

R E V I S T A

ORDO VOCATUS

 **ESA**
GOIÁS



 **GOIÁS**



R E V I S T A
ORDO
VOCATUS

Publicação da Escola Superior de Advocacia

Henrique Tibúrcio
Presidente da OAB-GO

Alexandre Iunes Machado
Diretor-Geral da ESA-GO

Cleuler Barbosa da Neves
Editor-Chefe

Revista Ordo Vocatus

Goiás

Volume 1

2012

Revista Ordo Vocatus

CIP – Brasil – Catalogação na Fonte
Biblioteca ESA da OAB-GO

REV	<p>Goiás. Revista Ordo Vocatus / Cleuler Barbosa das Neves (Org.)</p> <p>Goiânia: Escola Superior de Advocacia Conselheiro Francisco Moreira Camarço da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Goiás.</p> <p>Volume 1, 2012 – Anual</p> <p>Direito – periódicos</p> <p>CDU 34(05)</p>
-----	---

Índice para catálogo sistemático:
Direito – periódicos
CDU: 34(05)

EXPEDIENTE

Editor-Chefe

Dr. Cleuler Barbosa das Neves

Editor-Assistente

Ennio Jacintho Danesi

Conselho Editorial

Dr. Marcos Afonso Borges

Dr. Cleuler Barbosa das Neves

Dr. José Cavalcanti Boucinhas Filho

Dr. Joveny S. Cândido de Oliveira

Dr. Luiz Carlos Falconi

Dr. Pedro Sérgio dos Santos

Dra. Silzia Alves Pietrobon

Coordenadora

Alessandra Caetano

Assessora de Comunicação

Mariana Velozo

Auxiliar Administrativo

Paula Guimarães

Executivo de Contas

Thiago Leite

A Revista Ordo Vocatus é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da OAB-GO. Toda correspondência deve ser dirigida à REVISTA ORDO VOCATUS – Rua 101 nº 123, Setor Sul, Goiânia-GO, CEP: 74080 - 150, BRASIL.

Endereço eletrônico: <<http://revista.oabgo.org.br/index.php/OV>> - e-mail: <oabnet@oabgo.org.br>

© ESA – Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor, nos termos da Lei nº 9.610, de 20 de junho de 1998. Solicita-se permuta. Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidades exclusiva de seus autores.

Sumário

Editorial	
Dr. Cleuler Barbosa das Neves.....	6
Artigos	
EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA	
Frederico Garcia Pinheiro.....	10
A MULHER GRÁVIDA QUE TRABALHA NO CAMPO	
Ademilton Bernardes dos Santos e Carla Maria Santos Carneiro.....	36
AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO TRABALHADO EM REGIME DE <i>PRO LABORE</i>	
Andre Luiz Machado.....	46
MENSALÃO-JULGAMENTO DO STF PODE NÃO VALER	
Luiz Flávio Gomes	56
A CRIAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO DO RIO DE JANEIRO E A ESCOLHA DOS MINISTROS DO STJ A CERIMÔNIA DO BEIJA-MÃO DA COLÔNIA À REPÚBLICA	
Elpídio Donizetti.....	62
O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Elpídio Donizetti.....	70
DIRETRIZES PARA AUTORES.....	84

EDITORIAL

Com o intuito de ampliar ainda mais o papel de centro de estudos da OAB-GO, a Escola Superior de Advocacia Conselheiro Francisco Moreira Camarço – ESA, traz à luz o primeiro volume de sua revista de artigos científicos: a Revista *Ordo Vocatus*, cujo nome evoca a congregação daqueles que são chamados a socorrer as pessoas que se encontram ameaçadas em relação a sua liberdade e aos seus bens.

Apesar de alguns artigos já terem sido publicados na Revista da OAB-GO, só agora eles passam a ter um veículo próprio de divulgação. Foi confiando na excelência dessas primeiras publicações, somadas à experiência da ESA em difundir o conhecimento jurídico em nosso Estado, que penetramos definitivamente no campo das publicações científicas de Direito.

Uma novidade que a Revista *Ordo Vocatus* trás logo em sua primeira edição é a publicação em formato eletrônico. Pela sua disponibilização na *internet* nosso periódico dá, logo de início, sua primeira contribuição para uma globalização dos estudos jurídicos.

A versão eletrônica da Revista *Ordo Vocatus* utiliza o Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER). Trata-se de um *software* desenvolvido para a criação e gestão de publicações periódicas eletrônicas desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT). O SEER é uma versão brasileira do *Open Journal System (OJS)* desenvolvido pela Universidade *British Columbia*.

As publicações do sistema SEER são avaliadas periodicamente por um conjunto de procedimentos utilizados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), chamado Qualis. Por meio do Qualis, a Capes faz uma estratificação da qualidade da produção intelectual de vários periódicos de inúmeras áreas do conhecimento, inclusive do Direito. Contando com a excelência e a dedicação de seus atuais e futuros colaboradores, a Revista *Ordo Vocatus* espera, a médio e longo prazo, qualificar-se como um periódico científico "B1" – a melhor posição concedida pela Capes a um periódico de circulação nacional.

Agradecemos a todos que enviaram seus artigos e que tornaram esse primeiro

volume possível. Que este seja o primeiro de muitos que irão levar a todo o Brasil o que a advocacia de Goiás está produzindo de melhor em matéria de pensamento científico de Direito.

No artigo “Empresa individual de responsabilidade limitada“, o mestre em Direito Agrário, Procurador do Estado de Goiás e advogado, Frederico Garcia Pinheiro, analisa os vários aspectos jurídicos e práticos do regime da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI - , inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 12.441/2011.

Ademilton Bernardes dos Santos é médico do trabalho e Carla Maria Santos Carneiro é advogada trabalhista e Vice-Presidente da Comissão da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Goiás. Ambos assinam o artigo “A mulher grávida que trabalha no campo“ que, a partir do art. 373-A, incisos I a VI e Parágrafo Único da CLT, propõem uma reflexão sobre o direito à vida, o direito ao trabalho e os riscos ambientais da mulher grávida que trabalha no campo.

Andre Luiz Machado, advogado especializando em Direito Empresarial, procura demonstrar, por meio do artigo “Averbação do tempo de serviço trabalhado em regime de *pro labore*“, que a recusa em averbar o tempo de serviço trabalhado em regime de *Pro-Labore*, sob alegação de que tal contratação viola o artigo 37, II da CF/1988, fere o direito constitucional de aposentadoria garantido a todo trabalhador.

Em “Mensalão: Julgamento do STF pode não valer“ o Dr. Luiz Flávio Gomes, com sua vasta e notória experiência no campo do Direito Penal, alerta que vícios procedimentais podem comprometer a validade da decisão do STF no julgamento do mensalão caso a decisão seja revisada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na busca por participação exógena – colaboradores de instituições de outros Estados – contamos logo nesta primeira edição com dois artigos do emérito professor e desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Dr. Elpídio Donizetti. Em “A criação dos serviços de transporte coletivo do Rio de Janeiro e a escolha dos ministros do STJ: a cerimônia do beija-mão da colônia à República“, o ilustre jurista chama a atenção para como o processo de escolha e nomeação dos ministros do STJ ultraja os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Já em “O processo como meio

de efetivação dos direitos fundamentais“, o desembargador discorre sobre discussões doutrinárias em Direito Constitucional e Processual Civil, enfocando, sempre que possível, as modificações propostas no anteprojeto do novo CPC.

Por fim agradecemos a todos que trabalharam para que esta edição fôsse finalmente publicada. Que ela seja leitura esclarecedora aos que se dedicam incansavelmente ao estudo e à aplicação do Direito. E que novos colaboradores contribuam. Esperamos ansiosos por novos artigos. A tarefa de criar uma revista distinta no universo do pensamento jurídico é de todos nós. A OAB-GO confia na competência científica de seus inscritos. Dos mais experientes àqueles que esperavam, pela primeira vez, pela oportunidade de compartilhar seus conhecimentos, descobertas ou propostas. A hora é agora. Mãos à obra!

Boa leitura!

Dr. Cleuler Barbosa das Neves*
Editor Chefe da Revista *Ordo Vocatus*

* Doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás (2006), mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (2001), professor adjunto 3 da Universidade Federal de Goiás e Procurador do Estado de Goiás.

ARTIGOS

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA*

*Frederico Garcia Pinheiro**

RESUMO

O presente artigo científico visa analisar vários aspectos jurídicos e práticos do regime da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 12.441/2011.

Palavras-chave: Empresa individual de responsabilidade limitada. EIRELI. Empresário individual. Sociedade unipessoal

* Atualização da versão original deste artigo, escrita em julho de 2011.

* Mestre em Direito Agrário e Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Direito Processual pelo Axioma Jurídico. Pós-graduando em *Legal Law Master* em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Professor no Instituto Goiano de Direito Empresarial (IGDE) e Palestrante da Escola Superior de Advocacia da OAB-GO. Procurador do Estado de Goiás. Advogado, sócio do Pinheiro & Fortini escritório de advocacia.

R E V I S T A

ORDO VOCATUS



ABSTRACT

This paper aims to analyze various legal and practical aspects about the system of the limited responsibility of individual enterprise (EIRELI) inserted into the Brazilian legal system by Law n. 12.441/2011.

Key words: The limited responsibility of individual enterprise. EIRELI. Individual entrepreneur. Company of just one partner.

INTRODUÇÃO

Finalmente, após diversas tentativas frustradas de se introduzir no ordenamento jurídico brasileiro alguma hipótese de limitação da responsabilidade pessoal do empresário individual, a Lei n.12.441/2011 foi publicada no Diário Oficial da União (DOU), que circulou em 12/07/2011, e regula a empresa individual de responsabilidade limitada ou, resumidamente, “EIRELI”.

Esse novo instituto jurídico autoriza determinada pessoa natural a constituir pessoa jurídica para a exploração de empresa, sem a necessidade de se juntar a algum sócio, sendo uma opção razoável e há muito tempo aguardada pelos empresarialistas. Afinal de contas, antes da Lei n. 12.441/2011 o empresário individual não tinha escolha: se quisesse explorar determinada empresa, sem a colaboração de sócios, estaria arriscando todo o seu patrimônio pessoal e penhorável.

Apesar de ainda haver divergências interpretativas, pode-se dizer que a Lei n. 12.441/2011 vai além e também admite que, sob a roupagem da EIRELI, qualquer pessoa jurídica, isoladamente, constitua uma ou mais subsidiárias integrais, alargando a faculdade que já era admitida, exclusivamente, para as sociedades

anônimas.

O presente artigo tem a singela pretensão de analisar, criticamente, alguns aspectos do regime jurídico da EIRELI, inaugurado com a recente vigência da Lei n. 12.441/2011, em janeiro de 2012.

1 EMPRESÁRIO INDIVIDUAL E UNIPESSOALIDADE NO EXERCÍCIO DA EMPRESA

Prudentemente, a expressão “empresário individual”, em que pese a sua redundância, costuma ser utilizada, “até porque a legislação, em algumas passagens, ao falar de empresário, abarca o empresário individual e a sociedade empresária”.¹

Assim, a princípio, a utilização da expressão “empresário individual” para identificar a pessoa natural que exerce empresa visa que tal empresário não seja confundido com a pessoa jurídica que explora a empresa por intermédio de uma sociedade empresária, mas agora também servirá para não confundi-lo com a EIRELI.

O empresário individual (art. 966 e ss. do Código Civil) pode ser definido como a pessoa natural que, isoladamente,

¹ Gladston MAMEDE, *Direito Empresarial Brasileiro*, v. 1, p. 83.

sem personalidade jurídica, não pode afetar ou destacar parte do seu patrimônio para arriscá-lo no dia-a-dia empresarial e, assim, coloca em risco todo o seu patrimônio penhorável.

Porém, a sistemática do empresário individual não é a única possibilidade legal de se exercer e dirigir determinada empresa de forma unipessoal, isto é, sem a colaboração de sócios. Com efeito, pois a unipessoalidade tem acepção mais ampla, abarcando todas as possibilidades legais de que uma pessoa, natural ou jurídica, explore empresa, individualmente, na condição de pessoa natural mesmo, ou mediante uma pessoa jurídica que não seja formada por dois ou mais sócios.

Essa última situação – pessoa jurídica empresarial que não seja formada por dois ou mais sócios – é rotineiramente nominada de “sociedade unipessoal”. Porém, essa expressão é criticável, haja vista que não há que se falar em sociedade sem sócios ou de um único sócio. Apesar dessa crítica, é preciso ressaltar que no cenário internacional, vários ordenamentos jurídicos optaram por regulamentar a possibilidade de uma pessoa, isoladamente, constituir uma “sociedade unipessoal” para o exercício da empresa.²

Já no cenário brasileiro, a única hipótese em que se pode admitir a utilização da

expressão “sociedade unipessoal” é quando determinada sociedade que já opere venha a, posteriormente, quedar-se com apenas um único sócio. Somente nesse caso, em razão de a unipessoalidade ser superveniente e temporária, admitida em prol da preservação da empresa (art. 1.033, inc. IV, do Código Civil ou art. 206 da Lei 6.404/76 ou Lei das S/A's), é que se poderia cogitar de chamá-la de “sociedade unipessoal”.

Fora dessa situação, antes da vigência da Lei n. 12.441/2011, a legislação brasileira ainda admitia a criação de “pessoa jurídica unipessoal” mediante a instituição da subsidiária integral de determinada sociedade anônima (arts. 251 e 252 da Lei 6.404/76) e da empresa pública unipessoal (art. 5º, inc. II, do Decreto-Lei 200/67).

Com a vigência da Lei n. 12.441/2011 surge uma nova modalidade de “pessoa jurídica unipessoal”: a EIRELI, regulamentada basicamente pelo novo art. 980-A do Código Civil e objeto central de estudo no presente artigo.

2 RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

A sistemática jurídica do empresário individual não o possibilita limitar sua responsabilidade. “É a própria

² Destaque-se nesse sentido que a 12ª Diretiva do Conselho da União Européia, de 1989, regulamentou a utilização da sociedade limitada unipessoal.

pessoa física que será o titular da atividade. Ainda que seja atribuído um CNPJ próprio, distinto do seu CPF, não há distinção entre a pessoa física em si e o empresário individual”.³ Em outras palavras, apesar de o empresário individual ter registro no CNPJ, não pode afetar ou separar parte do seu patrimônio para responder pelas dívidas contraídas durante o exercício da empresa.⁴

Esse regime jurídico do empresário individual sempre foi alvo de duras críticas por parte da doutrina, já que acabava incentivando a formação de sociedades entre sócios que, na prática, não nutriam *affectio societatis* (laço psicológico de reciprocidade na união em prol de finalidade econômica) – tudo isso visando buscar a limitação da responsabilidade patrimonial.

Por óbvio, as sociedades de que se trata aqui devem ser do tipo que admita a limitação da responsabilidade dos sócios, como no caso das sociedades limitadas e das sociedades anônimas – as mais utilizadas na atualidade, conforme doutrina Paula A. Forgioni:

3 Marlon TOMAZETTE, *Curso de Direito Empresarial*, v. 1, p. 48.

4 *O Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) foi criado e disciplinado por Instruções e outros atos normativos da Receita Federal do Brasil (RFB), e substituiu o extinto Cadastro Geral de Contribuintes (CGC). Este último cadastro, por seu turno, foi criado pelo art. 1º da Lei 4.503/64 e, desde então, a ele também deveria se submeter as pessoas físicas/naturais portadoras de firma individual. Atualmente, os empresários individuais (que têm como nome empresarial uma firma individual) continuam tendo que se registrar no CNPJ, em que pese não explorem empresa mediante uma pessoa jurídica.*

Em outros tempos, os comerciantes ou industriais valiam-se de diversos tipos societários para acomodação de seus interesses. Hoje, a realidade demonstra que as opções resumem-se a praticamente duas: sociedades anônimas e sociedades limitadas.

Esses tipos societários viabilizam a limitação da responsabilidade do sócio, possibilitando o cálculo do risco assumido por conta do investimento. O agente econômico destaca de seu patrimônio parcela destinada a garantir as obrigações contraídas em razão de atividade empresarial. Ao subtrair os bens particulares do sócio do alcance dos credores da sociedade, estimula-se a inversão.⁵

Outra crítica que se faz é o estímulo ao nascimento de “sociedades de fachada”, nas quais um dos sócios detém 99,9% dos votos (ou outro percentual expressivo, próximo a este), enquanto o outro sócio detém a parcela ínfima restante, servindo como mero “sócio de fachada”, “sócio laranja” ou “sócio testa-de-ferro”. Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos, “trata-se, na verdade, de uma sociedade unipessoal disfarçada, de um drible no atraso de nossa legislação societária”.⁶

Sobre essa situação, Gladston Mamede afirma que “há muito o Direito e a realidade social e mercantil brasileira convivem com a hipocrisia das sociedades contratuais que, sendo de direito, não o são

5 *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro*, p. 155.

6 *Direito Empresarial Esquematizado*, p. 167.

de fato”,⁷ além de ressaltar que:

[...] é preciso reconhecer haver um número expressivo das sociedades limitadas, no Brasil, que não constituem sociedades de fato, mas apenas de direito. Nelas não se afere, efetivamente, um encontro de investimentos e esforços de seus sócios; pelo contrário, tem-se um sócio majoritário, que é aquele que efetivamente investiu na constituição da pessoa jurídica e da empresa e que dela se ocupa, e um sócio minoritário (esposa, irmão, filho, primo etc.) que nada investiu de fato, que sequer se interessa pelo que se passa com a sociedade. Está ali apenas para garantir a pluralidade de pessoas que, salvo exceções específicas, é necessária para que se tenha uma sociedade (pessoa jurídica). E apenas por meio de uma sociedade o empreendedor pode se beneficiar de um limite de responsabilidade entre a atividade empresarial e o patrimônio pessoal dele.⁸

Por outro lado, há quem não veja problema em tais “sociedades de fachada”, chamando-as até de “sociedades etiquetas”, pregando ainda ser desnecessária limitação da responsabilidade do empresário individual, como o faz Waldírio Bulgarelli:

Temos para nós contudo, em tema de limitação da responsabilidade do empresário individual, que o sistema atual tem sido suficiente, através da constituição de sociedades “etiquetas” de responsabilidade limitada. Entendido esse contrato societário em relação à causa, como daqueles denominados por Tulio Ascarelli de negócio jurídico indireto em que não há intenção de fraudar nem mesmo simulação, não vemos razão maior para as constantes investidas contra essa situação, que não prejudica os credores, já que a sociedade, dessa maneira constituída, ostenta a sua condição de responsabilidade limitada dos sócios,

7 *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*, art. 69, p. 373.

8 *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*, art. 69, p. 372.

portanto, não os enganando. E em caso de fraude intencional ou não, sempre haverá o recurso à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica [...] ou a penhora das cotas para atender aos credores particulares.⁹

Porém, as críticas às “sociedades de fachada” são merecidas, mormente porque o inciso XX do art. 5º da Constituição Federal garante, como direito fundamental, que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”, ao passo que a legislação infraconstitucional, contraditoriamente, em razão de conveniência prática, acaba compelindo os empresários individuais a formarem sociedades de algum tipo que limite as suas responsabilidades – situação corriqueira na realidade brasileira, pelo menos antes da vigência da Lei n. 12.441/2011.

Sobre a histórica injustiça feita com o empresário individual no Direito brasileiro, Romano Cristiano ainda apresenta a seguinte reflexão fundada no princípio da isonomia:

[...] O absurdo da situação me obriga a perguntar: “Os agentes empresariais associados possuem porventura alguma qualidade, algum mérito ou algum direito que o empresário individual não possua?” Uma vez que a pergunta é apenas retórica, não me parece ser possível resposta que não indique negação absoluta; o que me obriga a

9 *A Teoria Jurídica da Empresa*, p. 416.

perguntar de novo: “Por que então, os primeiros costumam ser premiados, ao passo que o segundo castigado com insistência? Porventura os seres humanos não estão lutando, com unhas e dentes, para que, em seus relacionamentos, em sua vida social, existam igualdade e justiça cada vez maiores?”¹⁰

Desde a vigência do atual Código Civil de 2002, alguns dispositivos que tratam do empresário individual já vinham admitindo a afetação patrimonial pelo exercício da empresa. É o que se percebe da possibilidade de alienação dos imóveis ligados ao exercício da empresa, sem a necessidade de outorga conjugal (art. 978) ou da blindagem dos bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ou não relacionados ao exercício da empresa (§ 2º do art. 974).

No caso do art. 978 do Código Civil, não há limitação da responsabilidade do empresário individual, apesar de haver certa afetação patrimonial para facilitar as negociações empresariais, ainda que em detrimento da preservação da meação do cônjuge do empresário individual, haja vista ser dispensável a sua autorização para alienação de imóveis relacionados ao exercício da empresa.

Já na hipótese do § 2º do art. 974 do Código Civil, há limitação da responsabilidade do empresário individual que, por ser incapaz, obteve autorização judicial para continuar exercendo determinada empresa. Nesse caso

excepcional, visando proteger o patrimônio do incapaz, o juiz autoriza que a empresa continue a operar, mas restringe a possibilidade de que dívidas contraídas no seu exercício sejam pagas utilizando bens de propriedade do incapaz que sejam estranhos ao acervo empresarial.

Contudo, só no caso do § 2º do art. 974 do Código Civil é que, além da afetação patrimonial, há limitação da responsabilidade do empresário individual. Porém, por se tratar de situação excepcional, pouco vista na prática, dependente de burocrática autorização judicial, é possível afirmar que não foi capaz de corrigir a histórica exposição patrimonial do empresário individual.

Com a vigência da Lei n. 12.441/2011, a expectativa é que uma grande quantidade de empresários individuais opte por se transformar em EIRELI visando limitar as suas responsabilidades. Ademais, a tendência também é que deixem de ser registrados novos empresários individuais nas Juntas Comerciais.

¹⁰ Empresa é risco, p. 254.

3 EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

3.1 Natureza jurídica

A EIRELI não tem natureza jurídica de sociedade empresária, ao contrário do que muitos ainda defendem¹¹, mas trata-se de uma nova categoria de pessoa jurídica de direito privado, que também se destina ao exercício da empresa.¹² Tanto que a Lei n. 12.441/2011 incluiu “as empresas individuais de responsabilidade limitada” no rol de pessoas jurídicas de direito privado do art. 44 do Código Civil (inc. VI).

Ademais, a Lei n. 12.441/2011, ao

11 Gladston Mamede é um dos doutrinadores que defendem ser a EIRELI uma sociedade empresária: “[...] Tenho firme convicção de que as pessoas jurídicas de Direito Privado podem ter três naturezas jurídicas essenciais: associações, sociedades e fundações. Fundações são constituídas a partir de bem ou bens jurídicos; associações e sociedades são constituídas por pessoas. Distinguem-se, pois a sociedade permite a apropriação de resultados positivos (superávit ou saldo positivo) por seus sócios. Seguindo esse raciocínio, organizações religiosas e partidos políticos têm a natureza jurídica de associações, embora com particularidades que justificaram fossem elencadas, em apartado, nos incisos IV e V do citado artigo 44 [do Código Civil]. Na mesma linha, a empresa individual de responsabilidade limitada é uma sociedade unipessoal (sociedade de um só sócio), particularidade que justificou seu tratamento em separado, por meio do inciso VI, deixando claro que a ele se submetem o princípios que são próprios das pessoas jurídicas: personalidade jurídica distinta da pessoa de seu sócio (o empresário), patrimônio distinto da pessoa do empresário e existência distinta da pessoa do empresário”. (Manual de Direito Empresarial, p. 22)

12 Nesse sentido, o Enunciado n. 469 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe: “A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado”.

inserir no Código Civil o art. 980-A, teve o cuidado de, topograficamente, também criar um novo título (Título I-A: “Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”), situado entre os Títulos I e II, que tratam, respectivamente, do empresário individual e das sociedades empresárias.

Outrossim, também não se afigura razoável atribuir à EIRELI a natureza jurídica de “sociedade unipessoal”, pois só há que se falar em sociedade se houver mais de um sócio. A criação de uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado não impõe que seja classificada como “sociedade unipessoal”.

É preciso não confundir os conceitos de pessoa jurídica e sociedade, pois nem toda sociedade tem personalidade jurídica, tanto que o próprio Código Civil regulamentou aspectos da sociedade em comum (art. 986 e ss.) e da sociedade em conta de participação (art. 991 e ss.) que são espécies de sociedades não personificadas. Outrossim, também é preciso ressaltar que nem toda pessoa jurídica que explora empresa é classificada como sociedade empresária – e a EIRELI é o exemplo de tal assertiva.

A EIRELI é simplesmente uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado reconhecida pela legislação

brasileira. E não há nenhum impedimento legal para a atribuição de personalidade jurídica que não seja relacionada a uma coletividade de pessoas. Além da EIRELI, Gladston Mamede lembra que a fundação também é um exemplo de pessoa jurídica que não é criada por uma coletividade de pessoas, mas sim composta por uma coletividade de bens destinados a determinado fim, *in verbis*:

A afirmação de que a pessoa jurídica corresponde a uma coletividade, embora corriqueira, deve ser vista com certa reserva. No caso de bens, não se exige, efetivamente, uma coletividade: uma fundação pode ser constituída a partir de um único bem, desde que seja suficiente para atingir os fins a que se destina, como fica claro dos artigos 62 a 64 do Código Civil. Em fato, a propriedade sobre uma única fazenda pode ser destinada à constituição de uma fundação.¹³

Portanto, sem sombra de dúvida, pode-se afirmar que nem toda pessoa jurídica de direito privado é criada por uma coletividade de pessoas. O Direito brasileiro atribui personalidade jurídica a outras situações, mas ressalta ser indispensável o registro para a existência legal de qualquer pessoa jurídica, nos termos do art. 45 do Código Civil. Assim, conclui-se que sem o competente registro não há que se falar em pessoa jurídica de direito privado. E, ademais, a EIRELI é uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado que não se confunde com as sociedades

que têm personalidade jurídica.¹⁴

3.2 Crítica à nomenclatura

O Legislador andou mal ao nominar de EIRELI ou “Empresa Individual de Responsabilidade Limitada” a nova espécie de pessoa jurídica de direito privado criada pela Lei 12.441/2011. É que essa nomenclatura confunde o sujeito (empresário) com a atividade exercida (empresa).

Seguindo as lições de Waldírio Bulgarelli, expostas na clássica obra “Teoria Jurídica da Empresa”, publicada em 1985, e que continuam atuais, a acepção funcional da empresa é aquela que melhor se relaciona com as demais categorias jurídicas que envolvem e integram o fenômeno denominado empresarialidade.

Em sua acepção funcional, a empresa é considerada como uma especial atividade (econômica, organizada, profissional e destinada à produção ou circulação de bens ou serviços para o

¹³ Direito Empresarial Brasileiro, v. 2, p. 33.

¹⁴ Sobre o tema, mister se faz destacar o teor do Enunciado n. 471 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente”.

mercado), não se confundindo com o sujeito que a exerce (o empresário), nem com os bens organizados para instrumentalizar o seu exercício (o estabelecimento). Essa foi a idéia adotada pelo atual Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002), facilmente detectada pela análise conjunta dos arts. 966 e 1.142.

Empresa (atividade), empresário (sujeito de direito) e estabelecimento (conjunto de bens organizados) têm conceitos e funções jurídicas específicas e não devem ser confundidos entre si, sob pena de haver prejuízo para a segurança jurídico-metodológica.

É bem verdade que, no ordenamento jurídico brasileiro, inúmeros são os casos de menção à empresa que a confundem com o empresário ou com o estabelecimento. Aliás, o art. 931 do próprio Código Civil equivocou-se e caiu em contradição ao fazer menção à empresa. Porém, pelo menos esse dispositivo situa-se fora do Livro II da Parte Especial do Código Civil, responsável pelo trato do Direito de Empresa. Por outro lado, o novo art. 980-A, incluído pela Lei n. 12.441/2011, foi inserido justamente no bojo do referido Livro II que trata do Direito de Empresa – situação que agrava, sem dúvida, o seu equívoco.

Portanto, seria coerente que o Legislador tivesse optado pela expressão “empresário individual de responsabilidade limitada” ou até mesmo por “empreendedor

individual de responsabilidade limitada”. Aliás, essa última expressão foi a utilizada na Subseção II, onde se localizaria o art. 69 da Lei Complementar n. 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), caso não tivesse sido vetado pela Presidência da República.

3.3 Separação ou afetação patrimonial e responsabilidade

Sem dúvida alguma, a limitação da responsabilidade é a grande vantagem em se constituir uma pessoa jurídica de direito privado da espécie EIRELI. Essa limitação da responsabilidade é possibilitada pela separação ou afetação do patrimônio relacionado à referida pessoa jurídica, que com a criação desta não mais será confundido com o patrimônio próprio da pessoa criadora. A criação da pessoa jurídica, automaticamente, promove a separação dos patrimônios.

Ao contrário do vetado art. 69 da Lei Complementar n. 123/2006, que tentou instituir a figura do “empreendedor individual de responsabilidade limitada”, mas sem lhe atribuir personalidade jurídica, o art. 980-A do Código Civil é louvável porque torna mais fácil a identificação de

qual o patrimônio afetado à empresa, já que deverá estar vinculado a pessoa jurídica distinta e autônoma.

Por outro lado, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1.572/2011, que visa instituir um novo Código Comercial brasileiro.¹⁵ Nesse Projeto de Lei, há previsão de limitação da responsabilidade do empresário individual mediante a possibilidade de exercício da atividade em “regime fiduciário”, com instituição de patrimônio separado para esse fim empresarial, mas não lhe atribuindo personalidade jurídica.¹⁶

Essa proposta de exercício da empresa em regime fiduciário vai de encontro à diretriz da EIRELI que atribui personalidade jurídica ao patrimônio separado, razão pela qual merece ser obstada, pois parece afoito alterar o regime da EIRELI que sequer pôde ter sua eficiência testada na prática.

Destaque-se que a Lei n. 12.441/2011 teve um único dispositivo vetado pela Presidência da República, qual seja, o § 4º que faria parte do art. 980-A do Código Civil, com a seguinte

15 O Projeto de Lei n. 1.572 foi apresentado pelo Deputado Federal Vicente Cândido (PT/SP) e seu teor tomou por base a minuta ou anteprojeto de lei sugerido pelo doutrinador Fábio Ulhoa Coelho no livro “O Futuro do Direito Comercial”, lançado em 2011.

16 Art. 28. Decorre da declaração de exercício da empresa em regime fiduciário a instituição de patrimônio separado, constituído pelos ativos e passivos relacionados diretamente à atividade empresarial.

Art. 29. Ao patrimônio separado poderá o empresário individual transferir dinheiro, crédito de que seja titular ou bem de seu patrimônio geral, a título de capital investido na empresa.

redação:

§ 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente.

O veto se deu em razão da provável confusão interpretativa que daria ensejo à impossibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica quando verificados seus pressupostos. Ademais, as razões do veto esclarecem que, teleologicamente, deve ser conferido à EIRELI o mesmo tratamento dispensado às sociedades limitadas, *in verbis*:

Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão “em qualquer situação”, que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil.

Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio.¹⁷

Logo, verificados os pressupostos do art. 50 do Código Civil ou de outros permissivos legais, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada à EIRELI e, eventualmente, responsabilizar e atingir o patrimônio pessoal de seu

17 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-259.htm

administrador ou criador, dependendo do caso concreto, até mesmo porque “aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas” (§ 6º do art. 980-A do Código Civil).¹⁸

3.4 Restrição ao “capital social”

Nem toda pessoa poderá constituir uma EIRELI, haja vista que o *caput* do art. 980-A do Código Civil exige que, no ato de constituição, no mínimo, seja afetado um patrimônio não inferior a 100 (cem) salários mínimos, *in verbis*:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.
[...]

É interessante notar o atraso do dispositivo, pois, atualmente, não há maior ou menor salário-mínimo vigente no Brasil, já que existe um único salário-mínimo nacional (art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal).

Outrossim, a menção ao “capital

social” foi infeliz, haja vista que não há coletividade de pessoas ou sociedade *in casu*, mas apenas a atribuição de personalidade jurídica a parte do patrimônio de uma única pessoa, o qual é afetado ao exercício da empresa. Melhor seria que o Legislador tivesse optado por “capital separado”, “capital afetado”, “capital integralizado”, “capital inicial” ou algo semelhante.¹⁹

Com a fixação de um piso para o capital inicial, o dispositivo parece ter visado evitar que pequenos negócios gozassem da possibilidade de limitação de responsabilidade. O raciocínio é que somente fazem jus à limitação da responsabilidade aqueles empreendimentos que demandem capital inicial superior a 100 (cem) salários mínimos.

Ademais, a fixação do capital inicial mínimo também visou dificultar que a EIRELI fosse utilizada para fraudar a legislação trabalhista, tal como vem sendo utilizado o regime jurídico do microempreendedor individual (MEI), previsto no art. 68 da Lei Complementar n. 123/2006. É que, na prática, muitos empregadores, buscando diminuir custos com mão-de-obra, têm demitido seus

18 Nesse sentido, o Enunciado n. 470 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe: “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica”.

19 Nesse sentido, o Enunciado n. 472 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe: “É inadequada a utilização da expressão “social” para as empresas individuais de responsabilidade limitada”.

empregados e, logo, em seguida, os têm recontratado, fraudulentamente, na condição de microemprededores individuais. Com a fixação do piso inicial de 100 (cem) salários mínimos, espera-se que a EIRELI seja desestimulada a servir de ferramenta para fraudes trabalhistas desse mesmo naipe.²⁰

Porém, a fixação desse capital inicial mínimo merece algumas críticas. Em primeiro lugar, porque somente seria justificável caso também o fosse exigido na constituição de sociedade empresária, sob algum tipo que limitasse a responsabilidade dos sócios.

Aliás, a quebra da isonomia é único fundamento coerente da ADI n. 4637, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, visando seja declarada a inconstitucionalidade da exigência de capital inicial mínimo para a constituição da EIRELI.²¹

Em segundo lugar, afigura-se

20 Como a EIRELI é uma pessoa jurídica, tem sido chamado de “pejotização” a fraude trabalhista em que empregados são demitidos e depois constituem uma EIRELI para prestar serviço ao antigo empregador.

21 Outro fundamento da ADI n. 4637 é que seria inconstitucional a exigência da capital mínimo para a constituição da EIRELI, calculado em múltiplos do salário mínimo, por ofensa ao art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal, porque seria vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Data maxima venia, o que esse dispositivo constitucional veda é a criação de obrigações atreladas ao valor de múltiplos do salário mínimo, não havendo impedimento à utilização do salário mínimo como referencial para enquadramentos jurídicos, como é feito, por exemplo, para aferição da competência dos juizados especiais e dos limites para pagamento de RPV pelo Poder Público.

incongruente o estabelecimento somente do capital inicial mínimo, tendo em conta que eventual subcapitalização material superveniente à criação da EIRELI não tem o condão de provocar a sua desconsideração ou extinção. Sabe-se o capital declarado é sempre nominal, porque relativamente estável e congelado no tempo. Já o patrimônio é volátil no tempo e serve para a elaboração do balanço real da empresa, conforme ensina Ivens Henrique Hübert:

O patrimônio, é preciso reconhecer, traduz-se também em cifra, mas apenas para efeito de inevitável elaboração de balanço. A cifra que ele representa não é mais que uma fotografia de um dado momento, já modificado no momento seguinte. O capital social, ao contrário, permanece o mesmo por períodos muito mais extensos, como que se corporificando na própria cifra.²²

Ademais, interessante notar que o patrimônio real somente se confunde com o capital inicial no dia da criação do ente empresarial. Nesse sentido, em que pese o foco nas sociedades, mas cujas lições se aplicam *mutatis mutandis* aqui, Alfredo de Assis Gonçalves Neto doutrina:

A sociedade utiliza seu patrimônio para a realização de seus fins. Ao fazê-lo, esse patrimônio oscila de valor e se modifica a todo momento: cresce e define de conformidade com as injunções do mercado ou com a expansão ou o encolhimento das atividades sociais. Contrastando com

22 Sociedade Empresária e Capital Social, p. 65.

ele, o capital social é um valor permanente, uma cifra fixa que permanece como referencial do valor, não do patrimônio de cada dia, mas da massa patrimonial que os sócios reputaram ideal para a sociedade poder atuar.

Assim, no momento da constituição da sociedade, capital e patrimônio têm o mesmo valor. Mas, iniciando-se a atividade social, o patrimônio oscila aumentando ou encolhendo, segundo as vicissitudes da atividade exercida, enquanto o capital mantém-se fixo, como um número, uma cifra constante e permanente.²³

Segundo Ivens Henrique Hübert, na subcapitalização material superveniente o patrimônio líquido (créditos após a subtração das dívidas) é inferior ao capital nominal – o que se verifica em razão de eventuais perdas patrimoniais resultantes da normal exploração da empresa.²⁴

Ora, se a subcapitalização material superveniente que diminua o patrimônio líquido para patamar inferior a 100 (cem) salários mínimos não tem como consequência a desconsideração ou extinção da EIRELI, conclui-se que o estabelecimento desse piso inicial no *caput* do art. 980-A do Código Civil traz pouca ou nenhuma serventia prática.

Em terceiro lugar, como se só não bastasse, é imperioso reconhecer que a real integralização do capital inicial é difícil de ser fiscalizada, principalmente porque as Juntas Comerciais não costumam ser rigorosas quanto à comprovação dessa integralização, bastando uma

mera declaração do interessado nesse sentido. Aliás, ao tratar da integralização do capital em bens, a Instrução Normativa n. 117/2011 do DNRC chega a afirmar que “Não é exigível a apresentação de laudo de avaliação para comprovação dos valores dos bens declarados na integralização de capital de EIRELI”.

Assim, é possível imaginar até que alguém, fraudulentamente, declare perante a Junta Comercial que tem o capital mínimo necessário para a constituição de uma EIRELI e, posteriormente, também declare tal capital como renda na sua declaração anual de imposto de renda, pagando a correspondente exação tributária e, com isso, dando ares de verdade a uma fantasia – a propósito, lembre-se que para o Poder Público “o tributo não tem cheiro” (princípio *non olet*).

Outrossim, para impedir ou dificultar ainda mais o descobrimento da fraude, e eventualmente até deixar de pagar o imposto de renda, basta que o interessado “regularize” a subcapitalização material superveniente, fazendo constar na escrituração contábil “maquiada” a ocorrência de graves perdas patrimoniais.

Se ao tempo da subcapitalização material superveniente não houver credor da EIRELI que consiga provar a fraude,

²³ Direito de Empresa, p. 166.

²⁴ Sociedade Empresária e Capital Social, p. 104.

conclui-se que haverá burla à regra do *caput* do art. 980-A do Código Civil sem maiores prejuízos àqueles que atuam no mercado, aos empregados, ao Poder Público etc.

3.6 Compatibilidade com a microempresa e empresa de pequeno porte

A EIRELI, devidamente constituída, poderá se enquadrar como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), desde que preencha os respectivos pressupostos exigidos pelo art. 3º da Lei Complementar n. 123/2006. Apesar de inexistir referência expressa no *caput* do dispositivo, o §6º do art. 980-A do Código Civil é claro ao determinar que “Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”, que é uma das espécies de sociedades empresárias.

Noutro giro, independentemente da sua receita bruta, a “empresa individual de responsabilidade limitada”, por se tratar de pessoa jurídica, não pode se beneficiar das regras específicas do microempreendedor individual (MEI) a que se refere o art. 68 da Lei Complementar n. 123/2006, pois esse último dispositivo tem aplicabilidade restrita a pessoas naturais.

3.7 Aplicabilidade prática

3.7.1 Alternativa para a pessoa natural

A aplicabilidade prática mais destacada da EIRELI é como alternativa à pessoa natural que deseja exercer empresa. Respeitados os pressupostos legais, a pessoa natural que não deseja formar uma sociedade empresária tem duas opções para o exercício da empresa: atuar como empresário individual ou, então, constituir uma pessoa jurídica qualificada como EIRELI.

Porém, é bom destacar que enquanto o incapaz não pode ser empresário individual, mas só continuar empresa que já era antes exercida (art. 974 do Código Civil), esse mesmo incapaz pode constituir EIRELI, desde que preenchidos os respectivos pressupostos legais, além de ser nomeado terceiro capaz como seu administrador (§ 3º do art. 974 c/c §6º do art. 980-A do Código Civil).

O DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio, por seu turno, não concorda com essa interpretação. Segundo o item 1.2.10 da Instrução Normativa n. 117/2011 do DNRC, somente a

pessoa natural e capaz pode ser titular de EIRELI.

Essa normatização do DNRC, contudo, é ilegal, pois contraria frontalmente a regra do §6º do art. 980-A do Código Civil, o qual prevê que “Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”. Com efeito, pois o DNRC não aplicou à EIRELI o mesmo regramento da sociedade limitada quanto à possibilidade de pessoa natural incapaz ser titular de cota social (§3º do art. 974 do Código Civil) e, ignorando o §6º do art. 980-A do Código Civil, parece ter aplicado as regras de capacidade empresarial exigidas do empresário individual (art. 972 do Código Civil).

Em outras palavras, o item 1.2.10 da Instrução Normativa n. 117/2011 do DNRC subverte o regime jurídico da EIRELI ao aproximá-lo do regime jurídico do empresário individual, quando na verdade a legislação objetivou aplicar à EIRELI, no que for compatível, o mesmo regime jurídico das sociedades limitadas.

3.7.2 Estratégia organizacional para a pessoa jurídica

Um dos aspectos mais polêmicos do regime jurídico da EIRELI é a possibilidade ou não de constituição de EIRELI por pessoa

jurídica. Muitos têm defendido que a EIRELI somente pode ser constituída por pessoa natural, sob o argumento de que a intenção do Legislador (*mens legislatoris*) era essa quando da apresentação do projeto de lei que resultou na promulgação da Lei n. 12.441/2011.²⁵

Curiosamente, a versão original da Instrução Normativa n. 117/2011 do DNRC, publicada no DOU de 30/11/2011, admitia que a EIRELI fosse constituída por pessoa jurídica.²⁶ Ocorre que, poucos dias depois, o DNRC republicou a Instrução Normativa n. 117/2011 no DOU de 22/12/2011 e, nessa segunda e atual versão, não há previsão de constituição de EIRELI por pessoa jurídica.

²⁵ Nesse sentido, o Enunciado n. 468 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe: “A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”.

²⁶ “Nessa primeira versão do Manual, a EIRELI podia ser constituída por pessoa jurídica, brasileira ou estrangeira, pública ou privada. A título de exemplo, o item 1.1, (a) e (b), da referida versão do Manual, indicava os documentos exigidos da pessoa jurídica estrangeira, da empresa pública e da sociedade de economia mista para a constituição da EIRELI. Já seus itens 1.2.2.2 e 1.23 determinavam a outorga pela pessoa jurídica estrangeira de mandato a procurador residente no Brasil para o recebimento de citação. E o item 1.2.6, (a), daquele Manual, especificava os dados da pessoa jurídica brasileira titular da EIRELI que deveriam constar do preâmbulo do ato constitutivo, como nome empresarial, NIRE e CNPJ.” (Fábio APPELDNDINO; Raquel Salinas PEIXOTO, A constituição de EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada por pessoa jurídica).

Porém, *data maxima venia*, realizando uma interpretação sistemática do art. 980-A do Código Civil, dúvidas não há quanto a possibilidade legal de constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Com efeito, pois eventuais alterações no teor original do projeto de lei que deu origem à Lei n. 12.441/2011 não foram despropositadas, e a intenção da lei (*mens legis*) é facilmente obtida mediante a constatação de que o *caput* do art. 980-A do Código Civil não faz distinção entre pessoa natural e jurídica, ao passo que, mais à frente, no § 2º do mesmo dispositivo, há menção expressa à pessoa natural, confira-se:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.
[...]

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.
[...]

Logo, a lei não restringe a criação da EIRELI apenas à pessoa natural, mas quanto a essa resolveu limitar a possibilidade de criação para apenas uma pessoa jurídica de tal modalidade. *A contrario sensu*, como não há restrição semelhante quanto à pessoa jurídica criadora de EIRELI, conclui-se que determinada pessoa jurídica pode instituir quantas EIRELI's desejar, desde que preenchidos os demais

requisitos legais para tanto.

Sendo assim, a atual redação da Instrução Normativa n. 117/2011 do DNRC padece de ilegalidade ao impedir a constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Destaque-se que, se for o caso, o impedimento de constituição de EIRELI por pessoa jurídica deve ser proibida por lei superveniente que venha a alterar a atual redação do art. 980-A do Código Civil.

Aliás, com esse objetivo já tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n. 96/2012, de autoria do Senador Paulo Bauer (PSDB/SC), mediante o qual é sugerida a alteração do art. 980-A do Código Civil para, além de corrigir diversos vícios terminológicos, esclarecer que a EIRELI somente possa ser constituída por pessoa natural.²⁷ Também tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1.572/2011, de autoria do Deputado Federal Vicente Cândido (PT/SP), que visa instituir um novo Código Comercial Brasileiro, e nos arts. 27 a 32 trata do “exercício da empresa em regime fiduciário” – situação que poderia vir a substituir a EIRELI e é aplicável somente aos empresários individuais e, portanto,

27 O inteiro teor do Projeto de Lei n. 96/2012 pode ser conferido no link <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/105436.pdf> com destaque para a menção a trecho da versão original do presente trabalho na fundamentação.

peças naturais.²⁸

Noutro giro, sem menção à revogação dos dispositivos que tratam da EIRELI, tem merecido destaque o anteprojeto de lei idealizado por Walfrido Jorge Warde Júnior e Rodrigo R. Monteiro de Castro, que visa criar a “sociedade anônima simplificada”, a qual não poderá ser constituída por pessoa jurídica, mas poderá ser constituída por uma única pessoa (unipessoalidade), desde que seja pessoa natural.²⁹

Porém, focando na atual redação do art. 980-A do Código Civil, dúvidas não há quanto a possibilidade de que dada pessoa jurídica constitua, isoladamente, uma nova pessoa jurídica, sob a roupagem de EIRELI. Essa autorização genérica do art. 980-A do Código Civil equivale à autorização para a instituição da subsidiária integral.

Em outras palavras, a partir da vigência da Lei 12.441/2011, a subsidiária integral também pode ser constituída por qualquer espécie de pessoa jurídica, sendo que antes de tal marco somente as sociedades anônimas eram autorizadas a fazê-lo (arts. 251 e 252 da Lei 6.404/76).

Marlon Tomazette, sobre a sistemática

28 O inteiro teor do Projeto de Lei n. 1.572/2011 pode ser acessado no link <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>.

29 O inteiro teor do anteprojeto de lei sobre a sociedade anônima simplificada poderá ser acessado no link <http://sasimplificada.com>.

da subsidiária integral, afirma que “trata-se de uma idéia similar à de uma filial, porém, dotada de personalidade jurídica própria e, conseqüentemente, de direitos e obrigações próprios”.³⁰ Assim, a instituição da subsidiária integral é uma faculdade legal que poderá ser adotada quando se vislumbrar a necessidade de melhorar a organização administrativa, seja para fins de planejamento societário, familiar, sucessório ou tributário.

Em outras palavras, a criação de EIRELI por pessoa jurídica tem nítido intuito estratégico-empresarial. Por exemplo, para a pessoa jurídica que se dedica à execução de diversas atividades, relacionadas com segmentos mercadológicos distintos, por vezes é importante separar ou fracionar tais atividades, imputando-as a outras pessoas jurídicas autônomas, que podem ser subsidiárias integrais caso inexistam sócios.³¹ Outro exemplo prático ocorre quando sociedade empresária estrangeira, que deseje operar no Brasil, mas sem requerer ao Poder Executivo a autorização exigida nos moldes do art. 1.134 e ss. do Código Civil, opte

30 Curso de Direito Empresarial, p. 602

31 “A intercomunicação marcante entre as sociedades deixa a subsidiária integral em condição análoga à de órgão social da controladora, embora com autonomia subjetiva (personalidade jurídica própria) e patrimonial (faculdades – inclusive a titularidade de bens – e obrigações próprias)” (Gladston MAMEDE, Direito Empresarial Brasileiro, v. 02, p. 564).

então por constituir uma EIRELI segundo as leis brasileiras – hipótese em que a EIRELI será considerada brasileira, apesar de instituída por pessoa jurídica estrangeira (art. 1.126 c/c § 6º do art. 980-A, ambos do Código Civil).

Outrossim, mister destacar que a vedação de que determinada pessoa natural constitua mais de uma EIRELI, constante do § 2º do art. 980-A do Código Civil, poderá ser facilmente contornada. Com efeito, pois basta que a referida EIRELI, na condição de pessoa jurídica, institua quantas outras pessoas jurídicas da mesma espécie que entender ser conveniente, mas desde que sejam subsidiárias integrais daquela. Nessa hipótese, diga-se de passagem, poderá a primeira EIRELI atuar como *holding* das demais subsidiárias integrais.

Em que pese a clareza interpretativa do art. 980-A do Código Civil, relembre-se que a Instrução Normativa n. 117/2011 do DNRC impede, de forma ilegal, a instituição de EIRELI por pessoa jurídica. Sendo assim, eventual pessoa jurídica interessada em instituir EIRELI deverá pleitear em juízo autorização para tanto.

Recentemente, a mídia deu destaque à decisão liminar proferida em mandado de segurança (processo n. 0054566-71.2012.8.19.0001), que tramita na 9ª Vara da Fazenda Pública da comarca do Rio de Janeiro-RJ, como sendo o primeiro precedente autorizando a constituição de EIRELI por pessoa

jurídica. Porém essa decisão liminar, apesar de ter fundamentado que a EIRELI poderia ser constituída por pessoa jurídica, apenas decidiu que uma das impetrantes, a sociedade empresária *Purpose Campaings Brasil Ltda.*, poderia manter-se com apenas um sócio até o julgamento final do mandado de segurança. Na prática, essa decisão liminar apenas impediu que a Junta Comercial do Rio de Janeiro – JUCERJA, em cumprimento ao art. 1.033, inc. IV, do Código Civil, promovesse a dissolução daquela impetrante sob o argumento de não ter sido a pluralidade societária recomposta no prazo legal de 180 (cento e oitenta) dias.³²

Dessa forma, ainda não se tem notícia sobre decisão judicial que tenha efetivamente autorizado a constituição de EIRELI por pessoa jurídica, mas em breve o Poder Judiciário deve ser chamado a pronunciar-se sobre esse polêmico tema que divide a doutrina brasileira.

32 O dispositivo da decisão liminar em comento segue transcrito: “Diante do acima exposto, DEFIRO a liminar pretendida, determinando que a Autoridade Impetrada, mantenha a singularidade acionária da 2ª Impetrante até decisão final do presente processo, sem qualquer risco de dissolução e/ou efeito jurídico semelhante/similar, ou mesmo situação de irregularidade, com a perda da responsabilidade limitada até o limite das quotas subscritas e integralizadas, sob pena de multa única de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).”

3.7.3 Exploração da rentabilidade de direitos autorais

O § 5º do art. 980-A do Código Civil autoriza a constituição de EIRELI para a prestação de serviços que envolvam a exploração da rentabilidade de direitos autorais (regulados pela Lei n. 9.610/1998), cedidos ou que sejam do próprio autor-instituidor. Segue o teor do dispositivo em comento:

Art. 980-A. *omissis*
[...]

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

Porém, totalmente criticável a autorização específica contida no § 5º do art. 980-A, porque sem sentido prático, haja vista que já existente em termos genéricos no parágrafo único do art. 966, também do Código Civil.

É que o parágrafo único do art. 966 do Código Civil, a princípio, exclui as atividades intelectuais, que podem ser de natureza científica, artística ou literária, do regime do Direito de Empresa. Porém, o mesmo dispositivo autoriza a submissão ao Direito de Empresa quando tais atividades intelectuais forem exercidas como “elemento de empresa”, senão veja-se:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Independentemente da caracterização fática do “elemento de empresa”, é interessante notar que basta a mera declaração de que a atividade intelectual é exercida com esses contornos para sujeitá-la ao regime do Direito de Empresa. Nesse exato sentido, o Enunciado 54 das Jornadas de Direito Civil, organizadas pelo Conselho da Justiça Federal, dispõe que: “É caracterizador do elemento empresa a declaração da atividade-fim, assim como a prática de atos empresariais”.

O mesmo posicionamento é comungado por Gladston Mamede, que aduz bastar a mera declaração do “intuito de empresa”, “intuito de empresário” ou “intenção de empresa” para que seja aceito o registro empresarial na Junta Comercial, independentemente de prova do exercício fático da empresa:

Ao registrar-se na Junta Comercial [...]

ele [o empresário] assumiu esse intuito de empresa, confessou essa empresarialidade, deu-lhe conformação jurídica, não sendo lícito a ninguém pretender contestá-la, torná-la coisa controversa (*res controversa*): uma ação declaratória negatória (ou negativa) de empresarialidade deve ser extinta por impossibilidade jurídica do pedido. [...] Com o registro, ele exteriorizou o *intuito empresário*, a *intenção de empresa*: disse do seu horizonte, que é estabelecer, ainda que passo a passo, uma atividade econômica organizada, por mais que ínfima em seu nascedouro.³³

Portanto, quem exerce atividade intelectual, seja de natureza científica, artística ou literária, incluindo atividades relacionadas à exploração econômica de direitos autorais regulados pela Lei 9.610/1998,³⁴ pode se registrar na Junta Comercial como empresário individual, sociedade empresária ou EIRELI, independentemente da demonstração da efetiva existência do “elemento de empresa”. A única exceção feita a essa regra é quanto ao exercício da advocacia, em razão da vedação legal extraída de diversos dispositivos da Lei 8.906/1994 (Estatuto de Advocacia da OAB). Assim, afigura-se totalmente inócua a autorização do § 5º do art. 980-A do Código Civil.

Na prática, à exceção do advogado, o profissional liberal que exerce atividade intelectual (de natureza científica, artística ou literária) poderá optar pela afetação patrimonial

mediante a criação de pessoa jurídica autônoma, da espécie EIRELI.

Porém, é preciso esclarecer que não é possível a limitação da responsabilidade pessoal desse profissional liberal não-advogado por atos praticados no exercício da profissão, sendo possível limitar apenas a responsabilidade por dívidas operacionais da pessoa jurídica empresarial (sociedade empresária ou EIRELI). Aliás, essa limitação da responsabilidade por dívidas operacionais também é possível quando se tratar de sociedade simples que adote a limitação da responsabilidade dos sócios (art. 997, inc. VIII, do Código Civil).³⁵

3.7.4 EIRELI “simples” e sua ilegalidade

Com inspiração no permissivo do § 5º do art. 980-A do Código Civil, que nada inovou no ordenamento jurídico, vários requerimentos de registro de EIRELI têm sido apresentados a Cartórios de Registro de Pessoas Jurídica, e não às Juntas Comerciais.

Alguns desses cartórios têm

33 Direito Empresarial Brasileiro, v. 01, p. 36.

34 A propósito, o Enunciado n. 473 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal esclarece que: “A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI”.

35 Sobre o tema, vide o teor Enunciado n. 474 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Os profissionais liberais podem organizar-se sob a forma de sociedade simples, convencionando a responsabilidade limitada dos sócios por dívidas da sociedade, a despeito da responsabilidade ilimitada por atos praticados no exercício da profissão”.

aceitado registrar essa EIRELI “simples”, que não seria submetida ao regime jurídico do Direito de Empresa, à semelhança da sociedade simples. Porém, é preciso destacar que não há previsão legal para a criação de EIRELI “simples”, tendo em vista que a EIRELI é uma pessoa jurídica empresarial, à qual se aplica subsidiariamente as regras da sociedade limitada (§ 6º do art. 980-A do Código Civil).

Logo, não há previsão legal para se aplicar à EIRELI as regras da sociedade simples, salvo quando inexistir dispositivo específico das sociedades limitadas. Assim, na omissão do art. 980-A do Código Civil, deve-se aplicar à EIRELI as regras sobre a sociedade limitada e, apenas subsidiariamente a essas regras, teria lugar eventual regra sobre a sociedade simples (art. 1.053 do Código Civil).

Mesmo inexistindo previsão legal, alguns Cartórios de Registro de Pessoas Jurídicas aceitaram registrar EIRELI “simples”. Atenta a essa situação e com intuito arrecadatório, a Receita Federal promoveu a regulamentação da atribuição de CNPJ a essa bizarra EIRELI “simples” – o que acaba por incentivar que mais Cartórios de Registro de Pessoas Jurídicas aceitem registros de EIRELI “simples”.

3.8 Nome empresarial

Assim como no regime jurídico da sociedade limitada (art. 1.158 do Código Civil), o nome empresarial da EIRELI poderá ser uma firma ou uma denominação. Porém, em vez de consta ao final a expressão “limitada” ou sua abreviatura (“Ltda.”), necessário que conste a expressão “EIRELI”, que é justamente a abreviatura de “empresa individual de responsabilidade limitada”. Nesse sentido, vide o teor do § 1º do art. 980-A do Código Civil:

Art. 980-A. *omissis*

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. [...]

Destaque-se que andou mal o Legislador ao fazer referência à “denominação social”, haja vista que a EIRELI não é uma sociedade. Melhor teria sido se mencionasse apenas “denominação”.

Pois bem, considerando que o § 6º do art. 980-A do Código Civil determina a aplicação das regras que tratam da sociedade limitada, quando compatíveis, conclui-se que a firma somente poderá ser utilizada quando a EIRELI for instituída por pessoa natural e,

nesse caso, deverá ser composta pelo nome de tal pessoa natural (§ 1º do art. 1.158 do Código Civil).

Já a denominação pode ser utilizada tanto pela EIRELI instituída por pessoa natural, quanto por aquela instituída por pessoa jurídica (nominada de subsidiária integral). Deve a denominação designar o objeto da empresa e, excepcionalmente, pode fazer referência ao nome da pessoa que a instituiu (§2º do art. 1.158 do Código Civil). O maior traço característico da denominação, contudo, é a necessária utilização de alguma “expressão de fantasia”, além dos demais elementos acessórios referidos acima (objeto da empresa e expressão “EIRELI”).

Para arrematar, é imperioso alertar que a utilização do nome empresarial da EIRELI, com omissão da expressão “EIRELI” ao final, implica na responsabilidade solidária e ilimitada do seu administrador (§ 3º do art. 1.158 do Código Civil).

3.9 Administração

A administração da EIRELI pode ser conferida a terceiro indicado pelo instituidor ou a este último mesmo, desde que seja pessoa natural. Assim, não há que se falar em pessoa jurídica administradora (inc. VI do art. 997 *c/c caput* do art. 1.053 *c/c* § 6º do art. 980-A, todos do Código

Civil).³⁶

O administrador deverá ter capacidade para tanto, isto é, deve ter capacidade civil e não ser legalmente impedido de exercer essa função (art. 972 *c/c* § 1º do art. 1.011 *c/c* § 6º do art. 980-A, todos do Código Civil).

Sendo assim, afigura-se plenamente admissível que o incapaz, devidamente assistido ou representado, institua EIRELI, com a nomeação de terceiro para exercer a sua administração (§ 3º do art. 974 *c/c* §6º do art. 980-A do Código Civil).

Destaque-se que o incapaz não pode ser empresário individual, mas só continuar empresa que já era antes exercida, desde que seja autorizado judicialmente (art. 974 do Código Civil). Porém, o incapaz pode constituir EIRELI, pois esta é uma pessoa jurídica que necessita de ter um administrador, podendo ser indicado terceiros para exercer tal função.

36 Há quem defenda que a pessoa jurídica possa ser administradora de sociedade limitada e, portanto, de EIRELI, haja vista que o inc. VI do art. 997 do Código Civil, que exige ser o administrador uma pessoa natural, é um dispositivo aplicável exclusivamente às sociedades simples. Porém, vários desses defensores também aduzem que, ainda que a pessoa jurídica seja administradora de uma sociedade limitada ou EIRELI, deve ser indicado uma pessoa natural responsável.

3.10 “Transformação de registro”

A partir da vigência da Lei 12.441/2011, a empresa pode ser exercida por empresário individual, EIRELI ou sociedade empresária. E quem já exerce empresa sob alguma dessas três estruturas jurídicas registráveis pode, eventualmente, transformar-se em alguma das outras.

Essa transformação de que ora se trata tem sido chamada de “transformação de registro”,³⁷ visando não ser confundida com a clássica transformação societária conceituada no *caput* do art. 220 da Lei n. 6.404/76, segundo o qual: “A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro”.

Sobre a “transformação de registro”, destaque-se que o parágrafo único do art. 1.033 do Código Civil, com nova redação conferida pela Lei 12.441/2011, esclarece que não há que se falar em dissolução de sociedade quando houver concentração de todas as cotas sob a titularidade de uma única pessoa, ainda que por prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias, desde que o único titular requeira a transformação da sociedade em empresário individual ou EIRELI,

senão veja-se:

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:
[...]

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;
[...]

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.

Ademais, o § 3º do art. 980-A do Código Civil é bem elucidativo ao dispor que: “A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração”.

Portanto, não resta dúvida quanto às amplas possibilidades de “transformação de registro” dos sujeitos que exercem empresa (empresário individual, EIRELI e sociedade empresária).

Ademais, respeitados os requisitos legais da forma empresarial resultante da “transformação de registro”, basta a alteração do registro na Junta

37 Sobre o tema, vide o teor Enunciado n. 465 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A “transformação de registro” prevista no art. 968, § 3º, e no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil não se confunde com a figura da transformação de pessoa jurídica”.

Comercial para que tal transformação produza seus regulares efeitos (arts. 1.113 e 1.114 c/c § 6º do art. 980-A, todos do Código Civil). Esses efeitos, contudo, é bom frisar, não poderão promover modificação ou prejudicar, em qualquer caso, os direitos dos credores pré-existentes (art. 1.115 c/c § 6º do art. 980-A, ambos do Código Civil).

CONCLUSÃO

O regime jurídico da EIRELI, instituído pela Lei 12.441/2011, é passível de algumas críticas. Uma dessas críticas é quanto à instituição de um piso para o capital inicial, que não pode ser inferior a 100 (cem) salários mínimos, haja vista que igual restrição não é imposta às sociedades e, ademais, poderá ser facilmente contornada na prática.

Já quanto às nomenclaturas adotadas, algumas delas não se enquadram bem na dogmática jurídica. Sendo a EIRELI uma nova modalidade de pessoa jurídica, não é justificada a utilização de nomenclaturas exclusivas das sociedades, como “capital social” e “denominação social”. Por outro lado, sendo um sujeito de direito autônomo, com direitos e obrigações próprios, deveria o Legislador ter nominado-a de “empresário individual de responsabilidade limitada” ou “empreendedor

individual de responsabilidade limitada” – dessa forma haveria preservação dos princípios básicos da teoria jurídica da empresa adotada pelo Código Civil. Ademais, totalmente inócua a autorização para a constituição de EIRELI para explorar os reflexos econômicos de direitos autorais.

Porém, é preciso reconhecer que, na prática empresarial, a nomenclatura é o que menos importa. Nessa seara, é relevante a diminuição de custos e riscos com o propósito de incentivar o ingresso de mais agentes empresariais no mercado.

É verdade que não há empresa sem risco. Porém, também é verdade que quanto mais a legislação diminuir os riscos de perda patrimonial daqueles que se aventuram a produzir ou circular bens ou serviços para o mercado, mais pessoas serão estimuladas a exercerem empresa.

A afetação patrimonial, com limitação da responsabilidade, é admitida há muito tempo com relação a vários tipos de sociedades, em especial as sociedades limitadas e anônimas. Mas, só com a vigência da Lei 12.441/2011 também passou a ser admitida para aqueles que não querem se juntar a algum sócio. Nesse sentido, a EIRELI vem suprir uma antiga e injustificável lacuna na legislação brasileira.

Como alternativa à sistemática do

empresário individual, a Lei 12.441/2011 autorizou a pessoa natural a constituir apenas uma única pessoa jurídica do tipo EIRELI. Entretanto, não restringiu a quantidade de pessoas jurídicas ou subsidiárias integrais que podem ser constituídas por outra pessoa jurídica. É preciso ressaltar que as pessoas jurídicas também podem constituir EIRELI, situação que corresponde à instituição de subsidiária integral, tal qual já admitido há muito tempo pelos arts. 251 e 252 da Lei 6.404/76.

Por último, espera-se que esse novo instrumento posto à disposição do segmento empresarial seja amplamente utilizado e, com isso, conseqüentemente, mais empresas sejam iniciadas e movimentem a economia brasileira de forma positiva, ajudando no progresso social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPENDINO, Fábio. PEIXOTO, Raquel Salinas. *A constituição de EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada por pessoa jurídica*. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148087,61044->

[A+constituicao+de+EIRELI+Empresa+Individua+de+Responsabilidade](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148087,61044-A+constituicao+de+EIRELI+Empresa+Individua+de+Responsabilidade)>. Acesso em: 28 maio 2012.

BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco*. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito*

Comercial. São Paulo: Saraiva, 2011.

FORGIONI, Paula A. *A Evolução do Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOLÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a*

1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HÜBERT, Ivens Henrique. *Sociedade Empresária e Capital Social*. Curitiba: Juruá, 2009.

MAMEDE, Gladston. Art. 69. In: MAMEDE, Gladston et al. *Comentários ao Estatuto Nacional*

da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito Empresarial Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

_____. *Direito Empresarial Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.

_____. *Manual de Direito Empresarial*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1

A MULHER GRÁVIDA QUE TRABALHA NO CAMPO

*Ademilton Bernardes dos Santos**

*Carla Maria Santos Carneiro**

RESUMO

Estudo do Meio Ambiente do Trabalho da Mulher que trabalha no campo. Análise dos riscos ambientais em face da proteção legal contra a discriminação. Direito à Vida x Direito ao Trabalho.

Palavras-chave: Mulher. Campo. Proteção. Discriminação. Vida x Trabalho.

* SANTOS, Ademilton Bernardes. Médico do Trabalho. Du Pont do Brasil S.A. – Divisão Pioneer Sementes. Médico do trabalho – Universidade Federal de Uberlândia.

* CARNEIRO, Carla Maria Santos. Advogada Trabalhista. Du Pont do Brasil S.A. – Divisão Pioneer Sementes. Conselheira do IGT - Instituto Goiano de Direito do Trabalho. Vice-Presidente da Comissão da Mulher Advogada – Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Goiás. Membro da ABMCJ – Associação Brasileira de Mulheres da Carreira Jurídica.

R E V I S T A
ORDO
VOCATUS



ABSTRACT

Study of the Environment Working Woman that works in the field. Analysis of environmental risks in the face of legal protection against discrimination. Right to Life x Right to Work.

Key-words: Female. Field. Protection. Discrimination. Work x Life.

INTRODUÇÃO

A mulher grávida que trabalha no campo encontra-se exposta a alguns agentes químicos e físicos que lhe são particularmente nocivos.

No Brasil, a Legislação Trabalhista, em específico o art. 373-A, incisos I a VI e Parágrafo Único da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), visando corrigir distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho, veda a prática de condutas que, se honestamente adotadas, podem garantir a saúde da mulher grávida e a de seu feto e, conseqüentemente, garantir o equilíbrio e a higidez do meio ambiente do trabalho, além da preservação do bem mais precioso, que é a própria vida.

Neste estudo, pretende-se refletir sobre o direito à vida – direito humano fundamental, bem único e inegociável – e o direito ao trabalho.

1 DIREITO À VIDA X DIREITO AO TRABALHO

A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de Dezembro

de 1948, ao aprovar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamou:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição (ONU, 1948).

E foi com esse intuito que a Assembleia declarou, em seu Artigo 3º, “Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (ONU, 1948)

Mas, em que pese à grandiosidade e importância da referida Declaração Universal, foi a Convenção Americana dos Direitos Humanos, pactuada em San José da Costa Rica, no dia 22 de Novembro de 1969, ratificada pelo Brasil, em 25 de Setembro de 1992, que melhor definiu as condições do bem maior a ser preservado: a própria vida.

Nessa Convenção, em específico nos seus artigos 4º - 1 e 5º - 1, percebe-se que o direito ao respeito à vida deverá ser protegido pela lei desde o momento da

concepção e abrangerá seus aspectos físico, psíquico e moral, pois assim leciona:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

E por fim, é a própria Constituição Federal Brasileira que estabelece no seu artigo 5º, *caput*, a preferência da vida sobre todos os demais direitos, quando assim preceitua, “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade [...]”

Tecidas essas considerações, necessário se faz conhecer os agentes físicos e químicos que podem colocar em risco a vida da mulher grávida que trabalha no campo.

2 RISCOS AMBIENTAIS DA MULHER GRÁVIDA QUE TRABALHA NO CAMPO

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a

Mulher (CEDAW - *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*) foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 34/180, em 18 de dezembro de 1979 e assinada pelo Brasil, com reservas na parte relativa à família, em 31 de março de 1981, foi ratificada pelo Congresso Nacional com a manutenção das reservas em 1º de fevereiro de 1984.

Quanto às atividades perigosas e insalubres, a Constituição Federal já não veda o trabalho em subterrâneos, minerações em subsolo, pedreiras e obras de construção pública e particular. Assim, a mulher pode trabalhar em locais perigosos, insalubres ou penosos, mesmo em postos de gasolina, como vem ocorrendo.

Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 kg para o trabalho contínuo, ou de 25 kg para o trabalho ocasional. Entretanto, se esse trabalho for feito por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos, haverá permissão legal, como expõe a NR- 17 (BRASIL, 1978).

Nessa mesma linha, os exames admissionais não podem ser direcionados para a exclusão de trabalhadoras gestantes. O

trabalho deve ser adaptado às condições físicas da trabalhadora e suas condições de saúde atual. Vários são os sintomas e os sinais da gestação em suas primeiras semanas, muitas vezes ainda não diagnosticada pela maioria das gestantes. Os mais comuns são as disfunções do sistema urinário, tonteados, vertigens, náuseas, disfunções do aparelho digestório, entre outros.

Como agravos mais severos aparecem as doenças hipertensivas da gravidez, dores osteomusculares, abortos (espontâneos ou não), prematuridade, etc. (Nery et al., 2002; Mendoza-Sassi et al., 2007; Martins e Joana, 2005; Pompeii, 2005; Botelho et al., 2010; Almeida et al., 2007; Schmidt et al., 2010).

As condições ambientais da mulher que trabalha no campo oferecem riscos inerentes à própria condição da posição geográfica dos postos de trabalho. Não são em uma única localidade, distam muitas vezes vários quilômetros um do outro e da residência das trabalhadoras, os caminhos são muitas vezes apenas caminhos nos campos de lavoura, onde os ônibus de transporte sofrem com buracos, solavancos e vibrações e transferem estas energias aos ocupantes do veículo.

Para pessoas adultas, pouca ação no organismo será apresentada por estes obstáculos, porém para o ser em desenvolvimento (feto) e que não tem força muscular como auxílio nas adaptações que os adultos dispõem, sofrerá com

esta situação, apesar das proteções naturais oferecidas pelo ventre materno.

Em décadas passadas, as gestantes eram aconselhadas a reduzir suas atividades e interromperem, até mesmo, o trabalho ocupacional, especialmente durante os estágios finais da gestação, acreditando-se que o exercício aumentaria o risco de trabalho de parto prematuro por meio de estimulação da atividade uterina.

Mais específico e diretamente relacionado com a associação do exercício físico durante a gestação e o aborto espontâneo, foi explicada no estudo de Latka, Kline e Hatch (1999) como consequência do tipo de exercício praticado, que apresentava características de intensidade moderada. À mesma conclusão chegaram El-Metwalli et al. (2001) através de caso-controle com 562 gestantes (casos) que tiveram aborto espontâneo e 1.762 gestantes (controles) com gestação a termo.

Para os autores, não é a prática de atividade física regular que se associa à prematuridade, e sim a intensidade e o excesso da atividade, tanto em forma de exercícios físicos quanto de atividade ocupacional. Assim, excluem as atividades de exigências físicas mais elevadas como as de permanência em posição ortostática prolongadas, atividades exaustivas, vibrações

de corpo inteiro, solavancos e movimentos repentinos, flexão e extensão profunda e repetitiva, conforme a demanda sobre o sistema cardiovascular (ARTAL; GARDIN, 1999; ACOG, 2002; BATISTA et al., 2003).

A Convenção nº 136, da Organização Internacional do Trabalho, de 1971, ratificada pelo Brasil, trata da proteção contra os riscos de intoxicação provocados por benzeno, proibindo o trabalho das mulheres grávidas e em estado de amamentação em locais em que haja exposição ao benzeno.

A NR-31 assim dispõe:

31.8 Agrotóxicos, Adjuvantes e Produtos Afins.

31.8.1 Para fins desta norma são considerados:

- a) trabalhadores em exposição direta, os que manipulam os agrotóxicos e produtos afins, em qualquer uma das etapas de armazenamento, transporte, preparo, aplicação, descarte, e descontaminação de equipamentos e vestimentas;
- b) trabalhadores em exposição indireta, os que não manipulam diretamente os agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, mas circulam e desempenham suas atividades de trabalho em áreas vizinhas aos locais onde se faz a manipulação dos agrotóxicos em qualquer uma das etapas de armazenamento, transporte, preparo, aplicação e descarte, e descontaminação de equipamentos e vestimentas, e ou ainda os que desempenham atividades de trabalho em áreas recém-tratadas (BRASIL, 2005).

Ou ainda:

31.8.2 É vedada a manipulação de quaisquer agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins que não estejam registrados e autorizados pelos órgãos governamentais competentes.

31.8.3 É vedada a manipulação de quaisquer

agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins por menores de dezoito anos, maiores de sessenta anos e por gestantes.

31.8.3.1 O empregador rural ou equiparado afastará a gestante das atividades com exposição direta ou indireta a agrotóxicos imediatamente após ser informado da gestação (BRASIL, 2005).

Partindo desta NR e do conceito básico da precaução, as gestantes não deveriam ser admitidas para trabalho nas lavouras, uma vez que o uso de agrotóxicos no campo é uma prática habitual. Entretanto, ainda cabe discussão os termos: “[...] imediatamente após ser informado da gestação [...]” Termo impreciso uma vez que a data da última menstruação não é um balizador eficaz para as primeiras semanas de gestação e ainda fica-se na dependência de receber o aviso. O exame de gravidez é proibido.

Outro termo de dúvida interpretação é “[...] áreas recém tratadas [...]”. É ou não seguro aguardar o período de reentrada? O dobro do tempo por precaução seria então seguro. Já é prática em algumas empresas, não alocar trabalhadores em áreas recém tratadas no período de reentrada. As gestantes deveriam esperar um tempo maior então? Seria seguro? O limite não foi definido por Lei. Por precaução, orienta-se que as gestantes aguardem um tempo maior que os estabelecidos para a reentrada.

Seguindo este raciocínio, o prudente seria a não contratação de trabalhadoras sabidamente gestantes, porém o trabalho não está restrito às mesmas, uma vez que a lei permite que elas trabalhem desde que não expostas direta ou indiretamente aos agentes químicos da lavoura. Por todo o relato médico aqui transcrito, percebe-se que as condições da mulher grávida que trabalha no campo podem ser realmente nocivas. Já que de um lado existem condições agressivas, de outro, uma legislação digna que, apesar de extremamente preocupada em corrigir distorções, pode acabar por permitir digressões contra a própria vida.

Pois o art. 373-A, em seus incisos I, II, IV e V da CLT, é claro ao preceituar que:

Art. 373-A.

Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I- publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, **salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;**

II- recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, **salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;**

.....
.....
IV- exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V- impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas

privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez [...] (CARRION, 2011).

A pergunta é, “Como compatibilizar a inconveniência do labor da mulher grávida que trabalha no campo em face da legislação vigente?”

Ou ainda, “Seria lícito ao empregador utilizar-se das exceções previstas nos incisos I e II do Art. 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho, para deixar de oferecer emprego, contratar ou mudar de função a trabalhadora encontrada nessas condições?”

CONCLUSÃO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado vem insculpido no art. 225, *caput*, da Constituição de 1988, o qual assegura que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

É também a Constituição Federal de 1988 que estabelece em seu art. 200, inciso VIII, que “Ao sistema único de saúde

competer, além de outras atribuições, nos termos da Lei: colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

Vê-se, portanto que, o Direito à Vida, bem constitucionalmente garantido, está em plena consonância com o Direito ao Meio Ambiente do Trabalho Ecologicamente Equilibrado, bem esse, também garantido por ordem constitucional.

Em sendo assim, é pertinente o uso das exceções contidas nos incisos I e II do Art. 373-A da CLT, para deixar de oferecer emprego e contratar ou mudar de função a mulher grávida que trabalha no campo, desde que observada e respeitada a dignidade da trabalhadora, dessa feita, duplamente portadora de vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOG - American College of Obstetricians and Gynecologists. Committee on Obstetric. Exercise during pregnancy and the postpartum period. Practice n.267. *Am Col Obstet Gynecol* 2002; 99: 171-3.

ALMEIDA, M. F. *et al.* Fatores de risco para mortes fetais anteparto no Município de São Paulo, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v.41, n.1, p.35-43, 2007.

ARTAL R; GARDIN SK. Perspectiva histórica. In: ARTAL R; WISWELL AR; DRINKWATER LR. *O exercício na gravidez*. São Paulo: Manole, p.1-7, 1999.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. 1ªed. São Paulo: LTR, 1995.

BATISTA, Daniele Costa *et al.* Atividade física e gestação: saúde da gestante não atleta e

crescimento fetal. *Rev. Bras. Saúde Materno-Infantil*, Recife, v.3, n.2, jun. 2003.

BOTELHO, et al. Original Disfuncion miccional. *Actas Urológicas Espanôlas*, 2010.

BRANDÃO, Margarida Luiza Ribeiro; BINGEMER, Maria Clara L. (Org.). *Mulher e relações de gênero*. 1ªed. São Paulo: Loyola, 1994.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego – Norma Regulamentadora 17 (NR17). Portaria GM n. 3.214, de 08 de junho de 1978. *Ergonomia. DOU*, Brasília, de 06 de julho de 1978.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora 31 (NR31), Portaria n.º 86, de 03 de março de 2005. Dispõe sobre a segurança e saúde no trabalho na agricultura, pecuária silvicultura, exploração florestal e aquicultura. *DOU*, Brasília, 04 de março de 2005.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. *Pacto de San José da Costa Rica*. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 - ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/.../sanjose.htm>>.

EI-METWALLI AG; BADAWY AM; EI-BAGHDADI LA; EI-WEHADY A. Occupational physical activity and pregnancy outcome. *Eur J Obstet Gynecol Reprod Biol*, 2001; 100: 41-5.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 1ªed. São Paulo: LTR, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LATKA M; KLINE J; HATCH M. Exercise and spontaneous abortion of Know Karyotype. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v.10, p.73-5, 1999.

MARTINS, Roseny Flávia; SILVA, João Luiz Pinto. Prevalência de dores nas costas na gestação. *Rev Assoc Med Brás.*, São Paulo, v.51, n.3, p.144-7, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDOZA-SASSI, RA *et al.* Avaliando o conhecimento sobre pré-natal e situações de risco à gravidez entre gestantes residentes na periferia da cidade de Rio Grande, Rio Grande do Sul, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v.23, n.9, p.2157-66, set. 2007.

NERY, FG *et al.* Anorexia nervosa e gravidez. *Rev Bras Psiquiatr.*, São Paulo, v.24, n.4, p.186-8, 2002.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. *Convenção nº 136, de 1971*. Proíbe o uso de benzeno ou produtos de benzeno em certas atividades que devem incluir, no mínimo, seu uso como solvente ou diluente, exceto quando em sistema fechado ou outros métodos de trabalho igualmente seguros. Brasília: MTE, 1971.

Disponível em: <<http://www.portal.mte.gov.br/legislacao/convencao-n-136.htm>>.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas.

Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

POMPEII LA *et al.* Physical exertion at work and the risk of preterm delivery and small-for-gestational-age birth. *Journal Article; Research Support, N.I.H., Extramural; Research Support, non-U.S. Govt; Research Support, U.S. Govt, P.H.S.*, 2005.

SCHMIDT, PMS *et al.* Queixas auditivas e vestibulares durante a gestação. *Brazilian Journal of Otorhinolaryngology*, São Paulo, v.76,

n.1, p.29-33, 2010.

SÉGUIN, Élida. *O Direito Ambiental: nossa casa planetária*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TORRES, Anita Maria Meinberg Perecin. *A saúde da mulher e o meio ambiente do trabalho*. 1ªed. São Paulo: LTR, 2007.

AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO TRABALHADO EM REGIME DE *PRO LABORE**

*Andre Luiz Machado**

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar que a recusa em averbar o tempo de serviço efetivamente trabalhado em regime de *Pro-Labore*, sob alegação de que tal contratação violava o artigo 37, II da CF/88, fere o direito constitucional de aposentadoria garantido a todo trabalhador (artigo 7º, inciso XXIV da Constituição Federal). Ademais, quando o Estado alega irregularidade em contratação pró-labore para se exonerar de responsabilidades, está, em verdade, tirando proveito da própria torpeza.

Palavras-chave: *pro-labore*, aposentadoria, contratação irregular, temporário

* Artigo publicado em <<http://jus.com.br/revista/texto/19794>> em 08/2011

* Advogado militante no Estado de Goiás, especializando em Direito Empresarial pelo Instituto Goiano de Direito Empresarial – IGDE

R E V I S T A

ORDO VOCATUS



ABSTRACT

This present article tries to demonstrate that the refusal to count the time of service effectively worked in the Pro Labore regime, under the allegation that this kind of contract violates article 33, II of CF 88, hurts the constitutional rights of retirement granted to all workers. Nevertheless, when the State alleges irregularities in the Pro Labore contracts to exempt its responsibilities, it's actually taking advantage of it's villainy.

Key-words: pro-labore, retirement, unlawful employment, temporary worker

Durante muitos anos, em especial nas décadas de 80 e 90, o Estado de Goiás sob o amparo da Lei Estadual nº. 9.726/1985, realizava a contratação temporária de inúmeros profissionais para a prestação de serviços a Administração Pública, destacando a classe dos professores como a de maior contratação.

Essas contratações não eram realizadas por concurso público ou qualquer outro processo de seleção, já que se tratava da contratação temporária de profissionais para suprir a carência de funcionários da administração pública.

Tais profissionais eram enquadrados sob o regime denominado de "Pró Labore", sem qualquer vínculo efetivo com a administração pública, recebendo por hora aula ministrada e sem qualquer garantia trabalhista.

Neste sentido, destaca-se trecho do voto proferido pelo Juiz de Direito Ari Ferreira de Queiroz em substituição no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, nos autos do Mandado de Segurança nº 200600681518, vejamos:

Não obstante, a prática goiana de contratar professores – milhares deles – por anos a fio, em regime de pró labore, assim entendido o professor sem vínculo efetivo, recebendo por hora-aula ministrada, sem qualquer garantia trabalhista é algo que não pode ser simplesmente esquecido.

Inúmeros destes profissionais que haviam prestado seus serviços em regime de "Pro-Labore", posteriormente, conseguiram ingressar efetivamente na administração pública mediante aprovação em concursos públicos.

Atualmente estes profissionais que ingressaram efetivamente no serviço público do Estado, vêm se deparando com a negativa da Administração Pública em averbar em seus assentos individuais, para efeitos de futura aposentadoria, os períodos em que trabalharam sob o regime de "Pro-Labore" posteriores a Constituição Federal de 1988.

As alegações utilizadas para negar a averbação é a de que as contratações realizadas sob o regime de Pro-Labore violavam o artigo 37, II da Constituição Federal, já que para se ingressar no serviço público em regime de pro-labore não era realizado concurso público, sendo impossível de se averbar períodos ilegais.

Ainda como fundamento para negar os pedidos de averbação, trata-se da alegação de que os períodos trabalhados em regime de Pro-Labore entre 05/10/1988 a 30/04/2000, não são possíveis de serem averbados, pois não houve a devida contribuição previdenciária.

Discordamos da posição que não

reconhece ser devida a averbação dos períodos trabalhados em regime de Pro-Labore posteriores a Constituição Federal, pois não é correto que a Administração Pública que se beneficiou do trabalho destes profissionais não assuma os encargos advindos destas contratações, sob a alegação de que tais contratos seriam ilegais.

Ademais, permitir que a Administração Pública se negue em averbar os períodos trabalhados em regime de "Pro-Labore" realizados por contratações feitas pela própria administração, seria permitir que o *torpe se beneficiasse da própria torpeza*.

Esse é o entendimento já manifestado em vários casos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, como na Apelação Cível nº 200893326356, de relatoria do Desembargador Vitor Barbosa Lenza, abaixo transcrita:

A administração pública estadual admitiu a apelada de maneira irregular no serviço público, não podendo agora privar-lhe de direitos alegando a nulidade do contrato de trabalho, sob pena de beneficiar-se de sua própria torpeza.

Também neste sentido, o Juiz de Juiz de Direito Ari Ferreira de Queiroz em substituição no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, nos autos do Mandado de Segurança nº 200600681518, assim manifestou:

Aliás, admitir que o Estado possa alegar em sua defesa irregularidade na contratação dos professores pró-labore para se exonerar de suas responsabilidades, conseqüências e encargos de suas contratações ou nomeações

efetivas, é o mesmo que admitir ao torpe tirar proveito da própria torpeza.

A recusa em averbar o tempo de serviço efetivamente trabalhado em regime de Pro-Labore viola o direito constitucional de aposentadoria garantido a todo trabalhador (artigo 7º, inciso XXIV da Constituição Federal).

Além da violação a garantia insculpida na constituição, a negativa ainda contraria o que dispõe as leis estaduais nº. 10.460/1988 (Estatuto dos Servidores Públicos e suas Autarquias do Estado de Goiás), lei nº 13.909/2001 (Estatuto e o Plano de Cargos e Vencimentos do Magistério).

O artigo 252 da lei 10.460/1988 assim dispõe:

Art. 252 - Será contado, integralmente, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de serviço prestado:

I - como contratado ou sob qualquer outra forma de admissão, desde que remunerado pelos cofres estaduais;

O artigo 128 da Lei 13.909/2011 dispõe que:

Art. 128. Será contado integralmente, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de serviço prestado, anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998:

I – sob qualquer forma de admissão, desde que remunerado pelos cofres estaduais;

Observa-se das normas citadas que é garantido o direito de averbação do tempo de serviço prestado, dando ênfase que o direito de contagem abrange a prestação de serviço sob qualquer forma de admissão, exigindo-se tão somente que a remuneração pelos serviços prestados seja feita pelos cofres do Estado.

Ademais, em especial à classe dos professores, existe a discussão se tais contratações seriam ilegais ou não, pois conforme mencionado, as contratações tinham como fundamento a Lei Estadual nº. 9.726/1985, esta que em seu artigo 2º, III, prevê a contratação temporária de docentes em caráter temporário, vejamos:

Art. 2º - Consideram-se serviços temporários, para os efeitos desta lei, os destinados a:

I - execução direta de obras públicas ou trabalhos rurais;

II - atendimento a estado de calamidade pública, epidemias ou grave comoção interna, enquanto durar a emergência;

III - suprimento de carência de pessoal docente e administrativo em Unidades Escolares e sedes de Delegacias Regionais de Educação

Considerando que os professores contratados em regime de "Pro-labore" eram para suprir a carência que a Administração Pública detinha na época, e ainda, considerando que os serviços de educação pública são de relevante interesse público, pode se concluir que tais contratações estão em consonância com o permissivo constitucional previsto no artigo 37, IX da Constituição Federal da República:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Acerca da legalidade na contratação de profissionais do regime de "pro-labore", foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, nos autos da Apelação Cível nº 200901975561, de relatoria do Desembargador Gilberto Marques Filho, a legalidade na contratação de profissional em regime de "pro-labore".

Vejamos abaixo a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATORIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO C/C OBRIGACAO DE FAZER. INOBSERVANCIA DO CONTRADITORIO E AMPLA DEFESA. ALEGACAO DE OFICIO. JULGAMENTO ANTECIPADO. DISCRICIONARIEDADE. MEMORIAIS. INTIMCAO. DESNECESSIDADE. 'PRO LABORE'. CONSTITUCIONALIDADE. 1 - A INOBSERVANCIA DO CONTRADITORIO E DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO, APESAR DE NAO CONSTAR DA INICIAL, E MATERIA DE ORDEM PUBLICA E PODE SER ARGUIDA DE OFICIO. 2 - O JULGAMENTO ANTECIPADO E FACULDADE DISCRICIONARIA DO JUIZ, NAO CONFIGURANDO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA, AINDA QUE HAJA

REQUERIMENTO GENCERICO DA DEFESA, PELA PRODUCAO DE PROVAS. 3 - E DESNECESSARIA A INTIMCAO DAS PARTES PARA APRESENTACAO DE MEMORIAIS, QUANDO NAO HOVER PRODUCAO DE PROVAS NO CURSO DO PROCESSO, CONFORME PRECEDENTE DO STJ. 4 - E AFASTADA A NULIDADE DO CONTRATO 'PRO-LABORE', DIANTE DA PREVISAO DE CONTRATACAO TEMPORARIA, PARA ATENDER A EXCEPCIONAL INTERESSE PUBLICO (ART. 37, IX), COMO O ENSINO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Quanto à alegação de ausência de contribuições previdenciárias como empecilho para se averbar o tempo de serviço trabalhado em regime de "pro-labore", devem ser consideradas duas situações.

A primeira deve ser analisada com referência aos anos em que foram prestados os serviços em regime de "pro-labore".

Se o profissional trabalhou para o Estado de Goiás até o mês de dezembro do ano de 1998, deve ser levado em consideração que antes de dezembro de 1998, para efeitos de aposentadoria vigorava o regime do tempo de serviço prestado e não do tempo de contribuição.

Existem várias previsões legais a respeito da contagem do tempo de serviço prestado para efeitos de aposentadoria, partindo da Emenda à Constituição nº 20, de 15 de dezembro de 1998, prevista no artigo 3º, § 3º e artigo 4º, conforme abaixo transcrita:

Art. 3º. §3º - São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares,

inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

A constituição do Estado de Goiás, também em seu artigo 97, §3º, resguarda o direito da computação do tempo de serviço para efeitos de aposentadoria, vejamos:

Art. 97 - O servidor será aposentado:
§ 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal e o da atividade privada serão computados integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

Também o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Goiás (Lei 10.460/1988), em seu artigo 252, inciso I, abaixo transcrito:

Art. 252 - Será contado, integralmente, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de serviço prestado:

I - como contratado ou sob qualquer outra forma de admissão, desde que remunerado pelos cofres estaduais;

E por fim, destacamos o que dispõe o Estatuto do Pessoal do Magistério (lei 13.909/2001), em seu artigo 128, I, que assegura a contagem do tempo de serviços prestados antes à Emenda Constitucional nº.

20, veja-se:

Art. 128. Será contado integralmente, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de serviço prestado, anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998:

I – sob qualquer forma de admissão, desde que remunerado pelos cofres estaduais;

Conforme pode se compreender, os períodos trabalhados antes da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, devem para efeitos de contagem para aposentadoria, levar em consideração o tempo de serviço prestado, vez que naquela época as contribuições ficavam a cargo do órgão empregador, no caso dos contratos de "pro-labore" da Administração Pública.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por diversas vezes reconheceu que o período trabalhado em regime de "pro-labore", anterior a emenda constitucional nº 20, deve ser levado em consideração o tempo de serviço prestado e não o de contribuição. Nesse sentido vejamos alguns julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM INTEGRAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EC Nº 20/98. 1. Comprovada a prestação de serviço público durante o lapso temporal apontado, deve ser declarado o direito à averbação integral do tempo de serviço prestado ao Estado, à título de pro labore, neste incluindo-se o repouso semanal remunerado, os feriados e férias, porquanto, trata-se de direito social, assegurado no rol das garantias constitucionais, insculpidos no artigo 7º da Carta Magna. 2. A ausência do recolhimento das contribuições, antes do

advento da Emenda Constitucional nº 20/98, quando imperava a regra do tempo de serviço, não obsta o reconhecimento do direito, devendo o tempo de serviço ser averbado independentemente de contribuição ante o direito adquirido da Recorrida. 3.... 4... APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-GO, Processo 200892882131, 6ª Camara Cível, Relator DES. CAMARGO NETO, DJ 688 de 26/10/2010).

DUPLO GRAU DE JURISDICAÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DECLARATÓRIA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. PROFESSORA. REGIME PRO-LABORE. TEMPO DE SERVIÇO. SENTENÇA CORRIGENDA. TESE DESACOLHIDA. IMPUTACAO DA MACULA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. VICIO NAO CONFIGURADO. HONORARIOS ADVOCATICIOS. REDUCAO. INVIABILIDADE. 1.... 2 - NAO MERECE CORRIGENDA A SENTENÇA QUE DECLARA O DIREITO DE AVERBAÇÃO INTEGRAL DO TEMPO DE SERVIÇO COMPROVADAMENTE PRESTADO PELA PROFESSORA, A TÍTULO DE PRO-LABORE E, ASSIM, A ASSERTIVA DE NULIDADE DO CONTRATO FIRMADO NAO TEM O CONDADO DE AFASTAR A CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO, IMPONDO-SE O DESACOLHIMENTO DE TAL TESE. PERMITIR O CONTRARIO CARACTERIZARIA LOCUPLETAMENTO ILICITO DO ESTADO. EM RAZÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO, BEM COMO DO GOZO DE DESCANSO NOS FERIADOS, E UMA VEZ CONFIGURADA A PRESTACAO DO SERVIÇO, DE FORMA ININTERRUPTA, A CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO DEVERA SE

DAR DE FORMA INTEGRAL. QUANTO AO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES, TAL RESPONSABILIDADE COMPETIA AO ORGAO ESTATAL, E NAO AO EMPREGADO. 3 ... 4 ... (TJ-GO, Duplo Grau de Jurisdição 200804101250, Relator DES. KISLEU DIAS MACIEL FILHO, 4ª Câmara Cível, DJ 515 de 08/02/2010)..

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO. DECLARATÓRIA. PRO LABORE. TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO. CÔMPUTO DO DESCANSO SEMANAL REMUNERADO E FERIADOS. DIREITO DO TRABALHADOR. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

PRESCINDIBILIDADE. 1 - É de se declarar o direito de averbação do tempo de serviço prestado ao Estado, a título de pro labore, quando comprovadamente efetuado o trabalho no lapso temporal apontado. 2 - No contrato pró-labore a contagem do tempo de serviço prestado deve incluir o descanso semanal remunerado, as férias e o feriado, garantias estas previstas no artigo 7º, XV e XVII da Constituição Federal e impostas, obrigatoriamente, a todos os empregadores. 3 - Comprovado que a autora exerceu sua atividade funcional como pró-labore anteriormente a promulgação da Emenda Constitucional 20/98, o tempo de serviço por ela prestado deve ser computado independente do tempo de contribuição, com observância do disposto no art. 128, I da Lei nº 13.909/2001 (Estatuto e o Plano de Cargos e Vencimentos do Pessoal do Magistério). Apelo e remessa conhecidos e desprovidos. (TJ GO, PROCESSO 200991540247, 3ª Câmara Cível, Relator DES. WALTER CARLOS LEMES, DJ 819 de 16/05/2011).

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA EM DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRATO PRÓ-LABORE. TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 1. Consoante dispõe o art. 557, caput, do Código de Processo Civil, o Relator negará seguimento a todo e qualquer recurso em confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal

Federal ou de Tribunal Superior. 2. Quanto ao recolhimento da contribuição previdenciária, é cediço ser ela de responsabilidade do Ente Público, com retenção no vencimento do contratado. Olvidando o Estado neste dever, não pode, agora, sob o argumento do não recolhimento da contribuição, negar ao interessado o seu legítimo direito à averbação do tempo efetivamente trabalhado. 3. Não apresentados fatos novos nas razões do agravo regimental que demonstrem o eventual desacerto do Relator em negar seguimento ao recurso apelatório, a manutenção do decisum é medida que se impõe. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-GO, Processo 200990956792, 5A CAMARA CIVEL, Relator DES. ALAN S. DE SENA CONCEICAO, DJ 776 de 11/03/2011).

APELACAO CIVEL. ACAO DECLARATORIA DE TEMPO DE SERVICO. PRESCRICAO. INOCORRENCIA. PRO-LABORE. NULIDADE. AFASTAMENTO. PAGAMENTO DAS VERBAS PECUNIARIAS. CONTRIBUICAO PREVIDENCIARIA. PRESCINDIBILIDADE. TEMPO DE SERVICO. CONTAGEM INTEGRAL. 1 - A CONTAGEM DE TEMPO DE SERVICO NAO SE SUBMETE A PRESCRICAO QUANDO VISA A APOSENTADORIA, CONFORME PRECEDENTE DO STJ. 2 - RESTANDO SOBEJAMENTE COMPROVADA A PRESTACAO DE SERVICOS A TITULO DE PRO LABORE, IMPOE-SE A DECLARACAO DO DIREITO DE AVERBACAO INTEGRAL DO TEMPO DE SERVICO. 3 - E AFASTADA A NULIDADE DA CONTRATACAO, DIANTE DA PREVISAO DE CONTRATACAO TEMPORARIA, TANTO NA ATUAL CONSTITUICAO, COMO NA ANTERIOR, PARA ATENDER A EXCEPCIONAL INTERESSE PUBLICO, COMO O ENSINO. 4 - EM CONSEQUENCIA, O PAGAMENTO DAS VERBAS PECUNIARIAS E

MEDIDA OBRIGATORIA, POR SE TRATAR DE DIREITO SOCIAL. 5 - A CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO, ANTES DA EC N. 20/98, ERA FEITA INDEPENDENTE DA ANÁLISE DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, INCLUINDO-SE OS FINAIS DE SEMANA E FERIADOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-GO, PROCESSO 200903885381, 2ª Câmara Cível, Relator DES. GILBERTO MARQUES FILHO, DJ 538 de 15/03/2010).

Quanto aos períodos trabalhados posteriores a Emenda Constitucional nº 20, o profissional que trabalhou em regime de "pro-labore" tem pleno direito de averbar o tempo trabalhado, entretanto, deverá ter havido o recolhido das contribuições previdenciárias, vez que após a edição da referida emenda o regime previdenciário adotado passou a ser o contributivo.

Assim, não existe qualquer razão jurídica que impeça a averbação do tempo de serviço prestado por profissionais em regime de "pro-labore", criado pela própria Administração Pública, possuindo todos aqueles que efetivamente prestaram seus serviços o direito de proceder a averbação em seus assentos individuais para futura aposentadoria.

Desembargador Vitor Barbosa Lenza.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Apelação Cível Nº 200901975561, Relator Desembargador Gilberto Marques Filho.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Processo 200892882131, Relator Desembargador Camargo Neto.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Duplo Grau de Jurisdição 200804101250, Relator Desembargador Kisleu Dias Maciel Filho.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Processo 200991540247, Relator Desembargador Walter Carlos Lemes.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás Processo 200990956792, Relator Desembargador Alan S. De Sena Conceição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Mandado de Segurança 200600681518, Relator Juiz de Direito Ari Ferreira de Queiroz.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Apelação Cível Nº 200893326356, Relator

MENSALÃO: JULGAMENTO DO STF PODE NÃO VALER

*Luiz Flávio Gomes**

RESUMO

Vícios procedimentais podem comprometer a validade da decisão do STF no julgamento do mensalão. O artigo que segue aponta quais são esses vícios e como eles podem levar à prescrição dos crimes em questão caso a decisão de nossa Corte Suprema seja revisada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: mensalão, vício de procedimento, STF, duplo grau de jurisdição, Corte Interamericana de Direitos Humanos.

* Doutor em direito penal, fundou a rede de ensino LFG. Foi promotor de justiça (de 1980 a 1983), juiz (1983 a 1998) e advogado (1999 a 2001). Siga-me: www.professorlfg.com.br

R E V I S T A

ORDO VOCATUS



ABSTRACT

Procedural vices can compromise the validity of a decision of the STF in the judgment of the so called "Mensalão". This article points the vices and how it can lead to the prescription of the related crimes in analysis in the case of the decision of our supreme court be revised by the Interamerican Court of Human Rights.

Key-words: "mensalão", procedural defect, STF, two levels of jurisdiction, Interamerican Court of Human Rights

Muitos brasileiros estão acompanhando e aguardando o final do julgamento do mensalão. Alguns com grande expectativa enquanto outros, como é o caso dos réus e advogados, com enorme ansiedade. Apesar da relevância ética, moral, cultural e política, essa decisão do STF – sem precedentes – vai ser revisada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com eventual chance de prescrição de todos os crimes, em razão de, pelo menos, dois vícios procedimentais seríssimos que a poderão invalidar fulminantemente.

O julgamento do STF, ao ratificar com veemência vários valores republicanos de primeira linhagem – independência judicial, reprovação da corrupção, moralidade pública, desonestidade dos partidos políticos, retidão ética dos agentes públicos, financiamento ilícito de campanhas eleitorais etc. –, já conta com valor histórico suficiente para se dizer insuperável. Do ponto de vista procedimental e do respeito às regras do Estado de Direito, no entanto, o provincianismo e o autoritarismo do direito latino-americano, incluindo, especialmente, o do Brasil, apresentam-se como deploráveis.

No caso *Las Palmeras* a Corte Interamericana mandou processar novamente um determinado réu (na Colômbia) porque o juiz do processo era o mesmo que o tinha investigado

anteriormente. Uma mesma pessoa não pode ocupar esses dois polos, ou seja, não pode ser investigador e julgador no mesmo processo. O Regimento Interno do STF, no entanto (art. 230), distanciando-se do padrão civilizatório já conquistado pela jurisprudência internacional, determina exatamente isso. Joaquim Barbosa, no caso mensalão, presidiu a fase investigativa e, agora, embora psicologicamente comprometido com aquela etapa, está participando do julgamento. Aqui reside o primeiro vício procedimental que poderá dar ensejo a um novo julgamento a ser determinado pela Corte Interamericana.

Há, entretanto, um outro sério vício procedimental: é o que diz respeito ao chamado duplo grau de jurisdição, ou seja, todo réu condenado no âmbito criminal tem direito, por força da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, 2, h), de ser julgado em relação aos fatos e às provas duas vezes. O entendimento era de que, quem é julgado diretamente pela máxima Corte do País, em razão do foro privilegiado, não teria esse direito. O ex-ministro Márcio Thomaz Bastos levantou a controvérsia e pediu o desmembramento do processo logo no princípio da primeira sessão, tendo o STF refutado seu pedido por 9 votos a 2.

O Min. Celso de Mello,

honrando-nos com a citação de um trecho do nosso livro, atualizado em meados de 2009, sublinhou que a jurisprudência da Corte Interamericana excepciona o direito ao duplo grau no caso de competência originária da corte máxima. Com base nesse entendimento, eu mesmo cheguei a afirmar que a chance de sucesso da defesa, neste ponto, junto ao sistema interamericano, era praticamente nula.

Hoje, depois da leitura de um artigo (de Ramon dos Santos) e de estudar atentamente o caso *Barreto Leiva contra Venezuela*, julgado bem no final de 2009 e publicado em 2010, minha convicção é totalmente oposta. Estou seguro de que o julgamento do mensalão, caso não seja anulado em razão do primeiro vício acima apontado (violação da garantia da imparcialidade), vai ser revisado para se conferir o duplo grau de jurisdição para todos os réus, incluindo-se os que gozam de foro especial por prerrogativa de função.

No Tribunal Europeu de Direitos Humanos é tranquilo o entendimento de que o julgamento pela Corte Máxima do país não conta com duplo grau de jurisdição. Mas ocorre que o Brasil, desde 1998, está sujeito à jurisprudência da Corte Interamericana, que sedimentou posicionamento contrário (no final de 2009). Não se fez, ademais, nenhuma reserva em relação a esse ponto. Logo, nosso País tem o dever de cumprir o que está estatuído no art. 8, 2, h, da

Convenção Americana (*Pacta sunt servanda*).

A Corte Interamericana (no caso *Barreto Leiva*) declarou que a Venezuela violou o seu direito reconhecido no citado dispositivo internacional, “posto que a condenação proveio de um tribunal que conheceu o caso em única instância e o sentenciado não dispôs, em consequência [da conexão], da possibilidade de impugnar a sentença condenatória.” A coincidência desse caso com a situação de 35 réus do mensalão é total, visto que todos eles perderam o duplo grau de jurisdição em razão da conexão.

Mas melhor que interpretar é reproduzir o que disse a Corte: “Cabe observar, por outro lado, que o senhor *Barreto Leiva* poderia ter impugnado a sentença condenatória emitida pelo julgador que tinha conhecido de sua causa se não houvesse operado a conexão que levou a acusação de várias pessoas no mesmo tribunal. Neste caso a aplicação da regra de conexão traz consigo a inadmissível consequência de privar o sentenciado do recurso a que alude o artigo 8.2.h da Convenção.”

A decisão da Corte foi mais longe: inclusive os réus com foro especial contam com o direito ao duplo grau; por isso

é que mandou a Venezuela adequar seu direito interno à jurisprudência internacional: “Sem prejuízo do anterior e tendo em conta as violações declaradas na presente sentença, o Tribunal entende oportuno ordenar ao Estado que, dentro de um prazo razoável, proceda a adequação de seu ordenamento jurídico interno, de tal forma que garanta o direito a recorrer das sentenças condenatórias, conforme artigo 8.2.h da Convenção, a toda pessoa julgada por um ilícito penal, inclusive aquelas que gozem de foro especial.”

Há um outro argumento forte favorável à tese do duplo grau de jurisdição: o caso mensalão conta, no total, com 118 réus, sendo que 35 estão sendo julgados pelo STF e outros 80 respondem a processos em várias comarcas e juízos do país (O Globo de 15.09.12). Todos esses 80 réus contarão com o direito ao duplo grau de jurisdição, que foi negado pelo STF para outros réus. Situações idênticas tratadas de forma absolutamente desigual.

Indaga-se: o que a Corte garante aos réus condenados sem o devido respeito ao direito ao duplo grau de jurisdição, tal como no caso mensalão? A possibilidade de serem julgados novamente, em respeito à regra contida na Convenção Americana, fazendo-se as devidas adequações e acomodações no direito interno. Com isso se desfaz a coisa julgada e pode eventualmente ocorrer a prescrição.

Diante dos precedentes que acabam de ser citados parece muito evidente que os advogados poderão tentar, junto à Comissão Interamericana, a obtenção de uma inusitada medida cautelar para suspensão da execução imediata das penas privativas de liberdade, até que seja respeitado o direito ao duplo grau. Se isso inovadoramente viesse a ocorrer – não temos notícia de nenhum precedente nesse sentido –, eles aguardariam o duplo grau em liberdade. Conclusão: por vícios procedimentais decorrentes da baixíssima adequação da eventualmente autoritária jurisprudência brasileira à jurisprudência internacional, a mais histórica de todas as decisões criminais do STF pode ter seu brilho ético, moral, político e cultural nebulosamente ofuscado.

**A CRIAÇÃO DOS
SERVIÇOS DE
TRANSPORTE COLETIVO
DO RIO DE JANEIRO E
A ESCOLHA DOS MINISTROS
DO STJ: A CERIMÔNIA
DO BEIJA-MÃO DA COLÔNIA
À REPÚBLICA.**

*Elpídio Donizetti**

RESUMO

Sobre a urgência de se acabar com o bicentenário beija-mão como colheita de votos para compor a lista tríplice do quinto constitucional. Como o processo de escolha e nomeação dos ministros do STJ ultraja os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Palavras-chave: quinto constitucional, STJ, impessoalidade, legalidade, moralidade.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, membro da Comissão de Juristas incumbida da redação do Novo CPC e presidente da Anamages.

R E V I S T A

ORDO VOCATUS



ABSTRACT

Related to the urgency of ending the bicentennial sucking up in the process of gaining the needed votes to compose the triple list part of the constitutional fifth, How this process of choice and nomination of ministers of the STJ violates the principles of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency.

Key-words: fifth constitutional , STJ, impartiality, legality, morality.

O Rio de Janeiro, como que num ato de culpa e penitência, toma a dianteira na iniciativa de pôr fim à cerimônia do beija-mão, ao menos no âmbito do Judiciário. Depois do fim do nepotismo, decretado pelo CNJ no Judiciário e estendido pelo STF a todos os demais poderes, reputo essa a providência mais restauradora (dos princípios da moralidade, impessoalidade e racionalização) para a Justiça.

Por meio do ritual do beija-mão, os súditos de D. João VI iam prestar-lhe homenagem, demonstrar submissão e, de quebra, pedir-lhe algum favor. Registram os historiadores que a caravana de bajuladores cresceu a tal ponto que levou Sebastião Fábregas Surigué a enxergar na cerimônia um nicho de negócio. O serviço de coches e seges entre a cidade e a Quinta da Boa Vista, cuja concessão foi outorgada ao referido empresário em 1817, por Decreto de Sua Majestade, teve por objetivo proporcionar facilidade à legião de puxa-sacos e chupacaldos, entre outros candidatos a usufruentes dos favores reais.

Quase duzentos anos se passaram desde a criação do transporte coletivo na Cidade Maravilhosa, que teve por motivação compensar a satisfação dos peregrinos, que podiam, segundo o próprio Rei, “ter a honra de beijar a minha augusta e real mão”. Agora, os Desembargadores

do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cansados de atender peregrinos ávidos por beijar suas mãos e implorar-lhes em tom sussurrante um voto para compor a lista tríplice do quinto constitucional, puseram fim à bicentenária cerimônia. Por meio da Resolução 001/2010, instituíram a realização de exame de admissão aos candidatos ao quinto constitucional no Tribunal.

Nada mais republicano. Afinal, os tempos mudaram. Dona Carlota Joaquina não mais desfila com lenço na cabeça, que fora rapada para se livrar dos piolhos. É hora, pois, de nos livrarmos da praga da bajulação, corolário do nepotismo.

“O notório saber jurídico é atentamente analisado durante a seleção dos candidatos, o que torna desnecessária a prova técnica” para composição da lista, afirma a Dra. Márcia Machado Melaré, secretária-geral adjunta do CFOAB, contestando a realização da prova. Entretanto, da meia-dúzia indicada pela OAB ou pelo MP, deve o Tribunal de Justiça escolher três para submeter ao Governador. Para sair do critério estritamente pessoal (do quem beija melhor), nada mais razoável do que a realização do exame para a formação da lista tríplice. Aliás, nunca entendi porque algumas instituições bradam com a exigência de concurso público para os outros, mas o

abominam quando aplicável a seus integrantes.

Não tenho dúvidas de que, tal como ocorreu com a criação dos serviços de transporte coletivo, o restante do país [leia-se TJs e TRFs] seguirá o exemplo do Rio de Janeiro. Em atos administrativos, editados pelo órgão competente, os tribunais – quiçá o CNJ – hão de regulamentar o processo de seleção dos candidatos ao quinto. Afinal, de Colônia passamos a Império e deste à República. O momento impõe que os atos sejam impessoais, e que não se desperdice tempo com rituais que nada mais têm a ver com esse novo regime de governo (art. 37 da CRFB).

Por falar em critérios para composição dos tribunais, cabe-nos dar uma espiada na cerimônia do beija-mão na nova capital da Terra de Santa Cruz, mais especificamente na parte que nos interessa, o ritual para admissão como ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Há tempo tive oportunidade de acompanhar um desembargador numa de suas peregrinações para alcançar a graça de entrar na lista tríplice que o STJ elabora e remete ao presidente da República, a fim de que este nomeie o ungido.

Interessante. Nos idos de 1988, quando emocionado li pela primeira vez o texto constitucional, supus que a escolha do “brasileiro de notório saber jurídico e reputação ilibada” para compor o STJ seria feita por critério objetivo,

única forma possível de harmonizar a escolha preconizada no art.104 da CRFB com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, também da Constituição). Angelical ingenuidade, ou falta de conhecimentos de Direito Constitucional.

Bem, a peregrinação que tive o desprazer de acompanhar deu-se numa solenidade de posse (também de ministro do STJ), mais especificamente antes dos discursos, durante o coquetel e no aeroporto, onde encontramos alguns ministros de partida para a terra natal. O que achei curioso, para não dizer humilhante e vergonhoso, é que esse meu amigo desembargador – sim, o candidato a ungido – a todos, inúmeras vezes, se dirigia com a mesma ladainha, ou seja, pedia voto, apoio ou empenho (dependendo da função ou qualidade do abordado) para que seu nome fosse incluído na tal lista. A um ministro, por seis vezes, incluindo uma no banheiro, esse meu amigo fez o mesmo pedido, a guisa de indagação: “posso contar com o seu voto?” À mulher dos ministros, o pedido era para que, no recôndito da alcova, sussurrasse o seu nome, a título de intercessão. Às sogras também se pedia apoio, recomendando, subliminarmente, o momento e forma mais adequados para abordar o ministro. Sequer

os motoristas eram poupados, aos quais se pedia que refrescasse a memória do ministro no dia da sessão.

Foi suado, cansativo, mas valeu – disse o meu amigo ao ver seu nome na lista. Valeu? Sim, tudo vale a pena quando a alma é pequena, diria Fernando Pessoa, se tivesse presenciado os enfadonhos rapapés. Bem, nome na lista, é hora de obter a aprovação do Senado e em seguida a nomeação do presidente da República. Aí, meus caros, é o vale tudo. Do vereador ao presidente, incluindo os cabos eleitorais; do amigo ao parente, passando pelos empresários financiadores de campanhas políticas, a todos se pede, pede e volta a pedir.

Mas como é dando que se recebe, decerto que também se oferece. E disso resulta uma amnésia no candidato, que, no jogo de incerteza e expectativa, esquece-se do principal postulado da magistratura: o juiz não pede favor e não aceita dádiva, ainda que em forma de intervenção a seu favor. De qualquer forma, a bem da verdade, com asco, desta empreitada fiquei de fora e por isso não pude testemunhar a mesquinhez da alma.

Qualquer mortal despido de formação jurídica percebe que o processo de escolha e nomeação dos ministros do STJ ultraja os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ultraja o princípio da legalidade, porque até analfabetos

funcionais conseguem ler o que está escrito no art. 37 da CRFB; da impessoalidade, porque a escolha do futuro ministro é feita com base no exclusivo desempenho na cerimônia do beija-mão; da moralidade, porque ofende os mais comecinhos tratados sobre a conduta dos magistrados; da publicidade, porque o “dando que se recebe” é feito às escondidas, sem qualquer procedimento que permita o controle de outros potenciais interessados e da comunidade em geral; e, por fim, o princípio da eficiência, porque o ritual de medidas que antecede à nomeação em nada contribui para a efetivação dos valores republicanos, ao contrário, rouba o tempo de quem aborda e de quem é abordado.

Não nos esqueçamos também de um princípio que integra a cláusula do devido processo legal. Refiro-me ao princípio da imparcialidade, tão caro ao Estado Democrático de Direito. Nós, habitantes deste território, no qual se assenta um povo com sentimento de nação, pelo qual foi constituído um governo politicamente organizado, temos direito a juízes visivelmente e visceralmente imparciais. E não basta ser imparcial. Tal como a mulher de César, é indispensável que como tal também se apresente, mostre-se aos olhos do povo que nos paga e justificadamente nos

cobra. Dito isso, cabe uma pergunta: parece imparcial o ministro que para alcançar o cargo a todos pede, implora, rebaixa-se e abaixa-se? Não vão nessas palavras, evidentemente, qualquer desconfiança contra a honorabilidade dos respeitados e respeitáveis ministros do STJ. Que Deus me livre de tamanha blasfêmia. Mas em alto e bom tom, na qualidade de cidadão brasileiro – a quem ainda se reconhece a sagrada liberdade de expressão – eu digo: urge que mudemos a sistemática de escolha desses ministros, ainda que o atual sistema a muitos possa interessar.

Não se compreende por que o CNJ, tão expedito – para gáudio nosso – na tomada de providências visando o controle da atuação administrativa e financeira da Justiça de primeiro e segundo graus, mostre-se tão tolerante com esse espúrio processo de escolha, que já causou indignação até a integrantes do próprio STJ. Em outras circunstâncias, redundante seria transcrever uma das missões desse Conselho:

(...) zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União (CRFB, art. 104).

Medida salutar foi adotada pelo CNJ ao editar a Resolução n. 106/2010, que dispõe sobre critérios objetivos para a aferição do

merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de segundo grau. Com o estabelecimento de critérios objetivos para a promoção de juízes, o CNJ teve a virtude de extirpar muitas ervas daninhas com uma enxadada só. Com escolha por meio de dados constantes da ficha funcional dos candidatos, evitou-se a cizânia gerada pela competição desmedida, melhorou-se a transparência das promoções, evitou-se a desonra e contribuiu-se para a produtividade. Agora, juiz não mais precisa ir ao tribunal para beijar a mão do desembargador; o desembargador não precisa parar o seu serviço para dar a mão ao beijo do juiz.

Mudando o que deve ser mudado, também os critérios para investidura no cargo de ministro do STJ deveriam ser objetivos, fixados em resolução do CNJ. A informatização dos meios de comunicação e, sobretudo, o processo virtual, tão relegados no mencionado sistema de escolha, poderiam ser muito úteis ao acesso do STJ à formação acadêmica, obras e artigos publicados, peças processuais, atuação funcional, entre outros dados necessários à aferição do saber jurídico e da reputação ilibada do postulante. Há que se lembrar aos conselheiros que o CNJ tem atribuição também para regulamentar atos do STJ. Não há, pois, razão para

constrangimento.

A ausência de critérios para escolha dos ministros do STJ, além de comprometer a moralidade e a imparcialidade, afora outros princípios, tem revelado uma face ainda mais perversa para a magistratura de carreira, para a função judicante e para a integridade do texto constitucional.

Segundo o disposto no art. 104 da CRFB, o STJ é composto de, no mínimo, trinta e três ministros, sendo vinte e dois escolhidos dentre magistrados de carreira e onze dentre advogados e membros do Ministério Público.

A justificativa para esse terço de profissionais estranhos aos quadros da magistratura – que nos tribunais de segundo grau se restringe a um quinto ou 20% – seria a oxigenação. Essa eclética constituição teve por objetivo viabilizar que as decisões dos tribunais pudessem contemplar correntes de pensamento diversas da ostentada pela magistratura de carreira. É o que se convencionou denominar oxigenação dos tribunais, como se faltasse oxigênio a um órgão jurisdicional composto exclusivamente de magistrados.

Entretanto, com o passar do tempo – pouco mais de 20 anos – o STJ inalou tanto oxigênio que corre grave risco de oxidação e, por conseguinte, de comprometimento da sua missão constitucional.

Ocorre que os advogados e membros

do Ministério Público, chegando aos TJs e TRFs, num passe de mágica transformam-se em desembargadores e, nessa qualidade, sem qualquer requisito temporal, tornam-se aptos a disputarem uma vaga no STJ. Temos assim dois pesos e duas medidas. Um advogado, por exemplo, para que possa concorrer a uma vaga nos tribunais de segundo grau deve contar com pelos menos dez anos de efetiva atividade profissional. Entretanto, para integrar o STJ como “magistrado”, basta que tenha tomado posse e entrado em exercício no tribunal de segundo grau, em outras palavras, que tenha, quando muito, desempenhado por algumas horas as funções do cargo de desembargador.

Interessante. Para oxigenar os tribunais de segundo grau, é indispensável dez anos de atividade. Entretanto, para “oxidar” o STJ – essa é a visão pejorativa que se formou da magistratura de carreira como forma de justificar o ingresso no Judiciário sem concurso público – basta algumas horas de atividade judicante, o que, às vezes, não é bastante sequer para subscrever um despacho.

A toda evidência, a última parte do inciso II do parágrafo único do art. 104 da CRFB deve-se aplicar também aos magistrados. Ou seja, tal como se exige que o advogado conte com um mínimo de dez

anos de atividade para ascender a um tribunal de segundo grau em vaga decorrente do quinto, indispensável é que para concorrer a uma vaga no STJ, na classe dos magistrados, conte o advogado que adquiriu o status de desembargador com igual tempo de atividade judicante. É essa, a meu ver, a única forma razoável de se interpretar o texto constitucional em conformidade com a *ratio* que norteou o legislador constituinte. Permitir que um profissional do direito, sem qualquer prática como julgador, pelo simples fato de ter adquirido o status de desembargador, como tal venha a ocupar uma vaga no STJ despreza o mais elementar bom senso.

Infelizmente essa é a realidade dos fatos, proporcionada pela prática do beija-mão, que vicejou diante do receio do CNJ em regulamentar atos que digam respeito aos tribunais superiores, e do silêncio dolorido da AMB, que tem se valido da esdrúxula prática para promover a ministros ex-dirigentes da entidade.

Sem concurso público e sem qualquer critério objetivo de apuração do notório saber jurídico, com o simples manejo da cerimônia colonial, chega-se aos tribunais de segundo grau. Alcançado esse patamar, o novel e jejuo “magistrado”, seguindo o mesmo ritual, vai ocupar uma vaga no STJ que o constituinte quis reservar ao desembargador.

Resumo da ópera: com a conivência de todos, inclusive de nossa entidade

confederativa, dois terços do Tribunal da Cidadania é composto por advogados e um terço por membros do MP e desembargadores. É a mais absoluta subversão da norma e da lógica constitucionais.

Desesperançados, não mais espera a magistratura brasileira que a sua confederação se esforce para restaurar a ordem constitucional. Cabe então à Anamages apresentar sugestão de emenda constitucional, para que na escolha dos ministros do STJ seja observada a classe de origem. Sem prejuízo dessa providência, urge que o CNJ estabeleça os critérios objetivos para a apuração do dito notório saber jurídico. Em se tratando de vaga destinada a desembargador, um dos critérios a ser observado, por óbvio, deve ser o tempo mínimo de dez anos no exercício da judicatura. Nada disso, obviamente, nos impedirá de bater às portas do STF, visando conferir ao art. 104 da CRFB uma interpretação em conformidade com os princípios constitucionais, anulando, se for o caso, os atos de investidura editados em afronta à normatividade da Constituição.

O PROCESSO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Elpídio Donizetti**

RESUMO

O presente artigo discorre brevemente sobre o panorama das discussões doutrinárias no âmbito do Direito Constitucional e Processual Civil, procurando enfocar, sempre que possível, as modificações propostas no anteprojeto do novo CPC. Por fim, são expostas as conclusões práticas desses movimentos, notadamente no que tange ao papel reservado – ainda que implicitamente – ao Judiciário.

Palavras-chave: anteprojeto do Código de Processo Civil, Direito Constitucional, neoprocessualismo, neoconstitucionalismo

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, membro da Comissão de Juristas incumbida da redação do Novo CPC e presidente da Anamages.

R E V I S T A

ORDO VOCATUS



ABSTRACT

In this article it is briefly described the panorama of doctrinal discussions in the realm of Constitutional Right and Civil Process, trying to focus as possible the modifications proposed in the new CPC. To finish there are practical conclusions to these movements in the role reserved to the judiciary.

Key-words: draft of the Code of Civil Procedure, Constitutional Right, neo processualism, neo constitutionalism.

INTRODUÇÃO

Ao me debruçar sobre o panorama atual da ciência processual – tarefa indispensável para desempenhar meu honroso papel na Comissão de Juristas encarregada de elaborar o novo Código de Processo Civil – percebo que ganha força a linha de pensamento que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo* e seu corolário, o *direito processual constitucional*, desembocando nas correntes do *neoprocessualismo* (também chamado de *formalismo-valorativo*).

Pretendem superada a concepção instrumentalista do processo, bem informada pela teoria circular dos planos material e processual de Carnellutti, ao fundamento de que a ciência processual não pode se olvidar da força normativa da Constituição e da importância dos Direitos Fundamentais.

Contudo, aqueles que propugnam a cartilha do futuro se esquecem do valor do passado e, de afogadilho, terminam por violar a Constituição que vige no presente. Trata-se de uma contradição espetaculosa: defender a máxima efetividade do texto constitucional tornando-o inócuo e inaplicável.

Não proponho aqui uma teoria conspiratória própria dos anos da cortina de ferro.

Mas não posso deixar de, nesse momento em que são dadas (ou apagadas) novas luzes ao regramento jurídico-processual, esboçar minha preocupação com o processo de transfiguração do que deveria ser a última trincheira na luta pela materialização do direito material – a jurisdição – em autêntico “balcão de direitos”, enquanto os demais Poderes da República se desoneram mediante atos simbólicos.

Para esse desiderato, discorrerei brevemente sobre o panorama das discussões doutrinárias no âmbito do Direito Constitucional e Processual Civil, procurando focar, sempre que possível, as modificações propostas no anteprojeto do novo CPC. Por fim, serão expostas as conclusões práticas desses movimentos, notadamente no que tange ao papel reservado – ainda que implicitamente – ao Judiciário.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E EVOLUÇÃO

Inicialmente, há que se indagar a razão do adjetivo “fundamentais”. Segundo *Konrad Hesse*, sob um **ponto de vista material, os direitos fundamentais se destinam a criar e manter os pressupostos elementares da liberdade e dignidade**

humana. Já sob um ponto de **vista formal, direito fundamental é aquilo que o direito positivo qualifica como tal** (*Konrad Hesse e Carl Schmitt*).

Em razão dessa dispositividade formal, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a forma de Estado e de Governo e os valores consagrados no texto constitucional de cada país¹, revelando seu papel tradicional de **garantir a liberdade estritamente individual face ao arbítrio estatal, limitando a atuação do poder público.**

Contudo, sob o enfoque material, o conteúdo histórico e filosófico dos Direitos Fundamentais revela seu traço universalizante, consubstanciada na expressão “*direitos do homem*”², prerrogativas destinadas não a determinado grupo de pessoas, mas ao próprio gênero humano³.

Informados pelo enfoque material, os **direitos fundamentais de primeira geração** (na expressão de Bonavides) ou dimensão consagravam as prerrogativas das liberdades individuais da burguesia do século XVIII, chamados de **direitos civis e políticos**, titularizados pelos indivíduos e oponíveis sobretudo em face da atividade estatal. São

exemplos dessa geração o respeito à **liberdade** e à **propriedade privada.**

Já os **direitos fundamentais de segunda geração** encontram-se ligados ao valor da **igualdade material**, propugnado pela luta da classe operária pelo reconhecimento dos **direitos sociais, econômicos e culturais.** Trata-se de direitos de titularidade coletiva. Em razão de preponderantemente exortarem o Estado à ação, ao contrário do que aconteceu com os direitos de primeira geração, os direitos fundamentais de segunda dimensão passaram por um ciclo de **baixa normatividade**, observando-se que quase todos os ordenamentos flertaram com a tese da **eficácia programática** ou da **reserva do possível.** O efeito prático das duas teses citadas foi exonerar, respectivamente, o Poder constituinte derivado (exercido de forma preponderante pelo Poder Legislativo) e o Poder Executivo do problema do déficit de eficácia.

A **terceira geração dos direitos fundamentais** foi informada pelo valor da **solidariedade** e compreende a defesa do **meio ambiente, a autodeterminação dos povos, a proteção do consumidor,** dentre outros.

Por fim, os **direitos fundamentais de quarta geração**, segundo

1 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 163 a 165

2 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte da França revolucionária.

3 Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. P. 562

Paulo Bonavides, podem ser associados às discussões que envolvem o **pluralismo e a diversidade**, de forma a concretizar os ditames do Estado social. *Norberto Bobbio* aponta também a relevância dos avanços no campo da **engenharia genética** e as conseqüências das “manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”⁴.

Paulo Bonavides sustenta também a inclusão da **paz** como **direito fundamental de quinta geração**.

Encerrada a digressão acerca da evolução dos direitos fundamentais, cumpre diferenciá-los das **garantias fundamentais**, também objeto de positivação no art. 5º da Constituição. Direitos, como exposto, correspondem a bens e vantagens prescritos na norma, enquanto as **garantias** tratam dos instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos direitos. Dentre esses instrumentos encontram-se as **ações constitucionais**, como o *habeas corpus*, *habeas data* e demais previstas na legislação infraconstitucional, mas diretamente ligadas às garantias previstas no texto constitucional.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO: BREVE ESCORÇO E REPERCUSSÕES NO TEXTO DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1 Neopositivismo: a premissa necessária

A lei, e isso não mais se discute, perdeu seu posto de supremacia. Se, durante **segunda geração dos direitos fundamentais**, chegou-se a dizer que os dispositivos que previam os aludidos direitos consistiam em meras exortações ao legislador, para que desse corpo normativo às conquistas ali consagradas (*mera eficácia programática*), hoje o panorama doutrinário e jurisprudencial é praticamente oposto.

Ocorreu uma crise do fundamento da imperatividade da lei genérica e abstrata, uma vez que a igualdade formal – criada em oposição aos privilégios da aristocracia do antigo regime – que animava a produção legislativa revelou-se insuficiente para a efetivação da própria liberdade que almejava proteger. A neutralidade legislativa (*todos serão iguais*

4 A era dos direitos, p. 6.

perante a lei) e, conseqüentemente, da jurisdição, levou a um beco sem saída, porquanto era impensável falar em liberdade sem que se garantisse um mínimo de condições para uma vida digna.

Além disso, o positivismo clássico reduziu o Direito à lei, afastando-o das ponderações jusfilosóficas, permitindo a promoção da barbárie sob a proteção da legalidade, como mostraram o fascismo italiano e o nazismo alemão.

Assim, ainda que o texto normativo se mostre formalmente perfeito, não se pode concluir que o juiz deve proclamá-lo como resultado (*bouche de la loi*), apenas resultar de um processo legislativo regular. Torna-se necessário julgar não apenas o caso concreto, mas o próprio conteúdo da norma, tomando como paradigma os princípios e direitos fundamentais projetados na Constituição.

2.2 Neoconstitucionalismo

Em razão das conseqüências teóricas do pós-positivismo, foi superada a idéia de Estado Legislativo de Direito, adotando-se o Estado Constitucional de Direito, ocupando o texto constitucional o centro do sistema normativo, dotado de intensa carga valorativa.

Assim, opera-se a inversão da relação

regra regulamentadora - regra de direito fundamental que se observou na fase dos **direitos fundamentais de segunda geração**: *não são as regras de direitos fundamentais que dependem de regulamentação para produzirem efeitos; pelo contrário, a legislação infraconstitucional encontra nos princípios e regras constitucionais seu fundamento de validade e eficácia, em virtude da **força normativa da Constituição**.*

Por outro lado, a subordinação das leis à Constituição reclama um sistema de controle de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, exercido preponderantemente pelo Poder Judiciário. Anota Luís Prieto Sanchís que, como resultado disso, obtém-se uma **Constituição transformadora que pretende condicionar as decisões da maioria, tendo como principais protagonistas os juízes e não o legislador**⁵.

Ao confrontar as regras tradicionais (aplicáveis mediante mera subsunção) com os princípios e regras de direitos fundamentais (cuja carga valorativa não absoluta demanda a técnica da ponderação), surgiram novos postulados normativos, dentre eles o da **supremacia da Constituição, interpretação conforme e o da máxima efetividade**.

⁵ *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, p. 126-127

Marcelo Novelino⁶ resume assim as principais características do neoconstitucionalismo:

- mais princípios do que regras;
- mais ponderação que subsunção;
- onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas;
- onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário;
- coexistência de uma constelação plural de valores.

Ressalve-se a intensa crítica que Humberto Ávila⁷ fez ao neoconstitucionalismo, apontando a fragilidade de seus fundamentos quando analisados em face do ordenamento jurídico brasileiro:

Se existe um modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, pouco importa a sua denominação, baseado num modelo normativo (“da regra ao princípio”), metodológico (“da subsunção à ponderação”), axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”), mas esse modelo não foi adotado, nem é absolutamente com que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo no Brasil.

Se verdadeiras as conclusões no sentido de que os seus fundamentos não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, defendê-lo, direta ou

indiretamente, é cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a. O “neoconstitucionalismo”, baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se possa denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida de “não-constitucionalismo”: um movimento ou ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização.

2.3 Neoprocessualismo

O estudo do processo foi influenciado por todo esse processo de valorização da Constituição, que passou a contemplar, em um primeiro momento a **tutela constitucional do processo**, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição que versam sobre a tutela jurisdicional (princípio da inafastabilidade – art. 5º, XXXV da CF/88), o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88), a exigência de motivação dos atos judiciais (art. 93, IX da CF/88); e a chamada **jurisdição constitucional das liberdades**, que compreende o arsenal de meios previstos no texto constitucional para dar efetividade aos direitos individuais e coletivos, como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação civil pública, as ações de controle de constitucionalidade e etc.

Partindo desse contexto, fala-se

6 Direito Constitucional, p. 60-61

7 “NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE A CIÊNCIA DO DIREITO E O DIREITO DA CIÊNCIA **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 01/06/2010.

hoje no surgimento do **neoprocessualismo**, cujos adeptos desenvolvem o estudo dos institutos processuais a partir das premissas do neoconstitucionalismo. O movimento, na UFRS, foi chamado de **formalismo-valorativo**, nomenclatura que, segundo seus adeptos, dá destaque para a afirmação da importância da boa-fé processual como aspecto ético do processo.

Em razão dessa matriz constitucional, a mencionada corrente trata os tradicionais princípios processuais como **direitos fundamentais processuais**, especialmente aqueles que contam com previsão expressa na Constituição:

“... o uso de terminologias como ‘garantias’ ou ‘princípios’ pode ter o inconveniente de preservar toda aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de ‘direitos fundamentais’, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais.”⁸

Essa evolução não passou despercebida à comissão de juristas do novo Código de Processo Civil, que deu o nome “**Dos princípios e garantias fundamentais do processo civil**” ao primeiro capítulo do novo código.

⁸ Marcelo Lima Guerra. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003, p. 100

2.4 Processo e direitos fundamentais: dupla dimensão dos direitos fundamentais: valorização do rol de direitos fundamentais processuais previstos na Constituição

Reconhece-se atualmente uma dupla dimensão das normas de direitos fundamentais:

a) subjetiva: as normas de direitos fundamentais conferem direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagens aos seus titulares;

b) objetiva: por possuírem forte carga valorativa, são normas que devem informar a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico.

As normas processuais, à luz do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo, encontram seu fundamento de validade e eficácia nas normas de direitos fundamentais. O processo deve ser adequado à tutela dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e estruturado conforme essas mesmas normas (dimensão objetiva – direito fundamental ao contraditório, à ampla defesa, etc...).

Percebe-se a preponderância do papel do magistrado para desempenhar a reconstrução do processo civil à luz da constituição. Não é por outra razão que o art. 461, §5º do atual CPC conferiu ampla liberdade ao magistrado para determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica.

Para atingir os audaciosos fins almejados, a doutrina delineou o papel do magistrado da seguinte forma:

a) ele deve interpretar os direitos fundamentais processuais à luz da hermenêutica constitucional, conferindo-lhes o máximo de eficácia;

b) o magistrado poderá afastar qualquer regra que se mostre contrária a efetivação de um direito fundamental;

c) o magistrado deve levar em consideração eventuais limitações impostas ao exercício de um direito fundamental por outros direitos fundamentais.

A título de exemplo, cabe observar o teor do art. 1º do anteprojeto do novo CPC:

Art. 1º O processo civil será **ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores fundamentais estabelecidos na Constituição** da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Como conseqüências do panorama aqui descrito pode-se mencionar o reconhecimento de um direito fundamental ao devido processo legal, à máxima efetividade, a

um processo sem dilações desnecessárias, à igualdade processual e à participação no contraditório.

Como forma de ilustração, transcreve-se alguns dispositivos do anteprojeto que incorporam essa orientação doutrinária:

→ **Máxima efetividade:**

Art. 4º A tutela prestada por meio do processo será plena e, sempre que possível, específica, compreendendo tanto a inibição da ameaça a direito como a reparação do dano contra ele consumado.

→ **Celeridade processual:**

Art. 5º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

→ **Devido processo legal**

(substancial): Art. 6º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz, e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática

de medidas de urgência.

→ **Igualdade processual: Art. 8º**

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.

→ **Adaptação do procedimento – criatividade do juiz: Art. 153, §1º:**

§ 1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

Aproveitando o ensejo, ao ler a parte final do parágrafo primeiro do art. 153 do anteprojeto, lembro-me das inúmeras e desnecessárias lembranças feitas ao magistrado para que “observe o contraditório” antes de tomar as mais corriqueiras providências.

Ora, por força da Constituição vigente, da LOMAN, e também do capítulo do anteprojeto intitulado “princípios e garantias

fundamentais”, o magistrado já é sabedor do dever de promover o andamento célere do processo e da importância da conciliação, além dos outros “deveres” repetidos à exaustão durante o texto do anteprojeto.

O art. 11 do anteprojeto diz que não poderá o juiz decidir com base em fundamento a respeito do qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício. A excelente regra, todavia, não precisa ser repetida incontáveis vezes ao longo dos mais de mil artigos do novo CPC, como ocorre nos artigos 153, §1º, 199, §4º, 261, parágrafo único, apenas para citar alguns.

Esse viés policialesco se choca com o papel do judiciário como protagonista da interpretação e aplicação das normas à luz da Constituição. Afinal, como confiar aos magistrados tarefa tão nobre se eles precisam ser advertidos a todo momento para respeitar o contraditório, que sempre foi inerente à atividade judicante desde antes do movimento de valorização da constituição.

A questão seria simples caso fosse restrita a esses termos. Seria exemplo de mera falta de técnica legislativa, passível de aperfeiçoamento posterior. Contudo, proponho o aprofundamento da análise das conseqüências práticas do

neoconstitucionalismo e as “tendências” de escape.
reservadas ao processo.

3 CONSTITUCIONALISMO SIMBÓLICO COMO NOVA TENTATIVA DE IRRESPONSABILIZAÇÃO PELO DÉFICIT DE EFETIVIDADE DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS: A BATATA QUENTE ESTÁ NAS MÃOS DO JUDICIÁRIO

Como já exposto, com o surgimento dos **direitos fundamentais de segunda geração** o Estado se viu exortado a conferir materialidade às promessas constitucionais. Em razão da insuficiência de recursos financeiros, técnicos e humanos, tais direitos padeciam de **baixa normatividade**, observando-se que quase todos os ordenamentos flertaram com a tese da **eficácia programática** ou da **reserva do possível**. O efeito prático das duas teses citadas foi exonerar, respectivamente, o Poder constituinte derivado (exercido de forma preponderante pelo Poder Legislativo) e o Poder Executivo do problema do déficit de eficácia.

Hoje assiste-se a uma nova tentativa de exoneração, que usa o Judiciário como válvula

3.1 Constitucionalismo simbólico

O professor Marcelo Neves, ao apontar a “discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais”⁹ colocou o dedo na ferida do déficit de eficácia das normas Constitucionais: o furor legislante, longe de dar concretude aos direitos fundamentais, se presta, preponderantemente, a funcionar como álibi, com o objetivo de criar a ilusão de ativismo Estatal e causando na prática o adiamento da solução dos conflitos sociais.

Busca a legislação-álibi conferir aparência de presteza. Destina-se, segundo Marcelo Neves “**a criar uma imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade**, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que **a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas**,

⁹ Marcelo Neves. *A constitucionalização simbólica*. p. 1

desempenhando uma função ideológica”¹⁰.

A acuidade do autor traz à mente as corriqueiras mudanças na legislação penal que ocorrem a cada crime bárbaro noticiado pela imprensa, como se novas letras no texto legal pudessem encobrir a vergonhosa omissão Estatal na prevenção dos delitos.

Assim, de um lado o Poder Executivo banaliza o discurso da reserva do possível, olvidando-se que a tese só poderá ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais quando provar (**o ônus da prova é do Estado**) que a efetivação da garantia trará mais danos que vantagens aos direitos fundamentais da coletividade.

Por outro, o Poder Legislativo permanece em estado de letargia, cuidando de seus próprios interesses. Só se movimenta quando há grande clamor popular e sua atuação se reveste de um caráter ilusório, apenas enquanto o assunto está na pauta dos jornais.

Não é de se admirar que a doutrina que defende o neoconstitucionalismo afirma que cabe ao Judiciário a importante missão de implementar a efetividade das normas constitucionais.

Como representante da classe, afirmo sem temores: ACEITAMOS A TAREFA! Nunca nos furtamos a esse ou qualquer outro papel necessário a construção do Estado Democrático

de Direito. Contudo, cabe apontar a manipulação desse papel conferido à função jurisdicional com o objetivo de frustrar os fins constitucionais.

3.2 Construções normativas e posterior desacreditação: a culpa é do juiz

É de conhecimento geral que as discussões acerca das ações coletivas encontram-se na vanguarda da ciência processual, louvadas como importante meio de acesso à justiça e de economia processual.

De forma coerente com tais objetivos, dispunha a redação original do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Contudo, de maneira injustificável, a Lei nº. 9.494/97 alterou o artigo mencionado, limitando a eficácia da coisa julgada aos limites da “competência territorial do órgão prolator”.

Ora, limitar a abrangência da

10 Neves. *Op. cit.* p. 39-40.

coisa julgada significa multiplicar demandas, contrariando os objetivos da tutela coletiva e o próprio bom senso.

Percebe-se, portanto, o desinteresse do legislador com a real efetivação do acesso à justiça, que, por meio de sua atuação meramente simbólica, promove a implementação de interesses escusos, deixando para doutrina e jurisprudência a tarefa de *limpar a lambança que fizeram no ordenamento*.

Melhor seria extinguirem de uma vez as ações coletivas, o que pelo menos evitaria o descrédito e a perplexidade da população diante de uma decisão que vale apenas em determinada circunscrição territorial.

A incongruência será ainda maior se mantida a eficácia *erga omnes* da decisão do “incidente de resolução de demandas repetitivas” previsto no anteprojeto do novo CPC¹¹.

Ademais, o furor legislativo irresponsável e a ausência de gestão adequada dos recursos pela administração acabam por aumentar o volume de demandas do Judiciário, levando ao conhecido problema da morosidade e à judicialização das relações.

Quem dentre os presentes já teve o “prazer” de acompanhar uma das milhares de demandas individuais que versam sobre cobrança de expurgos inflacionários saberá do que estou

falando.

Ocorre que a morosidade é essencial ao planejamento orçamentário de entes públicos e privados, porquanto se exercidas, ao mesmo tempo, todas as pretensões resistidas, não sobraria sequer um centavo nos cofres daqueles que sistematicamente violam os direitos fundamentais.

A perversidade do constitucionalismo simbólico revela-se na tentativa de efetivação de suas promessas vazias, recaindo a responsabilidade do déficit de efetivação somente sobre os ombros do Judiciário: por um lado, exaltado por ser o mais adequado para missão de conferir racionalidade constitucional ao ordenamento; por outro, tachado de moroso e insensível à ânsia de justiça da população.

CONCLUSÃO

A nova tendência que se vislumbra com o advento de um novo Código de Processo Civil é um bem vindo protagonismo da figura do juiz, embora acompanhado de uma boa dose de desconfiança da comissão que elaborou o anteprojeto.

Nesse contexto, a influência e

11 Art. 960. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos pendentes que versem idêntica questão de direito.

consolidação da hermenêutica constitucional no âmbito de interpretação e aplicação das normas processuais fornecerá um bom arsenal para que o magistrado crie, adapte e efetive soluções adequadas à Constituição.

Contudo, tais avanços não podem ser utilizados para exoneração dos demais Poderes da República de suas missões, também indispensáveis à implementação prática das normas de direitos fundamentais.

Por isso, convido os profissionais e estudantes aqui presentes para cerrar fileiras contra a atuação estatal ilusória, a fim de restaurar o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes da República na consecução dos seus objetivos fundamentais.

DIRETRIZES PARA AUTORES

Formatação

1. Formato de arquivo: Word Doc. ou Open Office (preferencialmente);
2. Espaçamento entre linhas: 1,5 cm;
3. Tamanho do texto: mínimo de 10 e máximo 30 laudas;
4. Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 (corpo de texto e bibliografia); tamanho 09 (notas de rodapé) e tamanho 10 (citações);
5. Margens: superior e esquerda, 3 cm, inferior e direita. 2 cm;
6. Alinhamento: justificado;
7. Título do trabalho em **negrito**, CAIXA ALTA, corpo tamanho 14, Times New Roman;
8. Primeira linha de cada parágrafo com espaçamento de 2 cm em relação à margem esquerda;
9. Citações de identificação em formato Chicago (AUTOR: ano; página) ou em nota de rodapé com: autoria, obra (*itálico*), data e página;
10. Citações bibliográfica curtas ficarão entre aspas duplas no corpo do texto. As longas, que ocupem mais de 3 linhas, deverão ser destacadas do texto, recuadas a 4 cm da margem esquerda, espaçamento entrelinhas simples, sem aspas (entre aspas simples em se tratando de citação de citação), seguidas do sobrenome do autor, ano de publicação e página do texto citado, colocados entre parênteses e separados, na sequência, por vírgula e dois pontos ou indicação da fonte em nota de rodapé bibliográfica (vide item 9);
11. Notas explicativas deverão ser apresentadas no rodapé ou no final do texto, em uma lista numerada sequencialmente, antes da apresentação das referências bibliográficas, sendo apresentada com algarismos arábicos em exponência sequencial, colocada após a pontuação quando seguir alguma citação;
- 12 - Indicação de caracteres em **negrito** só no título de abertura e subtítulos;
- 13 - Uso de *itálico* para termos estrangeiros e títulos de livros e periódicos, bem como todo destaque que o autor do artigo queira dar a alguma parte do texto;

Sequência de apresentação

1. Título na língua original ;

2. Nome no autor logo abaixo do título, acompanhado de uma chamada de nota de rodapé que deverá conter a indicação do cargo que o autor eventualmente ocupe, instituição de ensino a que está vinculado e sua última titulação;
3. Título em Inglês;
4. Resumo (100 a 250 palavras);
5. Palavras-chave (máximo 05 palavras);
6. Resumo em inglês (*abstract*);
7. Palavras-chave em inglês (*key-words*);
8. Texto;
9. Referências bibliográficas (ABNT NBR-6023);
10. Caso o artigo tenha sido apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência ao evento no início do mesmo.

Informações complementares

1. Os textos devem ser enviados em língua portuguesa.
2. Utilização de notas de identificação, explicativas e bibliográficas de rodapé.
3. A seleção dos artigos será feita pelo Conselho Editorial; os resultados serão divulgados no portal eletrônico da revista.
4. As opiniões expressas nos artigos são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores.
5. Nas ilustrações, tabelas e gráficos deverá ser especificada a fonte dos dados;
6. Não deve haver identificação dos autores no corpo, no título ou nas propriedades do arquivo; todas as informações dos autores serão solicitadas no processo de submissão *on line*, garantindo dessa forma o sigilo dos avaliadores e dos avaliados no sistema de avaliação *double-blind review*.