolvendo paralelamente aos critérios filosófico e político. Tomás de Aquino foi responsável por fundamentar a dignidade na própria vontade do ser humano, considerando sua capacidade de autodeterminação e sua semelhança com Deus, ainda segundo as lições de Sarlet (2007). Já o teor filosófico e político retoma a democracia grega que, mesmo exaltada no deslinde de um regime que prezava a liberdade, a igualdade e a soberania popular, ainda passaria por constantes transformações, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana era reconhecida ao indivíduo conforme sua posição social.

Também munido de uma filosofia social, o surgimento do pensamento estoico, para Sarlet (2007), reafirmou a interligação da dignidade à liberdade de cada indivíduo inerente a todos os seres humanos, de forma igualitária; mas somente a partir das formulações de Cícero, em Roma, essa dignidade passou a abordar como características a moral, a sociologia e a política. Nota-se que a essa evolução de ideias filosóficas, também podendo ser denominada evolução do pensamento filosófico, agrega-se como critério a política e a cultura do contexto social em que se transformava, caracterizando a reunião de um complexo histórico envolto a dignidade da pessoa humana. Tais aspectos revelaram-se primordiais no processo de desenvolvimento e aceção desse princípio.

Para Bobbio (2004, p. 25) “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Também não deixa de ser histórica a própria dignidade da pessoa humana, evidenciando sua evolução no pensamento filosófico, político, cultural e social, cuja transformação influenciou diretamente no direito positivo. A luta pelo reconhecimento de direitos humanos, oriundos da aceção da dignidade da pessoa humana pela sociedade, prevalecerá enquanto perdurarem os anseios sociais¹⁴.

Como enfatiza Bobbio (2004), as justificativas – pode-se assim dizer – para as lutas que ensejaram as exigências para o reconhecimento de direitos humanos estão intrinsecamente relacionadas à realidade do contexto social do momento em que ocorreram os embates sociais e ao anseio pelas transformações que poderiam advir. Logo, constata-se que o critério histórico-cultural é de suma importância para que os direitos humanos sejam reconhecidos no ordenamento jurídico de um Estado de direito.

¹⁴ Acerca da importância da evolução histórico-cultural da dignidade da pessoa humana, Sarlet (2007) destaca em sua obra as manifestações nesse sentido do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (p. 47) e do Tribunal Constitucional de Portugal (p. 47-48). Também com Bobbio (2004, p. 52) no que se refere aos direitos humanos pode-se dizer que são provenientes da evolução histórico-cultural da sociedade, caracterizando-os como direitos históricos e, por isso, também mutáveis.

Entretanto, e acima de tudo, para que sejam promovidos num âmbito internacional de proteção à dignidade da pessoa humana, em que todos os cidadãos estejam abarcados pela satisfação da tutela do bem jurídico, deve-se aplicar uma justiça proporcional e razoável mesmo no que tange a colisão desses direitos.

Reafirma-se o supramencionado com a ideia de que “[...] a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente [...] (SARLET, 2007, p. 47)”. E quanto mais a cultura se aprimora e vem a sofrer influências de outras culturas, ou mesclar-se à cultura de outros povos, mais se caminha para uma universalização da dignidade da pessoa humana e seus adendos, resultando numa evolução gradual do pensamento social e do reconhecimento de direitos fundamentais. Essa universalização pode revelar-se longínqua considerando:

[...] até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades. Em verdade, ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva da dignidade (SARLET, 2007, p. 57).

Se mesmo dentro do próprio Estado de direito revelam-se conflitos entre direitos elencados como fundamentais, no âmbito internacional, considerando a diversidade cultural, os conflitos são bem mais visíveis. Torna-se ainda mais problemática a discussão quando se refere aos Estados que não representam o povo, pois não foram constituídos sob um regime democrático.

Em todo caso é complexo e dificultoso falar em uma universalização desses direitos, mas não impossível. A evolução do pensamento social segue em direção a essa universalização quando se pontua a compreensão generalizada da dignidade da pessoa humana e sua promoção pela luta social e conseqüente reconhecimento de direitos humanos no sistema jurídico constitucional e democrático.

Contudo, Bobbio (2004, p. 60) já sustentava a dificuldade de universalização de direitos:

Chamamos de “Estados de direito” os Estados onde funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem: no mundo, existem Estados de direito e Estados não de direito. Não há dúvida de que os cidadãos que têm mais necessidade

da proteção internacional são os cidadãos dos Estados não de direito. Mas tais Estados são, precisamente, os menos inclinados a aceitar as transformações da comunidade internacional que deveriam abrir caminho para a instituição e o bom funcionamento de uma plena proteção jurídica dos direitos do homem. Dito de modo drástico: encontramos hoje numa fase em que, com relação à tutela internacional dos direitos do homem, onde essa é possível talvez não seja necessária, e onde é necessária é bem menos possível.

Depreende-se, portanto, que, a princípio, há que se cogitar a impossibilidade de universalização de um sistema jurídico internacional capaz de proporcionar efetiva proteção aos direitos humanos. Chega a ser discrepante fixar um ordenamento jurídico único em nível internacional para não ser utilizado como tutela de direitos humanos por quem mais dele necessita, simplesmente pelo fato de não ser adepto às transformações advindas da evolução do pensamento social.

A não ser que a função dessa ordem jurídica passe a ser apenas de respeito e promoção dos direitos humanos entre Estados de direito e Estados não de direito, mas não de reconhecimento e proteção no que se refere ao direito interno deste. Ao menos a comunidade jurídica partidária das normas de alcance internacional tenta caminhar para essa evolução.

Retomando a evolução histórica da dignidade, Sarlet (2007) trouxe também em sua obra um episódio do século XVI, no qual o espanhol Francisco de Vitoria, baseando-se no pensamento estoico e cristão, defendeu a liberdade e a igualdade dos indígenas que sofriam com o processo de aniquilação, exploração e escravização pela coroa espanhola. Sarlet (2007) explica que o espanhol argumentava que os indígenas eram sujeitos de direitos como proprietários e signatários nos contratos firmados com a coroa espanhola, demonstrando, assim, a existência de um direito natural ligado à natureza humana.

Àquela época tratava-se de um pensamento um tanto inovador e revolucionário, já que poucos enfrentaram a coroa para defender os indígenas do processo de exploração colonizador. O reconhecimento de que eles também eram sujeitos de direitos fundamentais, mesmo no que se refere a um direito natural, traduz-se na evolução da matéria do tratamento de que a dignidade da pessoa humana é intrínseca à própria existência do indivíduo como pessoa de direitos.

O mesmo pode-se dizer que ocorreu com o Brasil, quando surgiu o movimento abolicionista lutando pela dignidade dos negros tratados como objeto de mão de obra escrava no país. Sob um ordenamento jurídico positivado, o movimento lutou por seus ideais e conseguiu a promulgação da Lei Áurea em 1888, a qual declarou extinta a escravidão no país. Isso não significa que, em termos de segregação social, entendimentos contrários a uma dignidade inerente a todos os seres humanos ainda não persistem no pensamento da sociedade

brasileira. Afinal, a defesa de determinados direitos é uma luta constante e perdurará a cada nível de evolução social, pois sempre haverá discordância quanto ao reconhecimento de direitos em qualquer ordenamento jurídico democrático¹⁵.

1.1.3 O caráter indisponível da dignidade

Depreende-se do que já foi exposto que, conforme a sociedade evolui em seus aspectos filosófico, cultural, social e político, assim também evolui a aceção da dignidade da pessoa humana. Isso não significa que se chegará a um ideal comum universal. Pelo contrário, surgem diversas interpretações e com elas também se estabelecem as divergências. Além disso, ressalta-se que, independentemente da evolução que venha a ter a aceção de dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que ainda assim ela estará passível de afronta.

Aliás, Sarlet (2007), apresentando a Filosofia do Direito de Hegel, demonstra de maneira bem explicada que este se afasta de Kant ao afirmar que o ser humano deve conquistar sua dignidade, tornando-se digno apenas quando passa a ser cidadão; baseando-se tão somente na eticidade, Hegel acredita que o indivíduo não nasce com a dignidade própria a sua existência e assimila a dignidade a partir do resultado de um reconhecimento, o qual está em acordo com a ideia de que todo ser humano é sujeito de direitos quando dotado de capacidade jurídica.

Entretanto, com Kant (1980, p. 140 *apud* SARLET, 2007, p. 34) tem-se que:

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

Assim, independente da capacidade jurídica, o ser humano é digno por si só. Independente desse indivíduo, enquanto ser social, cumprir ou não seus deveres para com toda a sociedade, ainda a dignidade lhe é inerente. O ser humano tem a faculdade de escolher em cumprir sua obrigação relativa ao contrato social. Vindo a não cumprir estará sujeito às

¹⁵ Registra-se aqui o “direito de resistência” citado por Bobbio (2004, p. 51), em que os cidadãos dele se utilizam para que o Estado venha a reconhecer os direitos humanos e, por conseguinte, protegê-los; esse direito natural de resistência, em sua maioria, vem positivado nas constituições de cunho democrático.

consequências jurídicas, mas em momento algum lhe será subtraída a dignidade visto que pertence a sua própria existência e revela-se indisponível.

Por não ser objeto, instrumento ou meio, o ser humano tem a dignidade intrínseca a ele e é pessoa de direitos fundamentais, sem necessidade de um reconhecimento dotado de valores éticos pela sociedade ou pelo próprio Estado a fim de vir a se tornar digno. Porém, um reconhecimento juspositivista faz-se necessário, pois, embora indisponível, a dignidade da pessoa humana não é inviolável¹⁶. E, no que diz respeito ao ordenamento jurídico de um Estado de direito, este deverá sempre protegê-la¹⁷.

[...] no âmbito do Direito [...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...], pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente (SARLET, 2007, p. 42-43).

Resta notável o caráter indisponível da dignidade da pessoa humana, mas somente isso não lhe assegura a proteção. Há um dever social de respeito e promoção da dignidade, assim como há um dever de reconhecimento e proteção jurídica dessa mesma dignidade. Não há que se falar em sua criação porque é própria da essência humana. Da mesma forma que não se pode falar em sua concessão ou retirada, pois munida está de caráter indisponível. Refere-se à imprescritibilidade do verbo 'ser' da pessoa como humana. No entanto pode vir a ser transgredida e, portanto, objeto de delito.

1.2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL CONTRA O TRABALHO ESCRAVO

Como já dito alhures, o reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos num ordenamento jurídico positivo é um processo paulatino e evolutivo, dependendo tanto da necessidade em acolhê-los e protegê-los quanto da luta social para reconhecê-los. Essa luta pelos direitos humanos só se torna possível em um Estado de direito fundamentado na

¹⁶ Relevante o destaque que Sarlet (2007, p. 57-58) dá para a Constituição Iraniana de 1980 que trata a dignidade do ser humano como inviolável, mas ao mesmo tempo atribui ressalvas a essa inviolabilidade para determinadas situações autorizadas em lei. Na obra de Sarlet (2007) há menções também à Suprema Corte Americana que autoriza a aplicação da pena de morte desde que o procedimento se realize de forma digna.

¹⁷ Sobre esse dever de proteção Sarlet (2007, p. 53) traz como referência o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha afirmando que a dignidade da pessoa deve ser protegida onde existir vida humana. Sarlet (2007, p. 60) retrata, ainda, que em várias decisões o referido Tribunal determina essa proteção posteriormente à ocorrência das violações no caso concreto.

dignidade da pessoa humana, seja na forma expressa ou implícita, desde que os direitos dela provenientes sejam objeto de tutela jurídica.

Quando se preza pela aceitação, de modo universal, do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que já se trata de um primeiro passo dado no âmbito internacional quando constituições de países diferentes adotam características em comum ao elevá-la ao patamar de norma jurídica fundamental. A busca pela universalização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que dela advêm só podem ser concretizados - do ponto de vista da efetivação da tutela - quando protegidos pelo ordenamento jurídico do Estado de direito que os defende e, ao menos, disseminados aos Estados não de direito.

Sarlet (2007, p. 27) assim explica:

[...] justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

Atualmente, o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana nos mais variados ordenamentos jurídicos dos Estados de direito, partindo da aceitação e reconhecimento de que ela é da própria essência do ser humano, indisponível, e deve ser respeitada, vem se materializando constitucionalmente. Apresenta-se certa relativização quando direitos fundamentais se colidem ou quando a cultura diferencia-se em determinados aspectos, mas sempre respeitando a soberania de cada Estado.

1.2.1 A dignidade nas Constituições de outros países

A título de exemplos, nas Constituições da Alemanha, Espanha, Grécia, Irlanda e Portugal o princípio da dignidade da pessoa humana vem expressamente consagrado, mas a Constituição da Itália dispõe acerca de uma dignidade social estendida a todos os cidadãos, enquanto a Constituição da Bélgica aborda o direito de viver conforme a dignidade humana, reconhecendo-o aos belgas e estrangeiros que se encontram em seu território (SARLET, 2007).

No que se refere especificamente à Lei Fundamental da Alemanha, Silva (2007, p. 37, grifos do autor) explica que devido aos resultados dos crimes de cunho político e ideológico

durante a Segunda Guerra Mundial “[...] erigiu a *dignidade da pessoa humana* em direito fundamental expressamente estabelecido no seu art. 1º, n. 1, declarando: ‘A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais’”. Portugal também mencionou a dignidade da pessoa humana no art. 1º de sua Constituição, com o fim de construir uma sociedade baseada nos critérios de liberdade, justiça e solidariedade; da mesma forma que a Espanha a incluiu no art. 10, n. 1, de sua Constituição, juntamente com os direitos invioláveis, como fundamentos da ordem política e da paz social (SILVA, 2007).

Entretanto, ainda de acordo com as informações de Sarlet (2007), a Constituição da Turquia tão somente menciona o princípio supracitado ao proibir a aplicação de penas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, sendo que as Constituições da Dinamarca, Holanda e Luxemburgo não o mencionam, mas o acatam como princípio implícito, assim como ocorre na França - vista como defensora das liberdades fundamentais desde a epopeia da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 - que reconhece a proteção aos direitos fundamentais como todas as Constituições europeias.

Acolhem a dignidade ao nível de norma fundamental os textos constitucionais dos países que formam a Europa oriental, sendo que a Constituição da Rússia determina como incumbência do Estado a proteção da pessoa humana; e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, em seu artigo primeiro, também determina a inviolabilidade da dignidade do ser humano, seu respeito e proteção (SARLET, 2007).

Quando se volta para a América Latina, considerando toda a sua evolução histórico-cultural, o recente período de agrura política a qual foi submetida no cenário precedente, durante e pós Segunda Guerra Mundial, as práticas de degradação da pessoa humana nos regimes militares, bem como os parâmetros sociais pelos quais vêm se desenvolvendo, muitos de seus países reconheceram a indubitável necessidade de elevar a dignidade da pessoa humana ao patamar constitucional.

Sarlet (2007) demonstra que Brasil, Paraguai, Cuba e Venezuela, por exemplo, elevaram a dignidade à norma fundamental, com destaque à Constituição do Peru que, além de reconhecer os direitos positivados, também reconhece os direitos provenientes da dignidade humana; e à Constituição da Bolívia, a qual afirma que a dignidade e a liberdade são invioláveis, além de determinar como incumbência do Estado o papel de respeitá-las e protegê-las; repetem a Declaração Universal de 1948, as Constituições do Chile e da Guatemala, respectivamente, no que diz respeito aos homens nascerem livres e iguais em dignidade e direitos, e na primazia da pessoa humana.

1.2.2 Instrumentos normativos de âmbito internacional

Celebrada em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos veio a firmar a dignidade no plano internacional, já que em seu artigo 1º dispõe que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 4). Comentando esse artigo, Sarlet (2007, p. 45) afirma que “[...] de certa forma, revitalizou e universalizou – após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade deste século – as premissas basilares da doutrina kantiana”¹⁸.

Assim, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana veio a se firmar no âmbito internacional. Essa Declaração foi considerada fato notório após a Segunda Guerra, com o objetivo de paz mundial e acordo entre as nações, no que se refere à liberdade e à igualdade inerentes à dignidade e aos demais direitos que dela advêm.

Apoiando-se em Bobbio (2004), pode-se afirmar que com a Declaração foram estabelecidos os fundamentos dos direitos humanos, pois a afirmação destes passou a ser universal e positiva, caracterizando-se sua concretude na comunidade internacional. No entanto, ainda de acordo com Bobbio (2004), também motivou o surgimento de problemas de desenvolvimento quanto à aplicação efetiva desses direitos, passando a se tornarem direitos também históricos, visto que são capazes de revelar a necessidade de proteção de outros direitos que venham a surgir com a evolução jurídica e social.

Ainda assim, abarcando a dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional, reconhecendo e protegendo os direitos humanos fundamentais, torna-se inadmissível no mundo contemporâneo, após toda essa evolução histórica a que se deu conhecimento, que países constituídos sob a égide de Estado de direito ainda possam vir a conter índices de cometimento do crime que reduz pessoa à condição análoga à de escravo. Isso revela o porquê de a dignidade da pessoa humana dever ser reconhecida pelo Estado de direito, mas também protegida, pois pode vir a ser passível de eventual violação.

Especificamente, no que diz respeito ao progresso em nível internacional contra o trabalho escravo contemporâneo, Oliveira (2010) elenca alguns instrumentos normativos que

¹⁸ Sarlet se refere à primeira metade do século XX.

contribuíram para a proteção da dignidade da pessoa humana contra o cometimento desse crime, os quais serão expostos no decorrer do texto.

Em 1926 foi realizada uma Convenção da Sociedade das Nações referente à Escravidão, em Genebra, com destaque para o disposto em seu artigo 2º, em que as partes se comprometeram “[...] a) a impedir e reprimir o tráfico de escravos; b) a promover a abolição completa da escravidão sob tôdas (*sic*) as suas formas progressivamente e logo que possível” (SOCIEDADE DAS NAÇÕES, 1926, p. 225).

A Organização Internacional do Trabalho (1930, p. 1) ao celebrar a Convenção nº 29, em seu artigo 1º item 1, estabeleceu o compromisso firmado entre seus países-membros de “[...] abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível”, entrando em vigor no dia 1º de maio de 1932. Esta Convenção veio a ser aprovada no Brasil com o Decreto Legislativo nº 24/56, promulgando-a pelo Decreto n. 41.721/1957, vigente desde 25 de abril de 1958 (OLIVEIRA, 2010).

Retornando à Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre os direitos elencados pela Organização das Nações Unidas (1948, p. 5), dá-se eventual destaque para o artigo IV, segundo o qual “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

Também a Organização das Nações Unidas (1956) editou uma Convenção Suplementar relativa à abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura, em que todos os Estados partes convieram em adotar medidas, sejam elas legislativas ou não, para, do modo mais breve possível, abolir completamente a escravidão e suas outras diversas formas.

A Organização Internacional do Trabalho, em 1957, editou a Convenção nº 105 relativa à abolição do trabalho forçado, com entrada em vigor em 17 de janeiro de 1959, na qual se destaca o artigo 1º em relação ao seguinte trecho em que todos os países membros se comprometeram “[...] a abolir toda forma de trabalho forçado ou obrigatório e dele não fazer uso: [...] b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico; c) como meio de disciplinar a mão-de-obra; [...]” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1957, p. 1). O Brasil aprovou essa Convenção mediante o Decreto Legislativo n. 20/65, promulgando-a pelo Decreto nº 58.822/1966, vigente desde 20 de julho de 1966 (OLIVEIRA, 2010).

Segundo Oliveira (2010), o Brasil também aderiu, por meio do Decreto nº 592/1992 e ainda vigente, ao Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, cujo item 1 do

artigo 8º expressa que “ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos” (BRASIL, 1992)¹⁹.

Notável também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, cuja celebração ocorreu no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, pelos países membros da Organização dos Estados Americanos, dentre os quais o Brasil, que a promulgou por intermédio do Decreto n. 678/1992 (OLIVEIRA, 2010). O artigo 6º da referida Convenção anexa ao Decreto n. 678/1992 proíbe a escravidão e a servidão, sendo que os itens 1 e 2 assim dispõem:

1. Ninguém pode ser submetido à escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as formas. 2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, importa por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso [...] (BRASIL, 1992).

Além disso, em junho de 1998, em Genebra, na 86ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho foi emitida Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, cujo item 2, *b*, assim determina:

[...] 2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as Convenções, têm um compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções, isto é: [...] (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; [...] (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1998, p. 7-8).

Vê-se, portanto, que os Estados constituídos sob o regime democrático, denominados Estados de direito, os quais representam o povo e reconhecem a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental em seu texto constitucional, mesmo na forma implícita, sempre estarão dispostos a promover o respeito aos direitos humanos. A positivação desse princípio lhe proporciona proteção, visto que vem a reconhecer a dignidade como inerente à própria existência do indivíduo e dotada de caráter indisponível. Assim, também, procede a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio fundamental.

¹⁹ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos encontra-se anexo ao Decreto nº 592/1992.

Ainda, o § 2º do artigo 5º constitucional é nítido ao dispor que os direitos e garantias contidos expressamente na Constituição Federal interagem-se mutuamente (sem excluí-los) com outros direitos provenientes do Estado de Direito e com outros princípios adotados no decorrer do texto constitucional, abarcando também os direitos fundamentais dos tratados internacionais em que o Brasil faça parte (BRASIL, 1988).

E, por último, observada a forma de incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, disposta no § 3º do artigo 5º constitucional, tornam-se eles equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988). Sendo assim, em suas relações internacionais de promoção, reconhecimento e proteção da dignidade, o Brasil preocupou-se em positivar ao título de emendas constitucionais os tratados e convenções internacionais que tratam dos direitos fundamentais da pessoa humana.

1.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS BASILARES

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, cujo Título I trata dos princípios fundamentais, traz a seguinte redação em seu artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]” (BRASIL, 1988).

Destacam-se esses dois fundamentos no que se refere a problemática em questão. Isto porque a dignidade é bem jurídico tutelado, da qual se originam as liberdades fundamentais, e, portanto, não se deve permitir que pessoa humana venha a ser submetida a condições análogas às de escravo, pois infringe diretamente sua essência e razão de existir. Simultaneamente, envolve a relação de trabalho, sendo que este deve ser valorizado tendo em vista que também é provedor de justiça social.

Explica-se: das lições de Silva (2007) sobre a dignidade da pessoa humana elevada a norma fundamental, tem-se que todo ser humano é pessoa, portanto, o respeito ao próximo significa o respeito a si mesmo, pois a dignidade está intrínseca à pessoa humana e não foi criada pelo texto constitucional. Neste sentido, Sarlet (2007) também demonstra que a dignidade humana não é direito fundamental, assim como também não é criada e nem concedida pela ordem constitucional, visto que é característica da própria existência da pessoa.

Ainda com Silva (2007), da análise da dignidade da pessoa humana como fundamento, obtém-se o entendimento dela vir a ser valor supremo da República Federativa do Brasil constituída sob o Estado Democrático de Direito, mas vem a ser um princípio de ordem jurídica podendo abarcar os aspectos político, social, econômico e cultural. Assim, Silva (2007) conclui que a dignidade possui amplo sentido normativo-constitucional, dando origem aos demais direitos, como de liberdade e igualdade, bem como garantindo ao indivíduo condições mínimas de existência.

É o mesmo entendimento de Sarlet (2007), o qual afirma que a dignidade da pessoa humana é reconhecida e protegida como norma jurídico-positiva fundamental, elevada ao patamar constitucional, e dela advêm os direitos humanos, ou seja, acaba por se tornar norma definidora de direitos, deveres e garantias fundamentais.

Logo, a dignidade da pessoa humana elevada ao patamar de princípio fundamental da ordem jurídico-constitucional, em regra, possui influência imediata em todo o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito sob o qual foi constituída a República Federativa do Brasil. Além do mais, mesmo diante de colisão entre direitos fundamentais, a interpretação dos aplicadores da lei sempre deverá se pautar na dignidade da pessoa humana, simplesmente porque ela foi reconhecida e protegida no texto constitucional, e dela advêm todos os demais direitos fundamentais.

Nas lições de Sarlet (2007), a dignidade da pessoa humana apresenta como funções: a) conferir legitimidade à ordem jurídico-constitucional; b) função política ao reconhecer a dignidade da pessoa humana no meio sociocultural e, ainda, num conceito particular; c) função instrumental como base para aplicação, interpretação e integração do ordenamento jurídico vigente.

A saber, o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, no texto constitucional pátrio, trazem consigo a capacidade de identificar um Estado de direito e as bases de seu ordenamento jurídico, a cultura da sociedade sobre a qual se aplica – considerando, ainda, um critério político de aplicação desse princípio -, bem como a forma como se dá essa aplicação, já que todo caso concreto deve ser interpretado de acordo com o referido princípio.

Especificamente à valorização do trabalho e da livre iniciativa, Silva (2007) explica que constitui princípio fundamental na Constituição Federal de 1988 porque valoriza elementos capazes de proporcionar bem-estar social. Mesmo sendo elementos diretamente ligados à ordem econômica baseada no capital e no lucro, não se deve permitir a inobservância desses princípios fundamentais, visto que, acima de tudo, procura-se valorizar o

trabalho considerando-o como instrumento garantidor de justiça social que fornece condições mínimas à sobrevivência do indivíduo.

Além disso, preza-se pela liberdade da pessoa humana em escolher um trabalho digno, não podendo ser ele obrigado a se submeter a condições que atentem contra sua própria dignidade, pois esta é indisponível. As formas urbanas de escravidão constituídas sob o manto da terceirização lícita, ou seja, fraudando as normas flexibilizadoras das relações de trabalho, não observam a dignidade da pessoa humana nem a valorização do trabalho, apresentando-se, ainda, como afronta aos fundamentos da própria ordem econômica.

Para Silva (2007, p. 39):

É esse o trabalho cuja valorização constitui fundamento da ordem econômica (art. 170), cujo primado é base da ordem social (art. 193) e que merece a proteção constitucional como matéria-prima dos direitos sociais (arts. 6º e 7º). Os valores sociais do trabalho estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna. Os valores do trabalho, portanto, só se materializam com o direito à livre escolha do trabalho pelo trabalhador, direito a condições equitativas (igualdade de tratamento nas relações de trabalho), direito a uma remuneração que assegure ao trabalhador e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana do trabalhador e seus familiares.

Observa-se que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa estão completamente integrados entre si, e, também, relacionados com a ordem econômica. Esta produz efeitos diretos na dignidade da pessoa humana, já que fundada na valorização do trabalho fornece ao indivíduo capacidade de subsistir de forma digna na sociedade capitalista, desde que as liberdades fundamentais sejam respeitadas.

Conforme dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 dispõe no *caput* do artigo 170 que “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 [...]” (BRASIL, 1988). Também o artigo 193 afirma que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 1988).

Posto isso, tem-se que a dignidade da pessoa humana é fundamento inerente ao Estado Democrático de Direito que dá origem a todos os demais direitos fundamentais, os quais englobam os direitos sociais relativos ao primado do trabalho. A valorização do trabalho é prezada tanto pela ordem econômica quanto pela ordem social, pois proporciona ao indivíduo enquanto ser social a possibilidade de se ter uma vida digna. Confirma-se que:

Assim sendo e apesar da possibilidade de se questionar a vinculação direta de todos os direitos sociais (e fundamentais em geral) consagrados na Constituição de 1988

com o princípio da dignidade da pessoa humana, não há como desconsiderar ou mesmo negar tal conexão, tanto mais intensa, quanto maior a importância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época, o que harmoniza com a já destacada dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos fundamentais (inclusive sociais) que lhe são inerentes (SARLET, 2007, p. 98).

Portanto, há que se considerar aqui a cultura da sociedade em que são aplicados os direitos fundamentais, bem como a política de promoção dos direitos sociais e o desenvolvimento econômico que tenha como base a justiça social. Afinal, contrário a todo o ordenamento jurídico e à própria existência da pessoa humana está o crime que reduz alguém à condição análoga à de escravo.

A partir de desse crime busca-se obter lucro fácil ao custo de ofensa à dignidade, burlando as normas flexibilizadoras das relações trabalhistas por intermédio da terceirização sob um formato lícito, mas que possibilita a não responsabilização penal. Sendo assim, tendo em vista a efetiva proteção aos direitos fundamentais, a manutenção do Estado de direito e, principalmente, a preservação da dignidade humana, justifica-se a delimitação da coautoria para se verificar se há ou não a responsabilidade penal do tomador de serviços na terceirização lícita de trabalho que acabe por configurar o crime previsto no artigo 149 do Código Penal.

Ainda, no que se refere ao fato de reduzir pessoa à condição análoga à de escravo, destacam-se alguns dos objetivos fundamentais do Brasil elencados nos incisos do artigo 3º da Constituição Federal, os quais se demonstram contrários a essa conduta que viola o princípio da dignidade da pessoa humana. São eles: “[...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação [...]” (BRASIL, 1988).

Mais uma vez, apesar de se ter como base a conjuntura normativa e doutrinária dos âmbitos penal e trabalhista, ou seja, fundamentando-se num Direito Penal do Trabalho - construído sob o manto constitucional - sem se retratar a qualquer legislação específica (pois não há), constata-se que reduzir pessoa humana à condição análoga à de escravo na terceirização lícita de trabalho, fraudando as normas que flexibilizaram as relações trabalhistas, atentam também contra os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Desrespeitando a dignidade humana para se obter lucro na ordem econômica atual, sem responsabilizar penalmente seus agentes causadores, revela-se desfavorável ao conceito

de uma sociedade livre e solidária, munida de justiça, pois foge aos ideais de liberdade, justiça e solidariedade.

O mesmo se diz quanto à erradicação da pobreza e à redução da desigualdade. A conduta tipificada no artigo 149 do Código Penal só vem a contribuir com a pobreza, a miséria, conseqüente marginalização e desigualdades sociais, pois nessas condições não se pode dizer em bem-estar social e vida digna, capaz de garantir ao indivíduo o mínimo existencial. Assim também se procede no que diz respeito à promoção do bem de todos, já que o tipo penal mencionado tão somente promove a desigualdade e a injustiça social, sendo completamente contrário ao bem comum.

Além disso, em suas relações internacionais o Brasil constitucionalmente obrigou-se a observar a prevalência dos direitos humanos, conforme o disposto no inciso II do artigo 4º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Silva (2007) explica que os direitos humanos traduzem-se nos direitos fundamentais da pessoa humana presentes tanto na Constituição quanto nos demais instrumentos internacionais que protegem a dignidade e respectivas liberdades fundamentais. Como já mencionado, a dignidade da pessoa humana dá origem aos direitos fundamentais. Positivar ambos na Constituição Federal confirma o reconhecimento e a proteção da pessoa humana e suas respectivas liberdades fundamentais.

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental [...] exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade (SARLET, 2007, p. 87).

A dignidade é inerente à pessoa humana não sendo passível de criação constitucional, mas tão somente - partindo de uma perspectiva filosófica - positivada para fins de proteção. Dela advêm os direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Não se confundem, mas se integram mutuamente ao ponto de a efetividade de um significar a efetividade do outro. Na mesma lógica em que o desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana equivale ao desrespeito a sua própria existência.

1.3.1 Direitos fundamentais

O Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz os direitos e garantias fundamentais²⁰, compreendendo os direitos sociais, os quais também podem vir dispostos em outros trechos do texto constitucional. Logo no *caput* do artigo 5º encontram-se garantidos às pessoas os direitos de vida, liberdade e igualdade, dentre outros, todos provenientes do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Bobbio (2004) explica que diversas podem ser as definições de direitos humanos, sendo estes também variáveis conforme a transformação do contexto histórico e o que vem a ser direito fundamental para determinadas culturas, ressaltando, ainda, a heterogeneidade desses direitos e conseqüente colisão entre os mesmos, não podendo afirmar indubitavelmente seu caráter absoluto. Defende, portanto, o relativismo dos direitos humanos. Da mesma forma entende Silva (2007) ao ensinar que não se pode afirmar o caráter imutável dos direitos fundamentais, pois também são direitos históricos. Portanto, não há como afirmar sem dúvida alguma que os direitos fundamentais possuem caráter absoluto.

Porém, enfatiza-se que “[...] do princípio da dignidade da pessoa humana se possam deduzir autonomamente – sem qualquer referência direta a outro direito fundamental – posições jurídico-subjetivas fundamentais” (SARLET, 2007, p. 105). Isso retoma ao fato de que a dignidade da pessoa humana elevada ao patamar de princípio fundamental do Estado de direito, não somente enseja os demais direitos fundamentais dispostos no texto constitucional, mas determina que toda a ordem jurídica esteja em conformidade com o referido princípio, principalmente na manifestação interpretativa dos Tribunais do país, considerando que são responsáveis por aplicar a Justiça em sua completude e proporcionar efetividade ao bem jurídico tutelado.

Assim, ainda que se possa reconhecer a possibilidade de alguma relativização da dignidade pessoal e, nesta linha, até mesmo de eventuais restrições, não há como transigir no que diz com a preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade, que justamente – e aqui poder-se-á adotar a conhecida fórmula de

²⁰ Acerca da diferenciação entre direitos e garantias Moraes (2007, p. 70, grifos do autor) assim dispõe: “A distinção entre *direitos e garantias fundamentais*, no Direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”. Vale dizer que para o direito pátrio há diferenças entre os termos “direito” e “garantia”. Pode-se afirmar que garantia vem a ser o instrumento de eficácia do direito fundamental, ambos positivados. A não ser que, mesmo não positivado, esteja amparado no princípio da dignidade da pessoa humana de forma implícita, quando passará ao crivo de avaliação interpretativa pelos tribunais do país.

inspiração kantiana – consiste na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano (que é fim, e não meio). Da mesma forma, vale lembrar que com isto não se está a sustentar a inviabilidade de impor certas restrições aos direitos fundamentais, ainda que diretamente fundadas na proteção da dignidade da pessoa humana, desde que, à evidência, reste intacto o núcleo em dignidade destes direitos (SARLET, 2007, p. 141).

Logo, com essas informações supramencionadas, tem-se que mesmo diante de certa relativização quando da análise da colisão de direitos no caso concreto, todo o ordenamento jurídico vigente sob o teto do Estado de direito que reconhece e protege a dignidade da pessoa humana, elevando-a ao patamar de princípio fundamental na Constituição, deve pautar-se por esse princípio. Não se admite que essa relativização venha a custar ofensa à dignidade intrínseca e indisponível do ser humano, nem mesmo aos direitos que lhe são fundamentais, abarcando os direitos sociais que lhe proporcionam bem-estar social para sobrevivência numa ordem econômica capitalista.

Nesse contexto, para a análise da flexibilização das normas trabalhistas, caso a inexistência de lei específica possibilite a prática do crime do artigo 149 do Código Penal na terceirização lícita de trabalho, sem que se proceda à responsabilidade penal do tomador de serviços, procura-se demonstrar ao menos que o Direito Penal do Trabalho fundado na ordem constitucional então vigente é suficiente para delimitar a coautoria do tomador de serviços. Para tanto, elencam-se os principais direitos e garantias fundamentais que servirão de base jurídica para possível delimitação e conseqüente responsabilidade penal.

1.3.2 Integração de princípios com a legalidade

O artigo 5º da Constituição Federal traz no inciso II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Ao mesmo tempo em que aborda o princípio da legalidade, o dispositivo em comento trata da liberdade individual, afinal, Silva (2007, p. 810, grifos do autor) explica que “*a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítimo*”. Em regra, a liberdade individual como caráter inerente à dignidade da pessoa humana não é tangível, mas pode vir a ser quando expressamente disposta em lei.

Quanto ao princípio da legalidade, Silva (2007) ensina que está inteiramente relacionado ao Estado Democrático de Direito, em que a lei impera, mas desde que de acordo com os ideais de uma sociedade democrática, que expresse a vontade de seus indivíduos e o bem-estar e a justiça sociais, sempre de acordo com a ordem jurídico-constitucional; assim,

diz-se de uma legalidade legítima, visto que foi emanada por um poder legítimo constituído sob um Estado de direito. Trata-se, portanto, de princípio basilar capaz de proporcionar segurança jurídica imediata à sociedade, desde que se observe o que proclama a Constituição Federal. Moraes (2007) afirma que o princípio da legalidade tem como objetivo o combate às arbitrariedades do Estado, visto que devem ser observadas as regras do processo constitucional de criação de leis como expressão da vontade social de produzir obrigações individuais para ordenar o convívio em sociedade de acordo com os ditames normativos.

Posto isso, no que se refere aos novos meios de se burlar a legislação trabalhista, a partir da flexibilização de suas normas para submeter pessoa humana à condição análoga à de escravo, por terceirização lícita de trabalho, alegando não ser possível a responsabilização penal do tomador de serviços por coautoria, há que se considerar a subdivisão interligada do princípio da legalidade na “reserva legal” e na “anterioridade da lei penal”.

Primeiramente, explica-se com Silva (2007) que o princípio da legalidade é gênero do qual se depreende o respeito à lei conforme o pré-estabelecido pelo legislador, enquanto a reserva legal (ou reserva de lei) é espécie relativa ao processo legislativo, em si, que cria lei formal. Assim, para o âmbito penal, nos termos do inciso XXXIX do artigo 5º constitucional “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2007). Nestes termos, concorda-se com a seguinte acepção do dispositivo constitucional:

É indispensável uma descrição específica da conduta tida como lesiva a um bem jurídico. Vale dizer que a ação humana, para ser crime, há de corresponder objetivamente a uma conduta descrita tipicamente pela lei. O “crime”, assim, é a conduta humana lesiva a um bem jurídico protegido pela lei penal [...] só existe o crime quando a comissão ou omissão seja *típica, antijurídica e culpável* (SILVA, 2007, p. 138, grifos do autor).

Logo, para se configurar como tipo penal, a conduta deverá estar previamente descrita em lei formal, pois não se deve afirmar ser crime se o bem jurídico não estiver anteriormente tutelado em lei penal que obedeça ao processo legislativo constitucional. Ou seja, não há que se falar em crime se a conduta não estiver prevista de forma antecipada em lei penal formal e legítima. Nesse sentido, Silva (2007, p. 138) esclarece:

“Lei anterior” é a lei que define o fato típico como infração penal antes de sua ocorrência concreta. Quer isso dizer que não se admite que lei *post facto* se aplique ao fato incriminado que tenha ocorrido antes de sua vigência, mas ainda há que se perguntar: que lei? A resposta é: a *lei formal*, a lei produzida pelo Congresso Nacional segundo o procedimento constitucionalmente estabelecido (grifos do autor).

Das lições de Moraes (2007) compreende-se que os princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal remetem-se à essência do Estado de direito sob o qual foi instituída a República Federativa do Brasil, vindo a proporcionar segurança jurídica quando do exercício do poder de punir do Estado em contraponto com a liberdade individual. Em todo caso, mais uma vez pode-se notar a proteção jurídica evidente que se deu a partir da positivação dos direitos fundamentais.

Do supramencionado, entende-se que nem seria necessário o disposto no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988). Silva (2007) explica que a irretroatividade da lei penal já está bem definida na primeira parte do inciso XXXIX do artigo 5º, quando dispõe acerca da anterioridade da lei, pois significa que a lei não poderá retroagir considerando que o fato somente configura crime quando a lei assim antes determinar. Excetua-se quando a lei for mais benéfica, pois aí está a se apreciar a evolução social de um direito histórico, quando o fato já não é mais imputado como crime.

Nessa integração imediata de princípios, ainda há que se evidenciar o que proclama o inciso XXXV do artigo 5º constitucional, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Segundo as lições de Silva (2007) depreende-se que o inciso trata do princípio da proteção judiciária, compreendido como a garantia dos direitos fundamentais, já que protege tanto o direito de provocar a atuação jurisdicional como a plenitude de defesa e o devido processo legal, bem como o direito a se obter uma decisão justa de acordo com a ordem constitucional vigente e suprema.

Moraes (2007) enfatiza que sempre que houver violação aos direitos que estão sob a égide da legalidade democrática instituída na Constituição Federal, o Poder Judiciário será provocado a intervir e aplicar a lei ao caso concreto. É claro que, para tanto, também há que se pautar pelo devido processo legal descrito no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, bem como pela ampla defesa e o contraditório assegurado no inciso LV do referido artigo.

Silva (2007) compreende que com o devido processo legal garante-se o processo em si e, que, adicionando-lhe o contraditório e a ampla defesa têm-se os pressupostos para um processo justo. Diferenciando os termos, a ampla defesa é entendida como a possibilidade de o réu apresentar ao processo todos os elementos que contribuam para a verdade real, ou até mesmo o direito de permanecer calado, enquanto que o contraditório traduz-se na dialética processual, em que todo o ato realizado por uma parte poderá sofrer oposição, contradição e interpretação diversa pela outra parte (MORAES, 2007).

Porém, Silva (2007, p. 155) enfatiza a seguinte observação quanto aos princípios do contraditório e da ampla defesa:

Embora esses princípios consubstanciem o *processo acusatório* – que se fundamenta na separação entre juiz e acusador, na paridade entre a acusação e a defesa, na publicidade dos atos processuais, num processo justo –, o juiz não pode ser inteiramente passivo, pois quem lida com a liberdade e a dignidade da pessoa humana há que ter sensibilidade e equilíbrio bastantes para buscar a verdade material e a realização da igualização das condições dos socialmente desiguais, sem se transformar em juízo inquisitório, onde sua imparcialidade se perde e ganha autoritarismo, contrário ao Estado Democrático de Direito (grifos do autor).

Retoma-se aqui à afirmação de que a positivação da dignidade da pessoa humana, ou simplesmente quando entendida como princípio implícito na ordem jurídico-constitucional de um Estado de direito, sempre comandará a aplicação das normas e respectivas interpretações quando existirem colisões de direitos. E o juiz, como principal aplicador da lei e dos princípios que a regem, a fim de proferir uma decisão justa que garanta a efetividade do bem jurídico tutelado, deverá estar sempre atento aos ditames do Estado Democrático de Direito e aos princípios fundamentais assegurados na Constituição Federal.

Observar-se-á, ainda, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, conforme o que preconiza o inciso LVII do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988). Vislumbra-se aqui o princípio da presunção da inocência que, para Moraes (2007, p. 277) é “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”, pois se infere desse princípio que “há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”.

A presunção de inocência está interligada com o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, como garantidores do processo justo e paritário. Assim, instrui-se a partir de Moraes (2007, p. 278, grifos do autor) que:

O princípio da presunção de inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal [...], em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Certamente, o princípio da presunção de inocência se aplica especificamente ao réu. Entretanto, ressalta-se que os demais princípios, seja na forma absoluta ou relativa, em regra se aplicarão em pé de igualdade para ambas as partes. Em geral não se prevê uma distinção

entre indivíduos para que sejam aplicados, por meio da via jurisdicional, os direitos fundamentais de maneira efetiva. Apenas tem-se a premissa de que ao intérprete da lei é dado o dever de observar eventual relativização de direitos fundamentais que estejam sob colisão quando necessariamente tiver de aplicá-los, mas não se poderá atentar contra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a Constituição Federal também prevê em seu artigo 5º, inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). Protegem-se, nesses termos, os direitos fundamentais, os quais compreendem as liberdades e, ainda, os direitos sociais. Moraes (2007, p. 229) afirma que o referido inciso é “garantia constitucional de eficácia limitada, portanto não auto-executável e dependente de integração legislativa ordinária [...]”. O que se busca com esse dispositivo é a possibilidade do Estado de direito intervir, quando necessário, mediante lei formal e legítima, com fins de se proteger os direitos fundamentais.

Assim, tutela-se um bem jurídico ao ser delimitado no Código Penal conduta imputada como crime. O mesmo se procede quando o juízo interpreta e aplica a lei de acordo com o Direito Penal do Trabalho quando do julgamento de condutas típicas provenientes de ilícitos trabalhistas. Ou, ainda, quando o Poder Legislativo cria legislação específica para proteger direitos fundamentais atendendo ao contexto social e cultural que a aspira e se faz necessária.

O que nos parece deva ficar consignado é que não se deve confundir a necessidade de harmonizar, no caso concreto, a dignidade na sua condição de norma-princípio (que, por definição, admite vários níveis de realização) com outros princípios e direitos fundamentais, de tal sorte que se poderá tolerar alguma relativização, com a necessidade de respeitar, proteger e promover a igual dignidade de todas as pessoas, não olvidando que, antes mesmo de ser norma jurídica, a dignidade é, acima de tudo, a qualidade intrínseca do ser humano e que o torna merecedor ou, pelo menos, titular de uma pretensão de respeito e proteção (SARLET, 2007, p. 142).

Logo, diante da colisão de direitos fundamentais bem se pode dizer de uma necessária relativização para buscar aplicá-los de forma justa e efetiva. Mas, tratando-se da dignidade da pessoa humana, essa relativização demonstra-se possível quando ocorrer oposição da dignidade de dois indivíduos. Afinal, a dignidade da pessoa condiz com a própria existência do ser humano e dele não se pode tirar.

De certa forma, para compreender o acompanhamento e evolução do direito positivo em congruência com as liberdades fundamentais advindas da dignidade da pessoa humana, há que se considerar a lição de Bobbio (2004, p. 64):

A quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado.

Sendo assim, para manter o ordenamento jurídico vigente em conformidade com os princípios fundamentais, o Estado de direito deverá sempre procurar atualizar-se com a evolução da sociedade, considerando que esta estará em constante mutabilidade, principalmente quando se tem em vista uma sociedade baseada numa ordem econômica capitalista, cujo primado é o trabalho concomitante ao lucro.

1.3.3 Direitos sociais

Nesse ínterim, torna-se imprescindível compreender, no que diz respeito à liberdade individual e a igualdade provenientes da dignidade da pessoa humana como essência do indivíduo enquanto ser social, a instituição de direitos sociais na Constituição Federal de 1988, inseridos em capítulo à parte aos direitos e deveres individuais e coletivos propriamente ditos, mas dentro do Título II que trata dos direitos e garantias fundamentais. Ressalta-se que esses direitos, os quais visam o bem comum e a justiça social, e encontram-se esparsos no decorrer do texto constitucional.

Em suma, os direitos sociais para Silva (2007, p. 183-184):

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

Esses direitos estão diretamente relacionados à busca pelo bem-estar social, ao ponto que possibilitam atingir um patamar de igualdade quanto ao mínimo existencial do indivíduo na ordem econômica capitalista. Constata-se que os direitos sociais são capazes de proporcionar vida digna a pessoa humana ao passo que garantem também condições mínimas de trabalho.

A partir desse entendimento, Sarlet (2007, p. 93-94) preconiza:

[...] Em verdade, cuida-se – em boa parte – de direitos fundamentais de liberdade e igualdade outorgados aos trabalhadores com o intuito de assegurar-lhes um espaço de autonomia pessoal não mais apenas em face do Estado, mas especialmente dos assim denominados poderes sociais, destacando-se, ainda, a circunstância de que o direito ao trabalho (e a um trabalho em condições dignas!) constitui um dos principais direitos fundamentais da pessoa humana [...].

Apesar de as normas flexibilizadoras das relações trabalhistas demonstrarem ser essenciais ao desenvolvimento do país, considerando que acompanham a evolução da ordem econômica em nível mundial, não se deve permitir que por intermédio das formas de burlá-las infrinja-se a dignidade da pessoa humana, pressuposto do Estado de direito, elevada ao patamar de princípio fundamental na ordem jurídico-constitucional vigente.

Toda a evolução histórica de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, bem como a luta pela conquista dos direitos sociais trabalhistas fundados na dignidade intrínseca ao ser humano, decaem ao descaso *com o fato de se pensar em não ser possível a responsabilidade penal do tomador de serviços na terceirização lícita de trabalho que reduz pessoa humana à condição análoga à de escravo*. A afirmação de Bobbio (2004, p. 63-64) é atual para o que se demonstrou até aqui:

[...] Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.

Revela-se que mesmo diante do contexto social em que se encontram, os direitos sociais trabalhistas deverão sempre acompanhar a evolução econômica e cultural da sociedade. O Direito do Trabalho propriamente dito não deve estagnar-se no tempo, pois constantemente se alteram os fatores econômicos e, como consequência, mudam drasticamente os direitos sociais que o solidificam. Caso inexistir lei específica para lhes garantir efetividade – somando-se aos direitos fundamentais como um todo, oriundos da dignidade - faz-se uso de um Direito Penal do Trabalho para se discutir a possível responsabilidade penal do tomador de serviços na terceirização lícita de trabalho que configure a conduta típica prevista no artigo 149 do Código Penal.

2 O CRIME DE REDUÇÃO DA PESSOA HUMANA À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO NA TERCEIRIZAÇÃO

Como foi explanado anteriormente, o trabalho em condição análoga à de escravo contraria a dignidade da pessoa humana e o Estado de direito, tanto que a proteção destes e dos direitos humanos que deles advêm se dá em nível internacional, enquanto a proibição do trabalho escravo ou em condições análogas também prospera nesse campo evolutivo para uma possível universalização de direitos. De qualquer maneira, o direito constitucional pátrio permitiu que o Brasil incorporasse os tratados e convenções internacionais referentes aos direitos humanos²¹.

E principalmente: a República Federativa do Brasil foi instituída sob o Estado Democrático de Direito, tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, protege constitucionalmente as liberdades individuais, bem como os direitos sociais, sendo que a ordem econômica e social também valorizam o trabalho e a dignidade do indivíduo (BRASIL, 1988).

Ocorre que direitos trabalhistas são passíveis de flexibilização, cujo um dos principais objetivos é manter estável a relação empregatícia diante de instabilidade econômica. Nesse ínterim, acabam por possibilitar fraudes ao ordenamento jurídico vigente visando tão somente a lucratividade ao minimizar custos a partir de ofensa à dignidade da pessoa humana. Assim ocorre na terceirização lícita de trabalho que reduz pessoa humana à condição análoga à de escravo.

O Direito do Trabalho é de suma importância no que se refere à forma de regular a principal atividade econômica: o trabalho, o qual é inerente ao Estado Democrático de Direito em que foi instituída a República Federativa do Brasil, de acordo com o Preâmbulo e o caput do artigo 1º da Constituição Federal; além do mais, a partir do tratamento que se dá à pessoa humana no texto constitucional, tem-se que o Direito do Trabalho é fundamental ao equilíbrio das relações econômicas (informação verbal)²².

Mas não se deve negar que a flexibilização no Direito do Trabalho, por mais que tenha o objetivo de tentar acompanhar o desenvolvimento econômico, também facilita a prática de fraudes que atentam contra o trabalho humano e, ainda, contra a dignidade da pessoa, vindo a

²¹ No que se refere à proibição do trabalho escravo, a relação do Brasil com os organismos internacionais e as outras Nações será discutida no último capítulo.

²² Conforme Mauricio Godinho Delgado, na sessão solene de abertura e conferência do 54º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, em São Paulo, no dia 26 de maio de 2014.

surtir efeitos jurídicos tanto no equilíbrio econômico quanto no âmbito de responsabilização penal.

Quando se aborda aqui o problema da definição da coautoria do tomador de serviços, na terceirização lícita, que reduz pessoa humana à condição análoga à de escravo, configurando-se a conduta típica do artigo 149 do Código Penal, pretende-se demonstrar uma prática fraudulenta que lesa direitos fundamentais e que, simultaneamente, busca fundamentos no ordenamento jurídico vigente como garantia de impunidade aos agentes do delito. A dificuldade reside em se responsabilizar penalmente o tomador de serviços, que pode valer da própria lei para se escusar dos efeitos jurídicos da conduta tipificada.

Entretanto, o Estado Democrático de Direito tem como tripé conceitual: a) a pessoa humana e sua dignidade, tratada do ponto de vista de seu ápice, fortalecendo, assim; b) a sociedade política, democrática e inclusiva, bem como; c) a sociedade civil, democrática e inclusiva (informação verbal)²³. Assim, não há que se falar em regime democrático que atente contra a dignidade da pessoa humana, como não se pode afirmar que esta persiste aos ditames de um Estado de não direito. Como já dito alhures, a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito conjuntamente objetivam a efetivação do bem comum, do bem-estar social, e do indivíduo como um fim em si mesmo, ainda de acordo com o pensamento kantiano.

Por sua vez, a dignidade da pessoa humana foi positivada como princípio fundamental no texto constitucional, visando um Estado e sociedade que cumpra as normas de direito conforme os preceitos desse princípio. Da mesma forma, o indivíduo enquanto ser social, sujeito de direitos e deveres, deve agir de acordo com a lei. Caso contrário, no que se refere à conduta típica do artigo 149 do Código Penal na terceirização lícita, esta utilizada como meio de se escusar de uma possível responsabilidade penal, faz-se uso de um Direito Penal do Trabalho para demonstrar a coautoria do tomador de serviços no ilícito em questão.

2.1 A TEORIA DO CRIME: ANÁLISE CLASSIFICATÓRIA

Primeiramente, deve-se analisar a teoria do crime do ponto de vista prático e suficiente para a dogmática penal, a fim de verificar a conduta em discussão como infração penal no ordenamento jurídico então vigente. Nesse sentido, Greco (2011, p. 26) afirma que:

²³ De acordo com Mauricio Godinho Delgado, na sessão solene de abertura e conferência do 54º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, em São Paulo, no dia 26 de maio de 2014.

A Teoria do delito tem a finalidade de identificar os elementos que integram a infração penal, criando um roteiro a ser obrigatoriamente seguido pelos aplicadores do direito, que, por meio dele, poderão concluir ou não pela existência da infração penal. Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois é um todo unitário, para efeitos de estudo, faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuricidade e a culpabilidade. [...] cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte.

Para tanto, predomina na doutrina nacional majoritária um conceito analítico de crime²⁴ baseado nos elementos necessários de constituição do delito. Porém, é notável a divergência doutrinária, principalmente entre a concepção causalista de Liszt e Beling e a concepção finalista de Welzel quanto ao conceito de ação²⁵. Atualmente, a tendência é para uma maior aceitação da teoria finalista entre os penalistas brasileiros.

De qualquer maneira, a conduta de reduzir pessoa à condição análoga à de escravo, sem adentrar por enquanto no tipo penal específico, será verificada com base no conceito analítico de crime, o qual é essencial para constatar a prática da infração penal. Hungria e Fragoso (1978, p. 9) assim conceituam o crime: “[...] é o fato (humano) típico (isto é, objetivamente correspondente ao descrito *in abstracto* pela lei), contrário ao direito, imputável a título de dolo ou culpa e a que a lei contrapõe a pena (em sentido estrito) como sanção específica”.

Para compreender os elementos que compõe o crime, torna-se primordial verificá-los individualmente de acordo com a conduta (ou ação) a ser analisada. Os três elementos essenciais que formam o conceito de crime acima mencionado englobam a tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade. Diversas são as denominações para esses termos na doutrina nacional, mas todas provenientes do conceito analítico de delito. Apenas se diferenciam quanto à visão causalista ou finalista. Hungria e Fragoso²⁶ (1978, p. 9) dispuseram o seguinte acerca da definição de crime supramencionada:

²⁴ De acordo com Greco (2011, p. 27) esse conceito busca “analisar os elementos ou características que integram a infração penal, permitindo ao intérprete, após sua averiguação, concluir ou não pela sua prática”.

²⁵ De maneira didática e simplificada, Greco (2011, p.30) explica que a concepção causalista provém da teoria clássica do sistema causal-naturalista de Liszt e Beling, em que a ação é “o movimento humano voluntário produtor de uma modificação no mundo exterior”; posteriormente, a teoria neoclássica veio a englobar nesse conceito a omissão, resumindo a ação na manifestação de um comportamento humano exteriorizado voluntariamente; enquanto a teoria finalista de Welzel veio a afirmar que a ação é “um comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer”, abarcando nesse conceito a culpa e o dolo. Apesar das críticas doutrinárias, dos pontos controversos apresentados por outras concepções de ação, tanto a teoria da causalidade quanto a teoria finalista foram suficientes para o desenvolvimento da teoria jurídica do crime, já que compõem o conceito analítico do crime fundado na dogmática penal.

²⁶ Hungria e Fragoso (1978) aderiram à teoria da causalidade.

Na definição formulada acima, encontram-se fixados todos os *sinais* que, a nosso ver, devem ser distintamente considerados (segundo a *teoria realística*) na análise técnico-jurídica do crime: *fato típico*, *injuricidade* (ilicitude jurídica), *culpabilidade*, *punibilidade*. O fato típico e a culpabilidade constituem, respectivamente, o *elemento material* (exterior, objetivo) e o *elemento moral* (psíquico, subjetivo) do crime: a injuricidade é a sua própria *essência*, e a punibilidade a sua *nota particular* (grifos do autor).

Nota-se que o fato típico é classificado como elemento objetivo do crime, enquanto a culpabilidade é o elemento subjetivo. O elemento injuricidade, também denominado ilicitude jurídica, ilegalidade ou antijuricidade, refere-se nitidamente ao que vem a ser o delito, visto que só recebe essa denominação justamente por se tratar de conduta antijurídica, ou seja, conduta contra o ordenamento jurídico vigente. Esses termos serão analisados de forma pormenorizada conforme a conduta da problemática em questão.

Ademais, talvez dê a entender que a punibilidade deva ser elemento essencial ao conceito de delito, mas Bitencourt (2010) enfatiza que ela não passa de mera consequência do crime, não contribuindo para sua formação; assim como Greco (2011), o qual entende que a punibilidade não integra o conceito analítico de crime, afirmando ser apenas consequência do delito²⁷. A respeito da punibilidade, Hungria e Fragoso (1978) afirmam que mesmo ela não sendo um elemento que compõe o conceito de crime, apresenta-se como particularidade deste, visto que caracteriza o ilícito penal, diferenciando-o do ilícito civil e do ilícito administrativo.

Superada as insurgências doutrinárias, vale-se da análise dos elementos do crime conforme a conduta de reduzir pessoa humana à condição análoga à de escravo, na terceirização lícita de trabalho, a fim de demonstrar a infração penal constituída sem detalhar suas especificidades²⁸, mas sob a ótica das concepções causalista e finalista da ação.

2.1.1 Tipicidade

Ao explicar o elemento fato típico, Hungria e Fragoso (1978) entendem que o crime é um fato que se traduz na vontade humana expressa por ação ou omissão e, conseqüentemente, traz consigo um resultado lesivo ao bem jurídico tutelado penalmente. Ainda, Hungria e Fragoso (1978, p. 11) afirmam que “só se pode transgredir a norma penal [...] fazendo-se o que ela proíbe ou deixando-se de fazer o que ela manda [...]”.

²⁷ Diferentemente de Hungria e Fragoso (1978), Bitencourt (2010) e Greco (2011) são adeptos da teoria finalista da ação, mas todos partem do conceito analítico do delito de classificação tripartite: tipicidade, antijuricidade e culpabilidade.

²⁸ O artigo 149 do Código Penal será analisado mais adiante.

Vê-se quanto ao elemento fato típico que reduzir alguém à condição análoga à de escravo agride a dignidade da pessoa humana e respectivos direitos fundamentais. Ressalta-se que a dignidade, própria da existência humana, encontra-se protegida no patamar constitucional. Trata-se de princípio fundamental que rege todo o ordenamento jurídico e, especificamente, bem jurídico tutelado no que se refere ao tipo penal disposto no artigo 149 do Código Penal.

Ainda, analisando a conduta tipificada pelo agente do delito na terceirização, no que diz respeito à fraude utilizada para diminuir custos e aumentar a lucratividade a partir de ofensa à dignidade da pessoa humana, constata-se desvalorização ao trabalho humano e, conseqüentemente, aos direitos sociais do trabalhador, atentando-se contra o bem-estar social.

A saber, nessa terceirização fraudulenta, o possível agente do delito que venha a expressar sua vontade e causar o resultado lesivo será o prestador de serviços, bem como o tomador de serviços. Entretanto, quando se diz que deve haver transgressão à norma penal para configurar o tipo, refere-se basicamente ao princípio da anterioridade da lei penal. Assim, tem-se que:

O fato elementar do crime deve corresponder fielmente à descrição contida no preceito legal incriminador (considerado em si mesmo ou em conexão com a regra geral sobre a *tentativa*). A esse caráter do fato chama-se *tipicidade*. Dizer-se que não há crime sem tipicidade é repetir o *nullum crimen sine lege*; [...] (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 20-21, grifos do autor).

Vale dizer que a tipicidade está estritamente ligada ao princípio da anterioridade da lei penal, preconizado dentre os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXIX (BRASIL, 1988). Logo, percebe-se a relação da tipicidade com a segurança jurídica proporcionada à sociedade por intermédio do princípio da legalidade, já que este é gênero do qual a anterioridade da lei penal é espécie. De igual maneira se procede com o princípio da reserva legal, tendo em vista que a conduta deverá estar tipificada em lei formal e, respectivamente, o bem jurídico tutelado penalmente.

Assim, respeitam-se as liberdades fundamentais do indivíduo e, simultaneamente, caso sua conduta venha a lesar bem jurídico tutelado em lei penal, será responsabilizado penalmente na medida da sua culpabilidade. Enfatiza-se, portanto, que caso o agente do delito descrito no artigo 149 do Código Penal, em se tratando da terceirização lícita de trabalho, seja o prestador ou tomador de serviços, comprovada a autoria ou coautoria e materialidade delitiva, responderão penalmente considerando que ofenderam um bem jurídico tutelado na lei penal, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Apenas a título de visualização dos critérios que compõem o elemento fato típico sob a ótica da concepção finalista, apoia-se em Greco (2011) para assinalar as características desse elemento, quais sejam a conduta (seja ela dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva), o resultado, o nexos de causalidade e a tipicidade. Verifica-se que a diferença para a teoria causalista se dá em relação à conduta ser dolosa ou culposa. Para a teoria finalista, o dolo e a culpa são essenciais à análise do crime quanto a sua finalidade. Já para a teoria causalista o fundamental é o resultado.

Ao dizerem que não há que se falar em crime sem resultado, Hungria e Fragoso (1978, p. 13) assim complementam:

[...] Todo crime produz um dano (real, efetivo) ou um perigo de dano (relevante possibilidade de dano, dano potencial), isto é, cria uma alteração do mundo externo que afeta à existência ou à segurança do bem ou interesse que a lei protege com a *ultima ratio* da sanção penal. É inegável que o perigo de dano também representa um *resultado*, isto é, um evento no mundo objetivo.

Logo, evidencia-se na teoria causalista que independente de dolo ou culpa o resultado sempre será o mesmo: lesivo ao bem jurídico tutelado. No caso em tela, reduz-se pessoa humana à condição análoga à de escravo, na terceirização lícita de trabalho, fraudando-se o ordenamento jurídico então vigente para se obter lucro fácil ao custo de ofensa à dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, também, que “[...] o resultado (evento de dano ou evento de perigo), de que depende a existência de qualquer infração, só é imputável a quem lhe deu causa. A relação de causalidade objetiva entre o agente e o resultado é indeclinável condição de fato de toda infração penal” (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 12). Portanto, regra geral, não se atribui responsabilidade penal à pessoa jurídica²⁹. Procura-se delimitar aqui se há ou não a responsabilidade penal dos sócios administradores da tomadora de serviços, desde que provada a coautoria.

²⁹ A Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê no § 3º do artigo 225 que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Apesar da visão progressista de atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica, doutrinariamente há divergências sobre o assunto. Contudo, Bitencourt (2010) afirma que, em sua maioria, a doutrina penalista renega a atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica, pois a ação ou omissão delitiva somente pode ser produzida por pessoa humanamente física, contrapondo o § 3º do artigo 225 com § 5º do artigo 173, também da Constituição Federal, chegando à conclusão de que a responsabilidade individual dos responsáveis por pessoa jurídica não se confunde com a responsabilidade desta, e de que a Constituição não atribuiu responsabilidade penal à pessoa jurídica, vindo apenas firmar que a esta deverá ser aplicada responsabilidade compatível com seu gênero.

2.1.2 Antijuricidade

Quanto ao elemento antijuricidade, das lições de Hungria e Fragoso (1978, p. 21) tem-se que “um fato, para ser criminoso, tem de ser, além de típico, contrário ao direito, isto é, estar positivamente em contradição com a ordem jurídica. Via de regra, o fato típico é também antijurídico [...]”, com ressalva às causas excludentes de ilicitude³⁰. Também é esse o entendimento de Greco (2011, p. 28), segundo o qual a ilicitude “[...] é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico”.

Ressalta-se como dito alhures, que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, que rege todo o ordenamento jurídico então vigente. O mesmo se aplica em relação aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. É o que determina a Constituição Federal em seu artigo 1º, incisos III e IV (BRASIL, 1988).

Sendo assim, utilizar-se da terceirização lícita como meio fraudulento para aumentar a lucratividade ao custo de ofensa à dignidade da pessoa humana, reduzindo-se o trabalhador terceirizado à condição análoga à de escravo, constitui fato que contraria toda a ordem jurídica positivada e vigente em território nacional. Lesa-se um bem jurídico tutelado penalmente e resta configurada a conduta típica do artigo 149 do Código Penal, requerendo a responsabilidade penal do agente do delito.

2.1.3 Culpabilidade

No que se refere ao elemento culpabilidade, segundo Hungria e Fragoso (1978, p. 25, grifos do autor):

Para reconhecimento do crime, como *fato punível*, não bastam a tipicidade e a injuricidade: é também necessário que haja uma relação subjetiva ou de causalidade psíquica vinculando o fato ao agente (culpabilidade, culpa *sensu lato*). Cumpre que o fato seja *culpado*. *Nulla poena sine culpa*. O agente deve ter *querido* livremente a ação ou omissão e o resultado (dolo), ou, pelo menos, a ação ou omissão (culpa *stricto sensu*). [...] A culpabilidade tem como pressuposto a *capacidade de direito penal* (*responsabilidade, imputabilidade penal*), isto é, a capacidade de

³⁰ A título de exemplo, são causas excludentes de ilicitude as dispostas nos incisos do artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940): “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito [...]”.

autodeterminação e de entendimento ético-jurídico, referida ao *homo medius*. Excluída a responsabilidade penal do agente, não há falar-se em culpabilidade.

Vale dizer, ressalvadas as causas excludentes da culpabilidade³¹, esse elemento refere-se diretamente à vontade livre e voluntária do agente em agir ou se omitir para alcançar o resultado pretendido de lesar o bem jurídico tutelado ou, simplesmente, mesmo quando não quiser o resultado, agir ou se omitir e, da mesma forma, ofender o bem jurídico protegido pela lei penal. Quando transgredida a lei penal, resultando ofensa ao bem jurídico tutelado, deve-se responsabilizar penalmente o agente causador do delito.

Para Greco (2011, p. 28, grifo do autor), “*culpabilidade* é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente”. A partir da concepção finalista, o autor ainda apresenta como elementos que compõem a culpabilidade: “*a*) imputabilidade; *b*) potencial consciência sobre a ilicitude do fato; *c*) exigibilidade de conduta diversa” (GRECO, 2011, p. 28, grifos do autor).

Assim como na visão causalista, a concepção finalista aborda como pressuposto da culpabilidade a capacidade do agente de delito vir a ser responsabilizado penalmente, visto que tem plena consciência dos efeitos jurídicos de sua conduta. Como já dito outrora, a diferença está em a teoria causalista afirmar que independente de dolo ou culpa o resultado lesivo será sempre o mesmo, configurando o fato típico. Já a teoria finalista preza pela finalidade para configurar a tipicidade, atentando-se, portanto, aos critérios de dolo ou culpa³².

2.2 A TERCEIRIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS

De fato, as visões causalista e finalista são suficientes para a dogmática penal, pois, a partir de um conceito analítico de crime, três elementos constitutivos do delito são considerados: a tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade. E assim se procede no que diz respeito à redução de pessoa humana à condição análoga à de escravo, cuja conduta está tipificada no artigo 149 do Código Penal, lesa bem jurídico tutelado, vindo a ser conduta

³¹ Cita-se como exemplo a inimputabilidade penal disposta no artigo 26 do Código Penal (BRASIL, 1940): “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...]”.

³² Explica-se com base em Bitencourt (2010) a diferenciação principal: na teoria finalista, o dolo e a culpa são considerados para a composição do fato típico, enquanto na teoria causalista esses aspectos tornam-se relevantes na culpabilidade, pois independente de dolo ou culpa ter-se-á a tipicidade.

ilícita praticada pela livre vontade e consciência de agente capaz, que fraudas as normas trabalhistas por intermédio da terceirização lícita para aumentar a lucratividade ao custo de ofensa à dignidade da pessoa humana. Resta saber, então, se realmente há que se falar em coautoria do tomador de serviços³³.

Para tanto, referente à problemática em discussão, proceder-se-á à análise da flexibilização dos direitos trabalhistas a partir da terceirização, atentando-se para a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2011) e respectivas definições de prestador e tomador de serviços, trabalhador terceirizado, atividade-meio e atividade-fim, bem como a diferenciação das terceirizações lícita e ilícita.

Sob a perspectiva do crime de redução da pessoa humana à condição análoga à de escravo, na terceirização lícita de trabalho, faz-se imprescindível analisar os aspectos da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Desse modo poderá ser compreendido como se dá a fraude ao ordenamento jurídico vigente a partir de uma terceirização que, em tese, demonstra-se lícita. Enfatiza-se que somente serão analisados os aspectos diretamente relacionados ao delito tipificado no artigo 149 do Código Penal, o qual advém de uma terceirização lícita de trabalho, na forma legalmente estipulada pelos ditames da súmula referida.

2.2.1 Flexibilização das normas trabalhistas

Tem-se que a terceirização é proveniente da flexibilização das normas trabalhistas. Esta, por sua vez, fez-se necessária com o advento dos efeitos da globalização no mercado concorrencial e capitalista. Explica-se: a globalização introduziu no mercado de capital meios tecnológicos de se obter a lucratividade, ocasionando ao âmbito trabalhista “[...] uma profunda modificação em face da forte volatilidade do mercado, do aumento da competição, do estreitamento das margens de lucro, da necessidade de maior produção, da divisão internacional do trabalho e da subordinação dos países mais pobres aos mais ricos” (CASSAR, 2009, p. 19).

Os efeitos da globalização³⁴ foram os propulsores da flexibilização das normas trabalhistas, visto que a ordem econômica precisou acompanhar o ritmo desenfreado do

³³ Conforme será delimitado ao final deste capítulo.

³⁴ Para Nelson (2014, p. 96) “[...] globalização representa um conceito plurívoco, já que está associado a múltiplos aspectos e acontecimentos, percebidos a partir da década de 1980, mas originários de diversos outros fatores históricos como a Revolução Industrial e a colonização das Américas e da África, por exemplo. Todo

avanço tecnológico e a temporaneidade quase que instantânea da informação. Além do mais, a flexibilização não somente foi vista como meio para reduzir custos e aumentar a lucratividade empresarial num mercado de capital tão concorrido, pois quando utilizada da maneira devida e legal, também é capaz de atender aos anseios da pessoa do trabalhador³⁵. Apenas se tornou possível, do ponto de vista jurídico, o que a evolução socioeconômica transformou em realidade.

Para compreender a flexibilização das normas trabalhistas, apoia-se na explicação de Cassar (2009, p. 27, grifo do autor):

Flexibilizar pressupõe a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas estabelecendo as condições mínimas de trabalho, sem as quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade (mínimo existencial), mas autorizando, em determinados casos, exceções ou regras menos rígidas, de forma que possibilite a manutenção da empresa e dos empregos.

Observa-se que mesmo diante de formas lícitas de se flexibilizar as normas trabalhistas, devem ser mantidas as necessidades mínimas de garantia de existência digna à pessoa do trabalhador. Não é porque se flexibilizam direitos laborais que se passará a permitir abusos à dignidade da pessoa humana e às liberdades fundamentais, afrontando o Estado Democrático de Direito. Também não será permitido que se proceda à desvalorização do trabalho e da livre iniciativa, tumultuando os preceitos da ordem econômica e social. Permite-se legalmente a flexibilização, mas o Estado continua a reger as relações de trabalho e a exercer seu poder de punir frente aos ilícitos que dessas relações possam advir.

Para Martins (2011), a própria característica dinâmica do Direito do Trabalho permitiu o surgimento da flexibilização das normas trabalhistas como mecanismo de adaptação à realidade laboral em interação direta com o capital e respectivas instabilidades socioeconômicas, visando garantir, simultaneamente, direitos mínimos ao trabalhador e manutenção do empregador no mercado concorrencial, a partir da adaptação da atividade empresarial para o fim de auferir lucro razoável frente a uma crise econômica.

Nesse sentido, Cassar (2009, p. 29) aponta que “a flexibilização não pode servir ao empregador como desculpa para ter lucro superior, para aumentar seus rendimentos. A flexibilização é um direito do patrão, mas deve ser utilizada com cautela e apenas em caso de

esse movimento, que repercutiu economicamente na década de 1980, levou as empresas a desenvolver estratégias para superar a saturação do mercado consumidor e a se adaptar a maior instabilidade e menor controle regulamentar e burocrático nos mercados, daí a expansão e dispersão das atividades econômicas por diversos países”.

³⁵ Também nesse sentido, Cassar (2009) e Martins (2011).

real e comprovada necessidade de recuperação da empresa”. Assim, resta evidente o critério básico para que se flexibilizem as normas trabalhistas: crise econômica e real necessidade de recuperação empresarial, cujas consequências afetariam ambas as partes do contrato de trabalho.

Há quem duvide das reais vantagens de se flexibilizar os direitos dos trabalhadores. Oliveira (2010, p. 160) explica que quem defende essa tendência geralmente argumenta que a flexibilização se faz necessária devido “[...] o assim denominado ‘custo trabalhista’ ocasiona desemprego, perda de competitividade nacional perante os mercados externo e interno e impossibilidade de incremento das garantias dos trabalhadores [...]”, mas não há como constatar que flexibilizando os direitos laborais esses aspectos negativos serão dirimidos.

Diante das possíveis vantagens e desvantagens para se firmar a flexibilização de direitos trabalhistas num ordenamento jurídico, sempre são estabelecidas ressalvas sobre o tema. De acordo com Cassar (2009, p. 25, grifos do autor):

[...] pode-se mesmo observar que a tendência entre os doutrinadores é na direção da **flexibilização** como solução para os conflitos sociais gerados pelo desemprego crescente, sempre de forma responsável, **sem abuso** e desde que a empresa **comprovadamente** esteja atravessando grave crise econômica. A flexibilização não pode servir de fundamento para aumentar o lucro ou o enriquecimento dos sócios, mas para a **manutenção da saúde da empresa** e, conseqüentemente, do nível de emprego.

Essas ressalvas ao tema flexibilização dos direitos trabalhistas não são desprovidas de cabimento. Podem servir para confirmar que rentes às prerrogativas da flexibilização encontram-se abusos e fraudes ao ordenamento jurídico vigente, cujo objetivo de aumento da lucratividade escancara novos meios de reduzir custos que dissimulam a realidade. Esses novos meios acabam por lesionar direitos existenciais da pessoa do trabalhador, ainda que a terceirização esteja provida de licitude.

2.2.2 Situações hipotéticas à terceirização

É exemplo enfático que fundamenta as ressalvas à flexibilização, a prática delitiva prevista no artigo 149 do Código Penal pelo prestador de serviços, por intermédio de terceirização lícita, com o fim de diminuir custos e aumentar a lucratividade, em que o tomador de serviços também almeja tais vantagens e mascara a verdade real dos fatos por intermédio da terceirização de sua atividade-meio e, portanto, demonstra-se lícita. Por motivos como esses, Oliveira (2010) ressalva que, particularmente, na flexibilização das

normas trabalhistas impera o interesse financeiro e a prevalência do capital em detrimento do trabalho, requerendo, pois, cuidados na aplicação dessa tendência.

A terceirização como modo de se flexibilizar os direitos laborais não deve ser de todo considerada apenas em seus aspectos negativos. Porém, a partir do momento em que se verifica a conduta delitiva proveniente desse instituto, o Estado deverá exercer seu *jus puniendi* e garantir a efetividade do bem jurídico tutelado, satisfazendo os objetivos pelos quais se institui a norma jurídico-penal. Para tanto, deve-se buscar entendimento desse instituto do âmbito trabalhista integrado com a prática do crime em tela. Delgado (2008, p. 430, grifos do autor) afirma o seguinte:

Para o Direito do Trabalho *terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente*. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabálistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Assim, trazendo a explicação desse instituto à problemática em discussão, visualiza-se uma empresa que assume a função de tomadora de serviços ao contratar os serviços de outra empresa que assume o papel de prestadora. Os trabalhadores da prestadora de serviços realizam a atividade-meio da tomadora, mas sem configurar vínculo empregatício com esta. Afinal, na terceirização legal, que atende a todos os critérios formais para se instituir, os empregados da prestadora de serviços não estão subordinados nem atendem a característica de pessoalidade para com a tomadora, assim como não realizam sua atividade principal. A tomadora de serviços apenas mantém relação contratual com a prestadora, enquanto esta mantém o vínculo empregatício com seus respectivos empregados.

Essa é a denominada relação trilateral, em que a terceirização se resume como “[...] mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador” (CASSAR, 2009, p. 388). Adentrando-se nas particularidades da problemática, para os efeitos jurídicos a terceirização, em regra, configura-se lícita. Ainda mais se for considerado que a atividade-meio não é realizada nas instalações da empresa tomadora de serviços, mas sim na sede da prestadora. Trata-se de terceirização externa, a qual assim se demonstra:

[...] quando a empresa tomadora se desvencilha não só da contratação formal de empregados para o desenvolvimento de suas atividades, como também “exporta/descentraliza” parte ou praticamente toda a dinâmica produtiva para outra empresa “parceira”, a qual assume a produção das atividades ou bens em seu próprio espaço, com seu maquinário e com seus próprios empregados ou prestadores de serviço, sendo, ao final, os produtos repassados já prontos para a empresa tomadora, **terceirização de atividades** [...] (OLIVEIRA, 2010, p. 169, grifos do autor).

Essa terceirização externa é comumente visualizada, ainda segundo Oliveira (2010, p. 169), “[...] no ramo da produção de calçados, vestuário e na indústria automotora”. Entretanto, suponha-se que o prestador de serviços reduza seus empregados a condições análogas às de escravo, quer seja sujeitando-os a situações degradantes de trabalho, ou submetendo-os a trabalhos forçados ou a jornadas exaustivas, ou, ainda, restringindo sua liberdade, assim como dispõe o *caput* da conduta delitiva descrita no artigo 149 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Agora, suponha-se que os sócios administradores da empresa tomadora de serviços tenham conhecimento da prática delitiva e se omitem a respeito, auferindo vantagens lucrativas provenientes do crime em tela, considerando o menor custo de produção e, conseqüentemente, menor preço de venda do produto final, garantindo a empresa tomadora de serviços melhor competitividade no mercado. Ou, ainda, suponha-se que a prestadora e a tomadora de serviços entrem em conluio na conduta delitiva para obter tais vantagens a partir da utilização do serviço terceirizado na forma lícita ao custo de ofensa à dignidade da pessoa do trabalhador, caracterizando fraude às normas trabalhistas.

Pode-se afirmar coautoria dos sócios administradores da empresa tomadora de serviços no crime do artigo 149 do Código Penal e conseqüente responsabilização penal, mesmo diante da ausência de lei específica para o caso em tela no ordenamento jurídico brasileiro? Essa questão pretende ser respondida ao final da análise do tema terceirização em conjunto com a análise da conduta penal em questão e do instituto da coautoria.

2.2.3 Aspectos determinantes da terceirização

A parte final do item III da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2011) contém os aspectos determinantes para a problemática questionada, os quais serão analisados:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
[...]

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

A terceirização como forma de flexibilizar direitos laborais por meio da matéria sumulada em epígrafe é denominada por Oliveira (2010, p. 172) “flexibilização interpretativa”, a qual tem procedência sob o manto constitucional, segundo a doutrina pátria. Castro (2014) afirma que ao publicar a Súmula nº 331, o Tribunal Superior do Trabalho procedeu com ativismo judicial, visto que estabeleceu regras de cunho jurídico à matéria terceirização, a qual não possui legislação específica no ordenamento jurídico vigente no país.

Nem por isso há que se falar na invalidade da matéria sumulada, alegando-se que a mesma não obedeceu aos critérios do devido processo legislativo. Quando chegam ao Poder Judiciário questões conflitantes sobre as quais não impera nenhuma legislação específica, sob o manto constitucional os Tribunais Superiores veem-se obrigados a uniformizar a jurisprudência por meio da edição de súmulas que regulamentam a questão a ser dirimida.

Esse também é o entendimento de Castro (2014), e, ainda, de que a regulação jurisprudencial é competência normativa estabelecida no artigo 103-A³⁶ da Constituição Federal de 1988, a qual mesmo direcionada ao Supremo Tribunal Federal estende-se ainda aos Tribunais Superiores. Ao comentar o artigo 103-A da Constituição Federal, Silva (2007) destaca as súmulas impeditivas de recurso, as quais possuem os mesmos objetivos das súmulas vinculantes, mas se referem à Justiça Federal e Justiça do Trabalho.

Além do mais, não fosse esse o procedimento, críticas também surgiriam se os Tribunais Superiores não se manifestassem frente a conflitos jurídicos sem regulamentação própria. Contrário ao ativismo judicial estar-se-ia diante do que se denomina passivismo, já

³⁶ Na íntegra, assim dispõe o artigo 103-A da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

que o Poder Judiciário deixaria de cumprir sua função estabelecida constitucionalmente (CASTRO, 2014).

Da mesma forma ocorreu com a edição da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Este se viu na obrigação de exercer com urgência sua função de solucionar os conflitos trabalhistas provenientes do instituto da terceirização, considerando que não seria possível, de imediato, processo legislativo para a criação de lei específica acerca do tema.

Apoia-se em Castro (2014, p. 132) para explicar que nesse caso “[...] não há uma atividade legislativa do Poder Judiciário, pois sua incursão sobre o núcleo das funções dos demais Poderes, tendo por objetivo a solução de litígios, corresponde à sua função específica; trata-se da atuação *in concreto*, destinada aos casos submetidos a Juízo”. Assim, o referido Tribunal conseguiu acompanhar fatores evolutivos socioeconômicos de efeitos jurídicos ao editar a Súmula nº 331 para regulamentar a matéria da terceirização.

Proceda-se, então, à análise dos termos específicos do item III, da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, correspondentes à problemática em discussão para se configurar o que vem a ser a terceirização lícita e os efeitos jurídicos de possível fraude que dela possa advir. Em primeiro lugar, tem-se que:

É preciso, entretanto, estabelecer a distinção entre terceirização lícita e ilícita ou terceirização legal e ilegal, para complementar o raciocínio da Súmula 331 do TST. A terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores (MARTINS, 2011, p. 159).

Na explicação supramencionada encontram-se as diferenciações entre terceirização lícita e ilícita de acordo com a Súmula nº 331. Constata-se que quando se refere à terceirização ilícita o autor diretamente relaciona a matéria ao intuito de fraudes aos direitos laborais e conseqüente lesão aos direitos da pessoa do trabalhador, enquanto na terceirização lícita verifica-se simplesmente o contrário.

Em suma, a partir do que preconiza o entendimento jurisprudencial sumulado, a terceirização lícita é a realizada na atividade-meio, obedecendo aos limites constitucionais e legais, enquanto a terceirização ilícita se dá na atividade-fim e busca apenas o menor preço por meios de fraudes (MARTINS, 2011).

Logo, para que a terceirização seja lícita deve ser realizada somente em relação as atividades-meio da empresa tomadora de serviços. De acordo com Delgado (2008, p. 443, grifos do autor):

[...] atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Assim, a atividade-meio não está diretamente ligada ao fim para o qual se predispôs a empresa tomadora de serviços. No item III da Súmula nº 331 é evidente que não formará vínculo de emprego na terceirização de trabalho direcionado à atividade meio. Portanto, quando estiver sob essa forma, a terceirização se configurará lícita para os efeitos jurídicos dela advindos.

Ainda, só se configura a terceirização lícita quando inexistentes a subordinação e a pessoalidade. Martins (2011, p. 161) explica que “se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas a subordinação e pessoalidade com o tomador dos serviços”. Esses também são pressupostos da terceirização lícita determinados ao final do item III da Súmula nº 331 e que refletem na problemática desenvolvida até aqui.

Entretanto, enfatiza-se com Martins (2011) que se a prestadora realiza seus serviços exclusivamente à tomadora, ou, ainda, se esta controla a forma como se deve manejar o pessoal daquela, restará configurada a subordinação, pois é evidente que a prestadora de serviços não tem autonomia empresarial. Estes são exemplos de quando se constata subordinação ao se terceirizar atividade empresarial. A pessoalidade passar a existir quando a tomadora de serviços exige que somente determinado empregado da prestadora execute o trabalho a ser realizado. Caso estarem presentes os aspectos da subordinação e da pessoalidade na relação trilateral instituída pela prestação de serviços terceirizados, constatar-se-á vínculo empregatício e, respectivamente, a terceirização ilícita.

De todo modo, atenta-se que:

Deve haver ponderação entre a flexibilização das relações de trabalho e a realização dos valores sociais preservadores da dignidade do ser humano que trabalha, através da aplicação da teoria pós-positivista dos princípios constitucionais, priorizando o homem, o trabalhador e sua dignidade, sempre à luz das necessidades brasileiras (CASSAR, 2009, p. 29).

Evidencia-se que diante dos novos meios de flexibilização dos direitos laborais, da real necessidade de assim se proceder e, especialmente, no que se refere ao instituto da terceirização, o âmbito trabalhista busca estabilidade na relação laboral. Mesmo frente às críticas que possam vir a surgir, o essencial é que o Poder Judiciário persista na resolução de

litígios entre princípios extremamente opostos, mantendo os fundamentos da República Federativa do Brasil instituída sob o manto de Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se com Oliveira (2010, p. 170) que “a autorização em situações específicas não permite o afastamento desregrado do Direito do Trabalho, já que o ser humano que labuta tem direito ao trabalho digno, premissa que se vincula com a proteção e efetividade dos direitos fundamentais”. E diga-se mais: flexibilização das normas trabalhistas não significa flexibilização das normas penais, mas a compreensão daquela é suficientemente necessária à aplicação da lei penal na conduta delitiva dela proveniente. Por isso, defende-se aqui um Direito Penal do Trabalho, por intermédio do qual se delimitará a possibilidade de coautoria dos sócios administradores da tomadora de serviços no crime de redução à condição análoga à de escravo e respectiva responsabilidade penal.

2.3 ANÁLISE DA CONDUTA DELITIVA: SITUAÇÕES HIPOTÉTICAS

Logo depois de serem definidos os termos da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, faz-se necessária a análise artigo 149 do Código Penal no que diz respeito aos detalhes inerentes ao conluio entre tomador e prestador de serviços para fraudar as normas trabalhistas. Ou, ainda, a omissão do tomador de serviços diante das vantagens lucrativas e concorrenciais advindas do cometimento do crime pelo prestador de serviços terceirizados. Atenta-se para o fato de que a problemática está envolta da terceirização na sua modalidade externa e, que, para todos os efeitos jurídicos, mostra-se lícita³⁷.

Retoma-se ao exemplo dado no primeiro capítulo para explicar a problemática do ponto de vista prático, mas sem adentrar nas particularidades de qualquer caso concreto, pois o foco a ser discutido diz respeito apenas ao próprio direito material³⁸. Oliveira (2010) havia indicado que a terceirização externa pode ser visualizada no setor de vestuário. Exemplificando, tem-se que uma marca de grife possui como atividade principal a compra e venda de roupas e acessórios no mercado de consumo. Logo, esta é sua atividade-fim. Para a atual conjuntura normativa e doutrinária, a produção dessas peças de vestuário é tão somente

³⁷ Refere-se à terceirização lícita, especificamente ao crime de redução da pessoa humana à condição análoga à de escravo. De antemão, mesmo quando eivada de vícios por objetivar a fraude, não há como negar-se que o ato jurídico de “terceirizar” publicamente demonstra-se lícito, mas disfarçado nas formalidades contratuais, por assim dizer. A ilicitude é revelada quando restar comprovada a operação fraudulenta. Em relação à omissão, configura-se o ilícito penal quando o tomador de serviços passa a se omitir frente à conduta delitiva, a qual também deverá ser comprovada.

³⁸ Diz-se da atual conjuntura normativa e doutrinária dos âmbitos penal e trabalhista – Direito Penal do Trabalho.

atividade periférica, portanto, atividade-meio passível de terceirização, nos termos do item III da Súmula nº 331.

Diante da instabilidade econômica e real necessidade de se adaptar aos fatores concorrenciais de mercado, essa marca de grife terceiriza a confecção das peças de vestuário, firmando contrato com uma oficina de costura, empresa autônoma, com sede própria e firma constituída em nome do prestador de serviços. Conforme a relação contratual e o andamento das atividades, sabe-se que a prestadora de serviços repassa as peças de vestuário à tomadora a preços abaixo do valor de mercado. Por sua vez, a tomadora de serviços realiza a venda dessas peças também a preços mais baixos do que o valor de mercado.

É sabido que a marca de grife, agora tomadora de serviços na terceirização, assumiu o risco de sua atividade, mas não fiscaliza a produção terceirizada de sua atividade-meio. Causa estranheza o preço abaixo do valor de mercado das peças de vestuário, mas não procede a qualquer mecanismo de fiscalização no respectivo modo produtivo. sequer tomou conhecimento das instalações da prestadora de serviços. Pode até desconfiar das causas que lhe fizeram auferir as vantagens lucrativas que vem obtendo das vendas das peças de vestuário abaixo do preço de mercado, mas a marca de grife permanece inerte sem tomar qualquer atitude fiscalizatória do modo de produção na oficina de costura.

Ocorre que, em dado momento, a empresa prestadora de serviços vem a ser surpreendida³⁹ em flagrante delito na conduta tipificada no artigo 149 do Código Penal, pois seus empregados estão em condições análogas às de escravo - o que explica o preço dos produtos abaixo do valor de mercado. *Ora, nesse caso, pode-se falar em coautoria e consequente responsabilização penal da tomadora de serviços?*

E se restar comprovado que, na realidade, no decorrer da relação contratual, a marca de grife tomou conhecimento das condições a que eram submetidos os trabalhadores da oficina de costura, mas viu vantagem em omitir-se em relação ao fato típico, tendo em vista a lucratividade almejada? *Nesse caso, pode-se também afirmar que há responsabilidade penal da tomadora de serviços devido sua coautoria no crime?*

Ainda, hipoteticamente, considera-se que a marca de grife firme contrato de terceirização com a oficina de costura na estrita legalidade. Entretanto, comprova-se no processo judicial que, segundo a verdade real dos fatos, tomadora e prestadora de serviços estavam em conluio para cometimento do crime previsto no artigo 149 do Código Penal, com

³⁹ Em geral, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, Defensoria Pública da União e Ministério Público do Trabalho.

o fim de almejar lucratividade ao custo de ofensa aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, e, constituindo, assim, fraude à flexibilização das normas trabalhistas por intermédio da terceirização. *Há responsabilidade penal da marca de grife devido a sua coautoria?*

As dúvidas pertinentes à coautoria do tomador de serviços têm gerado insegurança no ordenamento jurídico brasileiro, pois não há legislação específica para delimitar a terceirização. Geralmente, a tomadora de serviços argumenta que desconhece o fato de o prestador de serviços reduzir o trabalhador à condição análoga à de escravo, e que, portanto, não há que se falar em sua responsabilidade penal. Sob o manto de uma terceirização lícita, a tomadora de serviços busca evitar sua responsabilização direta, alegando ignorância dos fatos (informação verbal)⁴⁰.

2.3.1 O ilícito penal

Face ao exposto, evidencia-se que o Direito é uno, cuja sistematização está direcionada às relações sociais em geral, numa visão ampla. Afinal, no caso em tela, verificam-se efeitos jurídicos na ordem social e econômica, considerando os reflexos de um ilícito trabalhista no ilícito penal, em que a recíproca também é verdadeira.

Cortez (2013) demonstra que a responsabilidade penal refere-se à lesão à ordem pública, enquanto a responsabilidade trabalhista, também a civil, refere-se à lesão à ordem privada, ressaltando que a definição da autoria e materialidade delitiva no âmbito criminal reflete juridicamente nos âmbitos trabalhista e cível quanto ao saber da existência ou não do fato e de quem lhe deu causa. Destaca-se que somente será aplicada a respectiva responsabilidade penal quando restar comprovado judicialmente, no âmbito criminal, após o devido processo legal, a lesão à ordem pública - de bem jurídico tutelado penalmente -, além da definição da autoria.

Porém, há ainda que se observar o seguinte:

No Direito brasileiro, as instâncias civil, trabalhista e penal são autônomas e independentes entre si. O que equivale dizer, se o processo trabalhista observou os trâmites legais, e nele foi produzida prova suficiente para bem caracterizar a conduta

⁴⁰ De acordo com Alexandre Agra Belmonte, no 1º Painel do 54º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, em São Paulo, no dia 26 de maio de 2014. Apesar de estar se referindo acerca da questão “A Teoria do Domínio do Fato, do Direito Penal, é aplicável ao Direito do Trabalho?” e tratar de responsabilidade trabalhista em tema diverso da problemática em discussão, sua afirmação é pertinente para ser encaixada ao contexto.

reprovável, a sanção pode ser aplicada independentemente de prévia condenação criminal (CORTEZ, 2013, p. 246).

Apesar dessa autonomia entre os âmbitos jurídicos, reafirma-se o caráter de unidade do Direito, enfatizando-se que, quanto às áreas penal e trabalhista, os ilícitos provenientes desta refletem juridicamente nos ilícitos daquela, e vice-versa. Atrela-se, ainda, à explicação de que “[...] a ofensa a direitos da personalidade constitui ilícito trabalhista, podendo resultar em ilícito criminal, desde que atinja a ordem pública e se enquadre em um dos tipos descritos na lei penal, como no caso de reduzir alguém à condição análoga à de escravo (CORTEZ, 2013, p. 248).

Constata-se, então, a existência e necessário reconhecimento de um Direito Penal do Trabalho, destacando-se a problemática no campo da responsabilidade penal, em que se reúne a atual conjuntura normativa e doutrinária desses âmbitos para aplicação efetiva da lei às condutas típicas provenientes de ilícitos trabalhistas.

Mesmo se tratando de diferenciação entre responsabilidade penal e civil, traz-se aqui a explicação de Hungria e Fragoso (1978, p. 29-30), já que tanto o ilícito civil quanto o ilícito trabalhista correspondem à lesão de âmbito privado, enquanto o ilícito penal refere-se à lesão de caráter público:

O legislador é um oportunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas. Se o fato antijurídico não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarma coletivo, contenta-se êle (*sic*) com o aplicar a mera sanção civil (ressarcimento do dano, execução forçada, *restitutio in pristinum*, nulidade do ato). O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com *outros meios de reação*, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do direito que não o penal). A pena é um *mal*, não somente para o réu e sua família, senão também, sob o ponto de vista econômico, para o próprio Estado. Assim, dentro de um critério prático, é explicável que este se abstenha de aplicá-la fora dos casos em que tal abstenção represente um *mal maior* (grifos do autor).

Vale dizer, o legislador procedeu à tipificação do crime de redução à condição análoga à de escravo porque entendeu convenientemente necessária a sanção penal respectiva à conduta ilícita. Não fosse isso, estaria extrapolando os limites da razão e proporcionalidade para estabelecer na lei penal tal conduta. Mas optou por estabelecer o crime e estipular a pena, visto que a conduta antijurídica lesiona um bem tutelado juridicamente devido o anseio social, os reflexos de ordem coletiva, pública.

Assim dispõe o artigo 149 do Código Penal (BRASIL, 1940), transcrito a seguir na íntegra:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I – contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

O tipo penal em epígrafe teve sua última alteração no ano de 2003, pela Lei nº 10.803. Nelson (2014) demonstra que o artigo 149 também pode vir a se interagir com outros crimes dispostos no Código Penal, quais sejam: a) perigo à vida ou saúde de outrem (artigo 132); b) frustração de direito assegurado por lei trabalhista (artigo 203); c) aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (artigo 207). Com Oliveira (2010) acrescenta-se a esse rol os seguintes crimes: d) atentado contra a liberdade de trabalho (artigo 197) e; e) aliciamento para o fim de emigração.

Poderá haver outros crimes relacionados à conduta típica do artigo 149, mas apenas a título ilustrativo elencaram-se os supramencionados. Atentar-se-á aqui apenas ao artigo 149 do Código Penal que, para Brito Filho (2004, p. 8), “propor sua análise é, com certeza, enveredar por seara onde a dignidade, a igualdade, a liberdade e a legalidade são princípios ignorados, esquecidos. Mais, é tratar do mais alto grau de exploração da miséria e das necessidades do homem”.

Isso já adianta que o tipo penal em questão, inserido no capítulo VI do Código Penal, que trata dos crimes contra a liberdade individual, envolve a discussão da proteção e reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental de toda a ordem jurídica vigente no país, além dos direitos fundamentais dela advindos, em especial a liberdade e a legalidade.

2.3.2 Definição do fato típico e o bem jurídico tutelado

A princípio, citam-se algumas das nomenclaturas dadas ao tipo penal direcionado ao crime de redução da pessoa do trabalhador à condição análoga à de escravo, as quais serão

utilizadas no decorrer do texto, sem se atrelar às divergências doutrinárias para a denominação dita “a mais correta”. Oliveira (2010) denomina-o neoescravidão e, propriamente, utiliza do termo trabalho em condições análogas à de escravo, elencando também a denominação trabalho escravo contemporâneo ou, até mesmo, de um modo geral, formas modernas de escravidão. Schwarz (2014) utiliza-se da expressão paraescravidão, considerando o critério histórico-social residual à definição.

Ressalta-se que, mesmo diante de toda a proteção internacional contra o trabalho em condição análoga à de escravo e da acepção evolutiva da dignidade da pessoa humana, bem como da tutela constitucional vigente no Brasil, há a prática delitiva do artigo 149 do Código Penal a partir de novos meios de se concretizar e enquadrando-se sob qualquer nomenclatura que a individualize. Fato é que, conforme a problemática adotada e minuciosamente explanada acima, a possibilidade de usar a terceirização como meio de burlar a lei penal, tendo em vista não haver legislação específica sobre o assunto, revela-se como uma afronta à ordem pública.

Cunha e Araújo (2013, p. 38) definem a escravidão como “[...] uma situação de direito em virtude da qual o homem perde a própria personalidade, tornando-se simplesmente coisa. Sem amparo legal em nosso País, pune-se, aqui, a redução do homem a condição análoga (*sic*) à de um escravo, estado de fato proibido por lei”. Observa-se, retornando ao pensamento kantiano, que nessa conduta delitiva o ser humano é tratado como meio, coisificado, atentando-se contra a própria existência da pessoa, já que assim é definida sua dignidade. O agente do delito, no caso específico, não se alinha a qualquer proteção dos direitos humanos, seja em nível internacional ou constitucional, sequer se atém à acepção do princípio da dignidade da pessoa humana. Seu único objetivo passa a ser a lucratividade.

Brito Filho (2004, p. 10) ressalva que “[...] em não sendo a escravidão prática admitida pelo ordenamento jurídico, não se pode admitir que a pessoa humana, mesmo em razão da conduta ilícita de outrem, possa vir a ser considerada escrava; no máximo ela estará em condição análoga à de escravo”. Essa também é a explicação para o tipo penal do artigo 149. A pessoa humana submetida em condições análogas à de escravo não é propriamente um escravo. Da acepção evolutiva da dignidade provém a afirmação de que “ser escravo” atenta-se contra a própria existência humana. Também Bitencourt (2012, p. 1063) diz que:

[...] ao referir-se a “condição análoga à de escravo”, fica muito claro que não se trata de “redução à escravidão”, que é um conceito jurídico segundo o qual alguém pode ter o domínio sobre outrem. No caso em exame se trata de reduzir “a condição semelhante a”, isto é, parecida, equivalente à de escravo, pois o *status libertatis*, como *direito*, permanece íntegro, sendo, *de fato*, suprimido (grifos do autor).

Dizer que há escravidão traduz-se na possibilidade de “ser escravo” no sentido estrito do verbo ser e, portanto, nega a própria existência da pessoa humana. Por isso, o tipo penal refere-se tão somente a condições análogas. Assim, o trabalho em condições análogas às de escravo pode ser definido, numa visão ampla, como aquele prestado sem considerar a garantia do mínimo existencial à pessoa do trabalhador, atentando-se contra sua liberdade individual e, respectivamente, ocasionando danos à sua dignidade.

Procedendo-se à análise do tipo objetivo do crime, tem-se que:

Reduzir significa sujeitar uma pessoa a outra, em condição semelhante à de escravo, isto é, a condição deprimente e indigna. Consiste em submeter alguém a um estado de servidão, de submissão absoluta, semelhante, comparável à de escravo. É, em termos bem esquemáticos, a submissão total de alguém ao domínio do sujeito ativo, que o reduz à condição de coisa (BITENCOURT, 2012, p. 1066, grifo do autor).

Não se pode afirmar indubitavelmente que a submissão deve ser total ao domínio do agente do delito em todos os casos, visto que o texto de lei em momento algum isso menciona. Afinal, pode ocorrer de o sujeito passivo ser reduzido à condição análoga à de escravo apenas em determinados aspectos existenciais de liberdade.

Explique-se: o trabalhador da oficina de costura, prestadora de serviços, é submetido à jornada exaustiva e sujeito a condições degradantes de trabalho. Ainda assim, isso ocorre por seu livre consentimento, pois aceitou os termos do empregador. Talvez por aquele não tiver oferta de emprego melhor, mas este em momento algum impediu o trabalhador de vê-se livre das condições a que foi submetido.

Ou seja, o empregado não se encontra submetido totalmente ao domínio do empregador no caso em tela. Àquele é dado poder de escolha, mas ainda assim permanece configurado o tipo penal. Além do mais, como também afirma Bitencourt (2012), o bem jurídico tutelado no tipo penal é indisponível. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental de toda a ordem jurídica. Portanto, não há que se falar em exclusão da ilicitude por consentimento da vítima.

Por isso, á análise do tipo objetivo atém-se aos verbos do texto de lei, considerando que o verbo “reduzir” está intrinsecamente relacionado à submissão, sujeição e restrição descrita no *caput* do artigo 149 do Código Penal, mas não se tratam de termos cumulativos. Configura-se o crime contra a pessoa do trabalhador em qualquer dessas circunstâncias: “[...] a) o obriga a trabalhos forçados; b) impõe-lhe jornada exaustiva de trabalho; c) sujeita-o a condições degradantes de trabalho; d) restringe, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto” (GRECO, 2011, p. 384).

Aplicando a conduta antijurídica na terceirização, em que esta mascara aquela, de acordo com o exemplo adotado na análise problemática, consideram-se para a configuração do tipo penal apenas a jornada exaustiva e as condições degradantes de trabalho.

Agora, volta-se para o bem jurídico tutelado. Diante das circunstâncias que se referem às condições análogas às de escravo, entende-se que o bem protegido no artigo 149 do Código Penal é a dignidade da pessoa humana, pois esta, além de ser princípio fundamental que rege todo o ordenamento jurídico vigente, conforme estabelecido no texto constitucional, acima de tudo é atrelada a própria existência do indivíduo.

De maneira diversa, Greco (2011, p. 386) afirma que “bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 149 do Código Penal é a liberdade da vítima, que se vê, dada sua redução à condição análoga à de escravo, impedida do seu direito de ir e vir ou mesmo permanecer onde queira”. Ocorre que se trata de uma visão restritiva ao ponto de não englobar na totalidade os aspectos que determinam as condições equivalentes às de escravo.

O crime relacionado à terceirização revela que a pessoa do trabalhador cumpre jornada exaustiva e em situações degradantes de trabalho, mas pode ocorrer de sua liberdade não estar completamente suprimida. Assim como a restrição da locomoção da pessoa do trabalhador ou sua submissão a trabalhos forçados, em outros casos que não estão aqui detalhados, não agridem tão somente a liberdade do indivíduo.

Portanto, concorda-se com Brito Filho (2004), para quem o fundamento maior violado é a dignidade da pessoa humana, pois, qualquer que seja a circunstância que enseja o tipo penal haverá a desconsideração da humanidade da pessoa do trabalhador, sua coisificação, resultando na afronta à sua própria dignidade. Ainda, “a restrição de liberdade [...] não é fator indispensável para a caracterização de trabalho em condições análogas às de escravo, o qual ocorre mesmo nas situações de trabalho degradante, sem esse elemento adicional” (OLIVEIRA, 2010, p. 47).

Para dirimir possíveis conflitos no campo doutrinário a respeito do bem jurídico tutelado, faz-se necessária a compreensão de que qualquer que seja a circunstância que venha a reduzir alguém à condição semelhante à de escravo produzirá danos existenciais à pessoa humana. O indivíduo trabalhará sob as condições que lhe foram propostas, refletindo diretamente em sua vida todos os efeitos que possam advir dessas condições, as quais prejudicarão o mínimo necessário à sobrevivência do trabalhador. Quando se fala em restrição da liberdade imediatamente pode-se relacioná-la também ao dano existencial. Logo, a dignidade da pessoa humana é o bem jurídico tutelado penalmente.

2.3.3 A culpabilidade, dentre outros aspectos

Como dito alhures, considerar-se-á na terceirização externa que reduz pessoa humana à condição análoga à de escravo, o fato de o prestador de serviços submeter seus empregados a jornadas exaustivas e sujeitá-los a condições degradantes de trabalho. Vale ressaltar que esta circunstância engloba aquela, pois, segundo Oliveira (2010, p. 48, grifos do autor), a classificação doutrinária no Brasil entende que o trabalho escravo é gênero, enquanto seriam espécies “[...] *o trabalho forçado* (incluindo todas as hipóteses em que presente o fator de restrição de liberdade) e *o trabalho em condições degradantes* (que abrangeria a figura da jornada exaustiva, entre outras hipóteses aviltantes em que a restrição de liberdade não é exigível)”.

Como no caso problematizado aborda-se o trabalho em condições degradantes na terceirização externa, atenta-se às definições de Brito Filho (2004, p. 13):

[...] se o trabalhador presta serviços exposto à falta de segurança e com riscos à sua saúde, temos o trabalho em condições degradantes. Se as condições de trabalho mais básicas são negadas ao trabalhador, como o direito de trabalhar em jornada razoável e que proteja sua saúde, garanta-lhe descanso e permita o convívio social, há trabalho em condições degradantes. Se, para prestar o trabalho, o trabalhador tem limitações na sua alimentação, na sua higiene, e na sua moradia, caracteriza-se o trabalho em condições degradantes. Se o trabalhador não recebe o devido respeito que merece como ser humano, sendo, por exemplo, assediado moral ou sexualmente, existe trabalho em condições degradantes.

Logo, inúmeras são as circunstâncias degradantes, dentro do limite da razoabilidade, que possam atentar contra a dignidade do trabalhador, visto que ocasionam danos à própria existência do indivíduo, configurando o crime de redução da pessoa humana à condição análoga à de escravo. Diz-se de um limite de razoabilidade, considerando que o tipo penal, com o advento da Lei nº 10.803/2003, vinculou os meios de execução do delito às circunstâncias diretamente ligadas aos verbos submeter, sujeitar e restringir, criando um tipo penal fechado (BITENCOURT, 2012).

Mas também tipo penal fechado porque o legislador vinculou a existência do crime à relação empregatícia. Ou seja, somente empregador é sujeito ativo, enquanto o empregado é o sujeito passivo⁴¹. Explicando conforme o caso concreto da problematização, o agente passivo será o trabalhador reduzido à condição equivalente à de escravo, enquanto o agente ativo será o empregador responsável pela prestadora de serviços.

⁴¹ Também possuem o mesmo entendimento, Greco (2011) e Bitencourt (2012).

A dúvida norteia nas hipóteses de coautoria dos sócios administradores da tomadora de serviços. Até aqui se constata que caso seja possível a coautoria, pressupõe-se a existência de relação empregatícia. Comprovada a relação empregatícia, estar-se-ia diante de uma terceirização ilícita. Assim, seja qual for a análise traçada nesse caso, seguindo os ditames de um Direito Penal do Trabalho, o ilícito penal pressupõe o ilícito trabalhista.

Ressalva-se com Bitencourt (2012) e Hungria e Fragoso (1978) que, em regra, não se pode dizer de uma responsabilização penal de pessoa jurídica. Por isso, se provável, a responsabilidade penal na conduta delitiva em destaque será atribuída aos responsáveis legais da prestadora de serviços. Significa dizer aos sócios administradores da pessoa jurídica tomadora de serviços.

Quanto aos sujeitos passivos, quais sejam os trabalhadores, tratando-se de terceirização externa urbana, Nelson (2014) explica que as vítimas do crime tipificado no artigo 149 do Código Penal geralmente encontram-se em estado de extrema pobreza, nas regiões metropolitanas da Região Sudeste, sendo migrantes internos ou estrangeiros, advindos respectivamente da Região Nordeste do Brasil ou de outros países da América do Sul, também do Haiti. Destacam-se principalmente como vítimas desse crime os bolivianos (informação verbal)⁴².

Em geral, essas pessoas chegam às regiões metropolitanas do país em busca de condições melhores de sobrevivência, mas o prestador de serviços as emprega a situações degradantes de trabalho, em conluio com a tomadora, esta visando à lucratividade e a não responsabilização penal pela fraude cometida. Talvez não cause sobressalto o fato de que imigrantes vêm sendo resgatados de situações degradantes de trabalho, visto que:

Sem nacionalidade e nem cidadania, os imigrantes, principalmente advindos de países mais pobres do que o Brasil, como Bolívia e Haiti, são extremamente vitimados pela exploração do trabalho escravo. Para enfrentar esse novo fenômeno das migrações, advindos da globalização, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou em 1990 a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de Seus Familiares, a qual designa que nenhum migrante poderá ser escravizado ou submetido a um trabalho forçado ou obrigatório (NELSON, 2014, p. 101).

Embora esteja em vigor desde 2003, o Brasil ainda não é signatário dessa Convenção, sendo o único país do Mercosul que ainda não a ratificou, conforme destacado pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Trabalho Escravo (2014), no Estado de São Paulo. A situação

⁴² Conforme Alexandre Agra Belmonte, no 1º Painel do 54º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, em São Paulo, no dia 26 de maio de 2014.

desses imigrantes no país é caótica, visto que sem o mínimo existencial e em situação irregular, em sua maioria, são aliciados para prestar trabalho em situações degradantes. Mesmo depois de resgatados, sem expectativa nenhuma de vida, acabam por retornar às formas modernas de escravidão, sendo que em determinados casos sofrem coação por parte do empregador e são submetidos à servidão por dívida.

Ademais, reafirma-se aqui que se atenta contra a própria existência do ser humano, por isso diz-se que o bem jurídico tutelado penalmente no artigo 149 é a dignidade da pessoa humana. Dela advêm os direitos fundamentais, os quais englobam a liberdade, a igualdade, a própria legalidade e os direitos sociais. Vê-se que a conduta delitiva também atenta contra a ordem econômica e social, despreendendo-se dos anseios de justiça e bem-estar comum.

No que diz respeito ao elemento subjetivo do tipo penal “[...] é representado pelo dolo, que pode ser direto ou eventual, consistindo na vontade livre e consciente de subjugar determinada pessoa, suprimindo-lhe, faticamente, a liberdade, embora esta remanesça, de direito” (BITENCOURT, 2012, p. 1068). O crime de redução da pessoa do trabalhador a condições semelhantes às de escravo, na terceirização externa de trabalho, somente poderá advir de manifestação de vontade voluntária e consciente, portanto, dolosa, em que o agente do delito assim quis agir com o fim de obter lucratividade ao custo de ofensa à dignidade da pessoa humana.

A consumação do delito da problemática em questão ocorre quando a pessoa do trabalhador é reduzida de fato à condição análoga à de escravo, ou seja, quando submetida às situações degradantes cujas possibilidades já foram descritas em epígrafe. Entretanto, ressalta-se que “enquanto não for alterado o *estado* em que a vítima se encontra, a consumação não se encerra” (BITENCOURT, 2012, p. 1070, grifo do autor), visto que é, portanto, crime permanente. Quanto à tentativa, Greco (2011) admite sua possibilidade tendo em vista que o crime é plurissubsistente⁴³.

Além disso, o parágrafo primeiro do artigo 149 do Código Penal traz as situações semelhantes que incorrem na mesma pena da conduta descrita no *caput*, que, em geral, não são vivenciadas nas formas urbanas de neoescravidão, mas se admite a possibilidade de ocorrência, quais sejam cercear a utilização de meio de transporte para o trabalhador, ou vigiá-lo ostensivamente, ou apoderar-se de seus documentos e objetos pessoais, todas visando tolher a liberdade de locomoção do trabalhador para o mesmo permanecer no ambiente de

⁴³ Aquele em que a conduta tipificada somente é constituída a partir de vários atos. No caso em tela, os meios estão expressamente elencados no artigo 149 do Código Penal e devem ser visualizados cada um na sua particularidade de atos sequenciais que venham a resultar a conduta delitiva.

trabalho (BRASIL, 1940). Já o parágrafo segundo elenca as causas de aumento de pena, caso o crime seja cometido contra criança ou adolescente ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (BRASIL, 1940).

A mero título de complementação informacional destaca-se com Greco (2011, p. 386) que “a ação penal é de iniciativa pública incondicionada”. Quanto à pena, tem-se a reclusão de dois a oito anos⁴⁴ somada à multa, além da possibilidade de aplicação das causas de aumento de pena previstas no parágrafo segundo do tipo penal - a partir das quais a pena é elevada à metade -, bem como o acréscimo correspondente à violência, desde que esta configure crime autônomo (BITENCOURT, 2012).

Ainda, mesmo diante de divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da competência para julgamento do crime em discussão e não sendo o objetivo dessa problemática, em sua maioria, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça vêm decidindo os conflitos de competência a favor da Justiça Federal, quando o tipo penal atenta contra a organização do trabalho e seus princípios fundamentais (CUNHA; ARAÚJO, 2013).

Pondo fim a análise sistemática do tipo penal, apoia-se na classificação doutrinária apresentada por Greco (2011, p. 386):

Crime próprio com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo (haja vista que somente quando houver uma relação de trabalho entre o agente e a vítima é que o delito poderá se configurar); doloso; comissivo ou omissivo impróprio; de forma vinculada (pois que o art. 149 do Código Penal aponta os meios mediante os quais se reduz alguém à condição análoga à de escravo); permanente (cuja consumação se prolonga no tempo, enquanto permanecerem as situações narradas pelo tipo penal); material; monossubjetivo; plurissubsistente.

Esclareçam-se alguns pontos necessários. O crime previsto no artigo 149 do Código Penal é considerado material porque é critério para sua consumação que o resultado seja produzido naturalmente. No que diz respeito à classificação monossubjetiva do crime, usualmente denominado unissubjetivo, significa dizer que a conduta delitiva é praticada por um único sujeito ativo, mas na forma eventual admite-se o concurso de pessoas.

Quanto ao crime ser comisso refere-se à ação concreta do agente do delito. Ou seja, quando o sujeito ativo de fato reduz pessoa humana à condição análoga à de escravo. Visualiza-se no caso em tela, o prestador de serviços na prática antijurídica das circunstâncias

⁴⁴ Devido à pena cominada, não se aplica à conduta delitiva qualquer dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/1995, segundo Cunha e Araújo (2013, p. 39).

elencadas no rol do artigo 149, submetendo a pessoa do trabalhador a condições degradantes de trabalho, em conluio ou não com o tomador de serviços, cuja possibilidade de coautoria será averiguada.

Ainda, possível o crime ser do tipo omissivo impróprio, aquele em que “[...] a conduta prevista no tipo penal é positiva, só que, em virtude da posição de garantidor de que o agente é investido, será praticada via omissão [...]” (GRECO, 2011, p. 34). Seria a conduta aplicável ao tomador de serviços caso restar determinada a possibilidade de sua coautoria por omissão, considerando que a conduta prevista no artigo 149 do Código Penal é positiva, no sentido de que se refere à prática delitativa, à ação do sujeito ativo, mas os sócios administradores da empresa tomadora de serviços se omitem quando deveriam e poderiam agir para evitar o resultado⁴⁵.

A partir de agora, ato contínuo à utilização do Direito Penal do Trabalho, delimitar-se-á o instituto da coautoria, sua possível aplicação aos sócios administradores da empresa tomadora de serviços no crime do artigo 149 do Código Penal e consequente responsabilização penal.

2.4 DELIMITAÇÃO DA COAUTORIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS

Limita-se aqui a análise e delimitação da coautoria nas hipóteses mencionadas anteriormente, tanto a de conluio entre tomador e prestador de serviços para fraude à terceirização na sua forma externa, com o intuito de obter lucratividade a partir de redução da pessoa do trabalhador à condição análoga à de escravo, quanto na hipótese de crime omissivo impróprio. Antes, destaca-se com Bitencourt (2010, p. 479) o seguinte:

As razões que podem levar o indivíduo a consorciar-se para a realização de uma empresa criminoso podem ser as mais variadas: assegurar o êxito do empreendimento delituoso, garantir a impunidade, possibilitar o proveito coletivo do resultado do crime ou simplesmente satisfazer outros interesses pessoais.

⁴⁵ Nesse aspecto, discorda Bitencourt (2012, p. 1071), o qual afirma ser impossível a classificação do tipo penal por omissão. Ainda, apresenta-se aqui, na íntegra, a relevância da omissão apontada no §2º do artigo 13 do Código Penal (BRASIL, 1940), segundo o qual “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Sendo assim, sabe-se que a razão aqui apresentada para a prática delitiva prevista no artigo 149 do Código Penal tem como objetivo a lucratividade e a concorrência desleal e, em específico ao tomador de serviços, a não responsabilização direta. Já logrado êxito na classificação doutrinária anteriormente evidenciada, tem-se que o crime em questão é unissubjetivo (ou monossubjetivo), pressupondo que, em caso de concurso de pessoas, este se dará na modalidade eventual, havendo a possibilidade de coautoria ou participação na prática delitiva.

O tema concurso de pessoas integra o título IV do Código Penal (BRASIL, 1940), especificamente o artigo 29 transcrito na íntegra, a seguir:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Vê-se que a explicação penal para o concurso de pessoas abrange os institutos de autoria, coautoria e partícipe. Como o objetivo da análise e delimitação aqui proposta é tão somente a coautoria, ater-se-á a esse instituto apresentando eventuais semelhanças e diferenças para os demais, quando imprescindível, com base no ordenamento jurídico vigente e respectivo estudo doutrinário.

Para aceitação da coautoria, revela-se o entendimento sobre o que vem a ser o concurso de pessoas segundo Greco (2011, p. 87), o qual afirma que ocorre “[...] quando duas ou mais pessoas concorrem para a prática de uma mesma infração penal. Essa colaboração recíproca pode ocorrer tanto nos casos em que são vários os autores, como naqueles em que existem autores e partícipes”. Observa-se que é possível afirmar que nas hipóteses problemáticas apresentadas estar-se-ia dizendo da concorrência de vários autores para o mesmo crime, considerando este o sentido do termo coautoria.

Ainda, antes de qualquer precipitação acerca da coautoria ou não do tomador de serviços, faz-se necessário entender os requisitos cumulativos para se constatar a existência do concurso de pessoas na conduta delitiva. Compreenda-se que “para que se possa concluir pelo concurso de pessoas, será preciso verificar a presença dos seguintes requisitos: *a*) pluralidade de agentes e de condutas; *b*) relevância causal de cada conduta; *c*) liame subjetivo entre os agentes; *d*) identidade de infração penal” (GRECO, 2011, p. 87, grifos do autor).

Em se tratando do tomador e prestador de serviços da terceirização, cumpre-se o requisito de pluralidade de agentes. Já em relação à pluralidade de condutas, essa também poderá ser verificada caso restar comprovado que ambos agiram de diversos modos para a prática delitiva, enfatizando-se que se está a falar de um crime permanente. Também há que se falar emnexo causal e sua relevância na conduta delitiva, considerando que prestador e tomador de serviços concorrem objetivamente à produção do resultado. Quanto à omissão imprópria, esta torna-se relevante a dar causa aos eventos que culminaram no crime.

Além disso, quanto ao elemento subjetivo ser comum aos agentes do delito, tem-se que ambos se manifestam consciente e voluntariamente na conduta delitiva de alcance ao resultado danoso à dignidade da pessoa humana, agindo com dolo para conquistarem os objetivos pretendidos. Constata-se a identidade de infração penal quando restar comprovado judicialmente que prestador e tomador de serviços concorreram para um único tipo penal determinado, qual seja o previsto no artigo 149 do Código Penal.

Partindo da análise dogmática do Direito Penal, afirma-se que dentre as diversas teorias⁴⁶ sobre o concurso de pessoas, o Código Penal adotou a teoria monista, a qual passa a ser explicada como a que:

[...] aduz que todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Para a teoria monista, existe um crime único, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, autores ou partícipes. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível (GRECO, 201, p. 87).

Logo, atenta-se para o fato de que a identidade delitiva refere-se unicamente ao tipo previsto no artigo 149 do Código Penal. No caso em tela, diz-se da possibilidade de existência de vários autores. Não se remete a partícipes, visto que não há dedução hipotética de acessoriedade à prática delitiva. Ressalva-se com Bitencourt (2010), apenas a título de informação, que a partir da Reforma Penal proporcionada pela Lei nº 7.209/1984, o disposto no artigo 29 do referido Código atenuou a teoria monista (ou unitária), vindo a apresentar como exceção à concepção dualista a distinção de punibilidade entre autor e partícipe.

Entretanto, como afirmado alhures, estar-se-á a delimitar aqui tão somente a coautoria. Para tanto, tem-se a seguinte afirmação: “a coautoria é autoria; sua particularidade consiste

⁴⁶ Cita-se, principalmente, a teoria pluralista e a teoria dualista: “para a teoria pluralista, haverá tantas infrações penais quantos forem o número de autores e partícipes. Já a teoria dualista distingue o crime praticado pelos autores daquele cometido pelos partícipes. Para essa teoria, haverá uma infração penal para os autores e outra para os partícipes (GRECO, 2011, p. 87)”.

em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Coautor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito” (WELZEL, *s. d.*, p. 129 *apud* GRECO, 2011, p. 88-89). Assim, a coautoria pressupõe que uma pessoa pratica a conduta delitiva com outra pessoa. Logo, ambas são autoras do crime e, portanto, concorrem na mesma pena.

Observa-se que a explicação acima relaciona a coautoria ao domínio do fato típico atribuído às pessoas que concorreram para a prática delitiva. Depreende-se então que, assim como na autoria, coautor é aquele com poder de decisão para a prática delitiva que seguidamente influi nos meios para executar a conduta delitiva. Logo, trazendo a referida delimitação para análise na problemática apresentada é possível dizer de uma coautoria dos sócios administradores da empresa tomadora de serviços na terceirização em qualquer das situações hipotéticas apresentadas. Fundamenta-se:

[...] É desnecessário um acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Essa *consciência* constitui o *liame psicológico* que une a ação de todos, dando o caráter de crime único. A resolução comum de executar o fato é o vínculo que converte as diferentes partes em um todo único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo. Basta que cada um contribua efetivamente na realização da figura típica e que essa contribuição possa ser considerada importante no aperfeiçoamento do crime (BITENCOURT, 2010, p. 489-490, grifos do autor).

Para configurar a coautoria basta a consciência da conduta ilícita pelos agentes do delito, restando nítida a culpabilidade recíproca no delito previsto no artigo 149 do Código Penal. Os sujeitos ativos praticam a conduta delituosa em conjunto, cada qual a executando por um meio que levará a um objetivo comum, contribuindo para o resultado do crime.

2.4.1 Coautoria do tomador de serviços por comissão

Aplicando a explicação acima apontada ao caso concreto, tem-se que no caso de a prestadora e a tomadora de serviços estarem em conluio na conduta delitiva para obter as vantagens dela provenientes, utilizando o serviço terceirizado na forma lícita ao custo de ofensa à dignidade da pessoa do trabalhador, caracterizando fraude às normas trabalhistas, constata-se manifestação livre e consciente na prática do ilícito penal em que todos contribuem para sua realização. Procedem na conduta delitiva com o objetivo de reduzir

custos para maior lucratividade no mercado concorrencial e, em particular ao tomador, a não responsabilização penal.

Assim, conforme exemplo hipotético em epígrafe há coautoria dos responsáveis pela marca de grife que firma contrato de terceirização com a oficina de costura. Mesmo aparentemente na estrita legalidade, segundo a verdade real dos fatos estavam em conluio para cometimento do crime previsto no artigo 149 do Código Penal, com o fim de almejar lucratividade ao custo de ofensa aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, por intermédio de fraude aos objetivos da terceirização e, portanto, há coautoria.

2.4.2 Coautoria do tomador de serviços por omissão imprópria em crime comissivo

Em se tratando do caso em que os sócios administradores da empresa tomadora de serviços tenham conhecimento da prática delitativa e se omitem a respeito, auferindo vantagens lucrativas provenientes do crime em tela, considerando o menor custo de produção e, conseqüentemente, menor preço de venda do produto final, garantindo a empresa tomadora de serviços maior competitividade no mercado, também se pode afirmar ser possível a coautoria.

Ressalva-se que, nos casos de omissão aqui apresentados hipoteticamente, a coautoria do tomador de serviços se dá por omissão imprópria, enquanto o prestador de serviços permanece na ação delituosa. *Se, e somente se, restar comprovado* que, na realidade, no decorrer da relação contratual de terceirização, de alguma maneira os responsáveis pela marca de grife tomaram conhecimento das condições a que eram submetidos os trabalhadores da oficina de costura, mas vendo vantagem em omitir-se em relação ao fato típico, tendo em vista a lucratividade almejada, quedaram inertes frente à ação delituosa, pode-se dizer que há coautoria dos sócios administradores da empresa tomadora de serviços.

Em campo mais dúbio, talvez não se aplique essa mesma lógica ao fato de que, diante da prática de preço abaixo do valor de mercado e o dever de fiscalização do tomador de serviços, o mesmo ficou-se inerte diante das vantagens lucrativas que vinha auferindo e sequer fiscalizou a produção terceirizada de sua atividade-meio, sem saber ao certo as condições a que estavam submetidos os trabalhadores terceirizados. Talvez nesse caso, em especial, vindo a empresa prestadora a responder penalmente pela conduta tipificada no artigo 149 do Código Penal, não se poderá dizer de uma provável coautoria para responsabilizar penalmente também o tomador de serviços.

2.4.3 Formação da coautoria

Destaca-se com Bitencourt (2010, p. 500) que “a rigor – para punir o coautor – que intervém materialmente na execução do crime – o art. 29 do CP seria desnecessário, uma vez que a tipicidade de sua conduta decorre na norma incriminadora violada”. Em todo caso, enfatiza-se que *se, e somente se, restar comprovada a conduta delitiva dos sócios administradores da empresa tomadora de serviços, por ação ou omissão imprópria, é que se poderá falar em estar configurada a coautoria.*

Destarte, frisa-se que para todos os casos exemplificados na problemática em questão, o ilícito trabalhista é pressuposto para o ilícito penal. Isso significa ainda que, por mais que a terceirização siga os trâmites formais da legalidade, acaba por se tornar ilícita quando da comprovação da conduta delitiva, seja por ação ou omissão imprópria, visto que restará configurado o vínculo empregatício, pois a terceirização foi desviada de seus objetivos legais. Assim, cumpre-se o requisito para configuração do tipo penal, qual seja o vínculo empregatício advindo da terceirização ilícita.

Por obséquio, para esclarecer a aplicação da coautoria, enfatiza-se que esta segue a lógica da divisão do trabalho, em que “[...] não há relação de *acessoriedade*, mas a imediata imputação recíproca, visto que cada um desempenha uma função fundamental na consecução do objetivo comum” (BITENCOURT, 2010, p. 490, grifo do autor).

Pela lógica dogmática, demonstra-se visível a possibilidade de coautoria dos sócios administradores da tomadora de serviços na terceirização externa, que reduz a pessoa do trabalhador à condição análoga à de escravo. Porém, resta saber se frente ao princípio da anterioridade da lei penal e da ausência de lei específica acerca da terceirização, há que se falar em responsabilidade penal.

3 PELA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Delimitada a possibilidade de coautoria do tomador de serviços no crime do artigo 149 do Código Penal, proceda-se, então, a verificação de sua responsabilidade penal diante do princípio da anterioridade da lei penal e da ausência de lei específica sobre a matéria terceirização. Antes, vale a compreensão de que “a responsabilidade penal resulta da necessidade de manutenção da ordem social, garantida pela correta observação do ordenamento jurídico” (CORTEZ, 2013, p. 248).

Posto isso, entende-se que a pena não é aplicada em vão nem estabelecida sem função alguma. Pelo contrário, a função da pena também fundamenta a previsão do ilícito penal e a tutela do bem jurídico. Em especial, no ordenamento jurídico brasileiro revelam-se duas funções da pena, as quais encontram previsão no *caput* do artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), quando trata da fixação da pena pelo juiz:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Destaca-se a parte final do *caput* do artigo supramencionado⁴⁷, em que a pena deverá ser proporcional à reprovação e prevenção da conduta delitiva tipificada. Vale dizer, que o tipo penal existe devido à fatalidade de sua prática e conseqüente dano à ordem pública, mas que para coibi-lo, seja reprovando-o ou prevenindo-o, estabelece-se a pena.

Já explicada alhures, a pena do artigo 149 do Código Penal é privativa de liberdade, na modalidade reclusão, de dois a oito anos, cumulada à multa, podendo ainda ser somada a pena correspondente à violência⁴⁸. Considerando que a legislação penal brasileira estabeleceu duas funções à pena – repressão e prevenção -, com Greco (2011, p. 102, grifos do autor) pode-se

⁴⁷ O referido artigo foi citado na íntegra para contextualização.

⁴⁸ Enfatiza-se com Cunha e Araújo (2013, p. 39) que, devido à pena cominada, não se aplica à conduta delitiva qualquer dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/1995.

dizer que foi positivada no ordenamento jurídico vigente a “*teoria mista ou unificadora da pena*”, pois “[...] a parte final do *caput* do art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção”.

Repara-se que podem ser tratados como sinônimos os termos reprovação, repressão e retribuição, todos se referindo a pós-materialidade da conduta delitiva e a não reincidência, enquanto a prevenção visa à inoccorrência no ilícito penal. Qualquer que seja a função, quanto ao crime de redução da pessoa humana à condição análoga à de escravo, a pena que lhe é aplicada, em regra, busca a erradicação do trabalho escravo contemporâneo em todas as suas formas.

Com Filgueiras (2013) pode-se dizer que nas ações que visam a resgatar trabalhadores em situações análogas às de escravo geralmente não são realizadas prisões em flagrante do agente do delito e, mesmo considerando que o Ministério Público Federal oferece algumas denúncias relativas ao crime em tela, posteriormente, quando há alguma condenação na Justiça Federal apenas aplicam-se penas alternativas ao delito. Não há no âmbito penal impressão considerável de punibilidade ao crime previsto no artigo 149, do Código Penal, ao ponto de efetivamente cumprir as funções da pena para propiciar erradicação ao trabalho escravo contemporâneo⁴⁹.

Ocorre que, tem-se estabelecido a ideia de que prezar tão somente pela responsabilidade trabalhista, administrativa, ou mesmo de ordem civil, torna-se mais eficaz do que a responsabilidade penal no combate ao trabalho escravo contemporâneo, considerando que aquelas podem ser aplicadas de imediato, enquanto esta requer mais tempo, a fim de se comprovar judicialmente a autoria e materialidade delitiva para aplicar a pena.

Nesse sentido foi consagrado o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Trabalho Escravo (2014)⁵⁰, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em que se evidenciou uma morosidade do processo penal devido à tecnicidade probatória necessária à

⁴⁹ Apenas a título de informação, ainda com Filgueiras (2013, p. 212), destaca-se que “em julho de 2013 estavam cadastradas 479 ações penais concernentes sobre trabalho análogo ao escravo oferecidas pelo MPF. Tendo em vista que o número de resgates já efetuados pela fiscalização do trabalho até o final de 2012 foi de aproximadamente 1700, temos um percentual de repercussão criminal não desprezível”.

⁵⁰ Conforme as análises e considerações do relatório final, “as empresas convocadas por esta CPI foram aquelas consideradas os casos mais graves e importantes pelo Ministério do Trabalho e Emprego entre as autuações mais recentes envolvendo as áreas mais afetadas pela utilização de mão-de-obra escrava, a costura e construção civil em zonas urbanas. Esta Comissão finalizou seus trabalhos na investigação do setor têxtil mas não foi possível fazê-lo a área da construção civil [...]” (COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DO TRABALHO ESCRAVO, 2014, p. 13).

efetivação da responsabilidade penal⁵¹, propondo-se o que foi denominado de “punição econômica” por se mostrar mais eficiente do que a aplicação da lei penal, assim como orientado na Lei estadual nº 14.946/2013⁵², a título de exemplo, a qual foi apresentada na 24ª Reunião do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, no ano de 2013 em Genebra.

Entretanto, justamente pelo fato de não se atingir a finalidade da pena prevista, seja devido o não oferecimento de denúncias pelo Ministério Público Federal em todos os casos de trabalho em condição análoga à de escravo, ou pela aplicação de penas alternativas à reclusão, é que se deve prezar pela responsabilidade penal, sem excluir as demais responsabilidades. Não obstante, o Ministério Público do Trabalho tem privilegiado os Termos de Ajustamento de Conduta, os quais, em sua maioria, não estipula indenização moral a pessoa do trabalhador vitimado, bem como são utilizados judicialmente para amenizar a prática delitiva; ainda assim regularmente constata-se reincidência na conduta delitiva (FILGUEIRAS, 2013).

Se o Estado do ponto de vista criminal permanece garantindo a impunidade, os objetivos para uma provável erradicação do trabalho escravo contemporâneo revelam-se longínquos. Há que se considerar que, tratando-se de empresas e capital, estar-se a falar de certo poderio econômico para arcar com “despesas eventuais” relativas a multas administrativas, encargos trabalhistas e indenizações. Ou, ainda, alterar seu mercado consumidor, já que, em sua maioria, trata-se de empresas com potencial econômico em nível internacional.

Quando se refere a tomadoras de serviços no contrato de terceirização, visto que, em geral, são empresas globais ou ao menos de grande porte financeiro em extensa cadeia produtiva, não raras vezes apenas é identificado como o agente do delito terceiro que não necessariamente obtém a vantagem principal no tipo penal. Por isso, faz-se necessário maior desenvolvimento legislativo, também doutrinário, bem como na Justiça Criminal, para correta aplicação da lei e efetivação da responsabilidade penal. Afinal, a ausência desta também enseja a prática delitiva, pois não reprime a conduta nem trata de preveni-la.

⁵¹ A Comissão ressaltou, ainda, que mesmo com a alteração trazida pela Lei nº 10.803/2003 à conduta tipificada no artigo 149 do Código Penal, “não há condenações suficientes para desestimular o crime, que tem motivação financeira, nem oferecer à população um senso de cumprimento da Justiça nesses casos” (COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DO TRABALHO ESCRAVO, 2014, p. 10).

⁵² A Lei nº 14.946/2013, do Estado de São Paulo, “dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas” (ESTADO DE SÃO PAULO, 2013).

A Convenção nº 29 sobre o trabalho forçado ou obrigatório, a qual se encontra vigente no Brasil desde 1958, preconiza no artigo 25 que “a imposição ilegal de trabalho forçado ou obrigatório será passível de sanções penais e todo País-membro que ratificar esta Convenção terá a obrigação de assegurar que as sanções impostas por lei sejam realmente adequadas e rigorosamente cumpridas” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1930, p. 7).

Logo, vê-se que se há previsão do tipo no ordenamento jurídico vigente para responsabilidade penal do agente do delito, o Brasil tem a obrigação, como país membro que ratificou a referida Convenção, de fazer valer o artigo 149 do Código Penal e assegurar sua correta aplicação. Não poderá apenas se ater as outras responsabilidades deixando de aplicar a sanção penal e, conseqüentemente, a pena não ter razão de subsistir. Os possíveis novos meios de responsabilizar o tomador de serviços de terceirização em que se submete a pessoa do trabalhador a situações degradantes, comprovado o objetivo ilícito e a fraude, devem ser aplicados conjuntamente a responsabilidade penal para uma efetiva proteção ao bem jurídico tutelado, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Ademais, o artigo 25 da Convenção nº 29 foi reforçado pela Organização Internacional do Trabalho (2013), em relatório preparado para Reunião Tripartida de Peritos sobre o trabalho forçado, no ano de 2013, em Genebra, do qual se depreende a afirmação da necessidade de se impor medidas legislativas mais rigorosas, reforçando as sanções aos infratores, a fim de serem aplicadas efetivamente para uma possível erradicação do trabalho escravo contemporâneo⁵³.

Vale dizer que, frente a eventuais omissões que possam advir no ordenamento jurídico brasileiro, que impeçam a responsabilidade penal direta dos sócios administradores de empresa que incorre no crime de redução da pessoa do trabalhador à condição análoga à de escravo, talvez se faz necessária a criação de lei específica como medida de prevenção contra a prática delitiva em questão. Indaga-se, portanto, se, diante dos casos exemplificados, em que se buscou delimitar a coautoria do tomador de serviços, pode a este ser aplicada a respectiva responsabilidade penal?

⁵³ No original: “Los Estados parte en el Convenio también deben velar por que la exigencia ilegal de trabajo forzoso u obligatorio sea objeto de sanciones penales, y cerciorarse de que las sanciones impuestas por la ley sean realmente eficaces y se apliquen estrictamente (artículo 25). [...] En otros casos, destacó la importancia de fortalecer el marco jurídico, por ejemplo, adoptando medidas legislativas o de otro tipo contra quienes explotan el trabajo en régimen de servidumbre y aplicando penas más eficaces a los infractores, que deben ser suficientemente disuasorias y aplicarse estrictamente” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2013, p. 6/13).

3.1 RESPONSABILIDADE PENAL DO TOMADOR DE SERVIÇOS

As teorias causalista e finalista mostraram-se suficientes para a dogmática penal, visto que partindo do conceito analítico de crime, classificou o delito em três elementos constitutivos – tipicidade, antijuricidade e culpabilidade –, os quais foram analisados no capítulo anterior em relação ao delito previsto no artigo 149 do Código Penal.

Posteriormente a análise da conduta delitiva, verificou-se que é possível a coautoria do tomador de serviços por ação, considerando que caso restar comprovada a prática delitiva, pode-se aplicar a premissa de que coautor é autor, pressupondo que deverá ser responsabilizado penalmente⁵⁴. Já quanto à coautoria do tomador de serviços por omissão imprópria em crime comissivo, no primeiro caso em que se visualiza o liame subjetivo do delito de forma mais nítida, pode-se dizer também ser possível a coautoria, mas permanece em campo duvidoso o segundo caso de omissão imprópria apresentado, visto que reside determinada dificuldade no âmbito probatório do delito⁵⁵.

Entretanto, problema maior consiste em efetivamente aplicar a responsabilidade penal, pois, como visto, após a Lei nº 10.803/2003 o crime do artigo 149 do Código Penal passou a ser do tipo fechado, tanto relativo aos meios executórios quanto ao agente do delito. No que diz respeito a este, ressalta-se que deverá existir relação de emprego entre autor do delito e vítima. Ou seja, o delito pressupõe que a pessoa do trabalhador submetido a condições degradantes possui vínculo empregatício com o sujeito ativo no crime.

Contudo, para configurar vínculo empregatício entre tomador de serviços e trabalhador terceirizado na modalidade externa, estar-se a falar de uma terceirização ilícita. E, como dito alhures, as regras de terceirização nessa modalidade é apenas matéria sumulada⁵⁶. Mesmo que se está a dizer de um necessário ativismo judicial, diante da devida observância do princípio da anterioridade da lei penal, não se pode afirmar indubitavelmente a responsabilidade penal por coautoria do tomador de serviços.

Não se discute precipuamente a validade da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Fez-se necessária sua edição diante de uma manifestação socioeconômica que de imediato demandava regulação de cunho jurídico, mas que não tinha legislação específica para delimitar as hipóteses de ocorrência da terceirização (CASTRO, 2014). O que se está a discutir é a exigência constitucional de anterioridade da lei penal para aplicação de

⁵⁴ Capítulo 2, subtópico 2.4.1.

⁵⁵ Capítulo 2, subtópico 2.4.2.

⁵⁶ Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

responsabilidade penal ao tomador de serviços na conduta delitiva em questão, considerando, ainda, que o crime é do tipo fechado e não há lei específica tratando dos ilícitos provenientes de fraudes trabalhistas advindas de terceirização externa.

Ao mesmo tempo em que Martins (2011, p. 165) aborda a preferência por uma lei específica que regule a matéria, também afirma que:

[...] as regras legais já existentes são suficientes para disciplinar a terceirização, sendo que eventuais abusos na área trabalhista poderão ser sancionados com a aplicação do art. 9º da CLT, ou seja, desde que não existam abusos, a terceirização será lícita e não será necessária a aplicação de nenhuma punição.

No entanto, pode ser que para tão somente o âmbito trabalhista a terceirização já se encontra suficientemente regulada. Mas, tratando-se dos reflexos de ilícitos trabalhistas, advindos da terceirização externa, para o âmbito penal faz-se necessária a recepção formal da matéria em texto de lei. Do contrário, não se poderá atribuir ao tomador de serviços responsabilidade penal no crime do artigo 149 do Código Penal.

Por isso, preza-se pelo reconhecimento de um Direito Penal do Trabalho, em que se faz imprescindível a normatização específica de ilícitos penais advindos de um fenômeno socioeconômico que talvez se revele definido apenas para a norma trabalhista. Reconhece-se pela verdade real dos fatos o fato típico, a antijuricidade e a culpabilidade, assim como a delimitação de coautoria, mas para fins de responsabilização penal não deve inovar, sob pena de se estar infringindo a ordem constitucional, em especial o próprio princípio da legalidade.

Afinal, o Direito do Trabalho pode se valer das normas penais, mas na problemática apresentada a recíproca talvez não seja verdadeira. Considerando as funções da pena e as proporções que tomam no meio social, para o Direito Penal há que se observar a reserva legal e a anterioridade da lei penal, princípios constitucionais já examinados em capítulo precedente⁵⁷.

3.2 TERCEIRIZAÇÃO E ILÍCITO PENAL: NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA

Face ao exposto vê-se a necessidade de legislação específica para regular o tema terceirização, que é modalidade inovadora de flexibilização dos direitos trabalhistas que repercute no Direito Penal. É imprescindível que lei que venha a regular a matéria delimite os

⁵⁷ Capítulo 1, subtópico 1.3.2.

ilícitos penais dela advindos, principalmente no que diz respeito ao trabalho escravo contemporâneo nas formas urbanas de terceirização externa.

Tem-se que o princípio constitucional da legalidade, consagrado também no artigo 1º⁵⁸ do Código Penal, é determinante para que seja responsabilizado penalmente o tomador de serviços que, na relação de terceirização externa, obtém vantagens lucrativas na conduta delitativa de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo, cuja autoria é atribuída tão somente ao prestador de serviços, devido o tipo fechado do artigo 149 do Código Penal, ainda que comprovado o liame subjetivo entre tomador e prestador. Sobretudo, para fins de julgamento e respectiva condenação na Justiça Federal, tem-se revelado certa dificuldade probatória do crime, bem como discordância quanto a configuração do tipo penal, devido uma visão obsoleta do trabalho escravo contemporâneo (PAES, 2014 *apud* BRIANEZI, 2014).

Assim sendo, demonstra-se necessária uma legislação específica que progrida junto ao fenômeno da terceirização, prevendo os ilícitos penais que dela possam advir, em especial a problemática em questão, para que contribua essencialmente à erradicação do trabalho escravo contemporâneo. Mas, ressalta-se que para o princípio da legalidade há que se considerar tanto a reserva de lei formal, no que se refere ao processo legislativo para sua criação, quanto à anterioridade da lei penal, evidenciando que o tipo penal deverá prever também como agente do delito o tomador de serviços, diferenciando-se do tipo fechado do artigo 149 do Código Penal e afastando qualquer dúvida que possa persistir quanto a responsabilidade penal dos sócios administradores da empresa tomadora de serviços.

Preza-se pela anterioridade da lei na composição do fato jurídico penal aqui discutido, tendo em vista ainda a teoria do garantismo penal, a fim de que sejam mantidos os fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito, tanto na imputação de fato tido como crime ao agente delitivo, quanto na busca por paridade na função da pena para uma possível erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil, em especial, em suas formas urbanas mantidas sob o modelo de terceirização externa.

3.2.1 Garantismo penal (integral)

Perpetuada por Ferrajoli (2002), a teoria do garantismo penal tem dentre seus principais elementos característicos o poder de punir do Estado vinculado à estrita legalidade,

⁵⁸ Nos termos do referido artigo, “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)” (BRASIL, 1940).

não somente à forma prescrita em lei, mas também ao âmbito de efetividade, elencando a validade normativa em conformidade com a realidade e o funcionamento efetivo do ordenamento jurídico vigente.

À problemática em debate aplicam-se integralmente os ideais de um garantismo penal, já que a lei penal não deverá estar em discordância com a realidade dos fatos. Por isso não se poderá dizer de uma responsabilidade penal do tomador de serviços. Afinal, o crime tipificado no artigo 149 do Código Penal não prevê o fenômeno da terceirização.

Ainda, ao proceder a uma crítica do direito, Ferrajoli (2002, p. 685) acrescenta que:

Em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidas a partir de suas representações normativas, e com confiança *a priori* difusa da ciência jurídica na coerência entre normatividade e efetividade, a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal – e, em todo caso não realizado e a realizar – de suas mesmas fontes de legitimação jurídica.

Pode-se dizer que, partindo da perspectiva de um garantismo penal sempre restará dúvida quanto à validade e aplicação efetiva da lei, o que denota a real justificativa de finalidade da pena, com base nos bens juridicamente tutelados e as premissas de um Estado Democrático de Direito, quando se está a falar da República Federativa do Brasil.

Logo, estar-se diante de um conflito aparente de fundamentos constitucionais, visto que o princípio da legalidade, do qual sobrevém a reserva legal e a anterioridade da lei penal, fundamenta-se na liberdade individual que, por sua vez, está intrinsecamente relacionada à dignidade da pessoa humana, como dito outrora. Ocorre que o bem jurídico tutelado, quando se está a falar da redução de pessoa humana à condição análoga à de escravo também é a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, partindo para uma análise crítica do garantismo penal, mas enfatizado sob o ponto de vista integral, mostra-se relevante que:

[...] do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles (FISCHER, 2013, p. 53).

Assim, o Estado é responsável por equilibrar eventuais conflitos aparentes de princípios constitucionais referentes à norma penal, tendo em vista a amplitude do caráter sancionador desta e respectiva função que lhe é atribuída. Estar-se-á a dizer assim de um garantismo penal, mas materializado de modo integral no ordenamento jurídico vigente.

3.2.2 Por uma legislação especial

Com o fim de estabelecer segurança jurídica, mostra-se relevante e essencial a regulação de lei específica da terceirização de serviços. Afinal, ao tempo que se observa a anterioridade da lei penal, também não se deve permitir a violação da dignidade da pessoa humana, pressuposto do Estado de direito, e elevada ao patamar constitucional de fundamento de toda a ordem jurídica vigente.

Do contrário, a acepção evolutiva da dignidade humana, assim como o reconhecimento e a proteção dos respectivos direitos fundamentais, e a luta pela conquista dos direitos sociais, tornar-se-iam irrelevantes face a não responsabilização penal do tomador de serviços na terceirização externa de trabalho que reduz pessoa humana à condição análoga à de escravo. Por isso é atribuída ao Estado a necessidade de intervenção por meio de lei especial que regule tal matéria.

Antes, verifica-se em Dotti (2014, p. 19), especificamente em relação ao sistema penal, que:

[...] a diversificação dos interesses populares e as franquias constitucionais e legais de um regime autenticamente democrático, assim como ocorre em nosso país, criaram núcleos com identidades e características próprias. Eles compreendem, isolada ou simultaneamente, vários aspectos como: **a)** o *bem jurídico* tutelado [...]; **b)** alguns *tipos de destinatários protegidos*, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas [...]; **c)** alguns *tipos de acusado* [...] (grifos do autor).

Diante da necessidade de atender diferentes interesses conforme a peculiaridade do bem jurídico a se proteger, ou o sujeito ativo e sujeito passivo envolvidos em conduta específica, num regime democrático também há que se falar em normas específicas para a prestação de tutela jurisdicional efetiva⁵⁹. Isso se confirma no seguinte trecho:

⁵⁹ Bobbio (2004, p. 78) já citava a tendência para um processo de “especificação” quanto a normas diretamente relacionadas a certos sujeitos titulares de direito.

A lei deixou de constituir em numerosos casos o *comando coercitivo* emanado da *vontade soberana* do Estado e dirigido ao *cidadão indeferenciado (sic)* que integra a comunidade nacional ou habita o seu território. Muitas das leis de maior expressão social nascem da *luta* entre o *poder público* e os *grupos de pressão* de certos extratos (*sic*) sociais dirigindo-se apenas aos membros destes núcleos mais ou menos poderosos de pessoas. [...] As leis deixaram em grande parte de constituir verdadeiras *normas gerais* para constituírem *estatutos privilegiados* de certas classes profissionais ou de determinados grupos políticos (VARELLA, 1984 *apud* DOTTI, 2014, p. 20, grifos do autor).

Ademais, pode-se afirmar maior participação popular na elaboração das leis e, conseqüentemente, leis que buscam efetivar a prestação de tutela jurisdicional a partir do atendimento das prerrogativas requeridas pelos diversos grupos sociais. A título de um exemplo supremo, na criação da própria Constituição Federal de 1988, cuja Assembleia Nacional Constituinte foi instituída em fevereiro de 1987, o povo participava diretamente por intermédio de Emendas Populares que foram fixadas no texto constitucional.

Com Dotti (2014) há ainda a afirmação de que a codificação não mais transmite segurança aos indivíduos⁶⁰. Talvez isso se dê pelo fato de a codificação ficar estagnada ao tempo, não atenta às mudanças sociais e à compatibilidade com o surgimento de novas normas de diferentes ramos jurídicos.

Por isso, considerando um Direito Penal do Trabalho, antepõe-se a criação de legislação específica acerca da matéria em debate, adotando a real necessidade de atualização dos fenômenos de flexibilização das normas trabalhistas, conforme a evolução social com que é empreendida e os ilícitos penais que dela possam advir. Só então a Justiça se prestará a responsabilidade penal dos sócios administradores da empresa tomadora de serviços, na terceirização externa, cujos trabalhadores são submetidos a situações degradantes de trabalho. Como já abordado anteriormente, a responsabilidade penal é também essencial à erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil, pois são funções da pena a repreensão e a prevenção.

Em recente sentença trabalhista⁶¹ em 1ª instância do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SÃO PAULO, 2014, p. 17) foi ressaltado que:

Por derradeiro, vale lembrar que a nova redação conferida ao artigo 243 da Constituição da República, por força da Emenda Constitucional 81/2014, trouxe novos paradigmas para o debate, atribuindo responsabilidade social, trabalhista e

⁶⁰ O termo “indivíduos” é empregado considerando como sujeitos de direitos todas as pessoas em Território Nacional, sejam brasileiras ou estrangeiras.

⁶¹ Decisão em 1ª instância, processo nº 0001582-54.2014.5.02.0037, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, cuja autenticidade do documento original poderá ser verificada no endereço eletrônico <<http://www.trtsp.jus.br/autenticidade-de-documento-eletronico>>, sob a consulta pelo nº 2834356.

penal àqueles que, no topo da cadeia produtiva, fomentam sua lucratividade às custas da exploração do trabalho do ser humano.

Sendo sentença trabalhista, que tratou de caso específico semelhante às questões hipotéticas aqui apresentadas, também foi mencionada possível a responsabilidade penal do tomador de serviços na terceirização que venha a transgredir o artigo 149 do Código Penal, com o objetivo de lucratividade, referindo-se ao artigo 243 da Constituição Federal de 1988. A recente Emenda Constitucional nº 81/2014 assim alterou o referido artigo 243 (BRASIL, 1988):

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

Trata-se de avanço significativo por responsabilidade administrativa na exploração de trabalho escravo, mas apenas destaca que não haverá prejuízo de outras sanções previstas em lei. Vale dizer que o artigo 149 do Código Penal deverá ser aplicado quando comprovada a autoria e a materialidade delitiva. Porém, conforme foi verificado, no que diz respeito aos sócios administradores de empresa tomadora de serviços na terceirização externa, em que se constata trabalhadores submetidos a condições degradantes, só será possível a atribuição de responsabilidade penal quando criada lei especial da matéria em discussão.

3.2.3 O Projeto de Lei nº 4.330/2004

Prossegue na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.330/2004 que visa regular a matéria da terceirização. Divergências acerca do que se pretende normatizar travam embates entre a classe dos trabalhadores e o setor empresarial. Certo é que o texto do referido projeto, por enquanto, ainda não menciona qualquer ilícito penal advindo da terceirização. Apenas se delimita a definir de forma mais abrangente a matéria regulada pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, prevendo, ainda, formas de responsabilidade trabalhista e civil.

Na justificativa para o referido projeto, encontra-se a seguinte afirmação:

No Brasil, a legislação foi verdadeiramente atropelada pela realidade. Ao tentar, de maneira míope, proteger os trabalhadores simplesmente ignorando a terceirização, conseguiu apenas deixar mais vulneráveis os brasileiros que trabalham sob essa modalidade de contratação. As relações de trabalho na prestação de serviços a terceiros reclamam urgente intervenção legislativa, no sentido de definir as responsabilidades do tomador e do prestador de serviços e, assim, garantir os direitos dos trabalhadores (BRASIL, 2004, p. 6).

Observa-se a necessidade emergente requerida para uma legislação específica acerca da terceirização, sob o argumento de proteção aos trabalhadores, visto que estes estão mais propensos a perceber os efeitos desse fenômeno. São elencadas ainda as responsabilidades do tomador e do prestador de serviços, mas em nenhum momento refere-se expressamente à responsabilidade penal. Apenas se limita a afirmar que o projeto de lei “regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes” (BRASIL, 2004, p. 6).

Pode-se dizer que o Projeto de Lei nº 4.330/2004 ainda não se direciona a ilícitos penais que possam advir da terceirização, em especial ao caso em tela que envolva a problemática possibilidade de se fraudar contrato de terceirização para não ser responsabilizado diretamente no crime de redução de pessoa humana à condição análoga a de escravo. Mesmo que em sua justificativa também é observado que:

Uma das maiores críticas que se faz à terceirização é a precarização das relações de trabalho dela decorrentes, apresentando altos índices de acidentes do trabalho. Atribuir a responsabilidade à contratante por esse aspecto ligado às condições de trabalho representa uma garantia ao trabalhador e, certamente, contribui para a melhoria do ambiente laboral (BRASIL, 2004, p. 7-8).

Diz-se de relações precárias na terceirização e em acidentes do trabalho, mas não é mencionado expressamente o fato de que essa flexibilização das normas trabalhistas está estreitamente relacionada a condições degradantes de trabalho, em regra relativas às formas urbanas de trabalho escravo contemporâneo. A responsabilidade atribuída à contratante é de ordem trabalhista, apenas na forma subsidiária, no que se refere “[...] às obrigações trabalhistas, sendo-lhe assegurado, obviamente, o direito de ação regressiva contra a prestadora de serviços / devedora” (BRASIL, 2004, p. 8).

Ora, basta a lei específica regular a terceirização sem adentrar aos ilícitos penais dela advindos? É fato que procedendo assim não se solucionará a inobservância do princípio da legalidade, que impede possível responsabilização penal dos sócios administradores de

empresa tomadora de serviços na terceirização externa que submeta trabalhadores a condições análogas às de escravo.

Como demonstrado alhures, a Organização Internacional do Trabalho (2013), por intermédio do artigo 25 da Convenção nº 29 se expressa no sentido de fazer cumprir a lei penal para uma possível erradicação do trabalho escravo contemporâneo. Quando da inexistência de previsões de ilícitos penais provenientes de ilícitos trabalhistas, deverá o legislador brasileiro proceder ao processo legislativo formal para repreender e prevenir a conduta delitiva.

Não se quer aqui inclinar-se para um resguardo patronal a favor de qualquer das partes na relação trilateral da terceirização. Procura-se apenas demonstrar que para a efetiva aplicação do Direito Penal do Trabalho, resultando na proteção do bem jurídico - qual seja a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, constituída sob um Estado Democrático de Direito -, e com a função de prevenir a conduta delitiva, deve-se prezar pela erradicação do trabalho escravo contemporâneo no país. Não deve o Estado ignorar a existência da problemática aqui revelada.

Em particular, refere-se a uma modalidade de flexibilização das normas trabalhistas – a terceirização –, cujos ilícitos penais que dela possam advir não estão previstos em legislação especial e que, para fins de não responsabilização penal, pode ensejar a alegação do princípio da anterioridade da lei penal e da reserva legal, visto que o legislador formal não acompanhou esse desenvolvimento socioeconômico para antever sua capacidade de produzir ilícitos trabalhistas que refletem diretamente em determinados ilícitos penais.

3.3 PELO RECONHECIMENTO DO DIREITO PENAL DO TRABALHO

De todo o exposto, estar-se diante da necessidade de responsabilização penal, tendo em vista o caráter preventivo da pena para uma possível erradicação do trabalho escravo contemporâneo, em especial, nas formas urbanas de terceirização externa. Admite-se que essa possível erradicação demonstra-se amplamente efetiva se além de responsabilidade penal, somarem-se a ela as demais responsabilidades. Estas sejam de ordem trabalhista, administrativa ou cível, de efetividade imediata, enquanto a responsabilidade penal produz efeitos em longo prazo, já que além de repreender a conduta atentatória ao bem jurídico tutelado, também possui função preventiva.

Destaca-se, portanto, visando à efetividade de uma possível erradicação do trabalho escravo contemporâneo, uma tendência de caráter progressivo, a qual:

[...] tende(ria) a dar eficácia à transposição da esfera penal para a esfera civil, proporcionando que entre as partes envolvidas haja o estabelecimento da reparação ou da recomposição do dano causado, dando-se efetividade à forma menos gravosa (possível) de penalidade para o ofensor, evitando-se sejam aplicados sentimentos de vingança e de desforra que colidam com a(s) promessa(s) não cumprida(s) que o sistema prisional previu quando de sua instalação. No entanto, não se pode(ria) deixar de lado a existência de uma penalidade, ínfima que seja, pela aplicação desta, considerando-se o caráter preventivo que o direito (penal) deva ter, tal qual fora proposto por seus teóricos clássicos em que cuja manutenção se justificaria, a fim de evitar reincidências do fato não almejado socialmente (CAIXEIRO, 2011, p. 197).

Do supracitado pode-se estabelecer também uma congruência entre os âmbitos Direito Penal e Direito do Trabalho, a fim de garantir efetividade ao bem jurídico tutelado e fundamento da República Federativa do Brasil – a dignidade da pessoa humana. Assim, atribuindo-se referida visão progressista à problemática em discussão, estar-se-ia diante da aplicação de responsabilidades trabalhista, administrativa e civil, mas sem deixar de impor uma pena respectiva à conduta delitiva, ainda que prevista em legislação específica, acatando-a como meio de prevenção para se erradicar o trabalho escravo contemporâneo.

Com efeito, tratando-se do crime de redução da pessoa humana à condição análoga à de escravo, na terceirização externa de trabalho, tem-se que “um Direito Penal do Trabalho deve ser composto das normas incriminadoras e sancionadoras já previstas no Código Penal e leis especiais recepcionadas pela Carta Política de 1988, além de outras relativas a um *direito a constituir* [...]” (DOTTI, 2014, p. 22, grifos do autor). Vale repetir: a reunião da atual conjuntura normativa e doutrinária dos âmbitos penal e trabalhista à prestação de tutela jurisdicional efetiva, quando do julgamento de condutas típicas provenientes de ilícitos trabalhistas, forma o conceito de um Direito Penal do Trabalho. Mas, acrescenta-se a esse conceito a necessidade de eventual legislação específica que venha a prever ilícitos penais provenientes das relações de trabalho, em especial acerca do tema terceirização.

Quando se afirma sobre a instituição de um direito, dá-se início a positivação de necessárias prerrogativas sociais, também relativas aos direitos individuais, que para a ordem pública revelam-se de fundamental importância. O reconhecimento do âmbito Direito Penal do Trabalho na positivação específica da matéria proposta faz-se necessário tendo em vista ser imprescindível a regulação da estreita relatividade entre trabalho escravo contemporâneo e terceirização. Compreenda-se que:

[...] a adoção da terceirização pelas empresas potencializa a capacidade de exploração do trabalho e reduz a probabilidade de atuação dos agentes que poderiam impor limites a esse processo. É exatamente nessa combinação de fatores que reside a relação entre terceirização e trabalho análogo ao escravo. Ao incrementar a supremacia empresarial sobre o trabalhador, e diminuir as chances de atuação de

forças que limitam esse desequilíbrio, a gestão do trabalho por meio da terceirização engendra tendência muito maior a ultrapassar as condições de exploração consideradas como limites à relação de emprego no quadro jurídico brasileiro (FILGUEIRAS, 2014, p. 7).

O acima mencionado aplica-se, principalmente, quando se está a falar da possibilidade de escusar-se de responsabilização penal diante do tipo fechado atribuído ao artigo 149 do Código Penal, relativo ao tomador de serviços na terceirização externa que submete a pessoa do trabalhador a situações degradantes, visando redução de custos para maior lucratividade e competitividade no mercado concorrencial. A “conduta delitiva” por parte do tomador de serviços torna-se reiterada considerando a facilidade de não vir a ser responsabilizado penalmente, seja pelo não julgamento ou pelo entendimento divergente do tipo penal na Justiça Criminal e, agora, seja pela eventual possibilidade em alegar a inobservância do princípio da legalidade.

Resguarda-se um Direito Penal do Trabalho como “[...] *segmento do Direito Penal especial predisposto à tutela jurídica fragmentária (ultima ratio) da dignidade humana da pessoa trabalhadora e da organização geral do trabalho*” (FELICIANO, 2014, p. 29, grifos do autor). Afinal, a dignidade da pessoa humana, em específico a pessoa do trabalhador, seja numa visão de ordem coletiva ou individual, elevada ao patamar de princípio fundamental na Constituição, não deve ser relativizada, visto que é intrínseca e indisponível ao ser humano, garantindo-lhe acima de tudo os direitos fundamentais, que abarcam também os direitos sociais, capazes de proporcionar bem-estar social para sobrevivência numa ordem econômica capitalista.

Por que não reconhecer um âmbito ao menos para dar efetividade à tutela da dignidade humana da pessoa do trabalhador? Não se está aqui a defender uma autonomia, mas sim uma especialidade do Direito Penal possivelmente ignorada pela Justiça Criminal. Sabe-se que o distanciamento entre esses âmbitos pode-se revelar injusto quando se está diante da problemática proposta, qual seja a não responsabilização penal direta ao tomador de serviços em terceirização externa de trabalho em situações degradantes.

Com Feliciano (2014) compreende-se que mesmo diante da valorização social do trabalho, bem como da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na Constituição Federal, atualmente, o âmbito que se denomina Direito Penal do Trabalho encontra-se em crise de efetividade, cuja função da pena perde a sua finalidade e repercute negativamente na ordem social como sinônimo de impunidade.

No mais, o mesmo se constata na problemática aqui delineada. O reconhecimento do Direito Penal do Trabalho, numa visão ampla, objetivando efetividade à dignidade da pessoa humana, faz-se necessário a fim de evitar possível engendramento e deturpação nas relações de trabalho. A terceirização externa utilizada para o trabalho escravo contemporâneo, visando à lucratividade, mas sem garantir respectiva responsabilidade penal ao tomador de serviços que assim a manejou, incorre em todas as formas de indignação e injustiça social.

Schwarz (2014, p. 309, grifos do autor) assim explica:

Na realidade, o sentido da expressão *trabalho escravo contemporâneo* sequer foi, ainda, capturado adequadamente nos textos normativos brasileiros, inclusive no Código Penal. Em boa parte, no âmbito jurídico, a doutrina e a jurisprudência sequer conseguiram se despegar da linguagem tradicional, padecendo de sérios erros de associação, quanto mais das concepções e práticas inspiradas por uma tendência de veladamente manter controles punitivos e arbitrariedades disfarçadas, invocados a pretexto de proteção e defesa da *modernidade* e do *desenvolvimento*.

Qual o fundamento para diante de um novo fenômeno que requer responsabilidade penal se manter a garantia de impunidade? De resto, já não se revela em total garantia de efetividade a tutela do bem jurídico protegido pelo artigo 149 do Código Penal, menos ainda diante da possibilidade de escusa pelo tomador de serviços. Por isso, faz-se necessária a legislação específica acerca do tema terceirização. Mas, mais que isso, faz-se também necessário o reconhecimento do Direito Penal do Trabalho como meio de garantir a efetividade da dignidade da pessoa humana. Afinal,

[...] uma legislação penal laboral de caráter meramente simbólico tende a aprofundar a vulnerabilidade do valor-trabalho e de todas as suas concreções (direito à justa retribuição, liberdade profissional e de trabalho, liberdades sindicais, formalização dos empregos, tributação social, etc.), quando deveria preservá-los [...] (FELICIANO, 2014, p. 49).

Procura-se assim agregar critérios evolutivos à ordem jurídica, relativamente aos fatores socioeconômicos das relações de trabalho, da ordem pública como um todo, para, frente a eventual conflito de princípios jurídicos fundamentais, garantir de forma integral a aplicação de um direito tido como justo a medida de manter as relações sociais de convívio. Mais que isso, cumprir essencialmente a função preventiva da pena. Em particular à problemática proposta, visando uma possível erradicação do trabalho escravo, a começar pela observância do princípio da legalidade com o objetivo de atingir o fim desejado de efetividade da dignidade da pessoa humana.

Feliciano (2014, p. 48) ainda destaca que:

[...] no manejo do Direito Penal do Trabalho, o operador mantenha-se atento às suas peculiaridades e às suas idiossincrasias, o que inclui, inexoravelmente, a sua *dimensão criminológica e os fundamentos socioeconômicos* da sua visão de mundo (radicados na base da normatividade tutelar do valor-trabalho). Para esse mister, progressos recentes da dogmática penal [...] terão relevante papel a cumprir (grifos do autor).

Portanto, que se desenvolva então a imputação de responsabilidade penal aos sócios administradores da empresa tomadora de serviços que, visando reduzir custos, aumentar a lucratividade e garantir competitividade no mercado concorrencial, a partir da dissimulação da terceirização lícita e externa de trabalho, reduz pessoa humana à condição análoga à de escravo. Para perpetuar esse desenvolvimento atrelado a um garantismo penal integral, simultaneamente efetivando a tutela da dignidade da pessoa humana e a aplicação do princípio da legalidade, que se concretize a responsabilidade penal em necessária regulação específica, mas, além disso, que se reconheça o Direito Penal do Trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente verificou-se a acepção evolutiva de que a dignidade é qualidade inerente a própria existência do ser humano, vindo a se firmar nos ordenamentos jurídicos de Estados de direito. Assim, também restou evidente que os países que reconhecem a dignidade da pessoa humana em seu texto constitucional, seja de forma expressa ou implícita, estão sob a forma de Estado de direito, os quais convergem internacionalmente para garantir-lhe efetividade, em especial no combate ao trabalho escravo contemporâneo.

Nesse sentido versa a Constituição Federal de 1988, a qual determinou como fundamento da República Federativa do Brasil, instituída sob um Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, da qual decorrem todos os direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais, todos contribuindo à valorização do trabalho humano, também fundamento da República, ressaltando que referida assimilação conduz ao bem-estar social.

A partir da análise delitiva conjugada à terceirização, constatou-se que para delimitar a coautoria do tomador de serviços há que se configurar a terceirização ilícita, tendo em vista que o tipo penal é fechado, estabelecendo vínculo empregatício entre sujeito ativo e sujeito passivo. Ademais, delimitou-se a coautoria do tomador de serviços em crime comissivo e, ainda, por omissão imprópria em crime comissivo, sendo que a este restou dúvidas quanto a possível delimitação. Em todo caso foi enfatizado que se, e somente se, restarem comprovados os elementos do crime, principalmente o liame subjetivo que, em relação ao tomador de serviços, resume-se na redução de custos, aumento da lucratividade e competitividade de mercado, bem como a não responsabilização penal direta, será possível a coautoria.

Entretanto, diante da inexistência de lei específica e tendo em vista o princípio da legalidade, subdividido em anterioridade da lei penal e reserva legal, demonstrou-se a necessidade de legislação específica acerca da terceirização, mas que também previsse os ilícitos penais provenientes desse fenômeno de flexibilização das normas trabalhistas, a fim de

se cumprir com a teoria do garantismo penal de Ferrajoli, mas agora sob um prisma integral assinalado por Fischer.

Portanto, considerando a prevenção como função da pena, assim como a não reincidência na conduta delitiva, notou-se a necessidade de se atribuir responsabilidade penal aos sócios administradores de empresa tomadora de serviços na terceirização externa em que os trabalhadores são submetidos a condições degradantes. Para tanto, faz-se necessária a criação de lei específica englobando esse meio de se flexibilizar direitos trabalhistas, o qual dá origem à prática de ilícitos penais, em que há ofensa à dignidade da pessoa humana. E, por fim, progredir para uma possível erradicação do trabalho escravo contemporâneo, em específico às suas formas urbanas advindas da terceirização externa. Mais que uma lei específica, preza-se pelo reconhecimento de um âmbito, qual seja o Direito Penal do Trabalho.

Por todo exposto, o tema revelou-se essencial à acepção de que o dogma penal deve se adequar à realidade socioeconômica para fins de garantir tutela jurisdicional efetiva a um bem jurídico tutelado, mas também se demonstrou fundamental para evidenciar que do Direito Penal do Trabalho novas pesquisas podem vir a surgir concomitantemente ao surgimento de novos fenômenos que se aplicam às relações trabalhistas refletindo diretamente não só no âmbito penal, mas em especial à dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.330/2004**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1E9690257401C086CE6879CD516EB598.proposicoesWeb1?codteor=246979&filename=PL+4330/2004> . Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2014.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 23 nov. 2014.

BRIANEZI, Thaís. **Visão caricatural da escravidão contribui para a persistência do problema, dizem pesquisadores**. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/11/visao-caricatural-da-escravidao-contribui-para-a-persistencia-do-problema-dizem-pesquisadores/>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana**. Belém, 2004. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/escravo/dignidade-trabalhoescravo.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

CAIXEIRO, Bruno Milenkovich. **Ordenamento jurídico penal (tributário): reflexões críticas**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. **Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: LTr, 2014.

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DO TRABALHO ESCRAVO. **Relatório final: análises e considerações**. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Sessão de 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/documentos/conclusoesdorelatorio-cpidotrabalhoescravo.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. **Crime federais**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DOTTI, René Ariel. Por um direito penal do trabalho. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). **Direito penal do trabalho: reflexões atuais: “Cabe a pena onde se ganha o pão?”**. São Paulo: LTr, 2014.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Lei nº 14.946, de 28 de janeiro de 2013**. Dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e

Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2013/lei-14946-28.01.2013.html>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). **Direito penal do trabalho: reflexões atuais: “Cabe a pena onde se ganha o pão?”**. São Paulo: LTr, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?** (Jun. 2014). Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. **Trabalho análogo ao escravo e o limite da relação de emprego: natureza e disputa na regulação do Estado**. *Brasiliana – Journal for Brazilian Studies*. Vol. 2, n.2 (Nov. 2013). Disponível em: <<http://ojs.statsbiblioteket.dk/index.php/bras/article/view/9080/13402>>. Acesso em: 30 nov. 2014

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, B. F. de C.; FISCHER, D.; PELELLA, E. (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal: arts. 11 ao 27**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, t. II.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NELSON, Aline Virgínia Medeiros. Crime de redução à condição análoga à de escravo e relações entre globalização e desenvolvimento urbano. In: BARACAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). **Direito penal do trabalho: reflexões atuais: “Cabe a pena onde se ganha o pão?”**. São Paulo: LTr, 2014.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).** Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. **Convenção Suplementar relativa à abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura (1956).** Disponível em: < <http://www.gddc.pt/siii/docs/dl42172.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção (29) sobre o trabalho forçado ou obrigatório (1930).** Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. **Convenção (105) relativa à abolição do trabalho forçado (1957).** Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_105.pdf>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento (1998).** Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/international_labour_standards/pub/declaracao_oit_293.pdf>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. **Reunión tripartita de expertos sobre trabajo forzoso y trata de personas con fines de explotación laboral: informe para la discusión en la reunión tripartita de expertos sobre la posible adopción de un instrumento de la OIT que complemente el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29).** Ginebra, 11 a 15 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/trabalhoescravofev2013_983.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Sentença trabalhista em 1ª instância.** Autos nº 0001582-54.2014.5.02.0037. Juíza do Trabalho Sandra Miguel Abou Assali Bertelli. Assinado digitalmente em 17 de novembro de 2014. Código do documento: 2834356. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/autenticidade-de-documento-eletronico>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Terra de trabalho, terra de negócio: o trabalho escravo contemporâneo na perspectiva (da violação) dos direitos sociais.** São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. **Convenção sobre a escravatura (1926)**. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/legis_jur/sumario/CONVEN%C3%87%C3%83O%20S%C3%94BRE%20A%20ESCRAVATURA%20ASSINADA%20EM%20GENEBRA.pdf>. Acesso em: 29 out. 2014.