

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 716

(Ano VIII)
(06/10/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

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

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá):* **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/Argentina):** *Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.*

País: *Brasil.* Cidade: *Brasília – DF.*
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



06/10/2016 Rômulo de Andrade Moreira

» [A proibição da reformatio in pejus indireta no Júri](#)

ARTIGOS

06/10/2016 Adalberto de Oliveira Cordeiro Júnior

» [A execução provisória da pena e a progressão de regime prisional](#)

06/10/2016 Jose Henrique da Silva Vigo

» [Cooperativas de Trabalho - sob a exegese da Lei 12.690/12 - uma nova forma de trabalho para enfrentar a crise do emprego](#)

06/10/2016 Larissa Veloso de Sousa

» [Eficácia territorial da coisa julgada nas ações coletivas](#)

06/10/2016 Gabriel Meira Fialho Fonseca

» [Contrato de seguro de pessoas](#)

06/10/2016 Valquiria Rocha Batista

» [Reforma Trabalhista prevê jornada de trabalho de 12 horas](#)

06/10/2016 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O direito à alimentação adequada como integrante indissociável da rubrica do mínimo existencial social: primeiros apontamentos](#)

A PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA NO JÚRI

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, em decisão do dia 27 de setembro, "*decisão tomada por segundo júri, feito por determinação judicial, não pode piorar a situação do réu que já havia sido condenado em outro Tribunal do Júri*", razão pela qual o Ministro Luiz Edson Fachin "*determinou que um condenado por homicídio sofra só as penas impostas a ele pelo primeiro julgamento, que não havia considerado o crime hediondo*". Eis o caso:

"O réu havia sido condenado em dezembro de 2011 a 11 anos e oito meses de prisão por homicídio privilegiado-qualificado: incidiram na pena dele, ao mesmo tempo, os parágrafos 1º e 2º, inciso IV, do artigo 121 do Código Penal. O primeiro dispositivo atenua a pena caso o homicídio seja cometido "impelido por motivo de relevante valor social ou moral". O último, aumenta a pena se o crime for cometido de forma que impossibilite a defesa da vítima. Diante da condenação, somente a defesa recorreu, e pediu novo júri, o que aconteceu em 2013. Mas no novo julgamento, os jurados levaram em conta apenas a qualificadora e relevaram a atenuante, aumentando a pena do réu. A defesa, então, foi ao Tribunal de Justiça de São Paulo alegar a inconstitucionalidade da segunda condenação, já que recurso da defesa não pode resultar em decisão pior ao réu. A apelação foi parcialmente acolhida para restabelecer a pena do primeiro julgamento, mas não foi restabelecida a classificação do crime como qualificado-privilegiado, o que, em razão da hediondez, acarreta efeitos gravosos no âmbito da execução penal, como na progressão de regime. Foi, então,

impetrado Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, que o rejeitou por entender que nem a sentença e nem o acórdão do TJ trataram de progressão de regime."

Ao proferir o seu voto, o Ministro Fachin explicou "*que a pena não é o único elemento da condenação que pode resultar em situações desfavoráveis à vida do réu*", afirmando ser "*irrelevante o fato de que a progressão de regime não tenha sido tratada na sentença ou no acórdão de apelação, pois os requisitos para a concessão de benefícios na execução da pena estão expressamente previstos em lei.*" (Habeas Corpus nº. 136.768).

Esta decisão segue outra proferida pela 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 89.544-1, que teve por relator o Ministro Cezar Peluso, julgado em 14 de abril de 2009. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi correta, pois não se fez **tabula rasa** do princípio da proibição da **ne reformatio in pejus**.

A propósito, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 123115, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de um condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes. O Ministro Celso de Mello afirmou que "não é permitido que o tribunal ad quem pronuncie uma decisão que seja desfavorável a quem recorre, quer do ponto de vista quantitativo, quer sob o aspecto meramente qualitativo." (grifamos).

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que "*o art. 617 do Código de Processo Penal, na sua parte final, veda, em recurso exclusivo da defesa, o agravamento da situação exposta ao réu, na linha dos princípios que consagram a vedação **dareformation in pejus** e o **tantum devolutum quantum apelatum.***" (Habeas Corpus nº. 21.864 – Relator Ministro Paulo Gallotti).

Comentando este princípio, Galvão Rabelo, em artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (São Paulo, ano 17, n. 203, p. 16-18, out., 2009), ensina que ele, "*em sua perspectiva direta, impede que o juízo ad quem, quando provocado por recurso exclusivo da defesa, piore a situação do réu. Obviamente, se a*

defesa recorre é porque busca uma melhora na situação do acusado. Se a interposição de recurso defensivo pudesse significar uma piora para o réu, estar-se-ia, pelo menos, desestimulando a defesa a utilizar mecanismos disponíveis para impugnação de decisões judiciais desfavoráveis. Com isso, restringir-se-ia indevidamente o princípio constitucional da ampla defesa e o devido processo legal."

Com efeito, admite-se a **reformatio in pejus** apenas em relação à acusação, pois "o recurso de apelação do Ministério Público devolve ao tribunal o exame de mérito e da prova. Nessas circunstâncias, se o tribunal verifica que houve erro na condenação ou na dosimetria da pena, não está impedido de corrigi-lo em favor do réu, ante o que dispõe o art. 617 do Código de Processo Penal, que somente veda a reformatio in pejus, e não a reformatio in melius. Argumentos de lógica formal não devem ser utilizados na Justiça criminal para homologar erros ou excessos." (Superior Tribunal de Justiça - Relator Ministro Assis Toledo - RT 659/335).

Aliás, "a apelação é regida pela regra *tantum devolutum quantum appellatum*. Cumpre, porém, distinguir na espécie o processo civil do processo penal. Naquele, a pedido; neste, não. O juiz confere o tratamento jurídico adequado ainda que contrarie a postulação do autor da ação penal. O processo penal (extensão material) não se esgota no Código de Processo Penal. A Constituição da República engloba a lei de ritos, amplia-a a fim de o direito de liberdade não ser molestado, ou se o for, fazer cessá-la. Daí, o habeas corpus (art. 5º, LXVIII). Ao Judiciário, cumpre fazer cessar a ilegalidade incontinenti. Consagrou-se, então, o chamado habeas corpus de ofício. A reformatio in melius é a decorrência destes princípios. Útil para declarar a atipicidade da conduta" (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº. 109194 - Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro).

Em tempos de Lava-Jato, sempre é boa uma boa notícia...

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL

ADALBERTO DE OLIVEIRA CORDEIRO JÚNIOR:

Defensor Público do Estado de Pernambuco. Tem especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior da Advocacia de Pernambuco e Faculdade Joaquim Nabuco de Recife - PE, tem especialização em Direito Empresarial pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB e é Bacharel em Direito pela ASCES/UNITA - Universidade Tabosa de Almeida de Caruaru - PE.

RESUMO: O presente artigo científico trata da progressão do regime prisional na execução provisória da pena no Direito brasileiro. Na seara do Direito Constitucional, vigora o princípio da presunção de inocência, perante o qual ninguém será considerado culpado senão depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Este é, em regra, o paradigma constitucional. Neste estudo, não obstante aquele paradigma, buscamos analisar e comprovar a possibilidade da execução provisória da pena e, sobretudo, comprovar a possibilidade da progressão de regime prisional ainda que sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, havendo, inclusive, posicionamento jurisprudencial favorável do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais, evitando que, o direito de recorrer das partes e a morosidade do trâmite judicial, causem um empecilho ou um prejuízo à garantia do condenado ao sistema progressivo da pena violando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: progressão – execução – pena – regime – prisional.

1 - Introdução:

O sistema penitenciário e a execução penal brasileira, sobretudo na atualidade, são responsáveis por acirradas discursões em diversos setores

da sociedade civil, seja no âmbito social, político ou jurídico, tidos, por muitos, como um sistema penal falido devido à superpopulação carcerária, à falta de investimento em políticas públicas de prevenção, bem como pela falta de investimentos em infraestrutura prisional e de condições dignas e eficazes para a execução da pena e para a ressocialização efetiva dos condenados.

O Brasil, país em desenvolvimento, é um dos países onde há mais pessoas encarceradas. Hoje, o nosso país conta com mais meio milhão entre presos condenados e provisórios. Lamentavelmente, a cada ano esse número se eleva, o que agrava a crise carcerária, dificultando cada vez a ressocialização daqueles presos.

Parece um tanto quanto utópico, mas a saída para a crise do sistema prisional brasileiro, a nosso entender, que já se arrasta por vários anos, quiçá por décadas, está, sobretudo, na prevenção, com a criação de políticas públicas básicas, como políticas em favor da educação, do emprego, da moradia etc.

Nota-se, no sistema penitenciário brasileiro e por conseguinte na execução penal, inúmeros empecilhos que dificultam e até impossibilitam a eficácia da execução da pena, como é a questão da morosidade da justiça, seja por questões estruturais e organizacionais, seja por questões jurídico-processuais da legislação aplicável.

Observa-se que dada a grande delonga e a morosidade no trâmite processual, o preso, sobretudo, o provisório, espera meses, e, não dificilmente, até anos para ser julgado. E, após o julgamento, há a grande delonga das vias recursais utilizada pelos acusados, e, do julgamento final pelos Tribunais, levando anos para ocorrer uma decisão definitiva.

Em tese, sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o réu seria e é tido como preso provisório, não podendo haver o início da execução da pena, embora o tempo cumprido na prisão cautelar fosse, como é contado, como pena cumprida em caso de condenação definitiva.

A Constituição Federal de 1988, prevê, entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, o princípio de presunção de inocência ou da

não-culpabilidade previsto em seu art. 5º, considerando que ninguém será considerado culpado senão depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para atenuar a crise do sistema penitenciário, desafogar os presídios, hoje superlotados, e para garantir aos presos todos dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, criou-se a tese jurídica da execução provisória da pena com a progressão do regime, pois, aguardar o trânsito em julgado da sentença pena condenatória, seria penalizar ainda mais os condenados.

No decorrer do presente estudo, em análise jurídica, discorreremos acerca da possibilidade da execução provisória da pena e por conseguinte a viabilidade da progressão de regime prisional, ainda que sem sentença penal condenatória transitada em julgado, com fulcro na jurisprudência do STF.

2 - Sentença penal condenatória com trânsito em julgado

Após mais de duas décadas de regime de exceção, no qual foram suprimidos direitos fundamentais, foi promulgada em 1988 a vigente Constituição Federal que, em seu art. 5º, foram consignados os direitos e garantias fundamentais do cidadão, inclusive com status de cláusula pétrea.

Os direitos e garantias fundamentais acima mencionados visam a proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado.

A legislação penal e processual penal brasileira não nos traz conceito de sentença penal transitada em julgada, todavia a Lei de Introdução às normas de direito brasileiro^[1] define coisa julgada ou caso julgado a decisão de que já não caiba recurso.

Diante da definição legal de coisa julgada, podemos considerar que sentença penal condenatória com trânsito em julgado, seria a decisão penal da qual não há mais recursos a serem interpostos.

É cediço que o indivíduo pode ter sua liberdade tolhida provisoriamente por prisão cautelar, ou por decisão condenatória definitiva, que é aquela transitada em julgado.

Quanto ao cumprimento da pena privativa de liberdade há de se destacar que, em tese, o cumprimento efetivo, ou seja, a execução da pena inicia-se com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ocorre que, todavia, em determinadas situações, sobretudo na hipótese quando o indivíduo está sob prisão cautelar, a sentença penal condenatória que ainda não transitou em julgado, em razão da interposição, pelas partes, de alguma modalidade de recurso, pode ser executada.

À primeira vista, em uma análise perfunctória, pode-se compreender que a execução provisória da pena seria ilegal e inconstitucional, já que ainda não haveria trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas não é bem assim.

Neste aspecto, a seguir, será analisada a possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, visando beneficiar o condenado preso que poderá adquirir a benesse da progressão de regime prisional ou de qualquer outro benefício previsto na Lei de Execução Penal brasileira.

3 - Princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º dos princípios e garantias fundamentais do cidadão, trouxe dentre eles, o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade no qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, previsto no inciso LVII daquele art. 5º da Carta Magna vigente.

Na Doutrina moderna há divergências quanto à nomenclatura se princípio da presunção de inocência ou se princípio da não-culpabilidade. Alguns afirmam que a Constituição Federal presume a inocência, outros

afirmam que a Constituição Federal declarou a não-culpabilidade enquanto não há trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Pelo princípio da não-culpabilidade ou da presunção de inocência, só será considerado o réu culpado após transitada em julgado da sentença penal condenatória.

Antes da Constituição Federal de 1988, quando não havia em nosso sistema constitucional o princípio acima epigrafado, após a decisão de pronúncia no rito processual do Júri, o nome do réu era lançado no rol dos culpados.

Hodiernamente, com a aplicação do referido princípio constitucional, a doutrina destaca a “abolição do lançamento do nome do acusado no rol dos culpados quando da pronúncia.”[\[2\]](#)

Igualmente, a Doutrina de Kildare Gonçalves Carvalho entende que “já o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, viola o princípio constitucional da presunção de inocência.”[\[3\]](#)

Corroborando o entendimento acima aduzido, Capez afirma que “por força do art. 5º, LVII, da CF, o lançamento do réu no rol dos culpados jamais poderia ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão final.”[\[4\]](#)

Inicialmente, o STF, fundamentado no princípio da presunção de inocência, não admitia a chamada execução provisória da pena, julgando que “o princípio da não culpabilidade exclui a execução da pena quando pendente recurso, muito embora sem eficácia suspensiva.” (HC 88.276, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-11-06, DJ de 16-03-07).[\[5\]](#)

Não obstante o princípio acima invocado, o STF em sua Súmula 716 [\[6\]](#), com fundamento no princípio universal do *favor rei ou favor liberatis* trouxe a flexibilização e a mitigação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, reconhecendo a execução provisória da pena, bem como a progressão de regime antes mesmo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em favor da liberdade e da dignidade humana do condenado.

No item seguinte será analisada detidamente a execução da pena e a progressão de regime prisional e suas possibilidades diante da jurisprudência pátria e dos princípios e normas constitucionais vigentes.

4 - A possibilidade jurídica da execução provisória da pena e a progressão de regime prisional perante a Jurisprudência atual e a Constituição Federal vigente.

Inicialmente, faz-se mister mencionar, que, apesar do entendimento do STF já sumulado permitindo a possibilidade de execução provisória da pena, há ainda divergências na doutrina pátria acerca da possibilidade ou não da execução provisória da pena, bem como como se há inconstitucionalidade ou não naquele procedimento.

No tocante ao princípio da não-culpabilidade, entende a doutrina que “com efeito, a presunção do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal detém caráter relativo, noutro dizer, *juris tantum*, passível, conseqüentemente, de se ver desconstituída por prova suficiente em contrário.”^[7]

Quanto ao mencionado princípio constitucional da presunção de inocência, cuida-se de garantia de estirpe constitucional, no qual é garantido ao cidadão de que só será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Visa-se com a execução provisória, dar-se início ao cumprimento da pena pelo condenado que está preso, sem que a sentença penal condenatória tenha transitado em julgado.

Renato Marcão afirma que “a execução provisória tem cabimento quando, transitando em julgado a sentença para a acusação, estando preso o réu, ainda pender de apreciação recurso seu.”^[8]

A doutrina de Norberto Avena entende que “a execução provisória da pena privativa de liberdade ocorre na hipótese de prisão do indivíduo já sentenciado, porém antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”^[9]

Apesar de posicionamentos contrários à execução provisória da pena, não é cabível falar-se em violação do princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que na execução provisória da pena e na progressão de regime não está contida a afirmação de culpabilidade, mas de certo modo, pode ser considerada como um meio de execução e progressão da pena, sem que seja necessário se aguardar o demorado trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em havendo recursos a serem analisados pelos tribunais.

O objetivo da execução provisória e da progressão de regime de pena é garantir ao preso provisório a possibilidade de progredir para um regime menos rigoroso de pena.

Não é de bom alvitre, e nem juridicamente plausível, que o preso condenado, embora ainda preso provisório, por força de prisão preventiva, cuja sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado, aguarde toda a delonga do trâmite recursal, para que só depois venha pleitear a progressão de regime.

Não há violação à Constituição Federal, nem tampouco ao princípio da presunção de inocência de naípe constitucional, mas sim a efetivação do respeito às garantias e direitos constitucionais inerentes aos condenados.

Corroborando o pensamento acima esposado, a Doutrina de Nucci assim se posiciona:

Atualmente, permite-se a denominada execução provisória da pena. Pode o condenado à pena privativa de liberdade, desde que esteja preso cautelarmente, executá-la provisoriamente, em especial quando pretende a progressão de regime, pleiteando a passagem do fechado para o semiaberto. [\[10\]](#)

Outrora, contrariamente ao posicionamento atual, afirmando ser incabível a execução provisória da pena, sem o trânsito em julgado da

sentença penal condenatória, havia julgado posicionando-se no seguinte sentido:

O art. 105 da LEP, ao tratar das execuções das penas privativas de liberdade, dispõe que sem a condenação definitiva não se expede guia de recolhido, e sem a guia não se inicia a execução, e uma vez não iniciada a formal execução, não será, também, admissível a progressão de regime prisional do fechado para o semi-aberto.[\[11\]](#)

Já decidiu o plenário do STF nos seguintes termos:

Ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.[\[12\]](#)

Após entendimento de que incabível por ser inconstitucional a execução provisória da pena, o próprio Supremo Tribunal Federal, em posicionamento contrário ao que estabelecia, consignou na Súmula 716, julgando ser cabível a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, admitindo a progressão para regime de pena menos severo.

Apesar do entendimento pacificado por Súmula do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução provisória da pena e da progressão de regime prisional antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tal posicionamento desta Suprema Corte não vincula os demais juízes e Tribunais que poderão julgar de maneira contrária.

Ratificando a possibilidade da execução provisória e da progressão de regime prisional, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vem a Jurisprudência pátria assim se manifestar:

AGRAVO EM EXECUÇÃO Pedido de progressão ao regime semiaberto Execução Provisória Possibilidade de progressão de regime na pendência de recurso ministerial Inteligência da Súmula nº 716, do C. Supremo Tribunal Federal Deferimento pelo Juízo a quo mediante decisão fundamentada, no exercício de seu convencimento Hipótese em que há atestado favorável de comportamento carcerário Convencimento, respeitável, do magistrado que teve conhecimento direto do caso Presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício Agravo não provido.[\[13\]](#)

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA - RECEPÇÃO - RECORRENTE QUE CUMPRE PENA PROVISÓRIA EM REGIME ABERTO - INSURGÊNCIA RECURSAL CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 716 DO STF QUE PERMITE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO RECORRENTE - DECISÃO SINGULAR ESCORREITA - RECURSO DESPROVIDO. "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória." (Súmula 716 do STF)"RECURSO DE AGRAVO - EXECUÇÃO DA PENA - TRÁFICO - CONDENÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PARA A DEFESA - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, PENDENTE DE JULGAMENTO PROGRESSÃO DE REGIME - CABIMENTO - EXEGESE DO ENUNCIADO DA SÚMULA 716 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECURSO DESPROVIDO. 1. A pendência de julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público não obsta a formação do processo

de execução provisória da pena. 2. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (Súmula nº 716 do c. Pretório Excelso). (TJPR - 5ª C.Crim - Rec. de Agravo nº 678.459-8 - Rel. Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo - j. em 07/10/2010 - publ.em 22/10/2010)[14]

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE TORTURA (LEI 9.455/97), ABUSO DE AUTORIDADE (LEI 4.898/65) E DISPARO DE ARMA DE FOGO (LEI 10.826/03, ART. 15). EXCESSO DE PRAZO. IMPROCEDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E ACÓRDÃO EM APELAÇÃO. PREJUÍZO PARCIAL DO WRIT. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. INOCORRÊNCIA. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE. PRISÃO PREVENTIVA DURANTE TODO O CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ELEMENTOS CONCRETOS. MODUS OPERANDI DA CONDUTA DELITUOSA. PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 716/STF. REMESSA AO JUÍZO DE ORIGEM PARA VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. O excesso de prazo da instrução criminal quando superado pelo advento da sentença condenatória, implica o prejuízo da impetração, máxime quando a a apelação também já restou julgada. Precedentes: HC 103.020/SP, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 15/3/11; HC 97.548/SP, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Julgamento em 4/8/09, DJE 27/8/09. 2. A execução provisória da pena é inconfundível com a prisão processual para acautelar a ordem pública decretada

após a prisão em flagrante. Precedentes: HC 97.820/MG, Relator Min. Ayres Britto, Primeira Turma, Julgamento em 2/6/09; HC 102.354/PA, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 22/3/11. 3. Idoneidade do decreto de prisão preventiva calcado na preservação da ordem pública, e em elementos encartados nos próprios autos, como v.g.; a gravidade concreta revelada pelo modus operandi da conduta delituosa, o que confere legitimidade à medida de natureza cautelar. 3.1. Impõe-se destacar que o paciente foi preso em flagrante e assim permaneceu durante toda a instrução criminal, tendo sido a preventiva mantida na sentença condenatória, de forma fundamentada, com base na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. 4. In casu, o paciente, agente da Guarda Municipal de São Paulo/SP, foi preso em flagrante no momento em que praticava tortura contra a vítima, suposto filho de um traficante de drogas, sendo certo que, ao ser abordado por policial militar, passou a ofendê-lo e ameaçá-lo com uma arma de fogo, logrando efetuar alguns disparos para o alto. Precedentes: HC 104.575/AM, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento em 15/2/11; HC 105.033/SP, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Julgamento em 14/12/10, HC 94.286/RR, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 2/9/08. 5. O regime de cumprimento de pena pode ser submetido à progressão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme o enunciado da Súmula 716/STF (Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.). Precedentes: HC

104.761/SP, Relator Min. Dias Toffoli, Julgamento em 15/2/11; HC 99.822-AgR/RJ, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Julgamento em 24/11/09. 6. Ordem concedida em parte, e na parte conhecida, pela concessão parcial da ordem, remetendo-se ao juízo de origem a verificação dos requisitos objetivos e subjetivos para a progressão de regime de cumprimento da pena, independente do trânsito em julgado.[\[15\]](#)

Hodiernamente, portanto, está pacificamente consolidado na Jurisprudência do STF o entendimento de que é plenamente cabível a execução provisória da pena e, por conseguinte, a progressão de regime prisional antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com base na Súmula 716 da nossa Corte Suprema.

Conclusão

Conforme se observa ao longo deste estudo, tratamos, sobretudo, da execução provisória da pena e da possibilidade de progressão de regime antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ficou expressamente consignado, em tópico específico, a possibilidade da execução provisória e da progressão de regime prisional, mesmo antes do trânsito em julgado.

Não é cabível falar-se em violação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade consagrado na Constituição Federal de 1988, vez a execução provisória da pena com a progressão de regime não é afirmação de culpabilidade, mas sim, de certa forma, um meio de execução e progressão da pena, sem necessidade de se aguardar o demorado trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A execução provisória e progressão de regime prisional tem como perspectiva garantir ao preso provisório a possibilidade de progredir para um regime menos rigoroso de pena, e a nosso entender, garantir o cumprimento das garantias constitucionais, sobretudo no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é juridicamente plausível que o preso condenado, embora ainda provisório, sob medida cautelar de prisão preventiva, cuja sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado, aguarde todo o demorado trâmite recursal, para só depois pleitear a progressão de regime.

Com execução provisória e com a progressão de regime de pena, ainda que sem trânsito em julgado, não há desrespeito à Constituição Federal, mas sim respeito às garantias constitucionais atinentes aos presos.

É notório, por ser rotineiramente divulgado nos noticiários da imprensa, que há no Brasil uma superpopulação carcerária, estimando-se mais de meio milhão de presos entre condenados e provisórios, estes aguardando um julgamento.

Como foi descrito em capítulo próprio deste estudo, inicialmente, o STF entendeu que não caberia a execução provisória da pena, ou seja, quando ainda não houvesse trânsito em julgado da sentença penal condenatória, todavia a própria Suprema Corte brasileira consagrou na Súmula 716 tal possibilidade hoje existente no mundo jurídico.

Por fim, entendemos que, a execução provisória e a progressão de regime de pena são, atualmente, institutos existentes no mundo jurídico, amparadas pela jurisprudência pátria, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, bem como medidas de política carcerária e um direito fundamental do indivíduo preso, como garantia da dignidade da pessoa humana.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, José Osterno Campos de. [Garantias processuais x eficácia repressiva](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, [ano 13, n. 1668, 25 jan. 2008](#). Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/10885>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

AVENA, Norberto. *Execução Penal esquematizado*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Método, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 27/09/2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NOTAS:

[1] Art. 6º §3º do Decreto - Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

[2] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 711.

[3] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 823.

[4] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 555.

[5] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 703.

[6] Súmula 716 do STF: “ Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos

severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. ”

[7] ARAÚJO, José Osterno Campos de. [Garantias processuais x eficácia repressiva](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, [ano 13](#), [n. 1668](#), [25 jan.](#) [2008](#). Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/10885>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

[8] MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 6  Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 106.

[9] AVENA, Norberto. *Execução Penal esquematizado*. 2  Ed., São Paulo: Editora Método 2015, p. 197.

[10] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10  Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1053.

[11] TACrimSP, HC 304.972/3, 8  Câm., rel. Juiz Barbosa de Almeida, j. em 22-5-1997, RT, 744/595.

[12] *Habeas Corpus* 84.078/MG (DJ 26.02.2009)

[13] TJ-SP - EP: 00415161520148260000 SP 0041516-15.2014.8.26.0000, Relator: De Paula Santos, Data de Julgamento: 06/11/2014, 13  Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/11/2014.

[14] TJ-PR - SL: 11312506 PR 1131250-6 (Acórdão), Relator: Eduardo Fagundes, Data de Julgamento: 28/11/2013, 5  Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1250.

[15] STF - HC: 100587 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/08/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 06-09-2011 PUBLIC 08-09-2011 EMENT VOL-02582-02 PP-00212

COOPERATIVAS DE TRABALHO - SOB A EXEGESE DA LEI 12.690/12 - UMA NOVA FORMA DE TRABALHO PARA ENFRENTAR A CRISE DO EMPREGO

JOSE HENRIQUE DA SILVA VIGO: Advogado; Assessor jurídico da Federação das cooperativas brasileiras no Centro Oeste e Tocantins - FECOOP - CO/TO; Pós-graduado em Direito do Trabalho pela PUC/SP; Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP.

Resumo: Este artigo analisa as cooperativas de trabalho, sob a exegese da lei 12.690 de 19 de julho de 2012, no afã de desmistificar a má impressão causada cooperativas fraudulentas. Busca demonstrar o artigo que se operada com boa-fé e com propósito de atingimentos dos seus objetivos sociais, a cooperativa de trabalho agrega muito na vida do trabalhador.

Palavras chave: Cooperativas de trabalho. Boa-fé. Objetivos sociais.

Abstract: This article analyzes the work cooperatives, under the exegesis of Law 12,690 of July 19, 2012, in his eagerness to demystify the bad impression caused by fraudulent cooperatives. Seeks to show the article, if operated in good faith and attainments of purpose of its social objectives, work cooperatives add much in the worker's life.

Keywords: Work cooperatives. Good faith. Social objectives.

Sumário: Introdução. 1. Cooperativismo – Essência da cooperação. 2. Natureza jurídica da sociedade cooperativa. 3. Cooperativa de trabalho como alternativa a crise. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em dados de hoje – aproximadamente 12 milhões de desempregados –, conseguir um trabalho está cada vez mais difícil, um emprego então,

mais escasso ainda. Reflexo de uma economia que desacelera, amedronta os investidores ou qualquer um queira abrir um negócio, o que levaria a criação de empregos.

Cenários deste tipo, infelizmente comum em diversos lugares do mundo, levam ao surgimento de novas formas de trabalho. Formas essas criadas diuturnamente. É a necessidade de trabalho que aumenta a criatividade daqueles que precisam comer, pagar a água a luz, o telefone, a escola dos filhos e demais despesas indispensáveis a uma vida digna. Obviamente, nem sempre contempladas em nosso regimento normativo. Problemática absolutamente normal em países subdesenvolvidos e em evolução econômica.

Há quem diga que a CLT é atual e contempla bem os direitos trabalhistas, e que essas novas formas de laboro relativizam direitos do trabalhador e os prejudicam. Contudo compactuo do pensamento que alerta para ao fato de que a nossa Consolidação necessita de atualização. Novas relações de trabalho surgiram e surgirão, independente da nossa vontade e, assim, a relação de emprego, por vezes escassa, acaba sendo contaminada. É a necessidade sobrepondo a relativa segurança do vínculo empregatício.

Nessas horas, nem todos pensam em registro na carteira, pagamento de impostos e demais afins, decorrentes da relação empregatícia. É preciso trabalhar e prover o sustento próprio e da família de alguma maneira

Não se pode olvidar, também, daqueles que optam por não serem empregados. E se eu não quiser? Tanto se falar e se difundi o empreendedorismo, como predicado de todos aqueles bem-sucedidos, que para esses não ser empregado é uma questão de escolha.

Não é raro ouvirmos notícias de que o trabalho informal só aumenta. Fato tanto reconhecido que ensejou a criação pelo nosso poder legislativo da lei complementar 128/2008 que trata do microempreendedor individual – MEI. Que teve por objetivo a formalização do trabalho informal. Preocupação digna, haja vista que a informalidade cobra seu preço no futuro.

Nem sempre é a falta de oferta de emprego que leva o trabalhador a escolha do próprio negócio, muitos assumem este risco e o preferem à segurança limitada da relação empregatícia. Afinal, muitos querem ser empreendedores!

Nesse contexto, as novas formas de relação de trabalho surgem e é necessária a atualização legislativa, bem como o acompanhamento do poder judiciário.

Neste contexto, a lei 12690/2012 aparece em evidência, pois as Cooperativas de trabalho tratam-se de um interessante modelo que apesar de muito mal falado, se cumprido com boa-fé, sem o desvirtuamento de seu objeto social, revela-se mais uma opção que cresce e ganha força diariamente.

1. COOPERATIVISMO – ESSÊNCIA DA COOPERAÇÃO.

Não é raro ouvirmos críticas às cooperativas. Não só as de trabalho, mas do cooperativismo em todos os seus ramos de atuação. Muitas vezes criticados simplesmente pelo que parece, mas não é.

Quem conhece e se dedica ao cooperativismo sofre com a má interpretação de seus conceitos: tudo que é cooperativa é fraude, é concorrência desleal, é para burlar a carga tributária e etc.

Em verdade, para conhecermos o trabalho das cooperativas, principalmente das cooperativas de trabalho, tema deste artigo, importante entender os seus conceitos e fundamentos basilares.

O cooperativismo, como doutrina, modelo de vida, foi criado como opção ao liberalismo econômico vivido pelos trabalhadores no final do XIX e tem como afã a organização do meio social econômico, onde através da cooperação, ajuda mútua e ausência de lucratividade, os trabalhadores obtivessem uma opção interessante para o sustento próprio e de sua família.

Em resumo, *“desde o começo o ideal cooperativista consistiu essencialmente na organização de um meio social econômico harmonioso*

no qual o antagonismo de interesses individuais fosse substituído pela colaboração e pela associação”[1]

Quem condena o cooperativismo não conhece sua essência, bem como haverá de saber que ele é difundido no mundo todo e teve seu nascimento concomitantemente os sindicatos, também derivados do associacionismo e como opção digna de trabalho.

Não é de hoje, mas “a história mostra, realmente, que o cooperativismo sempre representou um refúgio para o indivíduo, uma defesa para sua personalidade. E experiência de nossos dias, bem como as previsões para o futuro permitem pensar que há no desenvolvimento da cooperativa, ao lado de um poderoso elemento de prosperidade, um elemento igualmente poderoso – e ainda mais precioso – de solidariedade entre os homens.”[2]

Portanto, importante entender a essência e o funcionamento das cooperativas para percebermos que não se trata de fraude, flexibilização ou diminuição de direitos trabalhistas, mas uma forma de trabalho existente no mundo todo. Que dignifica o homem e, que ser sócio de uma cooperativa e viver o cooperativismo, não é questão de falta de opção, mas na maioria das vezes de escolha própria.

2. NATUREZA JURÍDICA DA SOCIEDADE COOPERATIVA

O artigo 4º da lei 5764/1971 define com clareza a natureza jurídica das sociedades cooperativas.

Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: (...)

Importante salientar dentre as peculiaridades da cooperativa – não só as da lei geral do cooperativismo (lei 5764/1971) como também a lei própria (lei 12690/2012) bem como as regulamentações do código civil

(artigos 1094 a 1096) –, que as cooperativas, enquanto associação de pessoas, levam em conta a “pessoa” como critério decisório assemblear – uma cabeça, um voto –, pouco importa o capital de cada associado.

Observa-se que no caso das cooperativas de trabalho isso se encaixa como uma luva, pois não existe hipossuficiência entre os associados, sendo afastado o temor da subordinação, principalmente daqueles defensores dos direitos dos trabalhadores. Isso faz com que a relação de subordinação seja afastada de maneira muito natural, aliás, no caso da cooperativa ela não existe. Pouco importa se eu tenho mais ou menos capital, fato é que enquanto sócio, possuo o mesmo direito dos outros, meu voto tem o mesmo peso.

O mesmo acontece em relação aos resultados financeiros obtidos por essa cooperativa, as sobras (quando positivo) e as perdas (quando negativo) são repartidos em critérios igualitários, sem levar em consideração o capital de cada um. Ademais, são os votos da assembleia que decidem o que será feito com as sobras ou as perdas.

No mais, não tendo as leis 5764/1971 e 12690/2012 disposto a respeito de determinada situação, o artigo 1096 do código civil resolve a problemática determinando que em casos de omissão aplicam-se os comandos legais da sociedade simples.

Art. 1.096. No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094.

3. COOPERATIVA DE TRABALHO COMO ALTERNATIVA A CRISE

Antes de adentrarmos especificamente ao conceito de cooperativa de trabalho, importante ressaltar que na formação da cooperativa, entre seus sócios, não há a existência de vínculo empregatício. Não só na cooperativa de trabalho, mas em qualquer uma delas.

A lei 8.949 de 9 de dezembro de 1994, acrescentou o parágrafo único ao artigo 442 da CLT dispondo o seguinte: [\[3\]](#)

“Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

Por sua vez o artigo 90 da lei 5.764 de 16 de dezembro de 1971[4], também estabelece que:

“Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.”

Neste espeque, em geral as cooperativas de trabalho são formadas por profissionais que buscam unir esforços em busca de uma melhor condição de trabalho alavancando vantagens ao seu negócio.

Essa busca de qualificação socioeconômica por meio da cooperativa de trabalho só se revela de boa-fé quando ausentes a subordinação e sem intermediação de mão de obra.

Wilson Alves Polonio, atesta que *“as cooperativas de trabalho objetivam melhorar os ganhos de seus associados, assim como as condições de trabalho destes. Tem-se por associados, o trabalhador da mesma profissão, ou não, porém, de uma mesma classe, ou seja, trabalhadores com identidade de interesses em razão de sua atividade laborativa. O associado de uma cooperativa de trabalho é dono do capital do empreendimento cooperativo e autogestor dos negócios comuns.”*[5]

Nesta mesma esteira define a lei 5764/1971 em seu artigo 2º, vejamos:

Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

Veja que se a cooperativa possui proveito comum, autonomia e autogestão ela atenderá os requisitos da lei e trará benefícios para seus associados. Na cooperativa de trabalho a assembleia, formada pelos associados, é quem toma as decisões. Ausente a subordinação o associado não é obrigado as regras do patrão, diferença que afasta a relação empregatícia.[\[6\]](#)

Assim dispõe os parágrafos 1º e 2º do citado artigo, *in verbis*:

§ 1º A autonomia de que trata o caput deste artigo deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos desta Lei.

§ 2º Considera-se autogestão o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei.

Como já dito, ser associado é questão de escolha. Existe o afã de ser dono do negócio que muitas vezes sozinho torna-se difícil. No estado de São Paulo, onde existem o maior número de cooperativas de trabalho no Brasil,[\[7\]](#) questionados, os associados não tem interesse na relação empregatícia comum. É mais rentável o trabalho através da cooperativa.

Não vou adentrar no mérito da questão tributária, vantagem para os associados, ou não. Pois a fama das cooperativas de trabalho é tão ruim que muitas vezes a interpretação legislativa no sentido de conceder o benefício fiscal acaba proporcionando uma carga tributária maior.

Importante salientar que a lei 12690/2012 trata também da autonomia e da autogestão, conforme se traduz os parágrafos primeiro e segundo do artigo 2º da mencionada lei.

O artigo em comento, juntamente com seus parágrafos demonstram muito claramente que o poder de decisão é do associado, que define as diretrizes e as estratégias de execução dos trabalhos.

Corroborando essa ideia os princípios e valores da cooperativa de trabalho cujo artigo 3º merece destaque, vejamos:

Art. 3 A Cooperativa de Trabalho rege-se pelos seguintes princípios e valores:

I - adesão voluntária e livre;

II - gestão democrática;

III - participação econômica dos membros;

IV - autonomia e independência;

V - educação, formação e informação;

VI - intercooperação;

VII - interesse pela comunidade;

VIII - preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa;

IX - não precarização do trabalho;

X - respeito às decisões de assembleia, observado o disposto nesta Lei;

XI - participação na gestão em todos os níveis de decisão de acordo com o previsto em lei e no Estatuto Social.

Nota-se que a cooperativa de trabalho se revela baseada em princípios ausentes na relação de emprego, a exemplo os incisos I, II, III e IV.

Não é demais reforçar que a boa-fé e o atendimento aos objetivos sociais são fundamentais para sua existência digna. Obviamente que se presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, o vínculo de emprego será configurado e a cooperativa será ilegal.[\[8\]](#)

Prova disso é que os tribunais superiores estão reconhecendo a atuação das cooperativas de trabalho e nosso contexto econômico atual favorece essas novas relações de trabalho. Vejamos:

21357216 - COOPERATIVISMO. AUSÊNCIA DE FRAUDE NA ADESÃO. INEXISTÊNCIA DOS ELEMENTOS FÁTICOS JURÍDICOS A DEMONSTRAR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO. É fato notório os inúmeros casos existentes de fraude contra a legislação trabalhista, mediante o uso de cooperativas de fachada, em que se mantêm inalteradas as características de uma relação de emprego, em especial, a subordinação e a pessoalidade. No entanto, embora não se ignorem tais desvirtuamentos ao sistema cooperado, tem-se, no caso em debate, um conjunto de particularidades que impedem a declaração da relação empregatícia. Diante do conjunto probatório, não há prova contundente capaz de comprovar a prestação de serviço de forma subordinada pelo reclamante. O próprio reclamante, em depoimento pessoal, afirmou que poderia mandar alguém no seu lugar e que não possuía horário fixo. Ademais, depreende-se de acordo com as atas de assembléias juntadas e através dos depoimentos das partes e testemunha da primeira reclamada que as decisões da cooperativa eram tomadas sempre por meio de assembléias com a presença dos cooperados, inclusive do reclamante, que também participou da contagem de votos da eleição da cooperativa. Não há, assim, mínima comprovação de algum vício de consentimento a adesão espontânea do autor quando do ingresso na cooperativa. Demonstram, ainda, os documentos que o reclamante tinha participação ativa na cooperativa, participando, inclusive do Comitê Especial para coordenar o processo eletivo dos membros dos Conselhos de Administração e Fiscal da cooperativa. Assim, diante de todos esses elementos

de convicção e de prova dos autos, entendo que houve trabalho autônomo pelo sistema de livre adesão e permanência no sistema de cooperativismo, não restando cabalmente comprovados os requisitos legais do contrato de emprego (artigo 3º da CLT), razão pela qual deve ser mantida a r. Sentença de origem. (TRT 2ª R.; RO 0003091-88.2013.5.02.0058; Ac. 2016/0294562; Décima Primeira Turma; Relª Desª Fed. Odette Silveira Moraes; DJESP 17/05/2016)

A jurisprudência acima, recente, define em poucas palavras o contexto do tema discutido. Trata-se de autogestão e autonomia mediante decisão assemblear, com adesão espontânea e ausência de subordinação e pessoalidade.

É a cooperativa de trabalho exercendo seu papel. Como já dito anteriormente, a boa-fé reveste o interesse comum de juridicidade e também chancela o papel e a atuação das cooperativas de trabalho conforme decidiu o TRT3:

17425986 - VÍNCULO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. A BOA-FÉ COMO ELEMENTO ESSENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. Em se tratando de relação de emprego é imprescindível a presença da pessoalidade, da prestação de serviços não eventuais, da onerosidade e da subordinação jurídica. No presente caso não foram constatados os requisitos para o reconhecimento da relação de emprego, uma vez que, demonstrada nos autos a prestação de serviços pelo reclamante em benefício da empresa reclamada na qualidade de autônomo, por intermédio de cooperativa ou associação, não se há que falar na configuração de fraude na contratação. Aqui, há que se invocar outro elemento essencial a qualquer relação jurídica que se estabeleça entre pessoas ou entidades, que tem sido

sempre desenhado nos arraiais do Direito do Trabalho sob a mistificação de tratar-se de um direito de natureza protetiva: é a boa-fé. Enquanto a Justiça do Trabalho, e seus operadores mais proeminentes. juízes, procuradores e advogados -, teimarem em desconhecer a importância do elemento ético-jurídico da boa-fé como um dos basilares da relação trabalhista, ela permanecerá abarrotada de processos e apenas supondo estar a distribuir renda e a fazer justiça social. (TRT 3ª R.; RO 0010910-87.2014.5.03.0131; Rel. Des. João Bosco Pinto Lara; DJEMG 03/06/2016)

E não para por aí. A atualidade obriga a criação das novas relações de trabalho e a grande preocupação da sociedade jurídica em geral, principalmente dos árdios defensores do vínculo empregatício, muitas vezes levam as cooperativas de trabalho ao descrédito, como precarizadoras dos direitos trabalhistas.

Mas não é verdade! Quis o legislador, ao editar a lei 12690/2012, privilegiar a autonomia e a autogestão, não se olvidando da garantia de direitos constitucionalmente conquistados. A exemplo dos artigos 7º, 8º e 9º da lei que tratam de direitos mínimos dos associados, *in verbis*:

Art. 7º A Cooperativa de Trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir: I - retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas;

II - duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários; III - repouso semanal

remunerado, preferencialmente aos domingos; IV - repouso anual remunerado; V - retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; VI - adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; VII - seguro de acidente de trabalho. § 1º Não se aplica o disposto nos incisos III e IV do caput deste artigo nos casos em que as operações entre o sócio e a cooperativa sejam eventuais, salvo decisão assemblear em contrário. § 2º A Cooperativa de Trabalho buscará meios, inclusive mediante provisionamento de recursos, com base em critérios que devem ser aprovados em Assembleia Geral, para assegurar os direitos previstos nos incisos I, III, IV, V, VI e VII do caput deste artigo e outros que a Assembleia Geral venha a instituir. § 3º A Cooperativa de Trabalho, além dos fundos obrigatórios previstos em lei, poderá criar, em Assembleia Geral, outros fundos, inclusive rotativos, com recursos destinados a fins específicos, fixando o modo de formação, custeio, aplicação e liquidação. § 4º (VETADO). § 5º A Cooperativa de Trabalho constituída nos termos do inciso I do caput do art. 4º desta Lei poderá, em Assembleia Geral Extraordinária, estabelecer carência na fruição dos direitos previstos nos incisos I e VII do caput deste artigo. § 6º As atividades identificadas com o objeto social da Cooperativa de Trabalho prevista no inciso II do caput do art. 4º desta Lei, quando prestadas fora do estabelecimento da cooperativa, deverão ser submetidas a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades, eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio partícipe.

Art. 8º As Cooperativas de Trabalho devem observar as normas de saúde e segurança do trabalho previstas na legislação em vigor e em atos normativos expedidos pelas autoridades competentes.

Art. 9º O contratante da Cooperativa de Trabalho prevista no inciso II do caput do art. 4º desta Lei responde solidariamente pelo cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho quando os serviços forem prestados no seu estabelecimento ou em local por ele determinado

Tamanho é a realidade e convalidação das cooperativas, não só por seus associados e pelas pessoas por ela beneficiadas, que sua autorização para participação em procedimentos de licitação pública também obtém a chancela da lei.

Dispões o artigo 10º em seu parágrafo segundo:

§ 2º A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.

Portanto percebe-se que as cooperativas de trabalho além de serem uma realidade sem volta, preservam os direitos e garantias constitucionais mínimos, oferecem uma melhor condição aos seus associados, não só pelo ganho em competitividade, mas também pelo incremento da renda, melhor qualificação e condições gerais de trabalho.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto que o cooperativismo busca o equilíbrio econômico, a qualificação de pessoas e o auxílio mútuo que somente beneficia a sociedade de um modo geral.

Com características próprias e conceitos bem definidos promovem o trabalho digno, uma melhor renda e um ganho competitivo que merece destaque. Obviamente, existem aquelas cooperativas que se afastam dos seus objetivos sociais e que não raro são constituídas com o propósito de fraude.

No entanto, os bons não devem pagar pelos maus. Constituída com boa fé e firmes em seus objetivos sociais, agarradas nos preceitos estabelecidos pela lei geral do cooperativismo, lei 5764/61 e nos requisitos da lei 12690/2012, inegáveis os benefícios por elas difundidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 5764 de 16 de dezembro de 1971.

BRASIL. Lei 12690 de 19 de julho de 2012.

BRASIL. Lei 10406 de 10 de Janeiro de 2002

BRASIL. Lei Complementar 128 de 19 de dezembro de 2008.

PINHO, Diva Benevides. A Doutrina Cooperativista nos Regimes Capitalista e Socialista. 2ª ed. Livraria Pioneira Editora. São Paulo: 1966.

BULGARELLI, Waldírio. Regime Jurídico das Sociedades Cooperativas. Livraria Pioneira Editora. São Paulo: 1965.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Cooperativas de trabalho: A lei 12.690/2012 e o direito do trabalho. Rev. TST, Brasília, vol. 78, no 3, jul/set 2012.

POLONIO, Wilson Alves. Manual das sociedades cooperativas. 3ª ed. Atlas. São Paulo: 2001.

Cf. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Cooperativas de mão-de-obra: manual contra a fraude. LTr. São Paulo: 2002.

http://www.brasilcooperativo.coop.br/site/ramos/trabalho_numero_s.asp. Consulta em 15 de setembro de 2016.

http://www.brasilcooperativo.coop.br/site/ramos/trabalho_historia.asp. Consulta em 15 de setembro de 2016.

NOTAS:

[1] Diva Benevides Pinho, **A Doutrina Cooperativista nos Regimes Capitalista e Socialista**, p. 6.

[2] Ibidem, p. 8.

[3] Gustavo Filipe Barbosa Garcia, **Cooperativas de Trabalho: A lei 12.690/2012 e o direito do trabalho**, p. 79.

[4] Conhecida como lei geral do cooperativismo.

[5] **Manual das sociedades cooperativas**, p. 54.

[6] Rodrigo de Lacerda Carelli, **Cooperativas de mão-de-obra: manual contra a fraude**, p. 13: “Existe cooperativa de trabalho legal? A resposta é sim. Desde que não realize fornecimento de trabalhadores para outra empresa, e que constitua uma unidade de produção, cuja organização será realizada conjuntamente pelos trabalhadores por meio da cooperativa. É justamente o caso das famosas e multicitadas espécies de cooperativismo de trabalho legal, como a de médicos, de taxistas e de artesãos, bem como aquelas autogestionárias. Nesses casos, não há intermediação de mão de obra, não há fornecimento de trabalhadores, e sim união de esforços (cooperativismo) para a prestação de serviços por parte da cooperativa para a obtenção de um objetivo comum dos associados, qual seja, a melhoria das condições econômicas por intermédio da melhor organização da sociedade cooperativa. É o velho ditado: ‘se separados não somos ninguém, juntos poderemos ser alguém.’”

[7] Dados fornecidos pela Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB.

[8] Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

EFICÁCIA TERRITORIAL DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

LARISSA VELOSO DE SOUSA: Assessora de Promotor de Justiça Estadual; Graduação na Universidade Estadual da Paraíba, 2012.2; Pós Graduação: Direito Administrativo - Rede Anhanguera.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo ampliar a discussão sobre a coisa julgada nas ações de classe, eficácia territorial e processo de execução, notadamente quanto à aplicabilidade do art. 16 da Lei de ação Civil Pública, considerando o debate sobre a necessidade de extensão da eficácia da sentença coletiva proferida pelo órgão jurisdicional. Através de uma análise crítica com embasamento doutrinário, será dado enfoque ao debate jurisprudencial sobre o tema, este que não é pacífico entre os Tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Difusos. Coisa Julgada. Eficácia Territorial. Execução Coletiva.

ABSTRACT: This paper aims to broaden the discussion about claim preclusion in class actions, territorial effectiveness and execution process, notably as regards the applicability of art. 16 Public Civil Action Law, considering the debate on the need to extend the effectiveness of the collective judgment of the court. Through a critical analysis with basis in doctrine and jurisprudence, the study will be done on the points of doctrinal conflict, focusing on the jurisprudential debate on the subject, that is not peaceful in the courts.

KEYWORDS: Class Actions. Claim Preclusion. Territorial effectiveness. Fluid class recovery.

I) INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem por objetivo abordar o entendimento atual da jurisprudência quando a coisa julgada nas ações coletivas, a eficácia territorial e processo de execução.

Foi dado maior enfoque ao disposto no artigo 16 da Lei de ação Civil Pública, considerando as divergências quanto à sua aplicabilidade, em especial na necessidade de extensão da eficácia das sentenças coletivas.

Destarte, utilizando a doutrina e jurisprudência, serão expostas as teorias que permeiam o tema, bem como a posição prevalente dos Tribunais Superiores.

II) DESENVOLVIMENTO:

1-ASPECTOS INICIAIS QUANTO À COISA JULGADA COLETIVA:

De maneira sucinta, a coisa julgada pode ser definida como a imutabilidade da norma jurídica individualizada, contida na parte dispositiva de uma decisão judicial¹, devendo assegurar a estabilidade das relações jurídicas, por ser conveniente que algumas decisões permaneçam imutáveis e tenham validade *erga omnes*.

Nas ações coletivas, foi concebido um sistema diferenciado para analisar a coisa julgada, divergindo das ações civis privadas. No microsistema coletivo, a coisa julgada irá variar de acordo com o resultado do processo, isto é, *secundum eventum litis*, significando, em síntese, que havendo procedência da demanda ou face à improcedência fundada em provas suficientes, haverá coisa julgada; Na hipótese inversa, havendo improcedência por falta de provas, a coletividade não será prejudicada, podendo propor nova ação, individual ou coletiva, com base em prova nova.

O Código de Defesa do Consumidor disciplinou a coisa julgada nas ações coletivas em seus artigos 81 a 104, determinando

diferentes efeitos da coisa julgada, de acordo com o interesse jurídico a ser tutelado^[1].

Destarte, a extensão subjetiva do julgado nas ações coletivas ocorrerá de acordo com o direito a ela referido: se difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Na hipótese de tutela dos interesses difusos, a sentença após o trânsito em julgado, produzirá efeitos erga omnes, salvo na hipótese de improcedência da demanda por insuficiência de provas, nos termos do art. 81, I, c/c art. 104, CDC.

Quando se tratar de interesse coletivo, a sentença fará coisa julgada *inter partes* mas apenas em relação ao grupo ou categoria representada naquela ação, nos termos do art. 81, II, c/c art. 104, CDC.

Quando o interesse for de natureza individual homogênea, a sentença produzirá efeitos *erga omnes* em caso de procedência, beneficiando as vítimas ou seus sucessores, nos termos do art. 81, III, c/c art. 104, CDC.

Ainda, quanto às ações individuais, apenas será beneficiado com a coisa julgada coletiva, caso o autor de ação individual requeira a suspensão da demanda na esfera individual. Ademais, as ações coletivas não induzem à litispendência ou coisa julgada em relação às ações individuais, nos termos do art. 103, §1º, §2º e art. 104, CDC.

2- LIMITE TERRITORIAL DA COISA JULGADA:

A legislação pátria trata dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas no art. 16 da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e art. 18 da Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular).

Posteriormente, o art. 103, do CDC deu nova feição às disposições tratadas no art. 16 da LACP, fixando variação na coisa julgada coletiva, conforme foi mencionado.

Assim, a discussão voltou-se à aplicabilidade conjunta do art. 103 do CDC com o art. 16 da LACP, considerando que aquele artigo poderia afastar a limitação imposta por este artigo, visto que, “*o que parece, alterou-se apenas a versão original – a da LACP -, mas se esqueceram de alterar a nova leitura da versão original (CDC, art. 103, seus incisos e parágrafos).*” (ALMEIDA: 2001, p. 168).

Ressalte-se que nos dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo - CBPC-IBDP e CBPC-UERJ-UNESA- existe previsão expressa no sentido de não limitar a competência territorial na coisa julgada *erga omnes*.

3- ARGUMENTOS APTOS A CONFERIR EFICÁCIA DA SENTENÇA NÃO APENAS NOS LIMITES DE JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR DA DECISÃO:

Analisando o art. 16, LACP, verifica-se que é necessário um olhar ampliativo da norma, para conferir eficácia teleológica e integrativa do microsistema de tutela coletiva.

Mencionado artigo ao invés de evitar a multiplicação das demandas e permitir a harmonização dos julgados, torna necessária, na hipótese de dano de âmbito regional ou nacional, a propositura de diversas ações coletivas para a tutela do mesmo direito – uma em cada foro. Ressalte-se que isso, além de sobrecarregar o Judiciário, gera insegurança nas relações jurídicas, permitindo decisões conflitantes.

Considerar isoladamente este artigo geraria uma violação indireta a princípios constitucionais, notadamente o devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da igualdade, da proporcionalidade, incluindo a própria coisa julgada protegida no rol de incisos, do artigo 5º, da Carta Magna.

Entendendo-se pela aplicação da limitação territorial prevista no art.16 da LACP, resultaria na necessidade de interposição de ações coletivas em diversos lugares, para a proteção de um mesmo bem jurídico que já foi decidido por órgãos

jurisdicionais diversos, podendo resultar em decisões conflitantes e , por vezes, antagônicas.

4- ARGUMENTOS APTOS A NÃO CONFERIR EFICÁCIA EXTENSIVA À SENTENÇA:

Basicamente a previsão expressa do art. 16, LACP.

5- OPINIÕES DOUTRINÁRIAS:

Ada Pellegrini Grinover, diz ao fazer apreciação do tema, (...) “em relação à limitação específica feita pela competência territorial, o art. 93 estabelece critérios de distribuição de competência. Interessante é a constatação de que a coisa julgada tem seu alcance limitado pelo pedido, e não pela competência do juízo, que somente divide funcionalmente a jurisdição entre os diversos órgãos encarregados de seu exercício. A delimitação é inviável, na medida em que sendo difuso o direito tutelado os efeitos da sentença e a coisa julgada que a eles se refiram necessariamente serão amplos. (...) Em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz”.

No mesmo sentido, André de Carvalho Ramos afirma que “(...) a Lei 9.494/97, que converteu em lei a medida provisória 1.570 é inócua. A competência territorial serve apenas para fixar a competência do juízo. Os efeitos da decisão do Juiz são limitados somente, como frisei, pelo objeto do pedido, que quando for relativo aos interesses transindividuais, atingem a todos os que se encontrem na situação objetiva em litígio, não importando o local de seu domicílio”.

6- JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA:

A) Entendendo pela eficácia territorial extensiva:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.537.598 - RS
(2015/0134771-2) RELATOR : MINISTRO
HERMAN BENJAMIN RECORRENTE :
SINDICATO DOS SERVIDORES FEDERAIS DO
RIO GRANDE DO SUL - SINDSERF/RS
ADVOGADOS : LUCIANA INES RAMBO E
OUTRO (S) FELIPE CARLOS SCHWINGEL

RECORRENTE : SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS RECORRIDO : OS MESMOS DECISÃO Trata-se de Recursos Especiais (art. 105, III, a, da CF) interpostos contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região cuja ementa é a seguinte (fl. 392, e-STJ): ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA - GDATA. EXTENSÃO AOS SERVIDORES INATIVOS. PARIDADE. (...) Ademais, não há falar em necessidade de limitação da condenação apenas aos servidores pertencentes ao quadro com domicílio no âmbito da competência territorial do Juízo. A propósito, cito precedentes: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. EFEITOS DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. ART. 2º-A DA LEI N. 9.494/97. LIMITAÇÃO DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO AOS DOMICILIADOS NAS LOCALIDADES ABRANGIDAS PELA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ABRANGÊNCIA ESTADUAL. 1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a sentença proferida em ação coletiva abrangerá apenas os substituídos, nos limites da competência territorial do órgão julgador, nos termos do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, norma de regência acerca da matéria. 2. É possível o ajuizamento de liquidação e execução individual de título judicial proferido em ação coletiva apresentada por associação, pois, conforme precedente do STJ, os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a

qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo, facultando-se aos associados o ajuizamento da execução tanto no juízo sentenciante, quanto no juízo de seu domicílio. 3. O alcance da coisa julgada não se limita à comarca na qual tramitou a ação coletiva, mas, sim, a determinados sujeitos e questões fático-jurídicas, sob pena de esvaziar a utilidade prática da ação coletiva. 4. Nesse contexto, proposta a ação coletiva pela Associação dos Produtores de Soja do Estado do Rio Grande do Sul, todos os associados domiciliados no Estado do Rio Grande do Sul estão abrangidos pelos efeitos da sentença prolatada pela Subseção Judiciária de Santo Ângelo/RS. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 1419350/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITOS E EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO 'DECISUM'. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL ACOLHIDO PARA, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (AgRg no AREsp 97.274/PA, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 19/12/2013).(…) (STJ - REsp: 1537598 RS 2015/0134771-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: DJ 30/06/2015).

LIMITE TERRITORIAL DA SENTENÇA. 1. Em prestígio a uma interpretação analógica extensiva, também devem ser incluídos na possibilidade de percepção do abono de permanência instituído pela EC [41/2003](#) os servidores que executam atividades de risco, eis que, na essência, não existe distinção entre aposentadoria voluntária comum e a voluntária especial. Não é justo nem razoável haja um discrimen quanto ao deferimento de um benefício também de índole previdenciária só porque há tratamento diferenciado quanto aos critérios para a aposentação. Não pode o intérprete desigualar os que na essência são iguais. Precedentes do STJ. 2. A limitação territorial da eficácia da sentença prolatada em ação coletiva, prevista no art. 2º-A da Lei [9.494/97](#), deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos no [Código de Defesa do Consumidor](#), entendendo-se que os ‘limites da competência territorial do órgão prolator’ de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas, sim, aqueles previstos no art. [93](#) daquele diploma legislativo consumerista. In casu, o sindicato autor representa a categoria em todo o Estado do Paraná, pelo que a sentença deve favorecer a todos os seus filiados.”- EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 609.043 PARANÁ- RELATOR : MIN. LUIZ FUX; (STF - AgR-ED RE: 609043 PR - PARANÁ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 10/03/2015, Primeira Turma,).

B) Em sentido contrário:

MEDIDA CAUTELAR Nº 24.391 - RJ
(2015/0130355-6) RELATORA : MINISTRA

ASSUSETE MAGALHÃES REQUERENTE : OI MÓVEL S/A ADVOGADA : ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DECISÃO (...)

Nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator. 3. Embargos de divergência não-conhecidos"(STJ, EREsp 293.407/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, DJU de 01/08/2006)."PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. REALIZAÇÃO DE ESTUDOS PARA PADRONIZAÇÃO DO FÁRMACO. IMPOSSIBILIDADE. EFEITOS COLATERAIS. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. FORMATAÇÃO DO SUS DE ÂMBITO NACIONAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO AUTÔNOMO. SÚMULA 283/STF. 1. Hipótese em que o Tribunal a quo consignou: a) é inviável disponibilizar o fármaco Teriparitida a todos os que necessitem padronização do medicamento no âmbito do SUS, uma vez que o pedido não pode exceder a competência territorial do juízo; (...) 3. Ademais, foi pacificado pela Corte Especial o entendimento de que a sentença proferida em Ação Civil Pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei 7.347/85, alterado pela Lei 9.494/97. Assim, incabível a determinação do requerido estudo técnico com o intuito de disponibilizar o fármaco

pelo SUS, com abrangência nacional, pois estar-se-ia violando o limite territorial do juízo a quo. 4. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.353.720/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2014). Além disso, o Superior Tribunal de Justiça também possui jurisprudência no sentido de que "não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de Ação Civil Pública" (STJ, AgRg no REsp 1.386.342/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/04/2014). Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 21.466/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/08/2013; STJ, EREsp 895.530/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/12/2009. Nesse contexto, a existência de tais precedentes, aliada às demais alegações expostas pela requerente, recomenda que, por cautela, seja suspensa a execução provisória da sentença proferida na Ação Civil Pública, até que a questão seja melhor analisada, no julgamento do Recurso Especial. Ante o exposto, defiro a liminar, a fim de atribuir efeito suspensivo ao Recurso Especial, interposto pela requerente. Em consequência, fica suspensa a execução provisória da sentença referente à Ação Civil Pública 0007736-12.2014.4.02.5101. Comunique-se, imediatamente, o teor da presente decisão ao Tribunal de origem, assim como ao Juiz da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Cite-se a parte requerida. Intimem-se. Brasília (DF), 29 de junho de 2015. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES Relatora. (STJ - MC: 24391 RJ

2015/0130355-6, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 01/07/2015).

C) Comparativo mudança entendimento:

CONTRÁRIO: [STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 755429 PR 2005/0089854-4 \(STJ\)](#) - Data de publicação: 18/12/2009- Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

APADECO. EFICÁCIA TERRITORIAL DAS ENUNCIACIONES. EXECUÇÕES INDIVIDUAIS DO TÍTULO. JUÍZO COMPETENTE. I - A orientação fixada pela jurisprudência sobranceira desta Corte é no sentido de que a decisão proferida no julgamento de Ação Civil Pública faz coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão que a prolatou. II - Dessa forma, se o órgão prolator da decisão é o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cumpre concluir que o acórdão tem eficácia em toda a extensão territorial daquela unidade da federação. Por outro lado, a eficácia subjetiva do aresto, estendeu-se à todos os poupadores do Estado que mantinham contas de poupança junto ao réu. III - Considerando o princípio da instrumentalidade das formas e do amplo acesso à Justiça, desponta como um consectário natural dessa eficácia territorial a possibilidade de os agravados, consumidores titulares de direitos individuais homogêneos, beneficiários do título executivo havido na Ação Civil Pública, promoverem a liquidação e a execução individual desse título no foro da comarca de seu domicílio. Não há necessidade, pois, que as execuções individuais sejam propostas no Juízo ao qual distribuída a ação coletiva. IV- Agravo Regimental improvido.

FAVORÁVEL: [STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1094116 DF 2008/0213789-1 \(STJ\)](#)- Data de publicação: 27/05/2013- Ementa: PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATOS DE SEGURO DE VIDA. APLICAÇÃO DO CDC . SÚMULA 83 DO STJ. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DAS SENTENÇAS COLETIVAS. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. 1. Aplicabilidade do CDC a contrato de seguro de saúde em grupo. Incidência da Súmula 83 do STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." 2. A sentença proferida em ação civil pública versando direitos individuais homogêneos em relação consumerista faz coisa julgada erga omnes, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, uma vez que "os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468 , 472 e 474 , CPC e 93 e 103 , CDC)." (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC , em 19/10/2011, DJe 12/12/2011).

C) Exceção aos direitos individuais homogêneos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EFEITO ERGA OMNES DA SENTENÇA CIVIL PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O art. 16 da LACP (Lei 7.347/1985), que restringe o alcance subjetivo de sentença civil aos limites da competência territorial do órgão prolator, tem aplicabilidade nas ações civis públicas que envolvam direitos individuais homogêneos. (...) Aqui, por outro lado, debate-se o alcance da eficácia subjetiva da sentença coletiva. Posto isso, nada obstante as críticas doutrinárias a respeito do art. 16 da LACP, estando em vigor o referido dispositivo, que restringe o alcance subjetivo da sentença civil, e atuando o julgador nos limites do direito posto, cabe-lhe, mediante interpretação sistêmica, encontrar uma hipótese para sua incidência. De fato, o caráter indivisível dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* conduz ao impedimento prático, e mesmo lógico, de qualquer interpretação voltada a cindir os efeitos da sentença civil em relação àqueles que estejam ligados por circunstâncias de fato ou que estejam ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de lesão. Entretanto, o art. 16 da LACP encontra aplicação naquelas ações civis públicas que envolvam direitos individuais homogêneos, únicos a admitir, pelo seu caráter divisível, a possibilidade de decisões eventualmente distintas, ainda que não desejáveis, para os titulares dos direitos autônomos, embora homogêneos. REsp 1.114.035-PR, Rel. originário Min. Sidnei Beneti, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 7/10/2014.

III) CONCLUSÃO:

Analisando estritamente a legisla o regente, conclui-se que deveria ser aplicado o entendimento no sentido de que a decisão proferida em sede de a o coletiva limita-se   jurisdi o do  rgo prolator da decisão, em consonância estrita ao previsto no art. 16, da Lei da A o Civil Pública.

Entretanto, fazendo uma análise sistemática e teleológica quanto à aplicabilidade do instituto da coisa julgada e seus limites nas a es coletivas, deve-se concluir que as decisões relativas aos direitos difusos e coletivos, a es de caráter indivisível, devero ser aplicadas a todos os interessados, para além dos limites da competência territorial do  rgo julgador, não sendo seus limites fixados de acordo com as regras de organiza o judiciária, mas de acordo com o previsto no art. 93 do CDC, em uma interpreta o conjunta do microssistema processual coletivo, nos seus artigos arts. 16 da LACP, 93, II, e 103, III, do CDC.

Por fim,   possível observar que o STJ ainda mant m resistência quanto   extensão dos efeitos da coisa julgada no caso dos direitos individuais homogêneos, entendendo que a melhor resposta deve ressaltar a aplicabilidade do art. 16 da LACP aos direitos individuais homogêneos, únicos a admitir, pelo seu caráter divisível, a possibilidade de decisões eventualmente distintas, ainda que não desejáveis, para os titulares dos direitos aut nomos, embora homogêneos (info 552, STJ).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. *Constitui o da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2016

BRASIL. *Lei n  4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a a o popular. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2016

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm >. Acesso em: 02 de fevereiro de 2016

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 14 de fevereiro de 2016

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, vol. 4. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

2 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. V. 2. Salvador: Jus Podium, 2008

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos Difusos e Coletivos I*. Coleção Saberes do Direito – 34. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTAS:

[1] DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. V. 2. Salvador: Jus Podium, 2008. ps. 552/560.

CONTRATO DE SEGURO DE PESSOAS

GABRIEL MEIRA FIALHO FONSECA:
Advogado, pós-graduado em Direito Tributário.

RESUMO: Os contratos de seguro são cada vez mais frequentes em nossa sociedade, principalmente, em razão do aumento dos riscos no Brasil. A fim de dar maior segurança aos citados contratos, o Código Civil de 2002 trouxe extensa regulamentação, dando maior segurança aos contratantes. No mesmo sentido caminha a jurisprudência dos tribunais superiores, que vem pacificando entendimentos sobre o tema.

Palavras-chave: Contratos. Seguro. De Dano.

1. Introdução.

O presente trabalho tem por finalidade estudar o contrato de seguro, com foco na jurisprudência dos tribunais brasileiros, entretanto, sem se abster de citar entendimentos doutrinários sobre o tema, principalmente, os enunciados das Jornadas de Direito Civil.

Assim, diante do inegável crescimento dos riscos de se viver no Brasil, esse tipo de contrato se torna cada dia mais comum, e do mesmo modo, cada vez mais demandado nos tribunais brasileiros, em face das discordâncias das seguradoras e dos segurados.

2. Disposições Gerais.

Inicialmente, importa frisar a conceituação do que vem a ser um contrato de seguro, realizado pelo próprio Código Civil, em seu artigo 757, segundo o qual neste contrato “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

Brilhantemente conceitua o contrato de seguro a professora Maria Helena Diniz (2002, p. 316):

“[...] é aquele pelo qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante o pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo

relativo a pessoa ou a coisa e a indenizá-la de prejuízo decorrente de riscos futuros, previstos no contrato”

Como se pode notar, o contrato de seguro possui peculiaridades, pois se visa garantir certa pessoa ou coisa, de modo que em caso de lesão, nasce para o segurador o dever de reparar o segurado. Caracterizando-se pela existência de três elementos: as partes, o prêmio e os riscos.

Sendo assim, no contrato de seguro, há verdadeira socialização dos riscos entre a seguradora, e o segurado, como bem leciona o professor Fábio Ulhoa Coelho (2012), conforme exposto a seguir:

“A função do seguro é socializar entre as pessoas expostas a determinado risco as repercussões econômicas da verificação do sinistro. A atividade desenvolvida pelas seguradoras consiste em estimar, através de cálculos atuariais, a probabilidade de ocorrência de certo fato, normalmente um evento de consequências danosas para os envolvidos. De posse desses cálculos, a seguradora procura receber dos sujeitos ao risco em questão o pagamento de uma quantia (*prêmio*) em troca da garantia consistente no pagamento de prestação pecuniária, em geral de caráter indenizatório, na hipótese de verificação do evento”.

Entretanto, não é qualquer pessoa jurídica que pode ser parte no contrato, como seguradora, de acordo com o artigo 758, do Código Civil, esta deverá obter autorização específica.

Além da autorização específica, as seguradoras, em razão de sua importância para a sociedade são reguladas pelo Estado, tendo sido instituído pelo Decreto-Lei 73/66, o Sistema Nacional de Seguros privados, o qual de acordo com seu artigo 8º, será composto pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, pela Superintendência de Seguros Privados, dos resseguros, das Sociedades autorizadas a operar em seguros privados e dos corretores habilitados.

Quanto à natureza jurídica do contrato de seguro, entende a doutrina majoritária que se trata de um contrato bilateral, de adesão, oneroso, aleatório e consensual. Neste sentido aduz Flávio Tartuce (2016, p. 856):

“Quanto à sua natureza jurídica, o contrato de seguro é um contrato bilateral, pois apresenta direitos e deveres proporcionais, de modo a estar presente o sinalagma. Constitui um contrato oneroso pela presença de remuneração, denominada prêmio, a ser pago pelo segurado ao segurador. O contrato é consensual, pois tem aperfeiçoamento com a manifestação de vontade das partes. Constitui um típico contrato aleatório, pois o risco é fator determinante do negócio em decorrência da possibilidade de ocorrência do sinistro, evento futuro e incerto com o qual o contrato mantém relação”.

1. **Da celebração do contrato de seguro**

O artigo 758, do Código Civil, expõe que “o contrato de seguro prova-se pela exibição da apólice ou bilhete de seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio”. Já o art. 759, que “a emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco”.

Em regra, a apólice constitui o instrumento do contrato de seguro, podendo ser nominativo, à ordem, ou ao portador, como leciona o artigo 760, do Código Civil, entretanto, em alguns casos, poderá servir como

instrumento do contrato a simples emissão de bilhete de seguro, em razão da previsão do artigo 10, do Decreto-lei 73/66.

O bilhete ou a apólice “mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário” (Art. 760, CC). Entretanto, importante frisar que havendo dúvida sobre o contrato, deve-se interpretá-lo em benefício do aderente, por ser um contrato de adesão (Art. 424, CC)

O modo em que se prova o contrato de seguro o momento a partir do qual se inicia a proteção securitária é fruto de diversos questionamentos, os quais são julgados frequentemente nos tribunais brasileiros. Colaciono a seguir, decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), acerca da demora excessiva da seguradora para responder a proposta de seguro.

A seguradora de veículos não pode, sob a justificativa de não ter sido emitida a apólice de seguro, negar-se a indenizar sinistro ocorrido após a contratação do seguro junto à corretora de seguros se não houve recusa da proposta pela seguradora em um prazo razoável, mas apenas muito tempo depois e exclusivamente em razão do sinistro. Isso porque o seguro é contrato consensual e aperfeiçoa-se tão logo haja manifestação de vontade, independentemente da emissão da apólice, que é ato unilateral da seguradora, de sorte que a existência da relação contratual não poderia ficar a mercê exclusivamente da vontade de um dos contratantes, sob pena de se ter uma conduta puramente potestativa, o que é vedado pelo art. 122 do CC. Ademais, o art. 758 do CC não confere à emissão da apólice a condição de requisito de existência do contrato de seguro, tampouco eleva esse documento ao degrau de prova tarifada ou única capaz de atestar a celebração da avença. Além disso, é fato notório que o contrato de seguro é celebrado, na prática,

entre corretora e segurado, de modo que a seguradora não manifesta expressamente sua aceitação quanto à proposta, apenas a recusa ou emite a apólice do seguro, enviando-a ao contratante juntamente com as chamadas condições gerais do seguro. A propósito dessa praxe, a própria SUSEP disciplinou que a ausência de manifestação por parte da seguradora, no prazo de quinze dias, configura aceitação tácita da cobertura do risco, conforme dispõe o art. 2º, caput e § 6º, da Circular SUSEP 251/2004. Com efeito, havendo essa prática no mercado de seguro, a qual, inclusive, recebeu disciplina normativa pelo órgão regulador do setor, há de ser aplicado o art. 432 do CC, segundo o qual, "se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa". Na mesma linha, o art. 111 do CC preceitua que "o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa". Assim, na hipótese ora analisada, tendo o sinistro ocorrido efetivamente após a contratação junto à corretora de seguros, se em um prazo razoável não houver recusa da seguradora, há de se considerar aceita a proposta e plenamente aperfeiçoado o contrato. De fato, é ofensivo à boa-fé contratual a inércia da seguradora em aceitar expressamente a contratação, vindo a recusá-la somente depois da notícia de ocorrência do sinistro. REsp 1.306.367-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/3/2014.

Importante frisar também, julgado do próprio STJ, no mesmo ano, sobre a inexistência de contrato de seguro antes da entrega da proposta de seguro à seguradora.

O proprietário de automóvel furtado não terá direito a indenização securitária se a proposta de seguro do seu veículo somente houver sido enviada à seguradora após a ocorrência do furto. O contrato de seguro, para ser concluído, necessita passar, comumente, por duas fases: i) a da proposta, em que o segurado fornece as informações necessárias para o exame e a mensuração do risco, indispensável para a garantia do interesse segurável; e ii) a da recusa ou aceitação do negócio pela seguradora, ocasião em que a seguradora emitirá, no caso de aceitação, a apólice. A proposta é a manifestação da vontade de apenas uma das partes e, no caso do seguro, deverá ser escrita e conter a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco. Todavia, a proposta não gera, por si só, o contrato, que depende de consentimento recíproco de ambos os contratantes. Assim, para que o contrato de seguro se aperfeiçoe, são imprescindíveis o envio da proposta pelo interessado ou pelo corretor e o consentimento, expresso ou tácito, da seguradora, mesmo sendo dispensáveis a apólice ou o pagamento de prêmio. Desse modo, nota-se que, no caso em apreço, não há a manifestação de vontade no sentido de firmar a avença em tempo hábil, tampouco existe a concordância, ainda que tácita, da seguradora. Além disso, nessa hipótese, quando o proponente decidiu ultimar a avença, já não havia mais o objeto do contrato (interesse segurável ou risco futuro). REsp 1.273.204-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 7/10/2014.

Dos julgados acima transcritos, pode-se notar que o STJ para definir o momento a partir do qual o contrato de seguro passa a gerar efeitos, utiliza-se do princípio da boa-fé.

Quando o contrato de seguro for garantido por mais de uma seguradora, haverá o chamado cosseguro, o qual deverá ser administrado por uma seguradora líder, é o que prever o artigo 761. A seguir, segue, brilhante explanação sobre o tema e sua distinção com o resseguro feita pelo professor Flávio Tartuce (2016, p. 859):

O art. 761 do CC trata do cosseguro, quando os riscos de um seguro direto são assumidos por várias seguradoras. Em casos tais, a apólice indicará a seguradora que administrará o contrato e representará os demais, para todos os seus efeitos (seguradora líder). O cosseguro não se confunde com o resseguro, hipótese em que uma seguradora contrata outra seguradora (resseguradora), temendo os riscos do contrato anterior, aplicando-se as mesmas regras previstas para o contrato regular.

Do mesmo modo que o cosseguro, não se confunde com o resseguro, estes não se confundem com o chamado seguro cumulativo. Neste sentido, no escólio de Fábio Ulhôa Coelho (2012) sobre o tema:

“Seguro cumulativo. O seguro cumulativo consiste na contratação de dois ou mais seguros sobre o mesmo interesse, quando esse fica garantido por valor superior ao que tem. Imagine a hipótese de o dono do veículo segurá-lo contra roubo, pelo valor total, junto a duas seguradoras. É claro que a liquidação dos dois seguros, na hipótese de o sinistro se verificar, importaria enriquecimento do segurado — ele passaria a ter, por assim dizer, dois carros ao invés de um. Isso contraria a natureza indenizatória da prestação devida, nos seguros de danos, pela seguradora. Por isso, a cumulatividade no seguro de danos é coibida pela lei”.

Importante frisar que o próprio Código Civil, em seu artigo 765, determina expressamente a aplicação do princípio acima citado ao preconizar que “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na

conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

Diante da importância do citado princípio, o desrespeito a boa-fé gera o descumprimento do contrato e a responsabilização objetiva daquele que o violou. “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa” (Enunciado 24 do CJF).

4.Seguro de Pessoas

Diferente do seguro de dano, que tem natureza indenizatória e está limitado ao valor do prejuízo, no seguro de vida, o valor do capital segurado é livre, até porque não se pode mensurar o valor da vida, sendo assim, impossível haver limitação quanto ao valor assegurado.

Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores (Art. 789, Código Civil).

O segurado ao realizar o contrato de seguro de vida, tem a faculdade de escolher quem será o beneficiário, não estando limitado ao direito das sucessões, podendo, inclusive, substituir a pessoa originalmente escolhida para ser o beneficiário, desde que não tenha renunciado a este direito anteriormente, ou o seguro não for originário de alguma garantia (Art. 791).

Entretanto, caso o segurado não indique os beneficiários, o artigo 792, prevê que metade será destinado ao cônjuge, não separado judicialmente, e a outra metade será partilhada entre os herdeiros.

Importante frisar, que a previsão do artigo 792, quanto ao cônjuge se estende ao companheiro, por equiparação, tendo em vista a proteção constitucional da união estável, reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º.

Em caso do segurado que está separado de fato e mantém união estável com sua companheira, e não especificou os beneficiários, o STJ, entendeu ser devido a quantia as duas, dividindo-se em partes iguais.

Recurso especial. Civil. Seguro de vida. Morte do segurado. Ausência de indicação de beneficiário. Pagamento administrativo à companheira e aos herdeiros. Pretensão judicial da ex-esposa. Separação de fato. Configuração. Art. 792 do CC. Interpretação sistemática e teleológica. Divisão igualitária entre o cônjuge não separado judicialmente e o convivente estável. Multa do art. 557, § 2.º, do CPC. Afastamento. Exaurimento da instância ordinária. Necessidade. Intuito protelatório. Não configuração. REsp 1198.108/RJ (representativo de controvérsia). 1. Cinge-se a controvérsia a saber quem deve receber, além dos herdeiros, a indenização securitária advinda de contrato de seguro de vida quando o segurado estiver separado de fato na data do óbito e faltar, na apólice, a indicação de beneficiário: a companheira e/ou o cônjuge supérstite (não separado judicialmente). 2. O art. 792 do CC dispõe de forma lacunosa sobre o assunto, sendo a interpretação da norma mais consentânea com o ordenamento jurídico a sistemática e a teleológica (art. 5 da LINDB), de modo que, no seguro de vida, na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, o capital segurado deverá ser pago metade aos herdeiros do segurado, segundo a vocação hereditária, e a outra metade ao cônjuge não separado judicialmente e ao companheiro, desde que comprovada, nessa última hipótese, a união estável. 3. Exegese que privilegia a finalidade e a unidade do sistema, harmonizando os institutos do direito de família com o direito obrigacional, coadunando-se ao que já ocorre na previdência social e na do servidor público e militar

para os casos de pensão por morte: rateio igualitário do benefício entre o ex-cônjuge e o companheiro, haja vista a presunção de dependência econômica e a ausência de ordem de preferência entre eles. 4. O segurado, ao contratar o seguro de vida, geralmente possui a intenção de amparar a própria família, os parentes ou as pessoas que lhe são mais afeitas, a fim de não deixá-los desprotegidos economicamente quando de seu óbito. 5 .

Revela-se incoerente com o sistema jurídico nacional o favorecimento do cônjuge separado de fato em detrimento do companheiro do segurado para fins de recebimento da indenização securitária na falta de indicação de beneficiário na apólice de seguro de vida, sobretudo considerando que a união estável é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar. Ademais, o reconhecimento da qualidade de companheiro pressupõe a inexistência de cônjuge ou o término da sociedade conjugal (arts. 1.723 a 1.727 do CC). Realmente, a separação de fato se dá na hipótese de rompimento do laço de afetividade do casal, ou seja, ocorre quando esgotado o conteúdo material do casamento. 6. O intérprete não deve se apegar simplesmente à letra da lei, mas perseguir o espírito da norma a partir de outras, inserindo-a no sistema como um todo, extraíndo, assim, o seu sentido mais harmônico e coerente com o ordenamento jurídico. Além disso, nunca se pode perder de vista a finalidade da lei, ou seja, a razão pela qual foi elaborada e o bem jurídico que visa proteger. 7. Recurso especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.401.538/RJ, 3. Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04.08.2015, DJe 12.08.2015).

Entretanto, caso o segurador, desconhecendo a alteração de beneficiários, pagar ao antigo, ficará desobrigado da obrigação, aplicando-se ao caso o princípio da boa-fé objetiva, cabendo ao novo beneficiário buscar o valor diretamente daquele que recebeu em seu lugar.

Como dito acima, o capital estipulado no contrato de seguro não está sujeito ao regramento do direito das sucessões, como também às dívidas do segurado, constituindo patrimônio próprio, distinto destes. Neste sentido, a mais abalizada doutrina Fabio Ulhoa Coelho:

O capital pago pela seguradora na liquidação do seguro de vida por morte ou de acidente seguido de morte *não* integra o espólio do segurado. O capital pertence exclusivamente ao beneficiário. Em outros termos, ele passa do patrimônio da seguradora diretamente para o do beneficiário, sem transitar pelo do segurado. Isso significa que os credores do segurado não têm direito de cobrar seus créditos sobre o valor do seguro. Significa também que sobre ele não têm nenhum direito os herdeiros. Se o contratante, por exemplo, indicou como beneficiário o filho, o cônjuge com quem se casara em regime de separação não pode pleitear, a título de direito sucessório, nenhum crédito por parte do capital pago pela seguradora.

Contudo, o artigo 793, do Código Civil ao tratar sobre o contrato de seguro, se harmoniza com as previsões do mesmo diploma legal acerca do direito das sucessões. O referido artigo explicita que: “ É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato”.

A contrário sensu, não é válida a instituição, em favor da concubina, se ao tempo do contrato, o segurado não estava separado judicialmente, ou separado de fato. Esta previsão visa a impedir que haja violação ao artigo 550, do Código Civil, que proíbe a doação feita pelo cônjuge adúltero a sua concubina, utilizando-se de contrato de seguro.

O contrato de seguro pode prever período de carência durante o qual o segurador não se responsabilizará em caso de sinistro, entretanto, caso ocorra o evento durante a carência o segurador deve devolver a reserva técnica já formada ao beneficiário (Art. 797).

Importante frisar que a reserva técnica é a quantia paga pelo segurado a título de prêmio durante o contrato à seguradora.

O artigo 798, prevê que o beneficiário não terá direito ao capital estipulado caso o segurado se suicide nos dois primeiros anos do contrato de seguro. A contrário sensu, havendo suicídio após os dois anos da realização do contrato de seguro, o beneficiário possuirá direito ao capital estipulado. Neste sentido colaciono julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Ressalto, a existência de duas súmulas sobre o tema a 105 do Supremo Tribunal Federal (STF) e a 61 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as quais possuem o seguinte teor:

Súmula 105-STF: Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro.

Súmula 61-STJ: O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado.

Entretanto, os referidos entendimentos sumulados foram aprovados ainda sob a égide do Código Civil de 1916.

Atualmente, com a redação do art. 798 do CC 2002 e com o novo entendimento do STJ, o que podemos concluir é que as citadas súmulas estão superadas. Isso porque, conforme já exposto, o critério adotado, atualmente, pelo Código Civil é meramente temporal (menos ou mais de 2 anos). O CC 2002 abandonou o critério da premeditação. A premeditação do suicídio não serve para nada e não deve nem sequer ser trazida para a discussão.

Em caso de suicídio nos dois primeiros anos, o beneficiário não terá direito à indenização, mas receberá o valor da reserva técnica já formada,

ou seja, terá direito à quantia que o segurado pagou a título de prêmio para a seguradora. A seguradora será obrigada a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada mesmo que fique provado que o segurado premeditou o suicídio.

Vejamos julgado esclarecedor veiculado no informativo 564 do STJ:

DIREITO CIVIL. DEVOLUÇÃO DA RESERVA TÉCNICA EM SEGURO DE VIDA NO CASO DE SUICÍDIO PREMEDITADO.

Se o segurado se suicidar dentro dos dois primeiros anos de vigência de contrato de seguro de vida, o segurador, a despeito de não ter que pagar o valor correspondente à indenização, será obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação do suicídio. Realmente, conforme a redação do art. 798, *caput*, do CC/2002, o "beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato [...], observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente". Por sua vez, o parágrafo único do art. 797 do CC/2002 estabelece que, se o segurado se suicidar dentro do prazo de carência do seguro, o beneficiário - conquanto não tenha direito ao capital estipulado (art. 798, *caput*) - terá direito ao ressarcimento do "montante da reserva técnica já formada". Ao contrário do CC/1916, não há, no CC/2002, previsão acerca do caráter premeditado ou não do suicídio, visto que a intenção do novo Código é precisamente evitar a difícil prova da premeditação e da sanidade mental e capacidade de autodeterminação no momento do suicídio. Percebe-se, portanto, que o art. 798 do CC/2002 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo

da premeditação. Nesse contexto, deve-se ressaltar o fato de que a Súmula 105 do STF ("Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro") foi formada, antes do CC/2002, a partir de precedentes nos quais se invalidava a cláusula de exclusão de cobertura simplesmente porque não havia previsão legal, na época, para esta cláusula. Posteriormente a essa Súmula, surgiu a Súmula 61 do STJ ("O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado"), em data também anterior ao CC/2002, em uma época em que o pressuposto de todos os precedentes tanto da mencionada Súmula do STF quanto da referida Súmula do STJ era a ausência de previsão legal que autorizasse a estipulação de cláusula que eximisse a seguradora da cobertura por suicídio não premeditado, o contrário do que sucede hoje, quando a lei expressamente estabelece que o de suicídio durante os primeiros dois anos de vigência da apólice é um risco não coberto (art. 798, *caput*). [REsp 1.334.005-GO](#), Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 8/4/2015, DJe 23/6/2015

No mesmo sentido, a seguradora não pode negar o pagamento ao beneficiário em caso de morte do segurado proveniente da utilização de meio de transporte arriscado, serviço militar, auxílio de terceiro, ou prática de esporte, ainda que haja proibição expressa na apólice (Art. 799, CC).

Se não influi no pagamento do seguro o suicídio premeditado, muito menos irá obstá-lo a morte acidental, mesmo que agravado o risco em razão de uma atitude do segurado.

Diferentemente do seguro de dano, no seguro de pessoas, a seguradora ao pagar o benefício, não se sub-roga nos direitos do segurado ou do beneficiário contra o causador do sinistro (Art. 800).

5. Conclusão

Em que pese a grande importância prática nos dias atuais do contrato de seguro, tendo em vista que são formalizados, diariamente, inúmeros contratos dessa natureza, ainda há muitas divergências entre as seguradoras e os segurados que são levadas ao Poder Judiciário.

Pode-se notar ainda, que apesar da maioria desses debates já estarem com entendimento pacificados nos tribunais, muitas seguradoras ainda se negam a aplica-los, levando os segurados a buscar o Poder Judiciário, a fim de garantir seus direitos.

Concluimos, portanto, que se faz necessário rediscutir a aplicação do princípio da boa-fé, previsto no Código Civil, não só quanto à formalização do contrato de seguro, mas também quanto à sua execução e respeito aos entendimentos consagrados.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Editora: Saraiva. 2012.

DECRETO-LEI 73/66. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Editora: Saraiva. 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais**. Editora: Saraiva. 2012.

STJ, Informativo 553. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>

STJ, Informativo 564. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Editora: Método. 2016.

REFORMA TRABALHISTA PREVÊ JORNADA DE TRABALHO DE 12 HORAS

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.

Nos últimos dias vem sendo discutido pelo atual governo a reforma trabalhista que pretende propor o aumento da jornada de trabalho de 8 horas para 12 horas diárias.

Importante esclarecer que a jornada de trabalho nada mais é do que o tempo que o empregado permanece, de forma habitual, à disposição do empregador, aguardando ou executando as tarefas pelas quais fora contratado.

Vale lembrar ainda que também é computado na jornada de trabalho o tempo percorrido na ida e na volta ao trabalho, quando realizado em transporte fornecido pelo empregador “empresa”, e, ou, o tempo de espera do transporte público, em razão da “incompatibilidade” entre os horários de início e término da jornada do empregado.

Atualmente a nossa legislação prevê a jornada de trabalho de 8 horas diárias, sendo 44 horas semanais.

A proposta de reforma trabalhista dispõe que o máximo de horas trabalhadas por semana continuaria sendo o que é hoje, porém poderá o

empregado prorrogar sua jornada de trabalho mais quatro horas, do qual deverá ser considerada como horas extras.

Com essa proposta de reforma, o governo irá garantir que ninguém trabalhe mais do que 48 horas por semana.

Essa proposta vem repercutindo muito, sob alegação que essa alteração poderá prejudicar os trabalhadores.

Nesse aspecto, observamos que a CLT precisa ser atualizada por não conseguir atender a todos os setores da economia.

Por fim, vale lembrar que a reforma trabalhista ainda está em discussão, porém devemos ficar atentos com as novas reformas que estão por surgir.

O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA COMO INTEGRANTE INDISSOCIÁVEL DA RUBRICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIAL: PRIMEIROS APONTAMENTOS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O objeto do presente estudo reside na análise da juridificação do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) no ordenamento jurídico nacional, em especial devido ao fortalecimento da temática, alçada à condição de política pública, a partir do ano de 2003, com a reconstrução do conceito de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), reclamando maior atenção à promoção de tal direito, em especial no contingente populacional em situação de vulnerabilidade social (insegurança alimentar e nutricional), com vistas a reduzir os alarmantes índices até então existentes. A discussão existente em torno da alimentação, na condição de direito fundamental, atingiu seu ápice com a Emenda Constitucional nº 64/2010, alterando a redação do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, incluindo-a como direito. Inicialmente, a universalização do DHAA traduz-se em assegurar o respeito, a proteção, a promoção e o provimento, desse direito a todos os seres humanos, independente de sexo e orientação sexual, idade, origem étnica, cor da pele, religião, opção política, ideologia ou qualquer outra característica pessoal ou social. Acresça-se que fartas são as evidências de que tal universalização é uma árdua tarefa que incumbe aos Estados e governos

de alguns países. Ainda que existam ganhos importantes na órbita internacional, quanto à inclusão do tema na agenda social e política, e conquistas normativas e judiciais, subsiste um caminho longo a ser trilhado. Em uma perspectiva mais restrita, o estado do Espírito Santo apresenta índices expressivos de segurança alimentar e nutricional. Porém, ao examinar a temática em uma perspectiva regionalizada, percebe-se que a promoção da SAN e do DHAA é um desafio, em especial devido ao número elevado de indivíduos em vulnerabilidade social (insegurança alimentar). Nesta esteira, ao se valer dos fundamentos alicerçantes da Bioética, o presente visa promover um exame dos esforços envidados na região sul capixaba no que se refere ao DHAA.

Palavras-chaves: Segurança Alimentar e Nutricional. Direito Humano à Alimentação Adequada. Dignidade da Pessoa Humana.

1 INTRODUÇÃO

Com o findar da Segunda Grande Guerra Mundial, especialmente com a queda do regime nazista, verificou-se um alinhamento dos discursos internacionais voltados para a promoção dos direitos humanos, impulsionado, sobremaneira, pelos eventos nefastos produzidos durante o período bélico. Assim, é plenamente possível assinalar que o direito estende, maciçamente, a sua incidência sobre novos assuntos sociais que eram tratados, principalmente, de maneira informal no *mundo da vida* tradicional. Cuida destacar que a regulação jurídica, no que se refere a novos âmbitos da sociedade, é densamente caracterizada pela extensão do direito em consonância com o desmembramento da matéria jurídica global em múltiplas searas peculiares que reclamam especificidades próprias, a exemplo do que se observa com a busca pela erradicação de pobreza e desigualdade social e a expansão contínua dos direitos humanos. Vivencia-se, assim, uma constante juridificação de temáticas sociais, buscando, continuamente, a promoção dos indivíduos e de seus respectivos direitos fundamentais. Segundo Andrews (2010, p. 09), “o termo ‘juridificação’ tem um sentido próximo ao termo ‘judicialização’, que corresponde à substituição do debate político pela regulação legal; ainda assim, ele tem um sentido mais abrangente”, porquanto faz

referência à formalização de todas as relações sociais e não somente à substituição do debate por normas e leis. Nessa perspectiva, a juridificação é descrita como um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despidos de sua dimensão existencial própria por meio do formalismo jurídico, sofrendo, via de consequência, desnaturação em razão da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica.

Trata-se, dessa maneira, de conferir aspecto jurídico a temas que florescem na dinamicidade da sociedade, a fim de dispensar tutela e salvaguarda jurídica. Assim, é possível frisar que, ao se emprestar a *Teoria da Ação Comunicativa* de Habermas como ponto de análise ao tema em destaque, os direitos humanos sofreram alargamento concomitantemente com as ondas de juridificação. Dessa maneira, não causa perplexidade entre os estudiosos do assunto a construção de vasta literatura debruçada sobre os direitos humanos, permeando uma pluralidade de áreas do conhecimento. “Além disso, os assuntos relacionados aos direitos humanos tendem a pautar os debates acadêmicos, sobretudo, por seu aspecto de transversalidade, tendo em vista tratar-se de um tema que interessa às mais distintas áreas do saber” (BORGES, 2008, p. 73). Trata-se de temática que ultrapassa os meandros do direito, comportando uma discussão polissêmica e diversificada, refletindo a complexidade do assunto, notadamente em decorrência de sua influência fluída e pluralizada. O aspecto positivista do direito e o papel desempenhado pelos direitos humanos não podem ser minorados e, certamente, repousa sobre tal aspecto a função da ciência jurídica em busca da construção de tal concepção, objetivando, assim, a contínua construção e ampliação de tais temas, permitindo que sejam compreendidos temas contemporâneos, dotados de significação nova e refletindo os anseios da coletividade. As estruturas normativas e os efeitos advindos das normas jurídicas são instrumentos dotados de racionalidade, os quais contribuem para os modos de ação e de compreensão do controle social por meio do direito.

As diversificadas situações produzidas na contemporaneidade reclamam um alargamento da estrutura jurídica. “Em função dessa leitura é sinalizada que a interferência sistêmica no *mundo da vida* traz consigo,

inevitavelmente, processos de juridificação constituídos pela tendência de as sociedades modernas ampliarem significativamente a extensão do direito escrito” (BANNWART JÚNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 2.217). Ora, observa-se um cenário dotado de densa mutabilidade e diversificação de estruturas, impulsionado, sobremaneira, pela dinamicidade contemporânea, logo, é imprescindível a edificação de uma ótica jurídica concatenada com tal moldura. Assim, com o objetivo de compreender a juridificação dos direitos, é necessário compreender a paulatina construção dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. “A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade” (SILVEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.).

Observa-se, sobretudo nas últimas décadas do século XX e no início do século XXI, uma busca desenfreada pelo alargamento de direitos humanos fundamentais, a fim de corresponder às inerentes necessidades apresentadas pelo indivíduo, no que toca ao seu desenvolvimento, com o escopo primordial da promoção do ser humano, o que é retratado em um sucedâneo de compromissos internacionais entre as nações voltados pela erradicação da pobreza e da desigualdade. No cenário interno, tal busca representa a perseguição dos objetivos fundamentais da República, expressamente disposto no artigo 3º, inciso III. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

2 A CONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DA LOCUÇÃO DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A POSSIBILIDADE DE ALARGAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPICIADO PELOS CENÁRIOS CONTEMPORÂNEOS

É perceptível que a edificação de um Estado Democrático de Direito, na contemporaneidade, guarda umbilical relação, no cenário nacional, com o ideário da dignidade da pessoa humana, sobremaneira devido à proeminência concedida ao tema na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ao lado disso, não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte de horrores perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados, passando a serem detentores de vultosos contornos, vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de realização de interesses. A fim de repelir as ações externadas durante o desenrolar do conflito supramencionado, o baldrame da dignidade da pessoa humana foi maciçamente hasteado, passando a tremular como flâmula orientadora da atuação humana, restando positivado em volumosa parcela das Constituições promulgadas no pós-guerra, mormente as do Ocidente. “O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado e dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas” (HABERMAS, 2012, p. 09). É perceptível que a moldura que enquadra a construção da dignidade da pessoa humana, na condição de produto da indignação dos humilhados e violados por períodos de intensos conflitos bélicos, expressa um conceito fundamental responsável por fortalecer a construção dos direitos humanos, tal como de instrumentos que ambicionem evitar que se repitam atos atentatórios contra a dignidade de outros indivíduos.

Por óbvio, a República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma

sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, inda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Nesse ponto, verifica-se que a principal incumbência do Estado Democrático de Direito, em harmonia com o ventilado pelo dogma da dignidade da pessoa humana, está jungido na promoção de políticas que visem a eliminação das disparidades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que clama a perseguição de um ideário de justiça social, ínsito em um sistema pautado na democratização daqueles que detém o poder. Ademais, não se pode olvidar que “não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana” (RENON, 2009, p. 19), tal ideário decorre da proeminência que torna o preceito em comento em patamar intocável e, se porventura houver conflito com outro valor constitucional, aquele há sempre que prevalecer. Frise-se que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, faz-se proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

É evidenciável que princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando

qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como o maciço núcleo em torno do gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da CF/88. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos” (BERNARDO, 2006, p. 236).

Comparato alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa” (1998, p. 76), sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister faz-se pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. O mesmo ocorre com o sucedâneo dos direitos fundamentais do homem que, preexistem à sua valoração, os descobre e passa a dispensar proteção, variando em decorrência do contexto e da evolução histórico-social e moral que condiciona o gênero humano. Não se pode perder de vista o corolário em comento é a síntese substantiva que oferta sentido axiológico à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinando, conseqüentemente, os parâmetros hermenêuticos de compreensão. A densidade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional adotado, há de ser, deste modo, máxima, afigurando-se, inclusive, como um corolário supremo no trono da hierarquia das normas.

A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme como fundamento. Atentando-se para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Ao lado disso, nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha. Assim, ao se considerar os valores e ideários por ele abarcados, não é possível perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no ordenamento jurídico nacional, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito analisado até o momento.

Diante de tal cenário, os valores de igualdade, fraternidade e solidariedade recebem especial relevância em tempos contemporâneos e clamam, assim, por posicionamentos que busquem promover a inclusão por parte dos poderes constituídos em prol da busca do bem comum. Pozzoli (2003, p. 109) afirma que uma nova sociedade, fundada em valores fraternos, teria o amor como princípio dinâmico social. Assim, a sociedade é composta por pessoas humanas e tem como fim precípuo o bem comum coletivo, não significando apenas o bem individual, mas sim o empenho de cada um na realização da vida social dos demais das outras pessoas. O bem comum de um ser humano está calcado na realização do bem comum do outro ser humano. Repousa em tal ideário o verdadeiro sentido do bem comum de uma humanidade.

Ainda em relação à proeminência da dignidade da pessoa humana, inclusive no que tange ao alargamento dos direitos fundamentais, consoante a dicção de Rocha, o perfil do Estado Social repousa no fato de ser um Estado intervencionista em duplo aspecto: por um lado, intervém na ordem econômica, seja direcionando e planejando o desenvolvimento econômico, seja promovendo inversões nos ramos da economia considerados estratégicos; por outro turno, intervém no âmbito social, no qual dispensa prestações de bens e serviços e realiza outras atividades visando à elevação do nível de vidas das populações consideradas mais

carentes. “O desenvolvimento humano a ser perseguido pelos Estados nacionais liga-se, intimamente, na qualidade de vida do seu povo e a fome, de modo particular, mostra-se como uma forma de afastar o indivíduo da participação nos destinos da democracia de um Estado” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 32). Ocorre, porém, que os famintos excluídos são observados como impotentes para reivindicar direitos, subordinando-se a edificar uma cultura de ver a pobreza social como realidade naturalmente construída.

Neste aspecto, Rocha (1995, p. 131), ao discorrer acerca da proeminência do Estado em assumir a função de agente de transformação social, assevera que determinadas mudanças ocorridas em tal ambiente repercuti significativamente. Ora, nas funções do direito, que deixou de ser apenas uma técnica de mediação de comportamentos para promover a transformação em técnica de planificação e planejamento, ou seja, as normas jurídicas passaram a arvorar não apenas regras contendo hipóteses de incidência e consequências jurídicas, mas também escopos a serem alcançados, no plano concreto. Com destaque, o direito à alimentação adequada, em especial, passa a compor a rubrica dos direitos fundamentais, definido expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é signatário:

ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda

pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: **a)** Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; **b)** Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios (BRASIL, 1992, s.p.).

Amartya Sen (2000, p. 189), ao abordar a temática em comento, explicita que uma pessoa pode ser forçada a passar fome, ainda que haja abundância de alimentos ao seu redor, em decorrência de uma minoração da renda, em razão, por exemplo, de desemprego ou um colapso no mercado dos produtos que essa pessoa produz e vende para se sustentar. Doutro viés, mesmo quando um estoque de alimentos passa a declinar acentuadamente um país ou região, todos podem ser salvos da fome, desde que haja uma divisão melhor dos alimentos disponíveis, promovendo-se, para tanto, a criação de emprego e renda adicionais para as potenciais vítimas da fome.

3 A CONSTRUÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIAL: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO INDISSOCIÁVEIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e

segurança social, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos sociais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo, sobretudo no que toca à superação dos argumentos e obstáculos erigidos pela Administração Pública no que se relaciona à reserva do possível para sua implementação. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a promoção dos direitos sociais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial social.

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade social como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. Arrimado em tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado “mínimo vital” ou mesmo com o “mínimo de sobrevivência”, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade.

Nesta senda de exposição, ainda, o conteúdo normativo ventilado pelo direito ao mínimo existencial deve receber modulação à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Destarte, é natural que novos elementos, decorrentes das relações sociais contemporâneas e das

novas necessidades existenciais apresentadas, sejam, de maneira paulatina, incorporados ao seu conteúdo, eis que o escopo primordial está assentado em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensável o equilíbrio e a segurança ambiental. Com o escopo de promover a conformação do conteúdo do superprincípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos.

Ademais, cuida anotar que o processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais. Nessa premissa, cuida reconhecer que o mínimo existencial social se desdobra como uma das múltiplas e indissociáveis órbitas vinculadas ao superprincípio da dignidade da pessoa humana, em especial no que atina à realização de suas potencialidades, sobremaneira no que se relaciona aos direitos. Recentemente, o rol do artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil sofreu considerável alargamento, passando a abarcar uma plêiade de direitos sociais como fundamentais ao indivíduo: *“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”* (BRASIL, 1988). De maneira reiterada, o Supremo Tribunal Federal reconhece que os direitos sociais materializam um agir positivo do Estado, devendo, portanto, ser adimplido em favor do cidadão.

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível.

Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ ARE 860.979 AgR/ Relator: Ministro Gilmar Mendes/ Julgado em 14 abr. 2015/ Publicado no DJe em 06 mai. 2015).

Ementa: Recurso Extraordinário com Agravo (Lei nº 12.322/2010) – Manutenção de rede de assistência da criança e do adolescente – Deve estatal resultante da norma constitucional – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão estatal (RTJ 183/818-819) – Comportamento que transgride a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) – A questão da reserva do possível. Reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público – A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197) – A questão das “escolhas trágicas” – A colmatação de omissões constitucionais

como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos Juízes e Tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do Direito – Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição do retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – Existência, no caso em exame, de relevante interesse social – Recurso de Agravo Improvido. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ ARE 745.745 AgR/ Relator: Ministro Celso de Mello/ Julgado em 02 dez. 2014/ Publicado no DJe em 19 dez. 2014).

Ementa: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Administrativo e Processual Civil. Repercussão geral presumida. Sistema Público de saúde local. Poder Judiciário. Determinação de adoção de medidas para a melhoria do sistema. Possibilidade. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Violação. Inocorrência. Agravo Regimental a que se nega provimento. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do

serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma/ RE 642.536 AgR/ Relator: Ministro Luiz Fux/ Julgado em 05 fev. 2013/ Publicado no DJe em 27 fev. 2013).

Ora, denota-se que a implementação do mínimo existencial social pressupõe, com claros contornos, a estruturação de políticas públicas pelo Poder Público, sobretudo no que concerne ao núcleo duro que sustenta os direitos sociais, dentre o direito à educação e o direito à saúde recebem especial atenção. É preciso sublinhar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Assim sendo, a intervenção jurisdicional, por vezes, encontra justificativa pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à educação e à saúde, precipuamente, tornar-se-á plenamente legítima, sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesse e de valores em conflito, a necessidade de prevalência da decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e proteção aos direitos sociais.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade

econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção dos direitos sociais, de maneira geral, tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

Vê-se que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento

formal de um direito, em especial a plêiade que compõe o mínimo existencial social. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

4 O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA COMO INTEGRANTE INDISSOCIÁVEL DA RUBRICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIAL: PRIMEIROS APONTAMENTOS

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar*, durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares. Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer, porquanto compreendeu. Assim, nas recém-criadas organizações intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial. Após o período supramencionado, “a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos” (PODESTÁ, 2011, p. 28). Passam, então, a ser instituídas iniciativas de

promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos.

Havia a visão de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segurança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico. Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os quais foram, posteriormente reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992 (BRASIL, 1992, s.p.). Historicamente, a inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948. Durante aludido período histórico, a principal preocupação acerca do tema voltava-se para a ênfase acerca da acepção de que os seres humanos, na condição de indivíduos pertencentes a uma sociedade, eram detentores de direitos que deveriam ser reconhecidos e expressos nas dimensões das quais faziam parte, como alude Albuquerque (2009, p. 896). Para tanto, contribuiu para inserir a proposta de que, a efetivação dos direitos, seria imprescindível a inclusão das questões sociais, econômicas, civis e políticas, as quais foram essenciais para identificá-los como direitos atrelados às liberdades fundamentais e à dignidade humana.

A partir de tais ponderações, é possível frisar que a concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada (DHAA), abarca responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano, superando a tradicional concepção que alimentação é o mero

ato de ingerir alimentos. A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã. Afirma Podestá que “ao Estado cabe respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade” (PODESTÁ, 2011, p. 26).

Dessa maneira, nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstâncias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. A atuação do Estado, em tais situações, deve estar atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve íterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação. “Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude, assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população” (BRASIL, 2008, p. 11). Hirai (2011, p. 74) aponta que os elementos integrativos da concepção de segurança alimentar e nutricional foram sofrendo um processo de ampliação, passando, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém destacar que, no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

Assim, no conjunto dos componentes de uma política nacional, voltada para a segurança alimentar e nutricional, estão o crédito agrícola, inclusive o incentivo ao pequeno agricultor; a avaliação e a adoção de tecnologias agrícolas e industriais; os

estoques estratégicos; o cooperativismo; a importação, o acesso, a distribuição, a conservação e o armazenamento de alimentos, o manejo sustentado dos recursos naturais, entre outros (BRASIL, 2008, p.11).

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de Saúde e recebe o contorno intersetorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), justamente, materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. “Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34.).

Atualmente, consoante o escólio de Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e nutricional a todos os cidadãos, em decorrência da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se, igualmente, para o controle da base genética do sistema agroalimentar. De maneira expressa, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica da Segurança Alimentar), estabeleceu, em seu artigo 2º, que

[...] a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da

pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população (BRASIL, 2006, s.p.).

Igualmente, o diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Obtempera Ribeiro (2013, p. 38) que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso. A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. De igual forma, a locução supramencionada compreende, ainda, a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais. A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população.

Está inserido, igualmente, na rubrica em análise, a produção de conhecimento e o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País. Por derradeiro, a visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010, responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento, incluindo-o no rol de direitos fundamentais sociais. Neste aspecto, para a consecução do DHAA, é importante explicitar que o alimento deve reunir uma tríade de aspectos característicos, a saber: disponibilidade, acessibilidade e adequação. No que concerne à *disponibilidade do alimento*, cuida destacar que, quando requisitado por uma parte, a alimentação deve ser obtida dos recursos naturais, ou seja, mediante a produção de alimentos, o cultivo da terra e pecuária, ou por outra forma de obter alimentos, a exemplo da pesca, caça ou coleta. Além disso, o alimento deve estar disponível para comercialização em mercados e lojas.

A *acessibilidade alimentar*, por seu turno, traduz-se na possibilidade de obtenção por meio do acesso econômico e físico aos alimentos. “*La accesibilidad económica significa que los alimentos deben estar al alcance de las personas desde el punto de vista económico*” (ONU, s.d., p. 03). Ainda no que concerne à acessibilidade, as pessoas devem ser capazes de adquirir o alimento para estruturar uma dieta adequada, sem que haja comprometimento das demais necessidades básicas. Neste aspecto, ainda, a acessibilidade física materializa-se pela imperiosidade dos alimentos serem acessíveis a todos, incluindo indivíduos fisicamente vulneráveis, como crianças, enfermos, deficientes e pessoas idosas. De igual modo, a acessibilidade do alimento estabelece que deve ser assegurado a pessoas que estão em áreas remotas e vítimas de conflitos armados ou desastres naturais, tal como a população encarcerada. Renato Sérgio Maluf, ao apresentar sua conceituação sobre segurança alimentar (SA), faz menção ao fato de que se deve considerar aquela como “condições de acesso suficiente, regular e a baixo custo a alimentos básicos de qualidade. Mais que um conjunto de políticas compensatórias, trata-se de um objetivo estratégico [...] voltado a reduzir o peso dos gastos com alimentação” (MALUF, 1999, p. 61), em sede de despesas familiares.

Por derradeiro, o *alimento adequado* pressupõe que a oferta de alimentos deve atender às necessidades alimentares, considerando a idade do indivíduo, suas condições de vida, saúde, ocupação, gênero etc. “*Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas veterinarias*” (ONU, s.d., p. 04). Ao lado disso, um alimento adequado, ainda, deve ser culturalmente aceitável pela população que o consumirá, estando inserido em um contexto de formação do indivíduo, não contrariando os aspectos inerentes à formação daquela.

5 COMENTÁRIOS FINAIS

Historicamente, a fome apresenta-se como um evento constante nas sociedades, assumindo, por vezes, índices tão complexos e alarmantes que são capazes de colocar em risco a harmonia social. Trata-se da *carestia*, ou seja, a fome como crise social econômica acompanhada de má nutrição em massa e epidemias. É interessante, ainda, rememorar que essa manifestação de fome crônica é aquela permanente, ocorrendo quando a alimentação diária não consegue propiciar ao indivíduo energia suficiente para que seja mantido o seu organismo e para o desempenho de suas atividades cotidianas. Essa materialização da fome traz consigo efeitos devastadores, causando sofrimento agudo e lancinante sobre o corpo, produzindo letargia e debilitando, de maneira gradual, as capacidades mentais e motoras. Há que se reconhecer que o espectro da fome é capaz de desencadear a marginalização social, perda da autonomia econômica e desemprego crônico, em decorrência da incapacidade de executar um trabalho irregular.

O ideário de soberania alimentar está assentado na autonomia alimentar do país e a menor dependência das importações e flutuações de preços do mercado internacional. É interessante destacar que o emprego da noção de soberania alimentar tem o início do seu fortalecimento no tema acerca da segurança alimentar, no próprio ano de 1996. Além disso, tal conceito busca dar importância à autonomia alimentar do país e à menor dependência das importações e flutuações de preços do mercado internacional. Já a segurança alimentar e nutricional,

parafraseando a concepção legal contida na Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, em seu artigo 3º consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja o comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

Alimentar-se é muito mais do que a mera ingestão de alimentos. É, conforme o artigo 2º da LOSAN, a materialização de um direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na CF/88, devendo o Poder Público adotar as políticas e ações que se façam necessária para promover a segurança alimentar e nutricional da população. O ato de alimentação requer a presença de alimentos em qualidade, em quantidade e regularmente. A reunião dos três pilares materializa o ideário de segurança alimentar e nutricional (SAN) e o direito humano à alimentação adequada (DHAA). A qualidade dos alimentos consumidos preconiza que a população não esteja à mercê de qualquer risco de contaminação, problemas de apodrecimento ou outros decorrentes de prazos de validade vencidos. Trata-se da possibilidade de consumir um conjunto de alimentos de maneira digna, sendo que a extensão de *dignidade* assume a feição de um ambiente limpo, com talheres e seguindo as normas costumeiras de higiene e as particularidades caracterizadoras de cada etnia ou região. A quantidade dos alimentos ingeridos deve ser suficiente para assegurar a manutenção do organismo e o desenvolvimento das atividades diárias. A regularidade da alimentação, por sua vez, assenta suas bases na premissa que as pessoas têm que ter acesso constante à alimentação, sendo esse compreendido como a possibilidade de se alimentar ao menos três vezes ao dia.

Com efeito, inúmeros são os obstáculos a serem superados, sobretudo para a integral substancialização do direito em comento, notadamente quando se analisa uma sociedade dotada de contrastes tão robustos, sobretudo no que concerne à distribuição de renda desigual e a população que se encontra em situação de vulnerabilidade social acentuada. Denota-se, pois, que a materialização do direito humano à

alimenta o adequada   pilar primordial da promo o da dignidade da pessoa humana, pedra angular do ordenamento jurídico vigente, eis que busca atender a necessidade básica para o desenvolvimento humano. Neste aspecto, historicamente, o Estado Capixaba apresenta um papel de protagonismo no cenário nacional, no que concerne à substancializa o de políticas públicas em prol da promo o da segurança alimentar e nutricional, detendo índices expressivos de diminui o de insegurança alimentar, em suas distintas manifesta es. Neste aspecto, o reconhecimento das peculiaridades encontradas no Estado do Espírito Santo, no que tange à materializa o do direito humano   alimenta o adequada, se revela dotada de substancial relevância.

REFERÊNCIA:

ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. *Revista Nutri o*, Campinas, v. 22, n. 6, p. 895-903, nov.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rn/v22n6/v22n6a11.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2016.

ANDREWS, Christina W. Os conceitos de burocracia e burocratiza o: teoria da modernidade e a condi o periférica. In: 34  Encontro Anual da ANPOCS. *ANAIS...*, 2010, Caxambu, 25-29 out., p. 01-22. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1386&Itemid=350>. Acesso 22 jul. 2016.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo Direito Civil. breves reflexões. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08>>. Acesso em 15 jun. 2014.

BORGES, Nadine Monteiro. *O Caso Damião Ximenes*: uma análise sócio-jurídica do acesso   Comissão e   Corte Interamericana de

Direitos Humanos. 258f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008. Disponível em: <www.ppgsd.uff.br>. Acesso em 22 jul. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2016.

_____. *Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2016.

_____. *Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010*. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm#art1>. Acesso em 22 jul. 2016.

_____. *Lei de Segurança Alimentar e Nutricional: Conceitos*. Brasília: MDA, 2006.

_____. *Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2016.

_____. *Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nºs 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 jul. 2016.

_____. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Segurança Alimentar – 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

_____. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. 2 ed. Brasília: SAS/DAB, 2008

_____. *Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada*. Brasília: SDH, 2011

BURLANDY, Luciene *et all*. Avaliação do programa Banco de Alimentos. *In: Cadernos de Estudos: Desenvolvimento Social em Debate*. n. 14. Brasília, MDS, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.)*. *Direito Constitucional*. Brasília: Editora Consulex, 1998.

DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. ARAÚJO, Gustavo Castro Alves (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: UNESP, 2012.

LUCCI, Pedro Henrique Gomide. *Geografia dos alimentos no Espírito Santo*. 328f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – UFES, Vitória, 2013.

MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da Segurança Alimentar. *In: _____; WILKINSON, John (org.)*. *Reestruturação do Sistema Agroalimentar*. Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. *A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano*. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/viewFile/4351/3283>>. Acesso em 22 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *El derecho a la alimentación adecuada*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>>. Acesso 22 jul. 2016.

PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. *Temas de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. a. 40. n. 159, jul.-set. 2003.

RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. 232f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em 22 jul. 2016.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. *Direito fundamental social à alimentação adequada: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 22 jul. 2016.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. *Promoção do direito humano à alimentação adequada (DHAA)*. Disponível em: <<http://www.actuar->

acd.org/uploads/5/6/8/7/5687387/flavio_valente_dhaa
_promocao_do_direito_humano_a_alimentacao_adequada.pdf>.
Acesso em 22 jul. 2016.